**Asamblea General**
Documentos Oficiales
56° período de sesiones
Suplemento N° 10 (A/56/10)

# Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**53° período de sesiones**
**(23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)**

**Naciones Unidas • Nueva York, 2001**

*Nota*

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen mediante la palabra *Anuario* seguida de puntos suspensivos y el año (por ejemplo, *Anuario..., 1971*).

En la segunda parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

ISSN 0251-8570

[21 de septiembre de 2001]

ÍNDICE


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| I. | INTRODUCCIÓN | 1 - 10 | 1 |
| | A. Composición | 2 | 1 |
| | B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada | 3 - 5 | 2 |
| | C. Comité de Redacción | 6 - 7 | 2 |
| | D. Grupos de Trabajo | 8 | 3 |
| | a) Responsabilidad de los Estados | 8 | 3 |
| | b) Protección diplomática | 8 | 3 |
| | c) Actos unilaterales de los Estados | 8 | 3 |
| | E. Secretaría | 9 | 3 |
| | F. Programa | 10 | 4 |
| II. | RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 53° PERÍODO DE SESIONES | 11 - 18 | 5 |
| III. | CUESTIONES CONCRETAS RESPECTO DE LAS CUALES LAS OBSERVACIONES PODRÍAN REVESTIR PARTICULAR INTERÉS PARA LA COMISIÓN | 19 - 29 | 7 |
| | A. Las reservas a los tratados | 20 - 26 | 7 |
| | B. Protección diplomática | 27 - 27 | 8 |
| | C. Actos unilaterales de los Estados | 29 | 9 |
| IV. | RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS | 30 - 77 | 10 |
| | A. Introducción | 30 - 40 | 10 |


GE.01-64177 (S) 050901 210901

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|---|
| IV. | B. | Examen del tema en el actual período de sesiones | 41 - 71 | 12 |
| | | 1. Breve resumen del debate sobre las principales cuestiones pendientes | 41 - 71 | 13 |
| | | a) Violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (segunda parte, capítulo III, documento A/CN.4/L.600*) | 45 - 49 | 13 |
| | | b) Contramedidas (segunda parte *bis*, capítulo II del documento A/CN.4/L.600*) | 50 - 55 | 14 |
| | | c) Disposiciones relativas a la solución de controversias (tercera parte) | 56 - 60 | 16 |
| | | d) Forma del proyecto de artículos | 61 - 67 | 17 |
| | | 2. Cambio del título del tema | 68 | 19 |
| | | 3. Aprobación del proyecto de artículos y de los comentarios correspondientes | 69 - 71 | 20 |
| | C. | Recomendación de la Comisión | 72 - 73 | 20 |
| | D. | Tributo al Relator Especial Sr. James Crawford | 74 - 75 | 20 |
| | E. | Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos | 76 - 77 | 21 |
| | | 1. Texto del proyecto de artículos | 76 | 21 |
| | | 2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios | 77 | 38 |
| | | Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos | | 38 |
| | | Primera parte | | 43 |
| | | El hecho internacionalmente ilícito del Estado | | 43 |
| | | Capítulo I. Principios generales | | 43 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| IV. E. 2. (*continuación*) | | | |
| Artículo 1. | Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos | | 43 |
| | Comentario | | 43 |
| Artículo 2. | Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado | | 49 |
| | Comentario | | 49 |
| Artículo 3. | Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito | | 57 |
| | Comentario | | 57 |
| Capítulo II. | Atribución de un comportamiento al Estado | | 63 |
| Artículo 4. | Comportamiento de los órganos del Estado | | 68 |
| | Comentario | | 68 |
| Artículo 5. | Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público | | 78 |
| | Comentario | | 78 |
| Artículo 6. | Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado | | 81 |
| | Comentario | | 81 |
| Artículo 7. | Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones | | 86 |
| | Comentario | | 86 |
| Artículo 8. | Comportamiento bajo la dirección o control del Estado | | 91 |
| | Comentario | | 92 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| IV. E. 2. (*continuación*) | | | |
| Artículo 9. | Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales | | 98 |
| | Comentario | | 98 |
| Artículo 10. | Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole | | 100 |
| | Comentario | | 101 |
| Artículo 11. | Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio | | 109 |
| | Comentario | | 109 |
| Capítulo III. | La violación de una obligación internacional | | 114 |
| Artículo 12. | Existencia de violación de una obligación internacional | | 115 |
| | Comentario | | 116 |
| Artículo 13. | Obligación internacional en vigencia respecto de un Estado | | 126 |
| | Comentario | | 126 |
| Artículo 14. | Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional | | 132 |
| | Comentario | | 132 |
| Artículo 15. | Violación consistente en un hecho compuesto | | 141 |
| | Comentario | | 141 |
| Capítulo IV. | Responsabilidad del Estado en relación con el hecho de otro Estado | | 147 |
| Artículo 16. | Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito | | 152 |
| | Comentario | | 153 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| IV. E. 2. (*continuación*) | | | |
| Artículo 17. | Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito | | 159 |
| | Comentario | | 159 |
| Artículo 18. | Coacción sobre otro Estado | | 165 |
| | Comentario | | 165 |
| Artículo 19. | Efecto del presente capítulo | | 168 |
| | Comentario | | 168 |
| Capítulo V. | Circunstancias que excluyen la ilicitud | | 169 |
| Artículo 20. | Consentimiento | | 175 |
| | Comentario | | 175 |
| Artículo 21. | Legítima defensa | | 180 |
| | Comentario | | 180 |
| Artículo 22. | Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito | | 183 |
| | Comentario | | 183 |
| Artículo 23. | Fuerza mayor | | 186 |
| | Comentario | | 187 |
| Artículo 24. | Peligro extremo | | 193 |
| | Comentario | | 194 |
| Artículo 25. | Estado de necesidad | | 200 |
| | Comentario | | 200 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| IV. E. 2. (*continuación*) | | | |
| Artículo 26. | Cumplimiento de normas imperativas | | 214 |
| | Comentario | | 214 |
| Artículo 27. | Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud | | 217 |
| | Comentario | | 218 |
| Segunda parte | | | 220 |
| Contenido de la responsabilidad internacional del Estado | | | 220 |
| Capítulo I. | Principios generales | | 222 |
| Artículo 28. | Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito | | 223 |
| | Comentario | | 223 |
| Artículo 29. | Continuidad del deber de cumplir la obligación | | 224 |
| | Comentario | | 224 |
| Artículo 30. | Cesación y no repetición | | 226 |
| | Comentario | | 226 |
| Artículo 31. | Reparación | | 234 |
| | Comentario | | 234 |
| Artículo 32. | Irrelevancia del derecho interno | | 244 |
| | Comentario | | 244 |
| Artículo 33. | Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte | | 246 |
| | Comentario | | 246 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| IV. E. 2. (*continuación*) | | | |
| Capítulo II. | Reparación del perjuicio | | 248 |
| Artículo 34. | Formas de reparación | | 248 |
| | Comentario | | 249 |
| Artículo 35. | Restitución | | 251 |
| | Comentario | | 252 |
| Artículo 36. | Indemnización | | 259 |
| | Comentario | | 259 |
| Artículo 37. | Satisfacción | | 282 |
| | Comentario | | 282 |
| Artículo 38. | Intereses | | 289 |
| | Comentario | | 289 |
| Artículo 39. | Contribución al perjuicio | | 296 |
| | Comentario | | 296 |
| Capítulo III. | Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general | | 299 |
| Artículo 40. | Aplicación de este capítulo | | 304 |
| | Comentario | | 304 |
| Artículo 41. | Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo | | 309 |
| | Comentario | | 309 |
| Tercera parte | | | 316 |
| Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado | | | 316 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| IV. E. 2. (*continuación*) | | | |
| Capítulo I. | Invocación de la responsabilidad del Estado | | 317 |
| Artículo 42. | Invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado | | 319 |
| | Comentario | | 319 |
| Artículo 43. | Notificación de la reclamación por el Estado lesionado | | 327 |
| | Comentario | | 328 |
| Artículo 44. | Admisibilidad de la reclamación | | 331 |
| | Comentario | | 331 |
| Artículo 45. | Renuncia al derecho a invocar la responsabilidad | | 334 |
| | Comentario | | 335 |
| Artículo 46. | Pluralidad de Estados lesionados | | 340 |
| | Comentario | | 340 |
| Artículo 47. | Pluralidad de Estados responsables | | 342 |
| | Comentario | | 343 |
| Artículo 48. | Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado | | 348 |
| | Comentario | | 349 |
| Capítulo II. | Contramedidas | | 356 |
| Artículo 49. | Objeto y límites de las contramedidas | | 361 |
| | Comentario | | 361 |
| Artículo 50. | Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas | | 367 |
| | Comentario | | 367 |

ÍNDICE (*continuación*)


*Capítulo* *Párrafos* *Página*

IV. E. 2. (*continuación*)

Artículo 51. Proporcionalidad ..... 376

Comentario ..... 376

Artículo 52. Condiciones del recurso a las contramedidas ..... 380

Comentario ..... 381

Artículo 53. Terminación de las contramedidas ..... 385

Comentario ..... 385

Artículo 54. Medidas tomadas por Estados distintos de un Estado lesionado ..... 386

Comentario ..... 386

Cuarta parte ..... 393

Disposiciones generales ..... 393

Artículo 55. *Lex specialis* ..... 394

Comentario ..... 394

Artículo 56. Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas en los presentes artículos ..... 397

Comentario ..... 398

Artículo 57. Responsabilidad de una organización internacional ..... 399

Comentario ..... 399

Artículo 58. Responsabilidad individual ..... 402

Comentario ..... 402

Artículo 59. Carta de las Naciones Unidas ..... 404

Comentario ..... 405

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| V. | RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL | 78 - 98 | 406 |
| A. | Introducción | 78 - 90 | 406 |
| B. | Examen del tema en el actual período de sesiones | 91 - 93 | 409 |
| C. | Recomendación de la Comisión | 94 | 409 |
| D. | Homenaje al Relator Especial, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao | 95 - 96 | 409 |
| E. | Texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas | 97 | 410 |
| 1. | Texto del proyecto de artículos | 97 | 410 |
| 2. | Texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes | 98 | 417 |
| | Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas | | 417 |
| | Comentario general | | 417 |
| | Preámbulo | | 421 |
| | Comentario | | 420 |
| | Artículo 1. Alcance | | 421 |
| | Comentario | | 421 |
| | Artículo 2. Términos empleados | | 429 |
| | Comentario | | 429 |
| | Artículo 3. Prevención | | 433 |
| | Comentario | | 433 |
| | Artículo 4. Cooperación | | 440 |
| | Comentario | | 440 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| V. E. 2. (*continuación*) | | | |
| Artículo 5. | Aplicación | | 442 |
| | Comentario | | 443 |
| Artículo 6. | Autorización | | 444 |
| | Comentario | | 444 |
| Artículo 7. | Evaluación del riesgo | | 447 |
| | Comentario | | 447 |
| Artículo 8. | Notificación e información | | 452 |
| | Comentario | | 452 |
| Artículo 9. | Consultas sobre las medidas preventivas | | 455 |
| | Comentario | | 456 |
| Artículo 10. | Factores de un equilibrio equitativo de intereses | | 459 |
| | Comentario | | 460 |
| Artículo 11. | Procedimientos aplicables a falta de notificación | | 466 |
| | Comentario | | 466 |
| Artículo 12. | Intercambio de información | | 468 |
| | Comentario | | 468 |
| Artículo 13. | Información al público | | 471 |
| | Comentario | | 471 |
| Artículo 14. | Seguridad nacional y secretos industriales | | 475 |
| | Comentario | | 475 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| V. E. 2. (*continuación*) | | | |
| | Artículo 15. No discriminación | | 477 |
| | Comentario | | 477 |
| | Artículo 16. Preparación para casos de emergencia | | 480 |
| | Comentario | | 480 |
| | Artículo 17. Notificación de una emergencia | | 482 |
| | Comentario | | 482 |
| | Artículo 18. Relación con otras normas de derecho internacional | | 484 |
| | Comentario | | 484 |
| | Artículo 19. Solución de controversias | | 485 |
| | Comentario | | 485 |
| VI. LAS RESERVAS A LOS TRATADOS | | 99 - 157 | 489 |
| A. Introducción | | 99 - 111 | 489 |
| B. Examen del tema en el actual período de sesiones | | 112 - 155 | 491 |
| 1. Segunda parte del quinto informe | | 112 - 115 | 491 |
| 2. Sexto informe | | 116 - 155 | 492 |
| a) Presentación por el Relator Especial de su sexto informe | | 118 - 133 | 493 |
| b) Resumen del debate | | 134 - 155 | 501 |
| C. Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión | | 156 | 504 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| VI. C. | (*continuación*) | | |
| | 1. Texto de los proyectos de directriz | 156 | 504 |
| | 2. Texto de los proyectos de directriz aprobados en el 53° período de sesiones de la Comisión con sus comentarios | 157 | 514 |
| | 2.2. Confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma | | 514 |
| | 2.2.1. Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado | | 515 |
| | Comentario | | 515 |
| | 2.2.2. [2.2.3.] Inexigibilidad de la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado | | 524 |
| | Comentario | | 524 |
| | 2.2.3. [2.2.4.] Reservas formuladas en el momento de la firma expresamente autorizadas por el tratado | | 526 |
| | Comentario | | 526 |
| | 2.3. Formulación tardía de reservas | | 528 |
| | 2.3.1. Formulación tardía de una reserva | | 529 |
| | Comentario | | 529 |
| | 2.3.2. Aceptación de la formulación tardía de una reserva | | 544 |
| | Comentario | | 544 |
| | 2.3.3. Objeción a la formulación tardía de una reserva | | 548 |
| | Comentario | | 548 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|---|
| VI. C. 2. 2.3. (*continuación*) | | | | |
| | 2.3.4. | Exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas | | 550 |
| | | Comentario | | 550 |
| | 2.4.3. | Momento en que se puede formular una declaración interpretativa | | 554 |
| | | Comentario | | 555 |
| | 2.4.4. | [2.4.5.] Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma de un tratado | | 557 |
| | | Comentario | | 557 |
| | 2.4.5. | [2.4.4.] Confirmación formal de declaraciones interpretativas condicionales formuladas en el momento de la firma de un tratado | | 558 |
| | | Comentario | | 558 |
| | 2.4.6. | [2.4.7.] Formulación tardía de una declaración interpretativa | | 560 |
| | | Comentario | | 560 |
| | 2.4.7. | [2.4.8.] Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional | | 562 |
| | | Comentario | | 562 |
| VII. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA | | | 158 - 207 | 564 |
| A. Introducción | | | 158 - 163 | 564 |
| B. Examen del tema en el actual período de sesiones | | | 164 - 207 | 565 |
| 1. Artículo 9 | | | 167 - 184 | 566 |
| a) Introducción del Relator Especial | | | 167 - 170 | 566 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|---|---|
| VII. | B. | 1. | (*continuación*) | | |
| | | | b) Resumen del debate | 171 - 183 | 567 |
| | | | c) Observaciones finales del Relator Especial | 184 | 571 |
| | | 2. | Artículo 10 | 185 - 199 | 571 |
| | | | a) Introducción por el Relator Especial | 185 - 188 | 571 |
| | | | b) Resumen del debate | 189 - 195 | 573 |
| | | | c) Observaciones finales del Relator Especial | 196 - 199 | 574 |
| | | 3. | Artículo 11 | 200 - 207 | 575 |
| | | | a) Introducción del Relator Especial | 200 - 201 | 575 |
| | | | b) Resumen del debate | 202 - 206 | 576 |
| | | | c) Observaciones finales del Relator Especial | 207 | 577 |
| VIII. | ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS | | | 208 - 254 | 578 |
| | A. | | Introducción | 208 - 217 | 578 |
| | B. | | Examen del tema en el actual período de sesiones | 218 - 254 | 579 |
| | | 1. | Presentación por el Relator Especial de su cuarto informe | 220 - 229 | 580 |
| | | 2. | Resumen del debate | 230 - 248 | 582 |
| | | 3. | Observaciones finales del Relator Especial | 249 - 253 | 585 |
| | | 4. | El Grupo de Trabajo | 254 | 586 |
| IX. | OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN | | | 255 - 281 | 587 |
| | A. | | Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentos de la Comisión | 255 - 260 | 587 |
| | B. | | Fecha y lugar del 54° período de sesiones | 261 | 588 |

ÍNDICE (*continuación*)


| *Capítulo* | | *Párrafos* | *Página* |
|---|---|---|---|
| IX. | (*continuación*) | | |
| | C. Cooperación con otros órganos | 262 - 266 | 588 |
| | D. Representación en el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General | 267 - 268 | 588 |
| | E. Seminario de Derecho Internacional | 269 - 281 | 589 |

## Capítulo I

## INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró en su sede permanente de la Oficina de las Naciones Unidas la primera parte de su 53° período de sesiones del 23 de abril al 1° de junio de 2001 y la segunda parte del 2 de julio al 10 de agosto de 2001.

### A. Composición

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Emmanuel Akwei Addo (Ghana)
Sr. Husain Al-Baharna (Bahrein)
Sr. Joao Clemente Baena Soares (Brasil)
Sr. Ian Brownlie (Reino Unido)
Sr. Enrique J. A. Candioti (Argentina)
Sr. James Richard Crawford (Australia)
Sr. Christopher John Robert Dugard (Sudáfrica)
Sr. Constantin P. Economides (Grecia)
Sr. Nabil Elaraby (Egipto)
Sr. Giorgio Gaja (Italia)
Sr. Zdzislaw Galicki (Polonia)
Sr. Raul Ilustre Goco (Filipinas)
Sr. Gerhard Hafner (Austria)
Sr. Qizhi He (China)
Sr. Mauricio Herdocia Sacasa (Nicaragua)
Sr. Kamil E. Idris (Sudán)
Sr. Jorge E. Illueca (Panamá)
Sr. Peter C. R. Kabatsi (Uganda)
Sr. Maurice Kamto (Camerún)
Sr. James Lutabanzibwa Kateka (República Unida de Tanzanía)
Sr. Mochtar Kusuma-Atmadja (Indonesia)
Sr. Igor Ivanovich Lukashuk (Federación de Rusia)
Sr. Teodor Viorel Melescanu (Rumania)
Sr. Djamchid Momtaz (República Islámica del Irán)
Sr. Didier Opertti-Badan (Uruguay)
Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabón)
Sr. Allain Pellet (Francia)
Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao (India)
Sr. Víctor Rodríguez Cedeño (Venezuela)
Sr. Robert Rosenstock (Estados Unidos)
Sr. Bernardo Sepúlveda (México)
Sr. Bruno Simma (Alemania)
Sr. Peter Tomka (Eslovaquia)
Sr. Chusei Yamada (Japón)

## B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

3. En su 2665ª sesión, celebrada el 23 de abril de 2001, la Comisión eligió la siguiente Mesa:

| | |
|---|---|
| Presidente: | Sr. Peter C. R. Kabatsi |
| Primer Vicepresidente: | Sr. Gerhard Hafner |
| Segundo Vicepresidente: | Sr. Enrique J. A. Candioti |
| Presidente del Comité de Redacción: | Sr. Peter Tomka |
| Relator: | Sr. Qizhi He |

4. La Mesa ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, por los Presidentes anteriores de la Comisión[1] y por los Relatores Especiales[2].

5. Por recomendación de la Mesa ampliada, la Comisión estableció un Grupo de Planificación integrado por los miembros siguientes: Sr. Gerhard Hafner (Presidente), Sr. E. A. Addo, Sr. J. C. Baena-Soares, Sr. I. Brownlie, Sr. K. Idris, Sr. Z. Galicki, Sr. M. Kamto, Sr. M. Kusuma-Atmadja, Sr. A. Pellet, Sr. R. Rosenstock, Sr. C. Yamada, Sr. Q. He (*ex officio*).

## C. Comité de Redacción

6. En sus sesiones 2666ª, 2669ª y 2679ª, celebradas respectivamente los días 24 de abril, 27 de abril y 23 de mayo de 2001, la Comisión estableció un Comité de Redacción integrado por los siguientes miembros para los temas que se indican a continuación:

a) Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas): Sr. Peter Tomka (Presidente), Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Relator Especial), Sr. J. C. Baena-Soares, Sr. I. Brownlie, Sr. Z. Galicki, Sr. G. Gaja, Sr. G. Hafner, Sr. M. Herdocia Sacasa, Sr. J. L. Kateka, Sr. T. V. Melescanu, Sr. D. Opertti Badan, Sr. V. Rodríguez Cedeño, Sr. R. Rosenstock, Sr. C. Yamada y Sr. Q. He (*ex officio*).

b) Responsabilidad de los Estados: Sr. P. Tomka (Presidente), Sr. J. Crawford (Relator Especial), Sr. I. Brownlie, Sr. E. J. A. Candioti, Sr. C. J. R. Dugard, Sr. C. Economides, Sr. G. Gaja, Sr. Z. Galicki, Sr. I. Lukashuk, Sr. D. Momtaz, Sr. G. Pambou-Tchivounda, Sr. A. Pellet, Sr. R. Rosenstock, Sr. B. Simma, Sr. C. Yamada y Sr. Q. He (*ex officio*).

---

[1] Sr. J. C. Baena-Soares, Sr. Z. Galicki, Sr. A. Pellet, Sr. P. S. Rao y Sr. C. Yamada.

[2] Sr. J. R. Crawford, Sr. Ch. J. R. Dugard, Sr. A. Pellet, Sr. P. S. Rao y Sr. V. Rodríguez Cedeño.

c) Reservas a los tratados: Sr. P. Tomka (Presidente), Sr. A. Pellet (Relator Especial), Sr. H. Al-Baharna, Sr. E. Candioti, Sr. C. Economides, Sr. G. Gaja, Sr. G. Hafner, Sr. M. Kamto, Sr. T. V. Melescanu, Sr. V. Rodríguez Cedeño, Sr. R. Rosenstock, Sr. B. Simma y Sr. Q. He (*ex officio*).

7. El Comité de Redacción celebró un total de 34 sesiones sobre los tres temas antes indicados.

## D. Grupos de Trabajo

8. En sus sesiones 2673ª, 2688ª y 2695ª, celebradas respectivamente el 4 de mayo y el 12 y 25 de julio de 2001, la Comisión estableció también los siguientes Grupos de Trabajo, integrados por los miembros cuyos nombres se indican a continuación:

a) Responsabilidad de los Estados:

*Comentarios*: Sr. T. V. Melescanu (Presidente), Sr. I. Brownlie, Sr. E. J. A. Candioti, Sr. J. Crawford, Sr. C. J. R. Dugard, Sr. C. Economides, Sr. G. Gaja, Sr. D. Momtaz, Sr. G. Pambou-Tchivounda, Sr. B. Sepúlveda, Sr. P. Tomka y Sr. Q. He (*ex officio*).

*Cuestiones pendientes*: Consultas oficiosas abiertas presididas por el Relator Especial.

b) Protección diplomática: Consultas oficiosas abiertas presididas por el Relator Especial, Sr. C. J. R. Dugard.

c) Actos unilaterales de los Estados: Grupo de Trabajo abierto presidido por el Relator Especial, Sr. Rodríguez Cedeño.

## E. Secretaría

9. El Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico declaró abierto el período de sesiones y representó al Secretario General. El Sr. Václav Mikulka, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. La Sra. Mahnoush H. Arsanjani, oficial jurídico superior, desempeñó la función de Secretaria Auxiliar Superior de la Comisión. El Sr. George Korontzis, el Sr. Renan Villacis, oficiales jurídicos, el Sr. Arnold Pronto y la Sra. Ruth Khalatstchi, oficiales jurídicos asociados, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares de la Comisión.

## F. Programa

10. En su 2665ª sesión, celebrada el 23 de abril de 2001, la Comisión aprobó el programa en su 53° período de sesiones, que comprendía los temas siguientes:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.

2. Responsabilidad de los Estados.

3. Protección diplomática.

4. Actos unilaterales de los Estados.

5. Reservas a los tratados.

6. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas).

7. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentos de la Comisión.

8. Cooperación con otros organismos.

9. Fecha y lugar de celebración del 54° período de sesiones.

10. Otros asuntos.

## Capítulo II

## RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 53° PERÍODO DE SESIONES

11. En lo que respecta al tema de la "Responsabilidad de los Estados", la Comisión examinó el cuarto informe[3] del Relator Especial. La Comisión acabó también la segunda lectura del tema (cap. IV). 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 responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos en una resolución, e incluir como anexo a esa resolución el proyecto de artículos. La Comisión decidió también recomendar que la Asamblea General estudiara, más adelante, 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 responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos con miras a adoptar una convención sobre el tema.

12. En lo que respecta al tema de la "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)", la Comisión acabó la segunda lectura del tema (cap. V). La Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, recomendar a la Asamblea General la elaboración de una convención por la Asamblea sobre la base del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

13. En lo que respecta al tema de las "Reservas a los tratados", la Comisión examinó las partes del quinto informe[4] del Relator Especial que no fueron examinadas el año pasado y su sexto informe[5]. La Comisión adoptó 12 proyectos de directrices relativas a la formulación de reservas y a las declaraciones interpretativas, así como a la formulación tardía de reservas y a la interpretación de declaraciones. La Comisión remitió también al Comité de Redacción 13 proyectos de directrices relativas a la forma y notificación de las reservas y de las declaraciones interpretativas.

14. En lo que respecta al tema de la "Protección diplomática", la Comisión examinó las partes del primer informe del Relator Especial[6] relativas a la cuestión de la nacionalidad continua y la transferibilidad de las reclamaciones, que no fueron examinadas el año pasado, y su segundo informe relativo a la cuestión del agotamiento de los recursos internos[7]. La Comisión remitió al

---

[3] A/CN.4/517 y Add.1.

[4] A/CN.4/508/Add.3 y 4.

[5] A/CN.4/518 y Add.1 a 3.

[6] A/CN.4/506/Add.1.

[7] A/CN.4/514 y Corr.1.

Comité de Redacción los proyectos de artículos 9, 10 y 11 que tratan las cuestiones de la nacionalidad continua y la transferibilidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos. La Comisión estableció también una Consulta oficiosa de composición abierta para examinar las cuestiones de la nacionalidad continua y la transferibilidad de las reclamaciones (cap. VII).

15. En cuanto al tema de los "Actos unilaterales de los Estados", la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial[8]. El Relator Especial propuso los proyectos de artículos a) y b) sobre las normas relativas a la interpretación de los actos unilaterales. La Comisión examinó el informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo sobre el tema, Sr. Víctor Rodríguez-Cedeño, y apoyó la propuesta de pedir a los Estados información adicional sobre la práctica de los Estados en lo que respecta a los actos unilaterales (cap. VIII).

16. La Comisión continuó los intercambios tradicionales de información con la Corte Internacional de Justicia, la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana, el Comité Jurídico Interamericano y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa (cap. IX, sec. C).

17. Se celebró un seminario de capacitación, organizado por la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, en el que participaron 24 personas de diferentes nacionalidades. Algunos miembros de la Comisión pronunciaron conferencias en el seminario (cap. IX, sec. E).

18. La Comisión decidió que su próximo período de sesiones se celebre en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, en dos partes, del 6 de mayo al 7 de junio, y del 8 de julio al 9 de agosto de 2002.

[8] A/CN.4/519.

## Capítulo III

## CUESTIONES CONCRETAS RESPECTO DE LAS CUALES LAS OBSERVACIONES PODRÍAN REVESTIR PARTICULAR INTERÉS PARA LA COMISIÓN

19. En cumplimiento del párrafo 14 de la resolución 55/152 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000, la Comisión de Derecho Internacional desea señalar en relación con cada tema las cuestiones concretas respecto de las cuales la opinión de los gobiernos, expresadas en la Sexta Comisión o por escrito, podría revestir particular interés para orientar de manera efectiva su labor futura.

### A. Las reservas a los tratados

#### a) Declaraciones interpretativas condicionales

20. En 1997, la Comisión decidió incluir en sus trabajos sobre el tema de las reservas a los tratados el estudio de las declaraciones interpretativas[9]. En 1999, aceptó una distinción entre las declaraciones interpretativas "simples", y las declaraciones interpretativas condicionales, cuya definición figura en el proyecto de directriz 1.2.1[10]. Al avanzar en sus trabajos, la Comisión comprueba que estas últimas están sometidas, *mutatis mutandis*, al mismo régimen jurídico que las reservas. Si esta asimilación se confirma en lo que respecta a los efectos de las reservas, por una parte, y de las declaraciones interpretativas condicionales, por otra, la Comisión considera la posibilidad de no incluir en su proyecto de Guía de la práctica los proyectos de directriz específicamente dedicados a las declaraciones interpretativas condicionales.

21. La Comisión recibiría con especial interés las observaciones de los Estados a este respecto y acogería con reconocimiento toda información que le pudieran transmitir sobre la práctica seguida por los Estados y las organizaciones internacionales en lo que respecta a la formulación y los efectos de las declaraciones interpretativas condicionales.

#### b) Formulación tardía de las reservas

22. En cuanto a los proyectos de directriz aprobados en el actual período de sesiones[11], la Comisión desearía recibir en particular observaciones de los gobiernos sobre el proyecto de directriz 2.3.1, "Formulación tardía de una reserva"[12].

---

[9] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/52/10), párrs. 113 a 115.

[10] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/54/10), pág. 211.

[11] Véase el capítulo VI *infra*.

[12] "Salvo que el tratado disponga otra cosa, los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular una reserva a un tratado después de haber expresado su consentimiento en

23. Este proyecto se ha redactado de tal manera que quede claro que dicha práctica, que no se ajusta a la definición de reserva dada en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y se reproduce en el proyecto de directriz 1.1[13], debe seguir siendo excepcional, aunque ha de tenerse en cuenta la práctica seguida por los depositarios y en particular por el Secretario General de las Naciones Unidas[14]. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión consideran que la inclusión de esta práctica en la Guía podría fomentar indebidamente la formulación tardía de reservas. La Comisión quisiera recibir la opinión de los gobiernos al respecto.

24. Además, también en relación con el mismo proyecto de directriz, la Comisión desearía conocer la opinión de los Estados acerca de la oportunidad de utilizar el término "objeción" no en el sentido que tiene en el artículo 20 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 de declaración por la cual un Estado objeta al *contenido* de una reserva sino para expresar oposición a la *formulación* tardía de ésta[15].

c) Funciones del depositario

25. El Relator Especial sobre las reservas a los tratados dedicó una parte de su sexto informe[16] a las funciones del depositario en lo que respecta a la comunicación de reservas. Propuso que en la Guía de la práctica se reprodujeran las disposiciones de los artículos 77 y 78 de la Convención de Viena de 1969, adaptándolas al caso particular de las reservas. Sin embargo, se plantea el problema de saber si corresponde al depositario negarse a comunicar a los Estados y organizaciones internacionales interesadas una reserva manifiestamente inadmisible, sobre todo cuando está prohibida por una disposición del tratado.

26. La Comisión desearía conocer la opinión de los Estados sobre este punto antes de aprobar un proyecto de directriz al respecto.

## B. Protección diplomática

27. La Comisión desearía recibir observaciones sobre las excepciones que pueden hacerse a la regla de la nacionalidad continua, incluidas las condiciones en que se aplicarían tales excepciones. En particular, se agradecerían observaciones sobre las excepciones a la regla

---

obligarse, a menos que ninguna de las demás Partes Contratantes haga objeciones a la formulación tardía de esa reserva."

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/53/10), págs. 206 a 209.

[14] Carta del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, LA 41TR/221 (23-1).

[15] Entre diversas alternativas posibles se han propuesto las palabras "rechazo" u "oposición".

[16] A/CN.4/518/Add.2, párrs. 156 a 170.

referente a cambios involuntarios de nacionalidad resultantes de la sucesión de Estados o del matrimonio o la adopción.

28. La Comisión desearía también recibir observaciones sobre las siguientes cuestiones relativas a la protección diplomática en lo que respecta a personas jurídicas:

a) ¿Ejercen los Estados en la práctica la protección diplomática en nombre de una empresa cuando la empresa está registrada o constituida en el Estado, sea cual fuere la nacionalidad de los accionistas? Además, ¿exigen los Estados que la mayoría, o un número preponderante, de los accionistas de la empresa tengan la nacionalidad del Estado protector antes de ejercer la protección diplomática?

b) ¿Puede ejercer un Estado la protección diplomática en nombre de accionistas que tengan su nacionalidad cuando la empresa (registrada o constituida en otro Estado) se ve perjudicada por un acto del Estado en el que está registrada o constituida?

### C. Actos unilaterales de los Estados

29. La Comisión señala a la atención un cuestionario preparado por el Relator Especial que será distribuido a los gobiernos. La Comisión alienta a los gobiernos a responder a ese cuestionario lo antes posible.

## 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 extranjeros[17].

31. La Comisión, en su 14° período de sesiones, en 1962, creó una subcomisión encargada de preparar un informe preliminar con sugerencias sobre el ámbito y enfoque del futuro estudio[18].

32. En su 15° período de sesiones, en 1963, la Comisión, tras haber aprobado por unanimidad el informe de la subcomisión, nombró al Sr. Roberto Ago Relator Especial del tema.

33. La Comisión recibió ocho informes del Relator Especial en sus períodos de sesiones 21° a 31°, de 1969 a 1979[19]. El plan general adoptado por la Comisión en su 27° período de sesiones, en 1975, para el proyecto de artículos 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

---

[17] Véanse los informes del Relator Especial en: *Anuario..., 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96; *Anuario..., 1957*, vol. II, documento A/CN.4/106, *Anuario..., 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, *Anuario..., 1959*, vol. II, documento A/CN.4/119, *Anuario..., 1960*, vol. II, documento A/CN.4/125, y *Anuario..., 1961*, vol. II, documento A/CN.4/134.

[18] Ibíd., págs. 240 y ss.

[19] Véanse los ocho informes del Relator Especial en: *Anuario..., 1969*, vol. II, documento A/CN.4/217 y Add.1, págs. 130 a 163; *Anuario..., 1970*, vol. II, documento A/CN.4/233, págs. 189 a 212; *Anuario..., 1971*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, pág. 212; *Anuario..., 1972*, vol. II, documento A/CN.4/264 y Add.1, pág. 75; *Anuario..., 1976*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2, págs. 3 a 59; *Anuario..., 1977*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3; *Anuario..., 1978*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, y *Anuario..., 1980*, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7.

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 internacional[20].

34. La Comisión, en su 32° período de sesiones, en 1980, aprobó provisionalmente, en primera lectura, la primera parte del proyecto de artículos, relativa al "origen de la responsabilidad internacional"[21].

35. En su 31° período de sesiones, en 1979, la Comisión, habida cuenta de que el Sr. Ago había sido elegido magistrado de la Corte Internacional de Justicia, designó al Sr. Willem Riphagen Relator Especial del tema. La Comisión recibió siete informes del Sr. Willem Riphagen[22] para la segunda y tercera partes del tema en sus períodos de sesiones 32° a 38°, de 1980 a 1986.

36. En su 39° período de sesiones, en 1987, la Comisión nombró al Sr. Gaetano Arangio-Ruiz Relator Especial para que sucediera al Sr. Willem Riphagen, cuyo mandato en calidad de miembro de la Comisión había expirado el 31 de diciembre de 1986. La Comisión recibió ocho informes del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz en sus períodos de sesiones 40° a 48° , de 1988 a 1996[23].

37. En el 48° período de sesiones de la Comisión, 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 lectura[24], por conducto del

---

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

[21] *Anuario..., 1980,* vol. II (segunda parte), págs. 25 a 61, documento A/35/10, cap. III.

[22] Véanse los siete informes del Relator Especial, en: *Anuario..., 1980,* vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/330; *Anuario..., 1981,* vol. II (primera parte), pág. 87, documento A/CN.4/334; *Anuario..., 1982,* vol. II (primera parte), pág. 25, documento A/CN.4/354; *Anuario..., 1983*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/366 y Add.1; *Anuario..., 1984*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/380; *Anuario..., 1985*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/389; y *Anuario..., 1986*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/397 y Add.1.

[23] Véanse los ocho informes del Relator Especial, en *Anuario..., 1986*, vol. II (primera parte), pág. 6, documento A/CN.4/416 y Add.1; *Anuario..., 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/425 y Add.1; *Anuario..., 1991,* vol. II (primera parte), documento A/CN.4/440 y Add.1; documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3; documento A/CN.4/453 y Add.1 y Corr.1 a 3 y Add.2 y 3; documento A/CN.4/461 y Add.1 y 2; documento A/CN.4/469 y Corr.1 (en inglés únicamente) y Add.1 y 2 y A/CN.4/476 y Corr.1 (en inglés únicamente) y Add.1.

[24] Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/51/10), págs. 134 a 162). Véase el texto del párrafo 3 del artículo 42 y el de los artículos 47, 48 y 51 a 53 y sus comentarios en ibíd., págs. 162 y ss.

Secretario General, a los gobiernos para que éstos formulasen comentarios y observaciones, con el ruego de que dichos comentarios y observaciones se remitieran al Secretario General antes del 1° de enero de 1998.

38. En su 49° 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 tema[25]. 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° a 52°, de 1998 a 2000[26]. Los informes se ocupaban del examen del proyecto de artículos a efectos de segunda lectura, a la luz de las observaciones de los gobiernos[27] y la evolución de la práctica estatal, las decisiones judiciales y la bibliografía en la materia.

40. En su 52° período de sesiones, en 2000, la Comisión tomó nota del informe Comité de Redacción sobre la segunda lectura de todo el proyecto de artículos (A/CN.4/L.600*), que fue aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción[28]. La Comisión decidió concluir la segunda lectura en su 53° período de sesiones en 2001, teniendo en cuenta cualesquiera otras observaciones presentadas por los gobiernos con respecto al proyecto de artículos contenido en el documento A/CN.4/L.600*.

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[29] y el cuarto informe del Relator Especial Sr. James Crawford[30]. 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

---

[25] Véanse las directrices sobre el examen del tema en segunda lectura aprobadas por la Comisión a recomendación del Grupo de Trabajo, en ibíd., párr. 161.

[26] A/CN.4/490 y Add.1, Add.2, Add.2/Rev.1 (en francés únicamente), Add.2/Corr.1 (en árabe, chino, español, inglés y ruso únicamente), Add.3, Add.4, Add.4/Corr.1, Add.5 y Add.6; A/CN.4/498 y Add.1 a 4; A/CN.4/507 y Add.1, Add.1/Corr.1, Add.1/Corr.2 (en francés únicamente), Add.2, Add.2/Corr.1 y 2, Add.3, Add.3/Corr.1 y Add.4.

[27] A/CN.4/488 y Add.1 a 3, y A/CN.4/483; A/CN.4/492; A/CN.4/496; y A/CN.4/504 y Add.1.

[28] Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/55/10), págs. 108 a 124.

[29] A/CN.4/515 y Corr.1 (en árabe únicamente), Add.1 a 3.

[30] A/CN.4/517 y Add.1.

informe en sus sesiones 2665ª, 2667ª, 2668ª y 2670ª a 2674ª, celebradas los días 23, 25 y 26 de abril y del 1° al 4 y el 8 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 2672ª y 2674ª, 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 2673ª 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 artículos[31].

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 artículo 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.

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, documento A/CN.4/L.600*)

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

---

[31] Véase la composición del grupo de trabajo sobre las observaciones en el capítulo I, párr. 8 *supra*.

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 Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction, 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 sobre el derecho de los tratados. 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 del documento A/CN.4/L.600*)

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 Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo al *Proyecto Gabčikovo-Nagymaros*; 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 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 preveía 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 forzadamente 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 *Servicios Aéreos* y de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Proyecto 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 controversias[32]. 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. 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

---

[32] Véase el texto de los artículos sobre solución de controversias en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/51/10), págs. 157 a 162.

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.

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 de primera lectura 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 1999 en el contexto del proyecto de artículos sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados.

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 sobre el derecho de los tratados, 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 de Viena de 1969 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 sobre el derecho de los tratados 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 Corte Internacional de Justicia 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 General 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 General 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 conducta de los Estados, como probaba la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

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 General aprobara el texto en forma de declaración sin modificar antes sustancialmente el proyecto de artículos. No había ninguna garantía de que los Estados no añadieran 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 sobre el Derecho de los Tratados.

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. 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 suscitaría 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.4/602/Rev.1) en las sesiones 2681ª a 2683ª y 2701ª 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 2683ª y 2701ª.

70. En sus sesiones 2702ª a 2709ª, 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 2709ª 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 mecanismo jurídico de solución de controversias en relación con el proyecto de artículos.

## D. Tributo al Relator Especial Sr. James Crawford

74. En su 2709ª, 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° 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. Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable

2. Todo:

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 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 rigiendo 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° período de sesiones, se reproduce a continuación:

## RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS

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 rigen 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 imponen a los Estados obligaciones cuya violación puede entrañar responsabilidad... [U]na cosa es definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta y otra muy distinta determinar si se ha infringido esa obligación y cuáles deben ser las consecuencias de tal infracción."[33]

[33] *Anuario..., 1970*, vol. II, pág. 331, apartado c) del párrafo 66.

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:

En primer lugar, 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.

En segundo lugar, las consecuencias que se regulan en los artículos son las que entraña un hecho internacionalmente ilícito como tal[34]. 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

[34] 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. Véanse el párrafo 1 del artículo 1 y su comentario.

por terminado un tratado o suspender su aplicación por violación grave, como se refleja en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). 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, que quedan expresamente reservadas por el artículo 59.

En tercer lugar, 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 *status 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 *status quo*. En consecuencia, a los efectos de los presentes artículos, la responsabilidad internacional resulta exclusivamente de un hecho ilícito contrario al derecho internacional. Esto se refleja en el título de los artículos.

En cuarto lugar, 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 56.

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 dedl 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 comportamiento 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 de un 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 Corte Permanente de Justicia Internacional aplicó en varios asuntos el principio enunciado en el artículo 1. Por ejemplo, en el asunto *Fosfatos de Marruecos*, la Corte Permanente afirmó que cuando un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito contra otro, la responsabilidad internacional queda establecida "directamente entre los dos Estados"[35]. La Corte Internacional de Justicia ha aplicado el principio en varias ocasiones, por ejemplo en el asunto del *Estrecho de Corfu*[36], en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares*[37] y en el caso *Gabčikovo-Nagymaros*[38]. La Corte también se refirió al principio en sus opiniones consultivas sobre la *Reparación por daños*[39], y sobre la *Interpretación de los tratados de paz* (*Segunda fase*[40]), en la que aclaró que la "negativa a cumplir una obligación de un tratado entraña responsabilidad internacional"[41]. Los tribunales arbitrales han afirmado repetidas veces este principio, por ejemplo en el

---

[35] *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, 1938, P.C.I.J., Series A/B, N° 74*, pág. 10, en la pág. 28. Véase también *S.S. "Wimbledon", 1923, P.C.I.J., Series A, N° 1*, pág. 15, en la pág. 30; *Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, N° 9*, pág. 21; *Factory at Chorzów Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17*, pág. 29.

[36] *Corfu Channel, Merits, I.C.J., Reports 1949*, pág. 4, en la pág. 23.

[37] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en la pág. 142, párr. 283; en la pág. 149, párr. 292.

[38] *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 38, párr. 47.

[39] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, I.C.J., Reports 1949*, pág. 174, en la pág. 184.

[40] *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, I.C.J., Reports 1950*, pág. 221.

[41] Ibíd., en la pág. 228.

asunto de las *Reclamaciones de los súbditos italianos residentes en el Perú*[42], el asunto de la *Dickson Car Wheel Company*[43], el asunto de la *International Fisheries Company*[44], el asunto de las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*[45], y en el asunto de la *Armstrong Cork Company*[46]. En el asunto del *Rainbow Warrior*[47] 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"[48].

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 antes[49] como después[50] de que la Comisión

---

[42] 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..."; *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, págs. 399, 401, 404, 407 a 409 y 411.

[43] *U.N.R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 669, en la pág. 678 (1931).

[44] Ibíd., vol. IV, pág. 691, en la pág. 701 (1931).

[45] 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..."; *U.N.R.I.A.A.*, vol. II (1925), pág. 615, en la pág. 641.

[46] Para la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos, 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"; *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIV (1953), pág. 159, en la pág. 163.

[47] *Rainbow Warrior (New Zeland/France), U.N.R.I.A.A.*, vol. XX (1990), pág. 217.

[48] Ibíd., en la pág. 251, párr. 75.

[49] Véase, por ejemplo, D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (cuarta edición, Padua, CEDAM, 1955), vol. I, pág. 385. W. Wengler, *Völkerrecht* (Berlín, Springer, 1964), vol. I, pág. 499; G. I. Tunkin, *Teoria mezhdunarodnogo prava*, Mezhduranovnie otoshenia (Moscú, 1970), pág. 470; E. Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility", en M. Sørensen, editor, *Manual of Public International Law* (Londres, Macmillan, 1968), pág. 533.

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, relacionados 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 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 ilícito[51]. 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"[52]. En derecho internacional, como en cualquier ordenamiento jurídico, el hecho ilícito puede dar lugar a varios tipos de relaciones jurídicas, según las circunstancias.

---

[50] Véase por ejemplo I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press, quinta edición, 1998), pág. 435; B. Conforti, *Diritto Internazionale* (Milán, Editoriale Scientifica, cuarta edición, 1995), pág. 332; P. Dailler y A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)* (París, L.G.D.J., sexta edición, 1999), pág. 742; P. M. Dupuy, *Droit international public* en R. Bernhardt (ed.) (París, Précis Dalloz, 1998, tercera edición), pág. 414; R. Wolfrum, "Internationally Wrongful Acts", *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North Holland, 1995), vol. II, pág. 1398.

[51] Véase H. Kelsen (R. W. Tucker, ed.), *Principles of International Law* (Nueva York, Holt, Rhinehart & Winston, 1966), pág. 22.

[52] Véase, por ejemplo, R. Ago, "Le délit international", *Recueil des cours*, vol. 68 (1939/II), pág. 417, en las págs. 430 a 440; H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law* (3ª ed.) (Londres, Longmans, 1955), vol. I, págs. 352 a 354.

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 Corte Internacional 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*."[53]

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"[54]. En otros asuntos, la Corte ha vuelto a reafirmar esta idea[55]. Las 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.

---

[53] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, C.I.J., Reports 1970*, pág. 3, en la pág. 32, párr. 33.

[54] Ibíd., en la pág. 32, párr. 34.

[55] Véase *East Timor, I.C.J., Reports 1995*, pág. 90, en la pág. 102, párr. 29; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J., Reports, 1996*, pág. 226, en la pág. 258, párr. 83. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of de Genocide (Preliminary Objections) I.C.J., Reports 1996*, pág. 595, en las págs. 615 y 616, párrs. 31 y 32.

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 Corte Internacional en el asunto de la reparación de los daños, las Naciones Unidas "son un sujeto de derecho internacional y pueden tener derechos y deberes internacionales;... tienen la capacidad de sostener sus derechos presentando reclamaciones internacionales"[56]. La Corte también ha subrayado la responsabilidad que asumen las Naciones Unidas por el comportamiento de sus órganos o agentes[57]. 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

---

[56] *C.I.J., Reports 1949*, pág. 174, en la pág. 179.

[57] *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos, C.I.J., Reports 1999*, pág. 62, en las págs. 88 y 89, párr. 66.

especiales a la responsabilidad de otras personas jurídicas internacionales, y éstas no quedan cubiertas en los artículos[58].

8) Por lo que hace a la terminología, la expresión francesa "*fait internationnalement 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 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 hecho 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

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

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 Corte Permanente de Justicia Internacional, por ejemplo, hizo referencia a estos dos elementos en el asunto *Fosfatos de Marruecos*[59]. 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"[60]. La Corte Internacional de Justicia ha hecho referencia también a esos dos elementos en varias ocasiones. En el asunto del *Personal diplomático y consular*[61] señaló que, para atribuir la responsabilidad al 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 aplicable."[62]

Asimismo, en el asunto *Dickson Car Wheel Company*, la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos de América/México 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"[63].

---

[59] *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, 1938, C.P.J.I., Series A/B, N° 74*, pág. 10.

[60] Ibíd., en la pág. 28.

[61] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, C.I.J., Reports 1980*, pág. 3.

[62] Ibíd., en la pág. 29, párr. 56, cf. pág. 41, párr. 90. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. United States of America), Merits, C.I.J., Reports 1986*, pág. 14, en las págs. 117 y 118, párr. 226; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), C.I.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 54, párr. 78.

[63] *U.N.R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 669 (1931), en la pág. 678.

3) El elemento de atribución se ha calificado a veces de "subjetivo" y el de violación de "objetivo", pero los presentes artículos evitan esa terminología[64]. 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 "subjetiva". 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 puede no hacer al caso. Que la responsabilidad sea "objetiva" o "subjetiva" 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 *Estrecho de Corfú* la Corte Internacional de Justicia 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

[64] Cf. *Anuario..., 1973*, vol. II, pág. 179, párr. 1.

y no hiciera nada para advertir de ello a terceros Estados[65]. En el asunto del *Personal diplomático y consular*, la Corte concluyó que la responsabilidad del Irán era consecuencia de la "inacción" de sus autoridades, que "no adoptaron las medidas apropiadas", en circunstancias en que esas medidas eran evidentemente necesarias[66]. En otros casos, la base de la responsabilidad puede ser la combinación de una acción y una omisión[67].

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"[68]. 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

---

[65] *Corfu Channel, Merits, C.I.J., Reports 1949*, pág. 4 en las págs. 22 y 23.

[66] *Diplomatic and Consular Staff, C.I.J., Reports 1980*, pág. 3, en las págs. 31 y 32, párrs. 63 y 67. Véase también *Velásquez Rodríguez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Series C, N° 4* (1989), párr. 170: "en derecho internacional, el Estado es responsable de los actos realizados por sus agentes en el desempeño de sus funciones oficiales, así como de sus omisiones..."; *Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise, U.N.R.I.A.A.*, vol. I, pág. 425 (1924).

[67] Por ejemplo, en virtud del artículo 4 de la Convención de La Haya (VIII), de 18 de octubre de 1907, relativo a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, 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: véase J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: the Conference of 1907* (Nueva York, Oxford University Press, 1920), vol. I, pág. 643.

[68] *German Settlers in Poland, 1923, C.P.J.I., Series B, N° 6*, en la pág. 22.

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 dimanan de tratados. En su decisión relativa a la competencia en el asunto *Fábrica de Chorzów*, la Corte Permanente de Justicia Internacional utilizó la expresión "violación de una obligación"[69]. Empleó idéntica expresión en su fallo subsiguiente sobre el fondo del mismo asunto[70]. La Corte Internacional de Justicia mencionó expresamente los términos en el asunto *Reparación de los daños*[71]. En el asunto *Rainbow Warrior*, el Tribunal Arbitral se refirió a "cualquier violación de una obligación por el Estado"[72]. En la práctica se utilizan también expresiones como "no ejecución de obligaciones internacionales", "actos incompatibles con obligaciones internacionales", "violación de una obligación internacional"

---

[69] *Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, C.P.J.I., Series A, N° 9*, pág. 21.

[70] *Factory at Chorzów, Merits, 1928 C.P.J.I., Series A, N° 17*, pág. 29.

[71] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, C.I.J., Reports 1949,* pág. 174, en la pág. 184.

[72] *Rainbow Warrior (New Zealand/France), U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en la pág. 251, párr. 75.

o "incumplimiento de una obligación"[73]. 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 Corte Internacional de Justicia.

8) En derecho internacional, la idea de violación de una obligación ha sido a menudo considerada como conducta contraria a los derechos ajenos. La Corte Permanente de Justicia Internacional habló de un "acto... contrario a los derechos convencionales de otro Estado" en su fallo relativo al asunto *Fosfatos de Marruecos*[74]. 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

---

[73] En la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de la Sociedad de las Naciones de 1930 se adoptó la expresión "todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado", *Anuario..., 1956*, vol. II, pág. 225.

[74] *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, 1938, C.P.J.I., Series A/B, N° 74,* pág. 10, en la pág. 28.

la responsabilidad que dimana del incumplimiento de una obligación: esta cuestión se regula en la tercera parte[75].

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 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 abstracto[76].

10) Una cuestión conexa 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.

---

[75] Véase también el artículo 33, párr. 2, y su comentario.

[76] Veánse ejemplos de análisis de distintas obligaciones en *Diplomatic and Consular Staff, C.I.J., Reports 1980*, pág. 3, en las págs. 30 a 33, párrs. 62 a 68; *Rainbow Warrior, U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en las págs. 266 y 267, párrs. 107 a 110; OMC, Informe del Grupo de Trabajo, *United States - Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, documento de la OMC WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999, párrs. 7.41 y ss.

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"[77]. 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.

---

[77] Véase, por ejemplo, *Diplomatic and Consular Staff, C.I.J., Reports 1980*, pág. 3, en pág. 29, párrs. 56 y 58, *Military and Paramilitary Activities, C.I.J., Reports 1986*, pág. 14, en la 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 Corte Permanente en el asunto *Trato de los nacionales polacos*[78]. 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:

---

[78] *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, 1932, C.P.J.I., Series A/B, N° 44*, pág. 4.

"[...] 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 Libre."[79]

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 Corte Permanente reconoció expresamente este principio en su primer fallo en el asunto del *S.S. "Wimbledon"*[80]. La Corte rechazó el argumento del Gobierno alemán de que el paso 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 neutralidad."[81]

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 tratado."[82]

---

[79] Ibíd., en las págs. 24 y 25. Véase también *"Lotus", 1927, C.P.J.I., Series A, N° 10*, en la pág. 24.

[80] *S.S. "Wimbledon", 1923, C.P.J.I., Series A, N° 1.*

[81] Ibíd., en las págs. 29 y 30.

[82] *Greco-Bulgarian "Communities", 1930, C.P.J.I., Series B, N° 17*, pág. 32.

"[...] es evidente que Francia no puede valerse de su propia legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales."[83]

"[...] 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 vigor."[84]

El mismo principio, examinado desde un ángulo diferente, fue afirmado también en las opiniones consultivas sobre *Canje de Poblaciones Griegas y Turcas*[85] y sobre *Competencia de los Tribunales de Danzig*[86].

4) La Corte Internacional ha mencionado y aplicado este principio a menudo[87]. Por ejemplo, en el asunto *Reparación de los daños sufridos*[88], 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". En el asunto *ELSI*[89], una Sala de la Corte hizo hincapié en esta norma, declarando que:

---

[83] *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1930, C.P.J.I., Series A, N° 24*, en la pág. 12; *C.P.J.I., Series A/B, N° 46 (1932)*, pág. 96, en la pág. 167.

[84] *Treatment of Polish Nationals, 1932, C.P.J.I., Series A/B, N° 44*, pág. 4, en la pág. 24.

[85] *Exchange of Greek and Turkish Populations, 1925, C.P.J.I., Series B, N° 10*, en la pág. 20.

[86] *Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928, C.P.J.I., Series B, N° 15*, en las págs. 26 y 27. Véanse también las observaciones de Lord Finlay en *Acquisition of Polish Nationality, 1923, C.P.J.I., Series, N° 7*, en la pág. 26).

[87] Véase *Fisheries, C.I.J., Reports 1951*, pág. 116, en la pág. 132; *Nottebohm, Preliminary Objection, C.I.J., Reports 1953*, pág. 111, en la pág. 123; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, C.I.J., Reports 1958*, pág. 55, en la pág. 67; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, C.I.J., Reports 1988*, pág. 12, en las págs. 34 y 35, párr. 57.

[88] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, C.I.J., Reports 1949*, pág. 174, en la pág. 180.

[89] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), C.I.J., Reports 1989*, pág. 15.

"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 Navegación."[90]

Por el contrario, tal como explicó la Sala:

"... 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 lo 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 valiosa."[91]

El principio ha sido aplicado también por muchos tribunales arbitrales[92].

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 Estados[93],

---

[90] Ibíd., en la pág. 51, párr. 73.

[91] Ibíd., en la pág. 74, párr. 124.

[92] Véase, por ejemplo, el arbitraje *"Alabama"* (1872), en Moore, *International Arbitrations,* vol. IV, pág. 4144, en las págs. 4156 y 4157; *Norwegian Shipowners' Claims (Norway/U.S.A.), U.N.R.I.A.A.*, vol. I, pág. 309 (1922), en la pág. 331; *Tinoco (United Kingdom/Costa Rica),* ibíd., vol. I, pág. 371 (1923), en la pág. 386; *Shufeldt Claim,*, ibíd., vol. II, pág. 1081 (1930), 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"); *Wollemborg*, ibíd., vol. XIV, pág. 283 (1956), en la pág. 289; y *Flegenbeimer,* ibíd., vol. XIV, pág. 327, en la pág. 360.

[93] En el punto I del cuestionario dirigido a los Estados por el Comité Preparatorio de la Conferencia, 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."

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 los derechos y deberes de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional 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 deber."[94]

6) De igual modo, este principio fue respaldado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; el artículo 27 de la Convención dice:

> "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 46."[95]

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

---

En sus respuestas, los Estados se declararon expresa o implícitamente de acuerdo con este principio: Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III: *Responsibility of States for Damage caused and their Territory to the Person on Property of Foreigners* (LN doc. C.75.M.69.1929.V.), pág. 16. En las deliberaciones celebradas durante la Conferencia, los Estados señalaron su adhesión general a la idea enunciada en el punto I, y el Comité III de la Conferencia de La Haya de 1930 aprobó el artículo 5, redactado así "Un Estado no puede eludir la responsabilidad internacional invocando (el estado de) su derecho interno". (LN doc. C.351(c)M.145(c).1930.V; recogido en *Anuario..., 1956*, vol. II, pág. 222.)

[94] Véase la resolución 375 (IV) de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1949. Véanse los debates de la Comisión, en *Yearbook..., 1949*, págs. 105 y 106, 150 y 171. Véanse los debates de la Asamblea General en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 168ª a 173ª, 18 a 25 de octubre de 1949; y sesiones 175ª a 183ª, 27 de octubre a 3 de noviembre de 1949; y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Sesiones Plenarias*, 270ª sesión, 6 de diciembre de 1949.

[95] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331. 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".

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. Cierto 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 sobre el Derecho de los Tratados, 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 sobre el Derecho de los Tratados se habla de "*internal law*". Sería aún menos adecuado emplear la expresión "*national law*" ("derecho nacional"), 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 nivel[96]. 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

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

---

[96] Cf. *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, C.I.J., Reports 1999*, pág. 9, en la pág. 16, párr. 28.

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 Estado[97].

3) Como corolario, el comportamiento de los partidulares 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 comité especial de juristas varias cuestiones suscitadas por un incidente entre Italia y Grecia[98]. Se trataba del asesinato en territorio griego del presidente y de varios miembros de una comisión internacional encargada de delimitar la frontera grecoalbanesa. 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 delincuente."[99]

---

[97] Véase, 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", R. Lillich & D. Magraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), pág. 109; L. Condorelli, "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances", *Recueil des cours...*, vol. 189 (1984-VI), pág. 9; H. Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme - problèmes d'imputation* (Paris, Pédone, 1994); A. V. Freeman, "Responsibility of States for Unlawful Acts of Their Armed Forces", *Recueil des cours...*, vol. 88 (1956), pág. 261; F. Przetacznik, "The International Responsibility of States for the Unauthorized Acts of their Organs", *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 1 (1989), pág. 151.

[98] Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 4° año, N° 11 (noviembre de 1923), pág. 1349.

[99] Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 5° año, N° 4 (abril de 1924), pág. 524. Véase también el asunto *Janes*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 82 (1925).

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 misma[100]. 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 poderes[101]. 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,

---

[100] Véase *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J., Reports 1980*, pág. 3.

[101] Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, arts. 7, 8, 46 y 47; United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca[102]. 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 ejecutivo[103]. 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 interno[104].

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

---

[102] Este punto fue destacado, en el contexto de los Estados federales, en el asunto *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América), Provisional Measures, I.C.J., Reports 1999*, pág. 9, en la pág. 16, párr. 28. Naturalmente no se limita a los Estados federales. Véanse también el artículo 5 y su comentario.

[103] Véanse los comentarios al artículo 4 (párr. 11); véanse también el artículo 5 y su comentario.

[104] Véanse el artículo 7 y su comentario.

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 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*[105]), 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 Irán-Estados Unidos, "a fin de atribuir un hecho al Estado, es necesario identificar con certeza razonable a los protagonistas y su vinculación con el Estado"[106]. 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.

---

[105] Véanse el artículo 55 y su comentario.

[106] *Yeager v. Islamic Republic of Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, en las págs. 101 y 102.

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.

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"[107]. Desde entonces este principio se ha enunciado muchas veces[108].

4) En sus respuestas a la Comisión Preparatoria de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930[109] los gobiernos opinaron unánimemente que las acciones u omisiones de los órganos del Estado deben atribuirse a éste. La Tercera Comisión de la Conferencia adoptó por unanimidad en primera lectura el artículo 1, que

---

[107] Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 3127 (1871), en la pág. 3129.

[108] Véase, por ejemplo, *Claims of Italian National Resident in Peru, U.N.R.I.A.A.*, vol. XV (1901), pág. 399 (demanda *Chiesa*); pág. 401 (demanda *Sessarego*); pág. 404 (demanda *Sanguinetti*); pág. 407 (demanda *Vercelli*); pág. 408 (demanda *Queirolo*); pág. 409 (demanda *Roggero*); pág. 411 (demanda *Miglia*); *Salvador Comercial Company*, ibíd. vol. XV, pág. 455 (1902), en la pág. 477; *Finnish Shipowners Case (Gran Bretaña c. Finlandia)*, ibíd., vol. III, pág. 1479 (1934), en la pág. 1501.

[109] Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III: *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners* (documento C.75.M.69.1929.V.), págs. 25, 41 y 52; *Supplement to Volume III: Replies made by the Governments to the Schedule of Points; Replies of Canada and the United States of America* (documento C.75(a)M.69(a).1929.V.), págs. 2, 3 y 6.

preveía que el Estado incurrirá en responsabilidad internacional como consecuencia de "todo incumplimiento por sus órganos de las obligaciones internacionales del Estado..."[110].

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:

> "... 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 oficial."[111]

---

[110] Reproducido en *Yearbook..., 1956*, vol. II, pág. 225, anexo 3.

[111] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, pág. 455 (1902), en la pág. 477. Véase también el asunto *Chattin*, *Reports of International Arbitral Awards*, ibíd., vol. IV, pág. 282 (1927), en las págs. 285 y 286; *Dispute concerning the interpretation of article 79 of the Treaty of Peace*, ibíd., vol. XIII, pág. 389 (1955), en la pág. 438.

La Corte Internacional de Justicia ha confirmado también la norma en términos categóricos. En la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, 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 consuetudinario..."[112]

En ese asunto la Corte se ocupaba principalmente de las reducciones de los tribunales estatales, pero el mismo principio se aplica a los actos de los poderes legislativo y ejecutivo[113]. Como la Corte Permanente declaró en el asunto *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (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 administrativas."[114]

---

[112] *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, I.C.J., Reports 1999*, pág. 62, en la pág. 87, párr. 62, referente al proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, art. 6, actualmente contenido en el artículo 4.

[113] En cuanto a los actos legislativos, véase, por ejemplo, *German Settlers in Poland, 1923, P.C.I.J., Series B, N° 6*, en las págs. 35 y 36; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, 1932, P.C.I.J., Series A/B, N° 44*, pág. 4, en las págs. 24 y 25; *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, 1938, P.C.I.J., Series A/B, N° 74*, pág. 10, en las págs. 25 y 26; *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, I.C.J., Reports 1952*, pág. 176, en las págs. 193 y 194. En cuanto a los actos legislativos, véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14; *Elettrónica Sicula S.p.A. (ELSI), I.C.J., Reports 1989*, pág. 15. En cuanto a los actos judiciales, véase, por ejemplo, el asunto *"Lotus", 1927, P.C.I.J., Series A, N° 10*, en la pág. 24; *Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928, P.C.I.J., Series B, N° 15*, en la pág. 24; *Ambatielos, Merits, I.C.J., Reports 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 of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants,.I.C.J., Reports 1958*, pág. 55, en la pág. 65.

[114] *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, 1926, P.C.I.J., Series A, N° 7*, en la pág. 19.

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"[115]. 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 internacional[116]. 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 4[117], y en determinadas circunstancias puede constituir un hecho internacionalmente ilícito[118].

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

---

[115] 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. Véase, por ejemplo, GATT, *Japan - Trade in Semi-conductors*, Informe del Grupo Especial del 24 de marzo de 1988, párrs. 110 y 111; OMC, *Japan - Measures affecting Consumer Photographic Film and Paper*, Informe del Grupo Especial WT/DS44, párrs. 10.12 a 10.16.

[116] Véase el artículo 3 y su comentario.

[117] Véanse, por ejemplo, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Swedish Engine-Drivers' Union Case, TEDH, Series A, Nº 20* (1976), en la pág. 14 y en el asunto *Schmidt & Dahlström, TEDH, Series A, Nº 21* (1976), en la pág. 15.

[118] Muchos miembros de la Sexta Comisión, en respuesta a una pregunta específica de la Comisión, 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 el *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1998* (A/53/10), párr. 35.

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[119] los actos de esas personas.

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 relativo a los *Herederos del duque de Guisa* declaró:

> "A los efectos de alcanzar una decisión en el presente caso, poco importa que el decreto de 29 de agosto de 1947 no fuera promulgado por el Estado italiano sino por la región de Sicilia, ya que el Estado italiano responde de la aplicación del Tratado de Paz, incluso en lo que respecta a Sicilia, independientemente del grado de autonomía que el derecho público de la República Italiana conceda a Sicilia en las relaciones internas."[120]

Este principio fue corroborado firmemente durante los trabajos preparatorios de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930. Se preguntó expresamente a los gobiernos si el Estado respondía de las "acciones u omisiones de los

---

[119] Véanse, por ejemplo, los asuntos siguientes: *Currie*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 21 (1954), en la pág. 24; *Dispute concerning the interpretation of article 79 of the Italian Peace Treaty*, ibíd., vol. XIII, pág. 389 (1955), en las págs. 431 y 432; *Mossé*, ibíd., vol. XIII, pág. 486 (1953), en las págs. 492 y 493. En cuanto a decisiones anteriores, véanse: *Roper*, ibíd., vol. IV, pág. 145 (1927); *Massey*, ibíd., vol. IV, pág. 155 (1927); *Way*, ibíd., vol. IV, pág. 391 (1928); *Baldwin*, ibíd., vol. VI, pág. 328 (1933). Véase también el examen de la incautación de una central eléctrica por el alcalde de Palermo en *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *I.C.J., Reports 1989*, pág. 15, por ejemplo en la pág. 50, párr. 70.

[120] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIII, pág. 150 (1951), en la pág. 161. En cuanto a decisiones anteriores, véase, por ejemplo *Pieri Dominique and Co. Case*, ibíd., vol. X, pág. 139 (1902), en la pág. 156.

órganos que ejercen funciones públicas de carácter legislativo o ejecutivo (municipios, provincias, etc.)". Todos respondieron afirmativamente[121].

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 sentido[122]. 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"[123]. Esta norma se ha venido aplicando constantemente desde entonces. Así, por ejemplo, en el asunto *LaGrand*, la Corte Internacional de Justicia declaró:

---

[121] Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III: *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners* (documento C.75.M.69.1929.V.), pág. 90; *Supplement to vol. III: Replies made by the Governments to the Schedule of Points: Replies of Canada and the United States of America* (documento C.75(a).M.69(a).1929.V.), págs. 3 y 18.

[122] Véase Moore, *International Arbitrations*, vol. II. pág. 1421 (1875), en la pág. 1440. Véanse también los asuntos *De Brissot and Others*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, págs. 2967 (1855), en las págs. 2970 y 2971; *Pieri Dominique and Co., U.N.R.I.A.A.*, vol. X, pág. 139 (1905), en las págs. 156 y 157; *Davy*, ibíd., vol. IX, pág. 467 (1903), en la pág. 468; *Janes*, ibíd.; vol. IV, pág. 82 (1925), en la pág. 86; *Swinney*, ibíd., vol. IV, pág. 98 (1925), en la pág. 101; *Quintanilla*, ibíd., vol. IV, pág. 101 (1925), en la pág. 103, *Youmans*, ibíd., vol. IV, pág. 110 (1925), en la pág. 116; *Mallén*, ibíd., vol. IV, pág. 173 (1925), en la pág. 177; *Venable*, ibíd., vol. IV, pág. 218 (1925), en la pág. 230; *Tribolet*, ibíd., vol. IV, pág. 598 (1925), en la pág. 601.

[123] *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, pág. 534 (1929), en la pág. 536.

"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 el Tribunal, 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 Unidos;..."[124]

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 propia[125], 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 tratado[126]. 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

---

[124] *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J., Reports 1999*, pág. 9, en la pág. 16, párr. 28. Véase también el fallo de 27 de junio de 2001, párr. 81.

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

[126] Véase, por ejemplo, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, París, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1037, pág. 152, art. 34.

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 Estado[127]. 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

[127] Véase, por ejemplo, el asunto *Church of Scientology*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el fallo de 26 de septiembre de 1978, *NJW* 1979 VI ZR 267/76, pág. 1101; *I.L.R.*, vol. 65, pág. 193; *Propend Finance Pty Ltd. v Sing* (1997) *I.L..R.*, vol. III, pág. 611 (Inglaterra, Tribunal de Apelación). Estos eran casos de inmunidad del Estado, pero el mismo principio se aplica en el análisis de la responsabilidad de los Estados.

"entidad" se utiliza en un sentido análogo al del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado en 1991[128].

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 Estados Unidos/México en el asunto *Mallén* (1927) 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 abusiva[129]. Este último acto se declaró atribuible al Estado pero el primero no. La Comisión Franco-Mexicana de Reclamaciones 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"[130]. 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 7[131]. Al aplicar este criterio, naturalmente, cada caso tendrá que tratarse a la luz de sus propios hechos y circunstancias.

---

[128] *Anuario..., 1991*, vol. II, segunda parte, págs. 14 a 18.

[129] *U.N.R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 173 (1927), en la pág. 175.

[130] *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, pág. 516 (1929), en la pág. 531. Véase también el asunto *Bensleys* (1850), en Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 3018 ("una infracción brutal... sin apariencia alguna de procedimiento oficial y sin ninguna relación con sus deberes oficiales"); *Castelains*, ibíd, págs. 2999 a 3000 (1880). Véanse también el artículo 7 y su comentario.

[131] Véase también el párrafo 7 del comentario al artículo 7.

## 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 facultadas 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 Irán-Estados Unidos, 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 expropiados[132].

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 Codificación 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 internacional, 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 autónomas."[133]

---

[132] *Hyatt International Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1985), 9 *Iran-United States CTR* 72, en las págs. 88 a 94.

[133] Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, vol. III: *Responsibilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur tettitoire à la personne*

El Comité Preparatorio elaboró, por consiguiente, las siguientes bases de discusión, aunque la Tercera Comisión de la Conferencia no pudo examinarlas 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 Estado."[134]

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.

---

*ou aux biens des étrangers*, (documento C.75.M.69.1929.V.), 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"; ibíd.

[134] Ibíd., pág. 92.

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 interno 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 motivos[135].

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 comprendida 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

---

[135] 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 & others v. Italy & Albania*, Solicitud N° 39473-98, *E.C.H.R.*, decisión del 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, 31 de mayo de 1999, párrs. 9.33 a 9.44.

Estados. En esos casos, el comportamiento en cuestión es atribuible a ambos Estados en virtud de otros artículos de este capítulo[136].

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 Estado[137].

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

---

[136] Véase también el artículo 47 y su comentario.

[137] 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.

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*[138] 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 persona encargada de la gerencia del consulado de otra Potencia"[139] 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"[140]. En ese momento Liechtenstein no era parte en la Convención Europea, de modo que si el comportamiento hubiera sido atribuible solamente a Liechtenstein, no podría haber habido ninguna violación de la Convención. 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

---

[138] *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1113 (1931).

[139] Ibíd, en la pág. 1141.

[140] *X and Y v. Switzerland* (Applications Nos. 7289/75, 7349/76), (1977), 9 *D.R.* 57; 20, *TEDH, Ybk*, 372, en las págs. 402 a 406.

consideraba que ejercían atribuciones del poder público de Suiza. En ese sentido no habían sido "puestos a... disposición" del Estado beneficiario[141].

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 convencionales[142]. 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 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

---

[141] Véase también *Drozd and Janousek v. France and Spain, E.C.H.R., Series A, N° 240* (1992), en los párrs. 96 y 110. Véase también *Comptroller and Auditor-General v. Davidson (1996), I.L.R*, vol. 104, pág. 526, (Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia), en las págs. 536 y 537 (Cooke, P.) y en las págs. 574 a 576 (Richardson, J.). Se denegó una apelación al Privy Council basada en otros argumentos: *I.L.R.*, vol. 108, pág. 622.

[142] 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, 21 de septiembre de 1976, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1216, pág. 1512.

internacional en aplicación de un tratado[143]. 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 comportamiento[144]. Cualquier otra norma sería contraria al principio fundamental enunciado en el artículo 3, puesto que el Estado podría invocar entonces su

[143] Véase, por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, A/CONF.183/9, art. 89.

[144] Véase, por ejemplo, la controversia del "Star and Herald", Moore, *Digest...*, vol. VI, pág. 775.

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 arbitrales[145], 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"[146]. Como señaló el Gobierno de España: "Si no, se acabarían por autorizar los abusos, ya que en la mayoría de los casos no habría ningún medio de demostrar en la práctica si el agente había actuado o no en cumplimiento de las instrucciones recibidas"[147]. En esa época los Estados Unidos sostenían que había una "norma de derecho internacional según la cual los soberanos no pueden ser tenidos por responsables, por la vía diplomática, de los daños causados a un extranjero por la conducta impropia de funcionarios que actúan fuera del ámbito de su competencia no sólo real, sino aparente"[148]. Es probable que las diferentes formulaciones

---

[145] 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: véase, por ejemplo, el asunto *"The Only Son"*, Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, págs. 3404 y 3405; el asunto *"The William Lee"*, ibíd., pág. 3405; el asunto *Donoughho*, ibíd., vol. III, pág. 3012. En los casos en que se examinó expresamente la cuestión, los tribunales no aplicaron sistemáticamente un solo principio: véase, por ejemplo, el asunto *Collector of Customs: Lewi's Case*, ibíd., vol. III, pág. 3019; el asunto *Galino*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXV (1901), pág. 415; el asunto *"The Lacaze"*, A. de Lapradelle y N. Politis, *U.N.R.I.A.A.* (París, Pédone, 1923), vol. II, págs. 297 y 298; el asunto *"The William Yeaton"*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 2946.

[146] 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° 43.

[147] Nota verbal del duque de Almodóvar del Río, 4 de julio de 1898, ibíd.

[148] 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*, vol. V, pág. 575; "Miller", ibíd., págs. 570 y 571.

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 Codificación 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 ejecutados por funcionarios en el territorio nacional prevaliéndose de su calidad oficial (*actes de fonction*) pero excediéndose en sus atribuciones"[149]. Las *Bases of Discussion* preparadas por el Comité recogían esta opinión. La Tercera Comisión 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 realizados por sus funcionarios fuera del ámbito de sus atribuciones, pero al amparo de su calidad oficial."[150]

4) La norma moderna ha quedado ahora firmemente establecida en ese sentido por la jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y la doctrina[151]. Ha sido confirmada, por ejemplo, en el artículo 91 del Protocolo de Ginebra I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949[152], que dispone que: "La parte en conflicto... será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen

---

[149] Punto V, N° 2 b), Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III, pág. 78; y *Supplement to Vol. III* (documento C.75a).M.69 a).1929.V), págs. 3 y 17.

[150] Ibíd., pág. 238. Se hallará una reseña más detallada de la evolución de la norma actual en *Anuario..., 1975*, vol. II, págs. 66 a 76.

[151] Por ejemplo, el proyecto revisado de 1961 del Relator Especial F. V. García Amador disponía que "de igual modo una acción u omisión será imputable al Estado si los órganos o agentes se exceden en sus atribuciones pero pretenden actuar con carácter oficial", *Anuario..., 1961*, vol. II, pág. 53.

[152] Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, pág. 3.

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"[153].

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 lo 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 concepto."[154]

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 el funcionario haya contravenido a las disposiciones del derecho interno o haya rebasado los límites de sus atribuciones: en derecho internacional el Estado es responsable de los actos de sus agentes ejecutados en su calidad oficial y de sus omisiones, aun cuando esos agentes actúan fuera del ámbito de su competencia o violan el derecho interno."[155]

---

[153] Comité Internacional de la Cruz Roja, *Commentary on the Additional Protocols* (Ginebra, 1987), págs. 1053 y 1054.

[154] *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, (1929) pág. 1117, en la pág. 1929. Otras opiniones sobre la norma se hallarán en el asunto *Maal*, ibíd., vol. X (1903), págs. 732 y 733; el asunto *La Masica*, ibíd., vol. XI (1916), pág. 560; el asunto *Youmans*, ibíd., vol. IV (1926), pág. 116; el asunto *Mallén*, ibíd., pág. 176; el asunto *Stephens*, ibíd., págs. 267 y 268; el asunto *Way*, ibíd., 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); *A.D.P.I.L.C.*; vol. 6, pág. 442, también suele citarse a este respecto.

[155] *Inter-Am.Ct.H.R., Series C, N° 4* (1989) párr. 170; 95 *I.L.R.*, 232, en la pág. 296.

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 Irán-Estados Unidos, se trata de saber si el comportamiento ha sido "realizado por particulares envueltos en el manto del poder público"[156].

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 calidad" 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 Estado[157]. En resumen, la cuestión es si actúan aparentemente dentro de los límites de sus atribuciones.

---

[156] *Petrolane Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1991), 27 *Iran-U.S.C.T.R.*, 64, en la pág. 92. Véase el párrafo 13 del comentario al artículo 4.

[157] 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 sobre el Derecho de los Tratados, 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

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 cuestión[158]. 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 los recursos internos, antes de presentar una reclamación internacional[159].

## 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 control de ese Estado al observar ese comportamiento.

---

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.

[158] Véase el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), I.C.J., Reports 1989*, pág. 15, en especial págs. 52, 62 y 74.

[159] Véase más adelante el artículo 44, apartado b), y su comentario.

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 Estado[160]. 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 internacional[161]. 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

---

[160] 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.

[161] Véase, por ejemplo, el asunto *Zafiro*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. VI (1925), pág. 160; el asunto *Stephens*, ibíd., vol. IV (1927), pág. 267; el asunto *Lehigh Valley Railboard Company, and others (U.S.A.) v. Germany (Sabotage Cases)*: incidentes *"Black Tom"* y *"Kingsland"*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. VIII (1930), pág. 84; e ibíd., pág. 458.

"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 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 concerniente a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*[162]. 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 Corte analizó la cuestión basándose en la noción de "control". Por un lado, sostuvo que los Estados Unidos de América eran responsables de la "planificación, dirección y apoyo" que los Estados Unidos de América habían proporcionado a los operativos nicaragüenses[163]. Rechazó, en cambio, la acusación más amplia de Nicaragua de que todo el comportamiento de los *contras* era atribuible a los Estados Unidos de América 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

---

[162] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14.

[163] Ibíd., pág. 51, párr. 86.

> 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 violaciones."[164]

Así, pues, aunque se consideró responsable a los Estados Unidos de América 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 Penal Internacional para la ex Yugoslavia también ha abordado estas cuestiones"[165]. En el asunto *Fiscal c. Tadić*, 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 qué en derecho internacional se debería fijar un límite alto al evaluar el criterio de control cualesquiera que sean las circunstancias."[166]

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

---

[164] Ibíd., págs. 62, 64 y 65, párrs. 109 y 115. Véase también la opinión individual del magistrado Ago, ibíd., pág. 189, párr. 17.

[165] Asunto IT-94-1, *Prosecutor v. Tadic*, (1999), *I.L.M.*, vol. 38, pág. 1518. En cuanto a la sentencia de la Sala de Primera Instancia (1997), véase ibíd., vol. 112, pág. 1.

[166] Asunto IT-94-1, *Prosecutor v. Tadic*, (1999), *I.L.M.*, vol. 38, pág. 1518, en la pág. 1541, párr. 117 (en cursivas en el original).

planificación y la supervisión de las operaciones militares"[167]. En su razonamiento, la mayoría consideró necesario disentir del planteamiento adoptado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Nicaragua*. Pero las cuestiones jurídicas y la situación práctica eran en este caso distintas de las que examinó la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Nicaragua*. 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 humanitario[168]. 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 éste[169].

6) Se plantean cuestiones en relación con el comportamiento de sociedades o empresas de propiedad estatal o bajo control estatal. Si esas sociedades actúan 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 evasión[170]. El hecho de que originalmente el Estado haya creado una sociedad, ya sea por ley especial o de otro modo, no constituye

---

[167] Ibíd., en la pág. 1546, párr. 145 (en cursivas en el original).

[168] Véase la explicación del magistrado Shahabuddeen, ibíd., en las págs. 1614 y 1615.

[169] 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 Irán-Estados Unidos: *Yeager v. Republic of Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, en la pág. 103. Véase también *Staarrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1983) 4 *Iran-U.S.C.T.R.* 122, en la pág. 143, y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Loizidou v Turkey, Merits, E.C.H.R. Reports*, 1996-VI, pág. 2216, en las págs. 2235 y 2236, párr. 56. Véase asimismo ibíd., en la pág. 2234, párr. 52, y la resolución dictada sobre las objeciones preliminares: *E.C.H.R., Series A, N° 310 (1995)*, en el párr. 62.

[170] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J., Reports 1970*, pág. 3, en la pág. 39, párrs. 56 a 58.

base suficiente para atribuir al Estado el comportamiento ulterior de esa entidad[171]. 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, 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 expropiación[172]. Por otra parte, cuando ha habido pruebas de que la sociedad ejercía atribuciones del poder público[173] o de que el Estado utilizaba su propiedad o su control de la sociedad con el fin específico de obtener un resultado determinado[174], se ha atribuido al Estado el comportamiento[175].

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

---

[171] Por ejemplo, los consejos de trabajadores examinados en *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran*, (1984) 5 *Iran-U.S.C.T.R.* 361; *Otis Elevator v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 14 *Iran-U.S.C.T.R.* 283; *Eastman Kodak Co. v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 153.

[172] *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Co.* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 23. Véanse también *International Technical Products Corp. v. Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-U.S. C.T.R.* 206; *Flexi-Van Leasing Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 12 *Iran-U.S.C.T.R.* 335, en la pág. 349.

[173] *Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran* (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79; *Petrolane Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1991) 27 *Iran-U.S.C.T.R.* 64.

[174] *Foremost Tehran Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 228; *American Bell International v. Islamic Republic of Iran* (1986) 12 *Iran-U.S.C.T.R.* 170.

[175] Véase también *Herzberg et. al. v. Finland*, (Comunicación N° R.14/61), (1982), en A/37/40, anexo XIV, párr. 9.1. Véase asimismo *X v. Ireland* (App. 4125/69), (1971) 14 *Yearbook E.C.H.R.* 198; *Young, James and Webster v. United Kingdom, E.C.H.R., Series A*, vol. 44 (1981).

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 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 regulares[176]: 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 Irán-Estados Unidos de América 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

[176] La legitimidad de este principio se reconoce en el artículo 2 del Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre: J. R. Scott (ed.), *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1907* (Nueva York, Oxford University Press, 1920), vol. I, pág. 623; y en el artículo 4, párr. A, apartado 6, del Convenio de Ginebra relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra, de 12 de agosto de 1949, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, pág. 140.

artículo 9. El asunto *Yeager c. República Islámica del Irán* 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...

> "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 expresamente."[177]

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.

---

[177] (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, en la pág. 104, párr. 43.

El comportamiento de los órganos de un gobierno de esta índole se rige más bien por el artículo 4 que por el artículo 9[178].

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" trasmite 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 indole 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 Estado[179].

## 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.

---

[178] Véase, por ejemplo, el laudo dictado por el Árbitro Taft en el asunto *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims* (Asunto Tinoco), *U.N.R.I.A.A.*, vol. 1, pág. 371 (1923) en las 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 factor-Regime im Völkerrecht* (Colonia, Heymanns, 1968), págs. 70 y 71. El comportamiento de un gobierno en el exilio podría estar comprendido en el artículo 9, según las circunstancias.

[179] Véase, por ejemplo, el asunto *Sambiaggio*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. X, pág. 512 (1904) y, más adelante, el artículo 10 y el comentario correspondiente.

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 participan 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 reclamaciones[180]

[180] Por lo que respecta a las decisiones de las distintas comisiones mixtas, véase *Zuloaga and Miramón Governments*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 2881; *Confederate States*, ibíd., pág. 2886; *Confederate Debt*, ibíd., pág. 2900; *Maximilian Government*, ibíd., pág. 2902, en las págs. 2928 y 2929.

y los tribunales arbitrales[181], 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 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 insurrección[182]. 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 Codificación 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 Estado[183].

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

---

[181] Véase, por ejemplo, *British Claims in Spanish Zone of Morocco*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 615 (1925), en la pág. 642; *Several British Subjects (Iloilo Claims)*, ibíd., vol. V, pág. 158, en las págs. 159 y 160.

[182] *U.N.R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 358 (1928), en la pág. 361 (que remite al *Home Missionary Society*, ibíd., vol. VI, pág. 42 (1920); *Moore Digest*, vol. VI, pág. 956; vol. VII, pág. 957. Cf. el asunto *Sambiaggio*, *U.N.R.I.A.A.*, ibíd., vol. X, pág. 499 (1903), en la pág. 524.

[183] Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, vol. III: *Bases of discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee* (Doc. C.75.M.69.1929.V), pág. 108; *Supplement to Volume III: Replies made by the Governments to the Schedule of Points: Replies of Canada and the United States of America* (Doc. C.75(a).M.60(a).1929.V), págs. 3 y 20.

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 situación 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 II de 1977 puede servir de pauta[184]. 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

---

[184] 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), 8 de junio de 1977, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, pág. 609.

en otros contextos[185]. 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 origen[186]. 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 respecto de Venezuela (1903) y México (1920-30), 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 *Bolivar 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 favorable."[187]

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

---

[185] Véase H. Atlam, "International Liberation Movements and International Responsibility", B. Simma and M. Spinedi, *United Nations Codification of State Responsibility* (Nueva York, Oceana, 1987), pág. 35.

[186] Como señaló la Corte en la opinión consultiva emitida en el asunto de *Namibia*, "[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": *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J., Reports 1971*, pág. 16, en la pág. 54, párr. 118.

[187] *U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 445 (1903), en la pág. 453. Véase también *Puerto Cabello and Valencia Railway Company*, ibíd., pág. 510 (1903), en la pág. 513.

conformidad con las normas reconocidas del derecho público"[188]. 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, en mi opinión, negar la responsabilidad del Estado."[189]

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 Codificación de 1930[190]. Basándose en las respuestas recibidas de varios gobiernos, el Comité Preparatorio de la Conferencia 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"[191]. 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

---

[188] *U.N.R.I.A.A.*, vol. X, pág. 285 (1902) en la pág. 354. Véase también el asunto *Dix*, ibíd., vol. IX, pág. 119 (1902).

[189] *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, pág. 327 (1928), en la pág. 353.

[190] Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, vol. III; *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee* (Doc. C.75.M.69.1929.V), págs. 108 y 116; reproducido en *Anuario..., 1956*, vol. II, pág. 219, en la pág. 220.

[191] Base de discusión N° 22 c), Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, vol. III; *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee* (Doc. C.75.M.69.1929.V), pág. 118; reproducido en *Anuario..., 1956*, vol. II, pág. 219, en la pág. 220.

Suprema de Namibia fue incluso más lejos al aceptar la responsabilidad por "todo lo que hubiera hecho" el Gobierno sudafricano anterior[192].

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 los 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.

---

[192] Guiada en particular por una disposición de la Constitución, la Corte afirmó que "el nuevo gobierno hereda la responsabilidad de los hechos cometidos por los antiguos órganos del Estado". *Minister of Defence, Namibia v. Mwandinghi*, 1992 (2) SA 355, en la pág. 360; *I.L.R.*, vol. 91, pág. 341, en la pág. 361. Véase, por otra parte, *44123 Ontario Ltd. v. Crispus Kiyonga*, (1992) 11 Kampala LR 14, en las págs. 20 y 21; *I.L.R.*, vol. 103, pág. 259, en la pág. 266 (High Court, Uganda).

## 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 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 *Faros*, 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..."[193]. 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 territorio[194]. 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 del *Personal diplomático y consular de los Estados* Unidos *de América en Teherán*[195] es un ejemplo más de la adopción ulterior por el Estado de un comportamiento determinado. En ese asunto, la Corte 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 Estado."[196]

---

[193] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 155 (1956), en la pág. 198.

[194] 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, de 23 de agosto de 1978, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1946, pág. 3.

[195] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J., Reports 1980*, pág. 3.

[196] Ibíd., en la pág. 35, párr. 74.

En este caso no tenía importancia si la "aprobación" del comportamiento de los militantes tenía simplemente un efecto prospectivo o si hacía que el Estado 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 inmediato[197]. En otros casos no existe esa responsabilidad anterior. Cuando el reconocimiento y la adopción del comportamiento como propio se hace de manera inequívoca e incondicional, hay buenas razones para darle efecto retroactivo, cosa que la Corte hizo en el arbitraje de los *Faros*[198]. 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. Meir Ministro 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"[199]. En la resolución 138 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"

---

[197] Ibíd., en las págs. 31 a 33, párrs. 63 a 68.

[198] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 161 (1956), en las págs. 197 y 198.

[199] *Actas Oficiales del Consejo de Seguridad*, 865ª sesión, 22 de junio de 1960, pág. 4.

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 aprobacións[200]. En el asunto del *Personal diplomático y consular*, la Corte utilizó expresiones como "aprobación", "apoyo", "la aprobación oficial del Gobierno" y "la decisión de perpetuar [la situación]"[201]. 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 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

---

[200] 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.

[201] *Diplomatic and Consultar Staff, I.C.J., Reports 1980*, pág. 3.

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 del *Personal diplomático y consular*), o se pueden deducir del comportamiento del Estado.

## Capítulo III

## LA VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

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 Estados[202]. 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

---

[202] Véase la introducción a estos comentarios, párrs. 2 a 4.

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 el marco de las normas secundarias de la responsabilidad de los Estados[203].

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.

[203] Véase, por ejemplo, la clasificación de las obligaciones de comportamiento y de resultado, comentario al artículo 12, párrs. 11 y 12.

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 Corte Internacional, por ejemplo, ha utilizado expresiones como "incompatibilidad con las obligaciones"[204] actos "contrarios" a una norma determinada o "no conformes con" ella[205] e "incumplimiento de... obligaciones

---

[204] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J., Reports 1980*, pág. 3, en la pág. 29, párr. 56.

[205] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en la pág. 64, párr. 115, y en la pág. 98, párr. 186, respectivamente.

convencionales"[206]. En el asunto *ELSI*, una Sala de la Corte señaló que "se plantea la cuestión de si la requisa estaba en conformidad con las exigencias... del Tratado de amistad, comercio y navegación"[207]. La expresión "no está en conformidad con lo 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 están 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 ésta". 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

---

[206] *Gabčíkovo-Nagymaros Project,(Hungary/Slovakia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 46, párr. 57.

[207] *Electtronica Sicula S.p.A. (ELSI), I.C.J., Reports 1989*, pág. 15, en la pág. 50, párr. 70.

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 unilateral[208]. 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 Corte Internacional de Justicia 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 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 unilateral[209]. Además, como se desprende

---

[208] Por ejemplo, Francia se comprometió por un acto unilateral a no realizar nuevos ensayos nucleares en la atmósfera: *Nuclear Tests (Australia v. France), I.C.J., Reports 1974*, pág. 253; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), I.C.J., Reports 1974*, pág. 457. El alcance de la obligación asumida mediante ese acto fue precisado en *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Test (New Zealand v. France) Case, I.C.J., Reports 1995*, pág. 288.

[209] La Corte Internacional ha reconocido en varias ocasiones "[l]a existencia de normas idénticas en derecho internacional convencional y consuetudinario": véase *North Sea Continental Shelf Cases, I.C.J., Reports 1969*, pág. 3, en las págs. 38 y 39, párr. 63; *Military and Paramilitary Activities, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en la pág. 95, párr. 177.

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"[210]. 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"[211]. En el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia 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"[212].

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*

---

[210] *Dickson Car Wheel Co, U.N.R.I.A.A.*, vol. IV pág. 669 (1931); compárese con *Goldenberg*, ibíd., vol II, pág. 901 (1928) en las págs. 908 y 909; *International Fisheries Co.*, ibíd., vol. IV pág. 691 (1931), en la pág. 701 ("algún principio de derecho internacional"); *Armstrong Cork Co.*, ibíd., vol. XIV, pág. 159 (1953), en la pág. 163 ("cualquier norma de derecho internacional").

[211] *Rainbow Warrior (New Zealand/France), U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en la pág. 251, párr. 75. Véase asimismo *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J., Reports 1970*, pág. 3, en la pág. 46, párr. 86 ("violación de una obligación internacional nacida de un tratado o de una norma general de derecho").

[212] *I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la 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.

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"[213]. En lo que concierne al origen de la obligación violada, existe un régimen general único de responsabilidad de los Estados. Tampoco hay una distinción 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 artículos[214] 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 sobre el derecho de los tratados, 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

---

[213] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en la pág. 251, párr. 75.

[214] Véase el capítulo II, tercera parte y su comentario; véase también el artículo 48 y el comentario correspondiente.

contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter"[215]. 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 Estados[216]. 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 103[217], deriva de sus disposiciones expresas y del 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

---

[215] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

[216] Véanse los artículos 40 y 41 y los comentarios correspondientes.

[217] 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 convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta".

imponer ninguna restricción al objeto de la obligación violada[218]. 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 Corte Permanente afirmó en su primera sentencia dictada en el asunto del *S.S. "Wimbledon"*, que "el derecho a concertar acuerdos internacionales es atributo de la soberanía del Estado"[219]. Esa afirmación ha sido reiterada a menudo"[220].

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 Corte en el asunto de las *plataformas petroleras*[221]. 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

---

[218] Véase, por ejemplo, *Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, N° 9*, pág. 21; *Factory at Chorzów, Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17*, pág. 29; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, I.C.J., Reports 1949*, pág. 174, en la pág. 184. En esas resoluciones se afirma que "toda violación de una obligación internacional" da lugar a responsabilidad internacional. Véase asimismo *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, I.C.J., Reports 1950*, pág. 221, en la pág. 228.

[219] *S.S. "Wimbledon", Judgments, 1923, P.C.I.J., Series A, N° 1*, pág. 25.

[220] Véase, por ejemplo, *Nottebohm, Second Phase, I.C.J., Reports 1955*, pág. 4, en las págs. 20 y 21; *Right of Passage over Indian Territory, Merits, I.C.J., Reports 1969*, pág. 6, en la pág. 33; *Military and Paramilitary Activities, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en la pág. 131, párr. 259.

[221] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, I.C.J., Reports 1996*, pág. 803.

relativas al uso de la fuerza no quedan *per se* excluidas del ámbito del Tratado de 1955."[222]

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. 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 exclusiva[223], y no parece tener consecuencias concretas ni directas en lo que respecta a los presentes artículos. En el asunto *Colozza*[224], 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 de la Convención 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 la Convención 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...

---

[222] Ibíd., en las págs. 811 y 812, párr. 21.

[223] Cf. *Gabčikovo-Nagymaros Project, I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 77 (párr. 135), en que la Corte se refirió a las partes diciendo que aceptaron "obligaciones de comportamiento, obligaciones de cumplimiento y obligaciones de resultado".

[224] *Colozza and Rubinat v. Italy, E.C.H.R., Series A, N° 89* (1985).

la carga de probar que su propósito no era escapar de la justicia o que su ausencia se debía a fuerza mayor."[225]

El Tribunal consideró, por tanto, que el párrafo 1 del artículo 6 imponía una obligación de resultado[226]. Sin embargo, para decidir si había habido una violación de la Convención 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"[227]. 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 resultado[228].

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

---

[225] Ibíd., en las págs. 15 y 16, párr. 30, donde se cita el asunto *De Cubber v. Belgium*, *E.C.H.R., Series A, N° 86* (1984), pág. 20 (párr. 35).

[226] Compárese con el asunto *Plattform 'Ärzte für das Leben' v. Austria*, 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 de la Convención se refiere a las medidas que deben adoptar y no a los resultados que deben lograr."

*E.C.H.R., Series A, N° 139* (1988), pág. 12, párr. 34. En el asunto *Colozza*, en cambio, el Tribunal empleó términos parecidos pero concluyó que la obligación era de resultado. Compárese C. Tomuschat, "What is "Breach" of the European Convention on Human Rights?", en Lawson & de Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers* (Dordrecht, Nijhoff, 1994), pág. 315, en la pág. 328.

[227] *E.C.H.R., Series A, N° 89* (1985), en el párr. 28.

[228] Véase también *Islamic Republic of Iran v. United States of America, Cases A15 (IV) and A24*, (1998) 32 *Iran-U.S.C.T.R.*, 115.

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 casos[229]. Algunas obligaciones pueden ser violadas por la mera aprobación de leyes incompatibles[230]. 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 responsabilidad[231]. En otras circunstancias, la promulgación de una ley puede no equivaler de por sí a una violación[232], en particular si ese Estado tiene la posibilidad de aplicarla de

---

[229] Compárese *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 june 1947, I.C.J., Reports 1988*, pág. 12, en la pág. 30 (párr. 42).

[230] 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.

[231] Véase el artículo 4 y el comentario. Para ilustraciones, véase, por ejemplo, las conclusiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Norris v. Ireland, E.C.H.R., Series A, N° 142* (1988), párr. 31, en que se cita *Klass v. Germany, E.C.H.R., Series A, N° 28* (1978), en el párr. 33; *Marckx v. Belgium, E.C.H.R., Series A, N° 31* (1979), en el párr. 27; *Johnston v. Ireland, E.C.H.R., Series A, N° 112* (1986), en el párr. 33; *Dudgeon v. United Kingdom, E.C.H.R., Series A, N° 45* (1981), párr. 41; *Modinos v. Cyprus, E.C.H.R., Series A, N° 259* (1993), en el párr. 24. Véase también la opinión consultiva OC-14/94, *Responsabilidad internacional por la promulgación y aplicación de leyes en violación de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Inter-Am.Ct.H.R., Series A, N° 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: opinión consultiva OC-3/83, *Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Inter-Am.Ct.H.R., Series A, N° 3* (1983).

[232] Como sostuvo la Corte Internacional en *LaGrand (Germany v. United States of America), Merits*, dictamen de 27 de junio de 2001, párrs. 90 y 91.

manera que no viole la obligación internacional de que se trate. En tales casos, la existencia una violación dependerá de si se aplica la ley y de qué manera[233].

Artículo 13

Obligación internacional en vigencia respecto de un 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 *Isla de Palmas*:

> "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 hecho."[234]

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.

---

[233] Véase, por ejemplo, el informe del Grupo sobre la OMC en los Estados Unidos - capítulos 301 a 310 de la Trade Act de 1974, WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999, párrs. 7.34 a 7.57.

[234] *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 829, en la pág. 845 (1949). Sobre el derecho intertemporal en general véase la resolución del Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 56 (1975), en las págs. 536 a 540; 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 M. Spinedi y B. Simma (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility* (Oceana, Nueva York, 1987), pág. 95.

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 de América/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 extranjeros[235]. 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 Bretaña[236].

3) El arbitro 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*[237], 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

---

[235] Véase el asunto *"Enterprize"*, (1855), de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, pág. 703; Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, pág. 4349, en la pág. 4373. Véanse asimismo los asuntos *Hermosa* y *Créole*, (1855), de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, págs. 703 y 704; Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, págs. 4374 y 4375.

[236] Véase el laudo *Lawrence*, (1855) de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, pág. 740, en la pág. 741; Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 2824. Véase asimismo el asunto *Volusia*, (1855) de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, pág. 741.

[237] *U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 66 (1902).

momento de la captura del buque"[238]. 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 Rusia debía pagar una indemnización[239]. El mismo principio ha sido aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Derechos Humanos para desestimar demandas relativas a períodos en que el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no estaba en vigor para los Estados interesados[240].

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 arbitraje[241], 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 realización[242].

---

[238] Ibíd., en la pág. 69.

[239] Ibíd. Véase asimismo el asunto de *C.H. White, U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 71 (1902), en la pág. 74. En estos asuntos, con arreglo a lo dispuesto por el compromiso mismo, el arbitro 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 *S.S. Lisman,* ibíd., vol. III, pág. 1767 (1937), en la pág 1771.

[240] Véase, por ejemplo, *X v. Germany* (Application 1151/61) (1961), *Recueil des decisions de la Commissión européene des droits de l'homme*, N° 7, pág. 119 y muchas decisiones posteriores.

[241] 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: *U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 57 (1900).

[242] Véase, por ejemplo, P. Tavernier, *Recherche sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public* (París, L.G.D.J., 1970), págs. 119, 135, 292;
D. Bindschedler-Robert, "De la rétroactivité en droit international public", *Recueil d'études de droit international public en hommage à Paul Guggenheim* (Ginebra, Faculté de droit, Institut

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 sobre el Derecho de los Tratados, 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 ocurrió[243].

---

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, Pédone, 1968), pág. 304; T. O. Elías, "The doctrine of Intertemporal Law", *A.J.I.L.*, vol. 74 (1980), pág. 285; R. Higgins, "Time and the Law", *I.C.L.Q.*, vol. 46 (1997), pág. 501.

[243] En cuanto al efecto retroactivo del reconocimiento y aprobación de un comportamiento por un Estado, véase 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.

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 Corte Internacional en el asunto del *Camerún 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 reparación."[244]

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 subsistía[245].

8) En el fallo dictado por la Corte Internacional en el asunto relativo a *Ciertas tierras fosfáticas en 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 indebida[246]. Sin embargo agregó que:

---

[244] *Northern Cameroons, Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1963*, pág. 15, en la pág. 35.

[245] *Rainbow Warrior (New Zealand/France), U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en las págs. 265 y 266.

[246] *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia) Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1992*, pág. 240, en las págs. 253 a 255, párrs. 31 a 36. Véase el artículo 45 b) y su comentario.

"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 aplicable."[247]

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, por que su acción se basaba en una transgresión del Acuerdo de Administración Fiduciaria, que había quedado sin efecto en 1968, fecha en que había alcanzado la independencia. El argumento de Nauru era básicamente que la responsabilidad de Australia, una vez que se hacía valer con arreglo al derecho vigente en determinado momento, subsistía aunque hubiese quedado sin efecto la obligación primaria[248].

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 del Tribunal en la opinión consultiva relativa a Namibia (*África Sudoccidental)*[249]. 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 casos[250], 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

---

[247] *I.C.J., Reports 1992*, pág. 240, en la pág. 255, párr. 36.

[248] Las partes llegaron a una transacción antes de que la Corte tuviese ocasión de examinar el fondo: *I.C.J., Reports 1993*, pág. 322; véase el Acuerdo de Transacción de 10 de agosto de 1993 en United Nations, *Treaty Series*, vol. 1770, pág. 380.

[249] *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J., Reports 1971*, pág. 16, en págs. 31 y 32, párr. 53.

[250] Véase, por ejemplo, el dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Tyrer v. United Kingdom, E.C.H.R., Series A, N° 26 (1978)*, en las págs. 15 y 16.

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 obligación[251].

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.

Comentario

1) El problema de determinar cuándo comienza y cuánto dura un hecho ilícito se plantea frecuentemente[252] y tiene consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los

---

[251] Véase, por ejemplo, *Zana v. Turkey, E.C.H.R., Reports*, 1997-VII, pág. 2533; J. Pauwelyn, "The Concept of a "Continuing Violation" of an International Obligation: Selected Problems", *B.Y.I.L.*, vol. 66 (1995), pág. 415, en las págs. 443 y 445.

[252] Véase, por ejemplo, *Mavrommatis Palestine Concessions, 1924, P.I.C.J., Series A, N° 2*, pág. 35; *Phosphates in Morocco (Preliminary objections), 1938, P.I.C.J., Series A/B, N° 74*, págs. 23 a 29; *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, 1939, P.I.C.J., Series A/B, N° 77*, pág. 64, en las págs. 80 a 82; *Right of Passage over Indian Territory, Merits, I.C.J., Reports, 1960*, pág. 6, en las págs. 33 a 36. La cuestión se ha planteado con frecuencia ante los órganos de la Convención Europea de Derechos Humanos. Véase, por ejemplo, la decision de la Comisión en el asunto *De Becker v. Belgium*, (1958-1959) *2 E.C.H.R., Yearbook*, pág. 214, en las págs. 234 y 244, y los fallos del Tribunal sobre el asunto *Ireland c United Kingdom, E.C.H.R., Series A, N° 25* (1978), pág. 64; *Papamichalopoulos and Others v Greece,*

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 encaminada 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 período[253]. 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

---

*E.C.H.R., Series A, N° 260-B* (1993), párr. 40; *Agrotexim and Others v Greece, E.C.H.R., Series A, N° 33-A* (1995), pág. 22, párr. 58. Véase también E. Wyler, "Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite", *R.G.D.I.P.*, vol. 95 (1991), pág. 881.

[253] Véase *supra*, artículo 13 y comentario, especialmente el párrafo 2.

a un funcionario extranjero u ocupar ilegalmente locales de embajadas, mantener por la fuerza un dominio colonial, ocupar ilegalmente parte del territorio 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 desconocido[254]. 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 encubierta[255]. 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 continuado[256].

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

---

[254] *Blake, Inter-Am.Ct.H.R., Series C, Nº 36* (1998), párr. 67.

[255] *Papamichalopoulos v. Greece, E.C.H.R., Series A, Nº 260-B* (1993).

[256] *Loizidou v. Turkey, Merits, E.C.H.R., Reports* 1996-VI, pág. 2216.

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 Triepel[257]. La Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales han hecho referencia repetidamente a ese concepto. Por ejemplo, en el asunto de los *Funcionarios diplomáticos y consulares*, 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[258].

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

---

[257] 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 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 Corte Internacional de Justicia.

[258] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J., Reports 1980,* pág. 3, en la pág. 37, párr. 80. Véase también pág. 37, párr. 78.

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 Zelandia. 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 actos, 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 características."[259]

El Tribunal procedió seguidamente a sacar otras conclusiones jurídicas de esa distinción, con respecto a la duración de las obligaciones contraídas por Francia en virtud del acuerdo[260].

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 y otros c. Grecia*, 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

---

[259] *Rainbow Warrior (New Zealand/France), U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en la pág. 264, párr. 101.

[260] Ibíd., págs. 265 y 266, párrs. 105 y 106. Véase sin embargo la opinión discrepante de Sir Kenneth Keith, ibíd., págs. 279 a 284.

del Primer Protocolo del Convenio, que seguía ocurriendo después de que el Protocolo hubiera entrado en vigor, por lo que se declaró competente para conocer de la demanda[261].

10) En el asunto *Loizidou c. Turquía*[262], el Tribunal aplicó un razonamiento análogo con respecto a las consecuencias de 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 la 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 Primer Protocolo[263].

11) El Comité de Derechos Humanos también ha dado su aprobación al concepto de hechos ilícitos continuados. Por ejemplo, en el asunto *Lovelace c. el Canadá*, 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:

---

[261] *Papamichalopoulos and Others v. Grecia, E.C.H.R., Series A, N° 260-B* (1993).

[262] *Loizidou v. Turkey, Merits, E.C.H.R. Reports* 1996-VI, pág. 2216.

[263] Ibíd., en las págs. 2230 a 2232, 2237 y 2238, párrs. 41 a 47, 63 y 64. Véase sin embargo la opinión discrepante del magistrado Bernhardt, ibíd., 2242, párr. 2 (con quien se manifestaron sustancialmente de acuerdo los magistrados Lopes Rocha, Jambrek, Pettiti, Baka y Gölcüklü). Véanse también *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections) E.C.H.R., Series A. N° 310* (1995), en las págs. 33 y 34, párrs. 102 a 105; *Cyprus v. Turkey* (Application N° 25781/94), *E.C.H.R.*, fallo dictado el 10 de mayo de 2001.

> "por lo general, no tiene competencia para examinar denuncias relativas a acontecimientos que han ocurrido 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... Sin embargo, el Comité reconoce que la situación sería distinta si las presuntas violaciones, aunque estén 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 violaciones."[264]

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 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 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

---

[264] *Lovelace c. el Canadá*, comunicación N° R6/24, *Documentos Oficiales de la Asamblea* General, *trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 40* (A/36/40) (1981), pág. 174, párrs. 10 y 11.

comportamiento[265], la instigación o la tentativa[266], 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 ilícito[267]. En el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, el problema planteado era cuándo se había puesto realmente en práctica el plan de desviación ("Variante C"). La Corte 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

---

[265] 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 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J., Reports 1996*, pág. 226, en las págs 246 y 247, párrs. 47 y 48; véase también R. Sadurska, "Threats of Force", *A.J.I.L.*, vol. 82 (1988), pág. 239.

[266] Al respecto, la formulación del artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 es bastante amplia, ya que prohíbe, además del genocidio propiamente dicho la asociación delictiva, la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad. Véase también el artículo 2 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas con bombas, de 1997, A/RES/52/164, y el artículo 2 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 1999, A/RES/54/109.

[267] 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, *An Introduction to Comparative Law* (3ª ed.) (trad. J. A. Weir) (Oxford, Oxford University 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": ibíd., pág. 494 (derecho alemán). No parece haber un concepto equivalente en el derecho internacional, pero según el párrafo 3 a) del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 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.

> no se habría puesto en práctica. Ese tipo de situación es común en el derecho internacional, e incluso en el derecho interno. Un hecho ilícito o un delito a menudo va precedido de actos preparatorios que no deben confundirse con el propio hecho o delito. Debe establecerse, además, la distinción entre la perpetuación efectiva del hecho ilícito (ya sea instantáneo o continuado) y la conducta previa al hecho, que es de carácter preparatorio y no puede considerarse hecho ilícito..."[268]

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" y "se produce" en la española) 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

---

[268] *Gabčíkovo-Nagymaros Project, I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 54, párr. 79, en que se cita el proyecto de comentario actual al artículo 30.

a la *Fundición Trail*[269] fue violada en tanto continuó la emisión de contaminantes. De hecho, en esos casos la violación puede verse agravada progresivamente 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 continuado[270]. Si la obligación de que se trata ha cesado, cualquier comportamiento continuado cesa por definición en ese momento de ser ilícito[271]. Las palabras del párrafo 3, "y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación", están encaminadas a precisar esas dos cosas.

## 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

---

[269] *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1905 (1938, 1941).

[270] 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.

[271] Véase el arbitraje *Rainbow Warrior*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en pág. 266.

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 prohibiciones del 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 15[272].

3) Aun cuando posee características especiales, la prohibición del genocidio, enunciada en idénticos términos en la Convención de 1948 y en instrumentos posteriores[273], 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 la "matanza de miembros [de un grupo nacional, étnico, racial

---

[272] Véase en especial J. Salmón, "Le fait étatique complexe: une notion contestable", *A.F.D.I.*, vol. XXVIII (1982), pág. 709.

[273] Véanse, por ejemplo, el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991, de 25 de mayo de 1993 (publicado inicialmente como anexo al documento S/25704 y Add.1, aprobado por el Consejo de Seguridad por su resolución 827 (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 el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos, de 8 de noviembre de 1994, aprobado por el Consejo de Seguridad por su resolución 955 (1994); y el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998 (A/CONF.183/9).

o religioso]" perpetrada con la intención de destruir, 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 genocidio[274].

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 aún cuando éstos se hayan producido por motivos étnicos o raciales.

5) En *Irlanda c. el Reino Unido*, 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

[274] El principio intertemporal no es aplicable a la Convención sobre el Genocidio, 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 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1996*, pág. 595, en la pág. 617, párr. 34.

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 de la Convención y para pedir que se pusiera fin a ella. El tribunal sostuvo que:

> "Una práctica incompatible con la Convención 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 de la Convención, 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 práctica."[275]

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 ilícito[276], 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

---

[275] *E.C.H.R., Series A, N° 25* (1978), pág. 64, párr. 159 (subrayado añadido); véase también ibíd., pág. 63, párr. 157. Véase asimismo la reconvención del Estados Unidos en el asunto *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Counter-Claim, I.C.J., Reports 1998*, pág. 190, que también se centra en la situación general más que en los casos particulares.

[276] Véanse, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, pág. 195, art. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171, art. 26.

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 hayan 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 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

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 III[277]. El principio de que la responsabilidad 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 aisladamente[278]. 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 ilícito[279]. También puede darse un comportamiento internacionalmente ilícito en

---

[277] Véase especialmente el artículo 2 y su comentario.

[278] Véase M. L. Padelletti, *Pluralità di Stati nel Fatto Illecito Internazionale* (Milán, Giuffrè, 1990); I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility (Part I)* (Oxford, Clarendon Press, 1983), págs. 189 a 192; J. Quigley, "Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility", *B.Y.I.L.*, vol. 57 (1986), pág. 77; J. E. Noyes & B. D. Smith, "State Responsibility and the Principle of Joint and Several Liability", *Yale Journal of International Law*, vol. 13 (1988), pág. 225; B. Graefrath, "Complicity in the Law of International Responsibility", *Revue belge de droit international*, vol. 29 (1996), pág. 370.

[279] 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. Véase el artículo 57 y su comentario.

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 relativo a *Ciertas tierras fosfatadas en Nauru* se inició un procedimiento solamente contra Australia por hechos cometidos "en nombre" de los tres Estados[280]. 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 la Convención Europea, donde era probable que sufriera tratos o penas inhumanos o degradantes, suponía una violación del artículo 3 de la Convención por el Estado que concediera la extradición[281]. 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

---

[280] *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru c. Australia), Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1992*, pág. 240, en pág. 258, párr. 47; véase también la opinión separada del juez Shahabuddeen, ibíd., pág. 284.

[281] *Soering v. United Kingdom, E.C.H.R., Series A*, N° 161 (1989), págs. 33 a 36, párrs. 85 a 91. Véase también *Cruz Varas v. Sweden, E.C.H.R., Series A*, N° 201 (1991), pág. 28, párrs. 69 a 70; *Vilvarajah v. United Kingdom, E.C.H.R., Series A*, N° 215 (1991), pág. 37, párrs. 115 a 116.

la responsabilidad en el caso *Canal de Corfú*[282] 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 coacción[283], 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

---

[282] *Corfu Channel, Merits, I.C.J., Reports 1949*, pág. 4, en pág. 22.

[283] Si un Estado ha sido objeto de coacción, la ilicitud del hecho que haya cometido puede quedar excluida si se debe a fuerza mayor: véase el artículo 23 y su comentario.

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 responsabilidad[284]. Esto se justifica porque la responsabilidad conforme al capítulo IV es, en cierto modo, derivada[285]. 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

---

[284] Véase *supra*, en la introducción a los artículos, párrafos 1, 2 y 4 una explicación de la distinción.

[285] Cf. el término "*responsabilité derivée*" empleado por el árbitro Huber en *British Claims in the Spanich Zone of Morocco, U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 615 (1924), en pág. 648.

internacionales. No puede permitirse que las normas de la responsabilidad derivada contravengan el principio, enunciado en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 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 esta parte 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 cuestiones de responsabilidad del Estado, sobre la que los artículos son neutrales[286].

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 instigador.[287]

---

[286] Véase *supra*, comentario al artículo 2, párrs. 3 y 10.

[287] Véase la declaración de los Comisionados Estados Unidos-Francia en relación con el asunto *French Indemnity of 1831* en Moore, *International Arbitrations*, vol. V, pág. 4397, en págs. 4473-75. Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*

Sin embargo, puede haber obligaciones específicas asumidas en virtud de un tratado que prohíban la instigación en determinadas circunstancias[288]. 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 sí:

---

*(Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en pág. 129, párr. 255, y la opinión disidente del juez Schwebel, ibíd., pág. 379, párr 259.

[288] Véase, por ejemplo, artículo III c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, United Nations, *Treaty Series*, vol 78, pág.277; artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, pág. 195.

a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito;

b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

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 hechos[289]. Esas

[289] Véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 2625 (XXV), de 4 de octubre de 1970, primer principio, párr. 9; y 3314 (XXIX), anexo, párr. 3 f).

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 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 sobre el Derecho de los Tratados[290]. 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 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 Iraq[291]. El Gobierno británico negó tanto la acusación de que poseía armas químicas como de que

---

[290] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

[291] Véase *New York Times*, 6 de marzo de 1984, pág. A1, col. 1.

las hubiesen suministrado al Iraq[292]. 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 acusación[293].

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 ilícito[294]. Otro ejemplo es el del bombardeo de Trípoli en abril de 1986. 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 libios[295]. Libia afirmaba que el Reino Unido sería considerado parcialmente responsable por haber apoyado el ataque y contribuido a él de manera directa[296]. El Reino Unido negó su

---

[292] Véase *New York Times*, 5 de marzo de 1984, pág. A3, col. 1.

[293] Véase *New York Times*, 26 de agosto de 1998, pág. A8, col. 1.

[294] Para el texto de esa nota véase *Z.a.ö.R.V.*, vol. 20 (1960) págs. 663 y 664.

[295] Véase Estados Unidos de América, *Department of State Bulletin*, N° 2111, junio de 1986, pág. 8.

[296] Véase la declaración del Embajador Hamed Houdeiry, Oficina Popular Libia, París, *The Times*, 16 de abril de 1986, pág. 6, col. 7.

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 estadounidenses[297]. 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 comisión de actos de agresión contra la Jamahiriya Árabe Libia"[298].

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 impuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas[299] o proporciona ayuda material a un Estado que utilice esa ayuda para cometer violaciones de los derechos humanos. A ese respecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas 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 humanos[300]. 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.

---

[297] Declaración de la Sra. Margaret Thatcher, Primer Ministro, *House of Commons Debates*, sexta serie, vol. 95, col. 737, (15 de abril de 1986), reprinted in *B.Y.I.L.*, vol. 57 (1986), pág. 638.

[298] Véase resolución 41/38 de la Asamblea General, 20 de noviembre de 1986, párrs. 1 y 3.

[299] Véase, por ejemplo, Informe del Presidente Clinton, *A.J.I.L.*, vol. 91 (1997), pág. 709.

[300] *Informe del Consejo Económico y Social, Informe de la Tercera Comisión de la Asamblea General*, proyecto de resolución XVII, 14 de diciembre de 1982, A/37/745, pág. 50.

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 ilícito[301]. 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 Corte Internacional 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"[302] del comportamiento de otro Estado, en ausencia de éste y sin su consentimiento. Este es el denominado principio del caso relativo al *Oro Amonedado*[303]. 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

---

[301] Para la cuestión de la responsabilidad concurrente de varios Estados por el mismo daño véase el artículo 47 y su comentario.

[302] *East Timor (Portugal v. Australia), I.C.J., Reports 1995*, pág. 90, en pág. 105, párr. 35.

[303] *Monetary Gold Removed from Rome 1943, I.C.J., Reports 1954*, pág. 19, en pág. 32 *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1992* pág. 240, en pág. 261, párr. 55.

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 *Oro Amonedado* 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 *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos*[304], 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 Potencia protectora de Marruecos, con lo cual el fallo de la Corte sería vinculante tanto para Francia como para Marruecos[305] y el caso se juzgó sobre esta base[306]. 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

---

[304] *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, I.C.J., Reports* 1952, pág. 176.

[305] Véase *I.C.J., Pleadings, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, vol. 1, pág. 235; ibíd., vol. II, págs. 431 a 433. Los Estados Unidos retiraron más adelante esa objeción preliminar: ibíd., pág. 434.

[306] Véase *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, I.C.J., Reports 1952*, pág. 176, en pág. 179.

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 *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*, 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"[307], y que el Estado protector es responsable "en lugar del Estado protegido"[308]. 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 peligro[309].
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

---

[307] *British Claims in the Spanish Zone of Morocco, U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 615 (1925), en pág. 649.

[308] Ibíd., pág. 648.

[309] Ibíd.

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 federal[310], 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 alemanas[311]. 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 *Robert E. Brown*[312], el Tribunal Arbitral falló que la autoridad de Gran Bretaña como

---

[310] Véase, por ejemplo, *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J., Reports 1999*, pág. 9, en pág. 16, párr. 28.

[311] Véase R. Ago, "L'occupazione bellica di Roma e il Trattato lateranense", *Comunicazioni e Studi* (Milán, Giuffré, 1946), vol. II, págs. 167 y 168.

[312] *Brown (United States) v. Great Britain, U.N.R.I.A.A.*, vol. VI, pág. 120 (1923).

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"[313]. 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"[314]. En consecuencia la relación de protección "no surtía el efecto de convertir a Gran Bretaña en responsable del acto impugnado "[315]. En el caso *Herederos del Duque de Guisa*[316], la Comisión de Conciliación franco-italiana falló que Italia era responsable de la requisa 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 requisa"[317]. 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 esfera[318].

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

---

[313] Ibíd., en pág. 130.

[314] Ibíd., en pág. 131.

[315] Ibíd.

[316] *Heirs of the Duc de Guise, U.N.R.I.A.A.*, vol. XIII, pág. 150 (1951).

[317] Ibíd., pág. 161. Véase también, en otro contexto, *Drodz & Janousek v. France & Spain, E.C.H.R., Series A, N° 240* (1992); véase también *Iribarne Pérez v. France, E.C.H.R., Series A, N° 325-C* (1995), en págs. 62 y 63, párrs. 29 a 31.

[318] 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, Berlín) (1965), *I.L.R.*, vol. 44, pág. 301, en págs. 340 a 342.

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 ilícita[319]. 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 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 Estados[320]. 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 al 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

---

[319] P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (3ª edición) (París, Presse Universitaire de France, 1995) págs. 159 a 161, párrs. 271 a 274.

[320] Véase el párrafo 2 del artículo 49 y el comentario.

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 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"[321]. 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"[322]. 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 caso[323].

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.

---

[321] Nota de la Embajada de Estados Unidos en Londres, 16 de febrero de 1925, en Hackworth, *Digest*, vol. V, pág. 702.

[322] Nota del Ministerio de Relaciones Exteriores Británico de 5 de julio de 1928, ibíd., pág. 704.

[323] 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", *A.J.I.L.*, vol. 6, pág. 389 (1912).

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 los presentes 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 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

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 cosa[324], 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 Corte Internacional en el asunto relativo al *Proyecto 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 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 hizo."[325]

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

---

[324] Por ejemplo, por un tratado que disponga lo contrario y que constituiría una *lex specialis* en virtud del artículo 55.

[325] *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en pág. 39, párr. 48.

en el capítulo V sirven de escudo y no de espada. Como hizo observar Fitzmaurice, 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"[326].

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 cuestión[327]. En el asunto del *Proyecto 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 tratado."[328]

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 sobre el Derecho de los Tratados[329], 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

---

[326] Fitzmaurice, Cuarto informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario..., 1959*, vol. XII, pág. 44.

[327] *Rainbow Warrior (Nueva Zelandia/Francia), U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en págs. 251 y 252, párr. 75.

[328] *I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en pág. 63, párr. 101; véase también pág. 38, párr. 47.

[329] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

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.

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 Discusión[330], enumeró dos "Circunstancias en que el Estado puede declinar su responsabilidad", a saber, la legítima defensa y las represalias[331]. 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° 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° 21). Sin embargo, estas cuestiones no se llevaron a ninguna conclusión.

6) La categoría de circunstancias que excluyen la ilicitud fue desarrollada por la Comisión de Derecho Internacional en su labor sobre la responsabilidad internacional por daños a extranjeros[332] y el cumplimiento de los tratados[333]. En definitiva, la cuestión de las excusas por el incumplimiento de tratados no quedó incluida en el ámbito de la

---

[330] *Anuario..., 1956*, vol. II, págs. 219 a 221.

[331] Ibíd., pág. 221. Bajo el mismo título se abordan cuestiones planteadas por la cláusula Calvo y el agotamiento de los recursos internos.

[332] *Anuario..., 1958*, vol. II, pág. 78. En cuanto a la discusión de las circunstancias realizada por García Amador, véase su "Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados", *Anuario..., 1956*, vol. II, págs. 200 a 206 y su "Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario..., 1958*, vol. II, págs 55 a 59.

[333] Fitzmaurice, "Cuarto Informe sobre el Derecho de los Tratados, *Anuario..., 1959*, vol. II, págs. 44 a 47 y, en cuanto a su comentario, ibíd., págs. 169 a 179.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[334]. 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 designación[335]. 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 reclamante. 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.

---

[334] Véase el artículo 73 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

[335] Véase el examen comparado de C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, (Munich, Beck, 2000), págs. 499 a 592.

9) El capítulo V enuncia las circunstancias que excluyen la ilicitud reconocidas actualmente en el derecho internacional general[336]. 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 ilicitud[337]. 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 ilicitud[338].
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 aquí[339].

---

[336] En lo que respecta a los efectos de la contribución al daño por el Estado lesionado u otra persona o entidad, véase el artículo 39 y su comentario. Esto no excluye la ilicitud, pero es pertinente para determinar el alcance y forma de la indemnización.

[337] Compárense *Diversion of Water from the Meuse (Países Bajos c. Bélgica), 1937, P.C.I.J., Series A/B, N° 79*, pág. 4, en las págs. 50 y 77. Véase también Fitzmaurice, Cuarto informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario..., 1959*, vol. II, págs. 46 a 51; D. W. Greig "Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties", *Virgina 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, 1987), págs. 245 a 317. En lo que respecta a la relación entre la excepción de incumplimiento y las contramedidas, véase *infra* el comentario a la parte 2, cap. II, párr. 5.

[338] Véase, por ejemplo, *Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, N° 9*, pág. 32; véase *Gabcíkovo-Nagymaros Project, I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 67, párr. 110.

[339] Véase J. J. A. Salmon, "Des "mains propes" comme condition de recevabilité des réclamations internationales", *A.F.D.I.*, vol. 10 (1964), pág. 225; A. Miaja de la Muela, "Le rôle de la condition des mains propes de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux"; en *Mélanges offerts á Juraj Andrassy* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1968), pág. 189, y la opinión disidente del juez Schwebel en *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en las págs. 392 a 394.

## 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 parte I. De conformidad con este principio, el consentimiento de un Estado a un determinado comportamiento 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 correspondiente[340]. 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,

[340] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969; United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331, art. 54 b).

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 "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 factor[341]. 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.

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

---

[341] 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 de octubre de 1946, reimpreso en *A.J.I.L.*, vol. 41 (1047), pág. 172, en las págs. 192 a 194.

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 4[342]. 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

---

[342] 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*, 873ª sesión, 13 y 14 de julio de 1960, en particular la declaración del representante de Bélgica, párrs. 186 a 188 y 209.

con el artículo 26 (cumplimiento de normas imperativas) que se aplica a la parte V en su conjunto[343].

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 mediante la actuación de su gendarme, que ayudó a las autoridades británicas a practicar la detención[344]. 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 misión[345].

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 otro[346]. 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

---

[343] Véase el comentario al artículo 26, párr. 6.

[344] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XI, pág. 243 (1911), en las págs. 252 a 255.

[345] Convención de Viena sobre Relaciones Diplomática de 16 de abril de 1961, United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, pág. 95, art. 22 1).

[346] 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 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 St. Germain. Véase *Customs Régime between Germany and Austria, 1931, P.C.I.J., Series A/B, N° 41*, pág. 37, en las págs. 46 y 49.

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 período[347]. 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 de Washington de 1965 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[348]. 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 tratados[349]. 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 principio general aplicable al disfrute de derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los Estados.

---

[347] 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 ejercito de ocupación.

[348] Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159, art. 27 1).

[349] Véase, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, United Nations, *Treaty Series*, arts. 7; 8 3); 14 1) g); 23 3).

## 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 2[350].

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, 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 guerra[351]. 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"

---

[350] Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J., Reports 1996*, pág. 226, en la pág. 244, párr. 38; pág. 263, párr. 96, en que se destaca la licitud del uso de la fuerza en legítima defensa.

[351] Véase también A. McNair y A. D. Watts, *Legal Effects of War* (cuarta edición) (Cambridge, Cambridge University Press, 1966), pág. 579.

entre sí[352]. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 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 de 1949 y el Protocolo I de 1977 se aplican por igual a todas las Partes en un conflicto armado internacional, y lo mismo ocurre con el derecho humanitario internacional consuetudinario[353]. 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 Corte Internacional en su opinión consultiva sobre la Legalidad del empleo o amenaza de empleo de armas nucleares (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*) 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:

---

[352] En *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, I.C.J., Reports 1996*, pág. 803, no se negó que el Tratado de Amistad de 1955 seguía vigente, pese a las repetidas acciones de las fuerzas navales de los Estados Unidos contra el Irán. En ese caso, ambas partes convinieron en que en la medida en que esas acciones estaban justificadas por la legítima defensa serían lícitas.

[353] Como dijo la Corte en la opinión consultiva sobre *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J., Reports 1996*, pág. 226, en pág. 257, párr. 79, las normas de derecho humanitario internacional constituyen principios inquebrantables del derecho consuetudinario internacional. Respecto de las relaciones entre derechos humanos y derecho humanitario en tiempo de conflicto armado, véase ibíd., pág. 240, párr. 25.

"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 proporcionalidad."[354]

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 tal[355].

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 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, la Corte observó que:

"Como en el caso de los principios de derecho humanitario, aplicable en los conflictos armadas, el derecho internacional no deja ninguna duda respecto de que el principio de neutralidad, cualquiera que sea su contenido, que tiene carácter fundamental similar al de los principios y normas humanitarios, es aplicable (a reserva de las disposiciones pertinentes de las Naciones Unidas) a todos los conflictos armados internacionales, sea cual fuere el tipo de armas que pueda utilizarse."[356]

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

---

[354] *I.C.J., Reports 1996*, pág. 226, en la pág. 242, párr. 30.

[355] Véase, por ejemplo, la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, United Nations, *Treaty Series,* vol. 1108, pág. 151.

[356] *I.C.J., Reports, 1996*, pág. 226, en pág. 261, párr. 89.

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 conformidad con 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 relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional

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"[357], 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 asuntos *Naulilaa*[358], *Cysne*[359], y *Air Services*[360].

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 relativo a *Air Services*[361], 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

---

[357] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungría/Eslovaquia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 55, párr. 83.

[358] *"Naulilaa (Responsibility of Germany for damage caused in the Portuguese colonies in the South of Africa), U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1011 (1928), en las págs. 1025 y 1026.

[359] *"Cysne" (Responsibility of Germany for acts committed subsequent to 31 July 1914 and before Portugal entered into the war), U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1035 (1930), en la pág. 1052.

[360] *Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France), U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, pág. 416 (1979).

[361] Ibíd., vol. XVIII, pág. 416 (1979), en especial en las págs. 443 a 446, párrs. 80 a 98.

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 posible."[362]

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

[362] Ibíd., vol. II, pág. 1052 (1930), en las págs. 1056 y 1057 (cursivas en original).

del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, cuando puso de relieve que la medida en cuestión debía "estar dirigida" contra el Estado responsable[363].

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 violada[364]. Por ejemplo, en el caso de una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto, la Corte Internacional ha afirmado que todos los Estados tienen un interés jurídico en su cumplimiento[365]. 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,

---

[363] *I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 55, párr. 83.

[364] 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.

[365] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J., Reports 1970*, pág. 3, en la pág. 32, párr. 33.

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.

Comentario

1) La fuerza mayor se invoca muchas veces como motivo para excluir la ilicitud de un hecho del Estado[366]. 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 internacionalmente 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".

---

[366] Véase el *Estudio de 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. 61.

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 interesado[367], aun si en sí mismo el perjuicio resultante fue accidental y no intencional[368].

---

[367] 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 de la Secretaría*, párrs. 255 y 256.

[368] 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 tiro."

Whiteman, *Damages*, vol. I, pág. 221. Véase también el *Estudio de la Secretaría*, párr. 130.

4) Al redactar lo que después sería el artículo 61 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Comisión de Derecho Internacional 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 tratado[369]. El mismo punto de vista fue adoptado en la Conferencia de Viena[370]. 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 Corte Internacional en el asunto *Proyecto Gabčíkoro-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 estricto."[371]

5) En la práctica, en muchos de los casos en que se invocó la "imposibilidad" no se trataba de una imposibilidad 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

---

[369] *Anuario..., 1966*, vol. II, pág. 279.

[370] Véase, por ejemplo, la propuesta del representante de México *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia*, pág. 196, A/CONF.39/14, párr. 131 a).

[371] *Gabčíkovo-Nagymaros Proyect (Hungary/Skovakia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 63, párr. 102.

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 ilicitud[372].

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[373] (párrafo 2 del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982[374]), así como en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención sobre el Comercio en Tránsito en los Estados sin Litoral, de 8 de julio de 1965[375]. 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 extranjeras[376]. En el arbitraje en el caso relativo a

---

[372] 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 de la Secretaría,* 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*, vol. XV, N° 376 (15 de septiembre de 1946), pág. 502, reproducidos en el *Estudio de la Secretaría*, párr. 144 y el incidente que suscitó la solicitud presentada a la Corte Internacional en 1954: *I.C.J., Pleadings, Treatment in Hungary of Aircraft and Crew of the United States of America*, 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.

[373] United Nations, *Treaty Series*, vol. 516, pág. 205.

[374] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1834, pág. 371.

[375] United Nations, *Treaty Series*, vol. 597, pág. 79.

[376] Véase, por ejemplo, la decisión de la Comisión de Reclamaciones Norteamericano-Británica en el caso *Saint Albans Raid* (1983), Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, pág. 4042;

los *Faros*, 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 faro[377]. En el caso relativo a las *Indemnizaciones rusas*, se aceptó el principio pero se rechazó la excepción de fuerza mayor porque el pago de la deuda no era materialmente imposible[378]. La Corte Permanente de Justicia Internacional, en los casos relativos a los *Préstamos Serbios* y los *Préstamos Brasileños*, 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)[379]. 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 Zelandia 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 mayor."[380]

---

*Estudio de la Secretaría*, párr. 339; las decisiones de la Comisión de Reclamaciones Norteamericano-Venezolana en el caso *Wipperman*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 3039; *Estudio de la Secretaría*, párrs. 349 y 350; asunto *De Brissot y otros*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 2967; *Estudio de la Secretaría*, párr. 352; y la decisión de la Comisión de Reclamaciones Británico-Mexicana en el caso *Gill: U.N.R.I.A.A.*, vol. V, pág. 157 (1931); *Estudio de la Secretaría*, párr. 463.

[377] *Ottoman Empire Lighthouses Concession, U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 155 (1956), en las págs. 219 y 220.

[378] Ibíd., vol. XI, pág. 421 (1912), en la página 443.

[379] *Serbian Loans, 1929, P.C.I.J., Series A, N° 20*, en las págs. 33 a 40; *Brazilian Loans, 1929, P.C.I.J., Series A, N° 21*, en la pág. 120.

[380] *Rainbow Warrior (New Zealand/France), U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en la pág. 253.

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 derecho[381].

9) Un Estado no puede invocar la fuerza mayor si ha causado o inducido la situación de que se trate. En el caso de la *Compañía Árabe Libia de Inversión Extranjera c. la República de Burundi*[382], 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..."[383]. Tratándose del motivo equivalente para la terminación del tratado que figura en el artículo 61 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 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

---

[381] Para la fuerza mayor en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, véase G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarence Press, 1996) págs. 306 a 320. El Tribunal Europeo de Justicia ha reconocido también la fuerza mayor como principio general de derecho: véase por ejemplo el caso 145/85, *Denkavit Belgie NV v. Belgium.* [1987] E.C.R. 565; casos 101/84, *Commission v. Italia* [1985] E.C.R. 2629. Véase también el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena 11 de abril de 1980, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1489, pág. 123; P. Schlechtriem & G. Thomas, *Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of Goods* (2ª ed.) (Oxford, Clarendon Press, 1988), págs. 600 a 626; y artículo 7.1.7 de los Principios del UNIDROIT en materia de Contratos Mercantiles Internacionales, en UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts* (Roma, 1994), págs. 169 a 171.

[382] *I.L.R.*, vol. 96 (1994), pág. 279.

[383] Ibíd., en la pág. 318, párr. 55.

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 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 riesgo[384]. 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:

[384] Como se señala en el *Estudio de la Secretaría,* 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.

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 peligro[385]. 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 necesidad 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 navegación[386]. 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

[385] 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, *A.J.I.L.*, vol. 47 (1953), pág. 588.

[386] Véase el *Estudio de 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, párrs. 141, 142 y 252.

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 "adoptaría 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"[387]. 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."[388]

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 mal tiempo, como tienen derecho a hacerlo en virtud del derecho internacional"[389]. Islandia sostuvo por su

---

[387] Estados Unidos, *Department of State Bulletin*, vol. XV (15 de septiembre de 1946), pág. 502, reproducido en el *Estudio de la Secretaría*, párr. 144.

[388] *Secretary Survey*, párr. 145. La misma tesis se halla en la Memoria sometida el 2 de diciembre de 1958 por el Gobierno de los Estados Unidos de América a la C.I.J. en relación con el asunto del incidente aéreo del 27 de julio de 1965: *I.C.J., Pleadings, Aerial Incident of 27 July 1955*, págs. 255 y ss.

[389] *Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, trigésimo año*, 1866ª sesión, 16 de diciembre de 1975; véase el *Estudio de la Secretaría*, párr. 136.

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 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 casos[390]. 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"[391]. 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 invocadas 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 1986."[392]

---

[390] 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 de la Secretaría*, párr. 121.

[391] *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), págs. 254 y 255, párr. 78.

[392] Ibíd., en la pág. 255, párr. 79.

De hecho, el peligro para uno de los oficiales, aunque quizás no amenazaban 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..."[393]

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 de 1958 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 1982 sobre el Derecho del Mar[394]. Otras disposiciones semejantes figuran en los convenios internacionales para la prevención de la contaminación del mar[395].

---

[393] Ibíd., pág. 263, párr. 99.

[394] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1834, pág. 371; véase también párr. 1) c) art. 39 y arts. 98 y 109.

[395] Véase por ejemplo el Convenio internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, United Nations, *Treaty Series*, vol. 327, pág. 3, párr. 1) a) art. IV, 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". Asimismo, el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1046, pág. 137, párr. 1) art. V, que establece en su artículo V 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

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 donde 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 de 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 medio" 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.

---

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...". Véase también el Convenio para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves, Oslo, United Nations, *Treaty Series*, vol. 932, pág. 4, párr. 1, art. 8; Convenio Internacional para Prevenir la contaminación por los buques, 1973 (MARPOL), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1341, pág. 226, anexo I, art. 11 a).

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 dar la información pertinente sobre el viaje, los pasajeros o la carga[396].

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 párrafo 2 a), 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 párrafo 2 a) del artículo 23[397].

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 párrafo 2 b) se prescribe que la

---

[396] Véase *Cushin y Lewis c. R.*, [1935] Ex.C.R. 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 *The "Rebecca"* (United States of America-Mexico General Claims Commission) *A.J.I.L.*, vol. 23 (1929), 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); *"The May" c. R.*, [1931] S.C.R. 374, *The Ship "Queen City" c. R.*, [1931] S.R.C. 387; *R. c. Fhahaut* [1935] 2 D.L.R. 685 (se aplicó el criterio de "peligro extremo real e irresistible").

[397] Véase el comentario al párrafo 9 del artículo 23.

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 medio" 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 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 necessité*") 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 varias 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 abuso[398].

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 angloportuguesa de 1832, el Gobierno portugués invocó que la necesidad urgente de atender a la subsistencia de determinados contingentes 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

---

[398] 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. Véase 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.

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 urgente."[399]

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"[400]. 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 la legítima defensa instantánea, abrumadora, que no dejaba ninguna elección posible de medios y ningún tiempo para deliberar"[401]. En su mensaje al Congreso del 7 de diciembre de 1841, el Presidente Tyler reiteró que:

---

[399] A. D. McNair, ed., *International Law Opinions* (Cambridge, University Press, 1956), vol. II, pág. 231.

[400] Véase 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; A. D. McNair (ed.), *International Law Opinions* (Cambridge, University Press), vol. II, pág. 22.

[401] *British and Foreign State Papers*, vol. 29, pág. 1129.

"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 extranjero [...]."[402]

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"[403].

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 12/24 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 precautorio de las medidas anteriormente mencionadas, impuestas por las presentes circunstancias excepcionales"[404] 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 *Indemnización rusa*, el Gobierno otomano, para justificar su tardanza en el pago de la deuda contraída con el Gobierno ruso, invocó, entre otras cosas, haberse

---

[402] *British and Foreign State Papers*, vol. 30, pág. 194.

[403] Ibíd., pág. 195. Véase la respuesta del Secretario de Estado Webster: ibíd., pág. 201.

[404] *British and Foreign State Papers*, vol. 86, pág. 220; *Estudio de la Secretaría*, párr. 155.

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 peligra, si el cumplimiento de la obligación internacional es [...] *autodestructivo*".[405]

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 6 millones de francos debida a los reclamantes rusos habría puesto en peligro la existencia del Imperio otomano o comprometido gravemente su situación interna o externa."[406]

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 obligación[407].

8) En el asunto de la *Société Commerciale de Belgique*[408], el Gobierno griego debía abonar una suma de dinero a una sociedad belga, en virtud de dos laudos arbitrales. Bélgica pidió a la Corte Permanente de Justicia Internacional 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

---

[405] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XI, pág. 431 (1912), en la pág. 443; *Estudio de la Secretaría*, párr. 394.

[406] Ibíd.

[407] 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 *Forest of Central Rhodope*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1405 (1933), véase Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, 15° año, N° 11 (primera parte) (noviembre de 1934), pág. 1432.

[408] *Société Commerciale de Belgique, 1939, C.P.J.I., Series A/B, N° 78*, pág. 160.

del país[409]. 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 acuerdo[410].

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 medios[411]. 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 hidrocarburos[412].

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

---

[409] *C.P.J.I., Series C, Nº 87*, págs. 141 y 190; *Estudio de la Secretaría*, párr. 278. Véase en general, en relación con los argumentos griegos relativos al estado de necesidad, ibíd., párrs. 276 a 287.

[410] *Société Commerciale de Belgique, 1939, C.P.J.I., Series A/B, Nº 78*, pág. 160; *Estudio de la Secretaría*, párr. 288. Véase también el asunto *Préstamos serbios*, en el que las posiciones de las partes y de la Corte sobre ese punto eran muy similares: *Serbian Loans 1929, C.P.J.I., Series A, Nº 20; Estudio de la Secretaría*, párrs. 263 a 268; *French Company of Venezuela Railroads, U.N.R.I.A.A.*, vol. X, pág. 285 (1902), en la pág. 353; *Estudio de la Secretaría*, págs. 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: *Oscar Chinn, 1934, C.P.J.I., Series A/B, Nº 63*, pág. 65, en la pág. 113.

[411] *The "Torrey Canyon"* Cmnd. 3246 (Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1967).

[412] Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, United Nations, *Treaty Series*, vol. 970, pág. 211.

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"[413].

11) Por el contrario, en el asunto *Proyecto Gabčikovo-Nagymaros*[414] la Corte examinó cuidadosamente un argumento fundado en el proyecto de artículo de la Comisión (ahora artículo 25), aceptando expresamente el principio, mientras rechazaba su invocación en las circunstancias del caso. En cuanto al principio mismo, la Corte Internacional 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 consuetudinario."[415]

---

[413] *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en pág. 254. En *Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi* (1994), *I.L.R.*, vol. 96, pág. 279, en la pág. 319, 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.

[414] *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *C.I.J.*, *Reports 1997*, pág. 7.

[415] Ibíd., en las págs. 40 y 41, párrs. 51 y 52.

12) Aparentemente, el estado de necesidad se planteó también en el asunto *Jurisdicción de las pesquerías*[416]. La Organización de Pesquerías del Atlántico Noroccidental (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 de la Convención de la NAFO, de la que el Canadá es Parte"[417]. 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 españoles"[418]. La Corte estimó que no tenía jurisdicción en el asunto[419].

---

[416] *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), C.I.J., Reports 1998*, pág. 431.

[417] Según se cita en el fallo la Corte, *C.I.J., Reports 1998*, pág. 431, en la pág. 443, párr. 20. Sobre la protesta de la Unión 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), párr. 15.

[418] *C.I.J., Reports 1998*, pág. 431, en la pág. 443, párr. 20. Véase además la contramemoria del Canadá (febrero de 1996), párrs. 17 a 45.

[419] Por medio de una minuta convenida entre la Unión 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, *I.L.M.* (1995), vol. 34, pág. 1260. Véase también el acuerdo relativo a la conservación y la ordenación de las especies

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 estrictas[420]. 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 excusa[421].

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 convencional[422]. 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

---

de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias, 8 de septiembre de 1995, A/CONF.164/37.

[420] Véase B. Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari, libri tres* (1582, Washington, Carnegie Institution, 1912), vol. II (tr. inglesa), pág. 135; A. Gentili, *De iure belli, libri tres* (1612, Oxford, Clarendon Press, 1933), vol. II (tr. inglesa), pág. 351; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646, Oxford, Clarendon Press, 1925), vol. II (tr. inglesa), pág. 193; S. Pufendorf, *De jure naturæ et gentium, libri octo* (1688, Oxford, Clarendon Press, 1934), vol. II (tr. inglesa), págs. 295 y 296; Ch. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764, Oxford, Clarendon Press, 1934), vol. II (tr. inglesa), págs. 173 y 174; y E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758, Washington, Carnegie Institution, 1916), vol. III, pág. 149.

[421] Véase un examen de la doctrina anterior en *Anuario..., 1980*, vol. II, primera parte, págs. 45 a 47; véase también P. A. Pillitu, *Lo stato di necessita nel diritto internazionale* (Perugia, Universita di Perugia/Editrici Licosa, 1981); J. Barboza, "Necessity (Revisited) in International Law", J. Makarczyk (ed.), *Essays in Honour of Judge Mafred Lachs* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1984), pág. 27; R. Boed, "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct", *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 3 (2000), pág. 1.

[422] Sobre la carencia de importancia de la fuente de la obligación violada, véase en general el artículo 12 y su comentario.

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")[423]. A este respecto, refleja la redacción del artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 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 necesidad[424].

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, en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, el peligro tiene que ser inminente en el sentido de próximo. Sin embargo, como declaró la Corte:

> "[...] Ello no excluye que un "peligro" que se pueda producir a largo plazo pueda ser considerado "inminente" no bien se establezca, en un momento determinado, que la realización de ese peligro, no obstante cuan lejana, no es por ello menos cierta e inevitable."[425]

---

[423] A esta redacción negativa hizo referencia la Corte en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 40, párr. 51.

[424] Otra exclusión, común a todas las circunstancias que excluye la ilicitud, es la de las normas imperativas: véase el artículo 26 y su comentario.

[425] *C.I.J., Reports* 1997, pág. 42, párr. 54.

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 *Proyecto 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 medios[426]. 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.

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 *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte señaló que el Estado que lo invocara no podía ser el único juez de la necesidad[427], 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.

---

[426] Ibíd., págs. 42 y 43, párr. 55.

[427] Ibíd., pág. 40, párr. 51.

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[428]. 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 colectivos[429].

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 sobre el Derecho de los Tratados. 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 Corte Internacional utilizó la frase "comunidad internacional en su conjunto" en el asunto *Barcelona Traction*[430], y esa expresión se utiliza frecuentemente en los tratados y otros instrumentos internacionales en el mismo sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo 25[431].

---

[428] Véase el párrafo 18 del comentario *infra*.

[429] En el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros,* la Corte afirmó la necesidad de tener en cuenta todo interés compensatorio del otro Estado involucrado: *C.I.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 46, párr. 58.

[430] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, C.I.J., Reports 1970*, pág. 3, en la pág. 32, párr. 33.

[431] Véanse, por ejemplo, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1035, pág. 167, párrafo 3 del preámbulo; la Convención Internacional contra la toma de rehenes, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1316, pág. 205, párrafo 4 del preámbulo; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 10 de marzo de 1988, OMI, documento SUA/CON/15/Rev.1; *I.L.M.*, vol. 27 (1988), pág. 665, párrafo 5 del preámbulo; la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, 9 de diciembre de 1944 (A/RES/49/59), párrafo 3 del preámbulo; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, 15 de diciembre de 1997, A/RES/52/164, párrafo 10 del preámbulo; el Estatuto de

19) Además de las condiciones expuestas en el párrafo 1, el párrafo 2 del artículo 25 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 *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte 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 ilicitud[432]. 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) de ese párrafo 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

---

Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, A/CONF.183/9, párrafo 9 del preámbulo; y el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 9 de diciembre de 1999, A/RES/54/109, abierto a la a firma el 10 de enero de 2000, párrafo 9 del preámbulo.

[432] *C.I.J., Reports 1997*, pág. 7, en pág. 46, párr. 57.

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 humanitarias[433]. 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 25[434]. 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 expresamente en cierto número de disposiciones de tratados en materia de derecho humanitario internacional[435]. En ambos aspectos, aunque consideraciones semejantes a las que subyacen en el artículo 25 puedan

---

[433] 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,* 873ª sesión, 13/14 de julio de 1960, párr. 144, 182 y 192; 877ª sesión, 20/21 de julio de 1960, párrs. 31 y ss., 142; 878ª sesión, 21 de julio de 1960, párrs. 23 y 65; 879ª sesión, 21/22 de julio de 1960, párrs. 80 y ss., 118 y 151. Con respecto al incidente del *"Caroline"*, véase *supra* el párrafo 5.

[434] Sobre la exclusión general del ámbito de las circunstancias que excluyen la ilicitud de un comportamiento que infrinja una norma imperativa, véase también el artículo 26 y su comentario.

[435] Véase por ejemplo el apartado g) del artículo 23 del Reglamento sobre las ley y costumbres de la guerra terrestre de La Haya (anexo a la Convención II 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": J. B. Scott (ed.), *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1907* (Nueva York, Oxford University Press, 1920), vol. I, pág. 623. De igual modo, el párrafo 5 del artículo 54 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, pág. 3, parece permitir los ataques a bienes indispensables para la supervivencia de la población civil si "una necesidad militar imperiosa" lo requiere.

desempeñar un papel, se tienen en cuenta en el contexto de la formulación e interpretación de las obligaciones primarias[436].

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 sobre el Derecho de los Tratados, 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 terminará[437].
La cuestión es saber qué implicaciones puede 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:

---

[436] Véase, 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", *R.G.D.I.P.*, vol. XXIV (1917), pág. 74; N. C. H. Dunbar, "Military necessity in war crimes trials", *B.Y.I.L.*, vol. 29 (1952), pág. 442; C. Greenwood, "Historical Development and Legal Basis", en D. Fleck, (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, Oxford University Press, 1995), pág. 1, en págs. 30 a 33; Y. Dinstein, "Military Necessity", en R. Bernhardt, (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North-Holland, 1997), vol. III, págs. 395 a 397.

[437] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331, art. 64. 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.

"Toda obligación convencional cuya observancia es incompatible con una nueva regla o prohibición que tenga en derecho 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 tratado."[438]

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 situaciones[439]. 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

---

[438] Fitzmaurice, "Cuarto informe sobre el derecho de los tratados", *Anuario..., 1959*, vol. II, pág. 46. Véase también S. Rosenne, *Breach of Treaty* (Cambridge, Grotius, 1985), pág. 63.

[439] Véase una posible analogía en las observaciones del juez ad hoc Lauterpacht, en *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, C.I.J., Reports 1993*, pág. 325, en las págs. 439 a 441. En su decisión la Corte no se ocupó de esas cuestiones.

contramedidas no podrá apartarse de una norma de esa índole: un genocidio no podrá justificar otro genocidio[440]. 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 general[441].

5) Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena 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 la validez de los tratados[442]. Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas

---

[440] Como señaló la Corte Internacional en su decisión sobre reconvenciones en el asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, "en ningún caso puede una violación de la Convención servir de excusa para otra violación": *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Counter-Claims, C.I.J., Reports 1997*, pág. 243, en la pág. 258, párr. 35.

[441] Para mayor comodidad, esa limitación se expresa nuevamente en el contexto de las contramedidas en la parte tercera, capítulo II. Véase el artículo 50 y su comentario, párrs. 9 y 10.

[442] Véanse, por ejemplo, las decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto IT-95-17/1-T , *Prosecutor v. Anto Furundzija*, fallo de 10 de diciembre de 1998; *I.L.M.*, vol. 38 (1999), pág. 317, y de la Cámara de los Lores inglesa en *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Nº 3)* [1999] 2 All ER 97, especialmente en las págs. 108 y 109, y 114 y 115 (Lord Browne-Wilkinson). Cf. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, C.I.J., Reports 1996*, pág. 226, en la pág. 257, párr. 79.

comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación[443].

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 modo[444]. 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 Estados[445].

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.

---

[443] Cf. *East Timor (Portugal v. Australia), C.I.J., Reports 1995*, pág. 90, en la pág. 102, párr. 29.

[444] Véase el comentario al artículo 45, párr. 4.

[445] Véase el comentario al artículo 20, párrs. 4 a 7.

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 cuando 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*[446], y todavía más claramente por la Corte Internacional en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*[447]. Al examinar el argumento de Hungría de que la ilicitud de su

[446] *Rainbow Warrior (Nueva Zelandia/Francia), U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en las págs. 251 y 252, párr. 75.

[447] *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7.

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"[448]. 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 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

[448] Ibíd., en la pág. 63, párr. 101; véase también ibíd., en la pág. 38, párr. 47.

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 del *Proyecto 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"[449].

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 invoca 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 de los 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 parcialmente[450]. Sin embargo, la segunda parte se centra en la nueva relación jurídica que surge al cometer un Estado un hecho internacionalmente ilícito.

---

[449] Ibíd., en pág. 39, párr. 48. Otra cuestión diferente es la contabilización del incremento de costos relacionados con el proyecto: ibíd., en pág. 81, párrs. 152 y 153.

[450] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331, art. 60.

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 parcialmente[451]. 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 violación 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 Corte Permanente de Justicia Internacional, recogido sin cambio como párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional. 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

---

[451] Por lo que se refiere al principio de la *lex specialis* en relación con la responsabilidad de los Estados, véase el artículo 55 y su comentario.

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

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 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 continua. 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 tratado[452]. Pero, como dejan claro las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el simple hecho de una violación e incluso de una repudiación de un tratado, no da por terminado éste[453]. Corresponde al Estado lesionado reaccionar ante la violación en la medida permitida por la Convención de Viena. 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 violación[454]. Es todavía menos probable que la violación de obligaciones

---

[452] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331, art. 60.

[453] De hecho, en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte sostuvo que las continuas violaciones graves por ambas partes no surtían el efecto de dar por terminado el Tratado de 1977: *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en pág. 68, párr. 114.

[454] Véase, por ejemplo, el asunto *Rainbow Warrior (Nueva Zelandia/Francia), U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en la página 266, en la que se cita la opinión (disidente) del Presidente McNair en *Ambastielos, Preliminary Objection, I.C.J., Reports 1952*, pág. 28, en la página 63. La propia Corte convino en este punto concreto: e ibíd., en la pág. 45, en el asunto del *Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros*, Hungría aceptó las consecuencias jurídicas de su decisión de terminar el Tratado 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: *I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en las 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.

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 garantía[455].

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 comisiones. 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..."[456].

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"[457]. Si bien lo más habitual es que la obligación de cesar un comportamiento ilícito nazca en el caso de un hecho ilícito continuado[458], 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

---

[455] Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331, art. 70 1).

[456] *Rainbow Warrior, U.N.R.I.A.A.*, vol XX, pág. 217 (1990), en pág. 270, párr. 113.

[457] Ibíd., en la pág. 260, párr. 114.

[458] En lo que respecta al concepto de hecho ilícito continuado, véase el comentario del artículo 14, párrs. 3 a 11.

comportamiento contrario a una obligación internacional[459]. 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 responsabilidad[460].

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

---

[459] El Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC está centrado en la cesación y no en la reparación: Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio de 15 de abril de 1994, 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, 21 de enero de 2000, WT/DS126/RW, párr. 6.49.

[460] En lo que respecta a los casos en que la Corte Internacional ha reconocido que podía ser así, véase, por ejemplo *Ficheries Jurisdiction, Merits, (República Federal de Alemania c. Islandia), I.C.J., Reports 1974*, pág. 175, en las págs. 201 a 205, párrs. 65 a 76; el *Proyecto Gabvčíkovo-Nagymaros, I.C.J., Reports 1977*, pág. 7, pág. 81, párr. 153. Véase también C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), págs. 77 a 92.

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 proporcionalidad[461]. 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 cesación[462]. 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.

---

[461] Véase el artículo 35 b) y su comentario.

[462] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en la pág. 266, párr. 105.

9) El apartado b) del artículo 30 trata de la obligación del Estado responsable de ofrecer seguridades y garantías 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 demostraciones contra la Embajada de los Estados Unidos en Moscú en los años 1964 y 1965, el Presidente Johnson afirmó que...

> "Los 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 adecuada."[463]

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 pueden ser una consecuencia jurídica de un hecho internacionalmente ilícito fue debatida en el asunto *LaGrand*[464]. Este asunto se refería al incumplimiento reconocido de la notificación consular prevista en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. 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 exigirlas. En cualquier caso, la

---

[463] Reimpreso en *I.L.M.*, vol. IV (1965), pág. 698.

[464] *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América), Merits*, fallo de 27 de junio de 2001.

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...

> "Una 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 Alemania."[465]

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 de encarcelamiento prolongado o condenado a graves penas"[466]. 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 repetición."[467]

En cuanto a las seguridades concretas pretendidas por Alemania, la Corte se limitó a decir que...

---

[465] Ibíd., párr. 48, en el que cita *Factoy at Chorzów, Jurisdiction*, 1927, *P.C.I.J., Series A, Nº 9*, pág. 22.

[466] *LaGrand, Merits*, fallo de 27 de junio 2001, párr. 123.

[467] Ibíd., párr. 124; véase también la parte dispositiva, párr. 128 6).

"... 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 prologando 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 Convención."[468]

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 ambas[469]. 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 adoptar[470], o bien, cuando el hecho ilícito afecta a sus nacionales,

---

[468] Ibíd., párr. 125, véase también ibíd., párr. 127, y la parte dispositiva, párr. 128 7).

[469] Véase el comentario del artículo 36, párr. 5.

[470] En el incidente del "Doger Bank", en 1904, el Reino Unido exigió "seguridades contra la repetición de tales incidentes intolerables": Martens, *Nouveau Recueil,* segunda serie, vol. XXXIII, pág. 642. Véase también el intercambio de notas entre China e Indonesia tras el

garantías de una mejor protección de las personas y los bienes[471]. 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"[472]. Hizo observar asimismo que un Estado puede no estar en condiciones de ofrecer una firme garantía de no repetición[473]. 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 aquél[474]. En otros casos, el Estado lesionado exige que se impartan instrucciones específicas[475], o que se observe otro comportamiento específico[476]. Pero las seguridades y garantías de no repetición no siempre serán

---

ataque en marzo de 1966 contra el Consulado General de China en Jakarta, en el que el Ministro Adjunto de Relaciones Exteriores de China exigió la garantía de que no se repitieran esos incidentes en el futuro: *R.G.D.I.P.*, vol. 70 (1966), pág. 1013.

[471] Esas garantías se dieron en el incidente "Doane" (1886): Moore, *Digest*, vol. VI, págs. 345 y 346.

[472] *LaGrand, Merits,* fallo de 27 de junio de 2001, párr. 125.

[473] Ibíd., párr. 124.

[474] 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: *R.G.D.I.P.*, vol. 8 (1901), pág. 777, en las págs. 788, 792.

[475] Véase, por ejemplo, los incidentes del "Herzog" y el "Bundesrath", dos buque 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, *Nouveau Recueil*, segunda serie, vol. XXXIX, págs. 456 y 486.

[476] En el asunto *Trail Smelter* el Tribunal Arbitral especificó las medidas que debía adoptar la Fundición de Trail, entre otras cosas para "impedir que se produzcan en el futuro emisiones importantes de humo hacia los Estados Unidos en: *Trail Smnelter (Estados Unidos de América/Canadá), U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1905 (1938, 1941) en la pág. 1934.

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.

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 Corte Permanente en la causa relativa a la *Fábrica 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 aplicación."[477]

---

Con frecuencia órganos internacionales pidan la modificación o revocación de leyes. Véase por ejemplo las decisiones del Comité de Derechos Humanos: *Torres Ramírez v. Uruguay*, decisión de 23 de julio de 1980, párr. 19, A/35/40, pág. 128; *Lanza v. Uruguay*, decisión de 3 de abril de 1980, ibíd., pág. 121, párr. 17; *Dermit Barbato v. Uruguay*, decisión de 21 de octubre de 1982, A/38/40, pág. 136, párr. 11.

[477] *Factory at Chorzów, Jurisdiction,* 1927, *P.C.I.J., Series A, N° 9*, pág. 21.

En este párrafo, que ha sido citado y aplicado en muchas ocasiones[478], 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 restitución."[479]

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 incumplimiento[480]. 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.

---

[478] Cf. la referencia de la Corte Internacional a esta decisión en *LaGrand (Germany v. United States of America), Merits,* fallo de 27 de junio de 2001, párr. 48.

[479] *Factory at Chorzów, Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17,* pág. 47.

[480] Cf. P.-M. Dupuy, "Le fait générateur de la responsabilité internationale des États", *Recueil des cours,* vol. 188 (1984-V), pág. 9, en pág. 94, que emplea el término "restauración".

3) La obligación impuesta al Estado responsable por el artículo 31 es "reparar íntegramente" en el sentido del caso *Fábrica 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"[481] 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 responsabilidad[482], 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

---

[481] *Factory at Chorzów, Mertis, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17*, pág. 47.

[482] 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, véase el artículo 46 y su comentario.

Estado que individualmente no ha resultado afectado por la violación[483]. 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 parte[484].

6) La cuestión de si el daño a un interés protegido es un elemento necesario de un hecho internacionalmente ilícito ya se ha examinado[485]. Por lo general no existe dicho requisito; se trata más bien de una cuestión determinada 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

---

[483] 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 véase B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (París, Pédone, 1973); B. Graefrath, "Responsibility and damage caused: relations between responsibility and damages", *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), pág. 95; A. Tanzi, "Is Damage a Distinct Condition for the Existence of an Internationally Wrongful Act?", en M. Spinedi & B. Simma (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility* (Nueva York, Oceana, 1987), pág. 1; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I* (Oxford, Clarendon Press, 1983), págs. 53 a 88.

[484] Véase en particular el artículo 36 y su comentario.

[485] Véase el comentario al párrafo 9 del artículo 2.

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 reclamante."[486]

El Tribunal sostuvo que la violación cometida por Francia había "provocado indignación pública en Nueva Zelandia 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 Zelandia como tal, sino también de sus más altas autoridades judiciales y ejecutivas"[487].

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

---

[486] *Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en pág. 267, párr. 109.

[487] Ibíd., en pág. 267, párr. 110.

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"[488], o a los daños de carácter "demasiado indirecto, remoto e incierto para ser evaluados"[489], o "a los daños o pérdidas directos, incluido el daño al medio ambiente y el agotamiento de recursos naturales o el perjuicio a gobiernos, ciudadanos y empresas extranjeras como resultado del "hecho ilícito"[490]. Por consiguiente

---

[488] Véase United States-Germany Mixed Claims Commission, *Administrative Decision N° II*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. VII, pág. 23 (1923), en pág. 30. Véase también *Dix*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 119 (1902), en 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: *I.L.M.*, vol. 18 (1979), pág. 907, párr. 23.

[489] Véase el arbitraje en el caso *Trail Smelter*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1905 (1938, 1941), en pág. 1931. Véase también A. Hauriou, "Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux", *R.G.D.I.P.*, 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".

[490] Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, párr. 16. Se trataba de una resolución aprobada en virtud del capítulo VII, pero se expresaba la responsabilidad que incumbe al Iraq "en derecho internacional... como resultado de [su] invasión y ocupación ilícitas de Kuwait".

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"[491], y, en otros, el de la "previsibilidad"[492] o el de la "proximidad"[493]. 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 ésta[494]. 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

---

La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas y el Consejo de Administración han impartido cierta orientación acerca de la interpretación de los requisitos de relación directa y nexo causal previstos en el párrafo 16. Véase, por ejemplo, *Reclamaciones contra el Iraq (reclamaciones de la categoría "B")*, informe de 14 de abril de 1994 (S/AC.26/1994/1), en *I.L.R.*, vol. 109, pág. 127; aprobado por la decisión 20 del Consejo de Administración, de 26 de mayo de 1994 (S/AC.26/Dec.20), en *I.L.R.*, vol. 109, pág. 622; *Well Blowout Control Claim*, informe de 15 de noviembre de 1996 (S/AC.26/1996/5), en *I.L.R.*, vol. 109, pág. 480, en págs. 506 a 511, párrs. 66 a 86; aprobado por la decisión 40 del Consejo de Administración, 17 de diciembre de 1996, S/AC.26/Dec.40/1996, reproducido en *I.L.R.*, vol. 109, pág. 669.

[491] Como la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, párr. 16.

[492] Véase, por ejemplo, el caso *"Naulilaa" (Responsabilidad de Alemania por el daño causado en las colonias portuguesas en el sur de África) Portugal v. Germany, U.N.R.I.A.A.*, vol. 2, pág. 1011 (1928), en pág. 1031.

[493] Para un estudio comparado de las cuestiones del nexo causal y el carácter remoto, véase, por ejemplo, H. L. A. Hart & A. M. Honoré, *Causation in the Law* (segunda edición) (Oxford, Clarendon Press, 1985); A. M. Honoré, "Causation and Remoteness of Damage", A. Tunc., ed., en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, primera parte, cap. VII, pág. 156; K. Zwiegert y H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (tercera edición) (traducción de J. A. Weir) (Oxford, Clarendon Press, 1998), págs. 601 a 627 (en especial págs. 609 y ss.); B. S. Markesinis, *The German Law of Obligation. Volume II. The Law of Torts: A Comparative Introduction* (Oxford, Clarendon Press, tercera edición, 1997), págs. 95 a 108, con muchas referencias bibliográficas.

[494] Véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal de Reclamaciones entre el Irán y los Estados Unidos en *Islamic Republic of Iran v. United States of America, Cases Nos. A15(IV) y A24*, laudo N° 590-A15 (IV)/A24-FT, 28 de diciembre de 1998.

parte del derecho que pueda resolverse satisfactoriamente buscando una fórmula verbal única"[495]. 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 daño[496]. La Corte Internacional de Justicia se expresó claramente en ese sentido en el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros:*

> "Eslovaquia sostenía también que, al aplicar la Variante C, actuaba en razón de la obligación de mitigar los daños. Señaló que "constituye un principio general del derecho internacional el 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 ilícito."[497]

---

[495] P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (quinta edición) (Oxford, Clarendon Press, 1995), pág. 466.

[496] En el contexto de la *Well Blowout Control Clain*, 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.26/1994/5), en *I.L.R.*, vol. 109, pág. 480, en págs. 502 y 503, párr. 54.

[497] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovaquia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en pág. 55, párr. 80.

12) Otros dos factores separados se combinan para causar la lesión. En el caso relativo al *Personal diplomático y consular*[498], la toma de rehenes por los estudiantes militantes (que a la sazón no actuaban como órganos o agentes del Estado) era imputable inicialmente a la combinación del acto independiente de los propios estudiantes y a que las autoridades iraníes no habían tomado las medidas necesarias para proteger la Embajada. En el caso relativo al *Canal de Corfú*[499], 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 concurrentes[500], salvo en casos de acción u omisión de la otra parte [501]. En el caso del *Canal de Corfú*, 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

---

[498] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I. C. J., Reports 1980*, pág. 3, en págs. 29 a 32.

[499] *Corfu Channel, Merits, I.C.J., Reports 1949*, pág. 4, en págs. 17 y 18, y 22 y 23.

[500] Este planteamiento concuerda con la manera cómo, 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": J. A. Weir, "Complex Liabilities", en A. Tunc, (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983), vol. XI, pág. 41. Los Estados Unidos recurrieron al derecho comparado en los alegatos de los *Aerial Incident Cases (United States of America v. Bulgaria)* cuando sostuvieron, remitiendo al artículo 38 1) c) y d) del Estatuto que "la regla es sustancialmente la misma en todos los países civilizados. El agraviado puede demandar conjunta o solidariamente, a cualquiera de los responsables o a todos si bien sólo podrá cobrarles a uno o más de ellos, el monto íntegro de los daños sufridos". Memoria 2 de diciembre de 1958 en *I.C.J., Pleadings, Aerial Incidents of 27 July 1955,* en pág. 229.

[501] Véase el artículo 39 y su comentario.

aunque no las había sembrado[502]. 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 relativo al *Personal diplomático y consular*, se imputó a la República Islámica del Irán plena responsabilidad por la detención de los rehenes desde el momento en que no había tomado medidas para protegerlos[503].

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:

> "Nos parece claro que no todo el daño fue obra de la tripulación china del *Zafiro*. Las pruebas indican que una parte no determinable fue obra de insurgentes filipinos y es probable que otra parte haya sido obra de los empleados chinos de la compañía. Sin embargo, no creemos que recaiga sobre Gran Bretaña la carga de probar exactamente qué elementos del daño son imputables al *Zafiro*. Habida cuenta de que se ha demostrado que la tripulación china había participado en un grado considerable y de que no puede identificarse la parte imputable a desconocidos, nos vemos obligados a imputar a los Estados Unidos la responsabilidad por el daño íntegro. En vista, sin embargo, de que hemos llegado a la conclusión de que una parte considerable, aunque no determinable, del daño no es imputable a la tripulación china del *Zafiro*, fallamos que no hay lugar a la petición de intereses."[504]

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

---

[502] Véase *Corfu Channel (Assessment of the Amount of Compensation), I.C.J., Reports 1949*, pág. 244, en pág. 250.

[503] *I.C.J., Reports 1980*, pág. 3, en págs. 31 a 33.

[504] *"The Zafiro", U.N.R.I.A.A.*, vol. VI, pág. 160 (1925), en págs. 164 y 165.

el concepto de "proporcionalidad" se aplica de manera diferente a las diferentes formas de reparación[505]. 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 internacionales[506]. 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.

[505] Véase los artículos 35 b), 37 3), 39 y sus comentarios.

[506] Véase el comentario de los párrafos 2 a 4 del artículo 3.

2) El artículo 32 sigue la redacción del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969[507], 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. El principio puede ser modificado por la norma primaria pertinente, o por una *lex specialis*, como el artículo 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en que se prescribe la justa satisfacción en lugar de la plena reparación "si el derecho interno de la parte mencionada sólo permite una reparación parcial"[508].

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 California[509]. 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 Versalles[510]. En el caso de la *Universidad de Peter Pázmány,* la Corte Permanente falló que los bienes que tenían que devolverse debían quedar "libres de toda medida de transferencia,

---

[507] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, United Nations, *Treaty Series,* vol. 1155, pág. 331.

[508] United Nations, *Treaty Series*, vol. 213, pág. 221, numerada nuevamente por el 11° Protocolo de 1994. Otros ejemplos figuran en el artículo 32 del Acta General revisada para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, 23 de abril de 1949, United Nations, *Treaty Series*, vol. 71, pág. 101, y el artículo 30 de la Convención Europea para el arreglo pacífico de las controversias de 1957, United Nations, *Treaty Series,* vol. 320, pág. 243.

[509] Véase R. L. Buell "The development of the anti-Japanese agitation in the United States", *Political Science Quarterly*, vol. 37 (1922), pág. 620.

[510] *British and Foreign State Papers*, vol. 112, pág. 1094.

administración obligatoria o embargo"[511]. 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 en 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 de un 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 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.

[511] *Appeal from a judgement of the Hungaro-Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal (The Peter Pázmány University), 1933, P.C.I.J., Series A/B, N° 61,* pág. 208, en pág. 249.

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 tratado[512].

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 internacional[513]. La gama de posibilidades se expuso en el fallo de la Corte Internacional en el caso *LaGrand*[514] 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"[515].

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

---

[512] Véase más adelante el artículo 42 b) ii) y su comentario.

[513] Cf. *Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928, P.C.I.J., Series B, N° 15,* págs. 17 a 21.

[514] *LaGrand (Germany v. United States of America), Merits,* fallo de 27 de junio de 2001.

[515] Ibíd., párr. 77. En las circunstancias del caso la Corte no consideró necesario decidir si los derechos individuales habían "asumido el carácter de un derecho humano": ibíd., párr. 78.

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

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 reparación[516], en el artículo 34 basta con mencionar la "reparación íntegra del perjuicio causado".

2) En el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, como el perjuicio era material, la Corte Permanente de Justicia Internacional se ocupó únicamente de dos formas de reparación: la restitución y la indemnización[517]. 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 indemnización 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

---

[516] Véase el comentario al artículo 31, párrs. 5 a 14.

[517] *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Fond), 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, pág. 47.

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 obligación[518].

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 restitución[519]. La indemnización se limita al daño

---

[518] Así, en el asunto *LaGrand*, la Corte señaló que el incumplimiento del requisito de notificación establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 596, pág. 261, 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": *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), Fond*, sentencia de 27 de junio de 2001, párr. 125. Esto sería una forma de restitución que tendría en cuenta el carácter limitado de los derechos de que se trata.

[519] Véase el apartado b) del artículo 35 y su comentario.

efectivamente sufrido como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito y excluye cualquier daño que sea indirecto o remoto[520]. La satisfacción no debe ser "desproporcionada con relación al perjuicio"[521]. 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 apartado b) del artículo 31[522]. 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.

---

[520] Véase el artículo 31 y su comentario.

[521] Véase el párrafo 3 del artículo 37 y su comentario.

[522] Véase, por ejemplo, el asunto *Mélanie Lachenal* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, pág. 116 (1954), en págs. 130 y 131), 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. Véase también el comentario al artículo 35, párr. 4.

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 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 Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica 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"[523]. 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"[524]. 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 restitución[525]. 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 parte[526]. 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

---

[523] Asunto relativo a *Usine de Chorzów (Fond), 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, pág. 48.

[524] Ibíd.

[525] Véase, por ejemplo: reclamaciones relativas al asunto *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Naciones Unidas, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. II, pág. 615 (1925), en págs. 621 a 625, y 651 a 742; *Propietés religieuses* expropiadas por Portugal, ibíd., vol. I, pág. 7 (1920); *Walter Fletcher Smith*, ibíd., vol. II, pág. 913 (1927), en pág. 918; *Héritiers Lebas de Courmont*, ibíd., vol. XIII, pág. 761 (1957), en pág. 764.

[526] Véase artículos 43 y 45 y sus comentarios.

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"[527]. 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 Kuwait[528].

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 territorio[529], la restitución de buques[530] u otros tipos de bienes[531], incluidos documentos, obras de arte,

---

[527] Naciones Unidas, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. II, pág. 915 (1929), en pág. 918. 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. Welter y S.M. Schwebel, "Some little known cases on concessions", *B.Y.I.L.*, vol. 40 (1964), pág. 216, en pág. 221.

[528] *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company* (1982), *I.L.R.*, vol. 66, pág. 529, en pág. 533.

[529] Como ejemplos de restitución material referidos a personas, véase en especial los asuntos *"Trent"* (1861) y *"Florida"* (1864), ambos relativos a la detención de personas a bordo de navíos, en: Moore, *Digest*, vol. VII, págs. 768 y 1090 y 1091; y el asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en el que la Corte Internacional de Justicia exigió al Irán la liberación inmediata de todos los nacionales de los Estados Unidos detenidos: *Personnel diplomatique et consulaire des États Unis à Téhéran, I.C.J., Reports 1980*, pág. 3, en págs. 44 y 45.

[530] 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, Oceana, 1970), vol. II, págs. 901 y 902.

acciones, etc.[532]. 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 internacional[533], 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 extranjero[534] o la exigencia de que se adopten disposiciones (en la medida en que el derecho internacional lo autorice) para dar por terminado un tratado[535]. El algunos casos, la restitución puede ser a la vez material y jurídica[536]. En otros, un tribunal judicial o

---

[531] Por ejemplo, el asunto *Temple of Préah Vihéar, C.I.J. Recueil 1962*, pág. 6, en págs. 36 y 37, en el que la Corte Internacional de Justicia 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. Véase también el asunto del *Hôtel Métropole*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, pág. 219 (1950), el asunto *Ottoz*, ibíd., vol. XIII, pág. 240 (1950), el asunto *Hénon*, ibíd., vol. XIII, pág. 249 (1951).

[532] En el asunto *Chemins de fer de Buzau-Nehoiasi*, 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, pág. 1839 (1939).

[533] 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.

[534] Por ejemplo, el asunto *Martini*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 973 (1930).

[535] 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, Nos. 16 a 18 (diciembre de 1916 a mayo de 1917, pág.7)]; *A.J.I.L.*, vol. 11 (1917), pág. 674, en particular págs. 683 y 696.

[536] Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió que Checoslovaquia estaba "obligada a 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

arbitral internacional al definir la posición jurídica con fuerza obligatoria para las partes, dictar una resolución que equivalen a una restitución con otra forma[537]. 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 restitución[538]. 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

---

medidas": *Appel contre une sentence du Tribunal aribtral mixte húngaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány), 1933, C.P.J.I., série A/B, N° 61*, pág. 208, en pág. 249.

[537] En el asunto del *Statut juridique du Groënland oriental*, la Corte Permanente de Justicia Internacional 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": sentencia de 5 de abril de 1933, *C.P.J.I., série A/B, N° 53*, pág. 22, en pág. 75. En el asunto de las *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, la Corte Permanente 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": sentencia de 7 de junio de 1932, *C.P.I.J., série A/B, N° 46*, pág. 96, en 172. Véase asimismo F. A. Mann, "The consequences of international wrong in international and municipal law", *B.Y.I.L.*, vol. 48 (1976-77), pág. 1, en págs. 5 a 8.

[538] Véase más arriba, comentario al artículo 30, párr. 8).

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 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 de los *Bosques del 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 restitución[539]. 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 responsable[540]. La situación puede ser diferente en los casos en que los derechos

---

[539] *Forêts des Rhodope central,* Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. III pág. 1405 (1933), en pág. 1432.

[540] 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. Government of the Libyan Arab Republic* (1977), *I.L.R.*, vol, 53, pág. 389, en págs. 507 y 508,

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 de los *Bosques de Rhodope central*[541]. 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 "entrañ[a] 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 lo que es razonable[542], 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.

---

párr. 109; *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1974) *I.L.R.*, vol. 53, pág. 297, en pág. 354; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977) *I.L.R.*, vol 62, pág. 140, en pág. 200.

[541] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1405 (1933), en pág. 1432.

[542] Véase, por ejemplo, J. H. W. Verzjil, *International Law in Historical Perspective* (Leyden, Sijthoff, 1973), parte VI, pág. 744, y la posición adoptada por la Deutsche Gesellchaft für Völkerrecht, en *Anuario..., 1969*, vol. II, pág. 156.

## 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 moral[543]. 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 relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte 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"[544]. Está igualmente bien comprobado que un tribunal judicial o arbitral

---

[543] Véase el comentario al artículo 31, párrs. 5, 6 y 8.

[544] *Affaire relative au projet de Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Eslovaquie), C.I.J., Recueil 1997*, pág. 7, en pág. 81, párr. 152. Véase también el pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, según el cual

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 sufrido[545].

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 sufrido[546]. 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 ella."[547]

Análogamente, la Corte Permanente de Justicia Internacional expresó la función de la indemnización en los términos siguientes:

---

"es un principio de derecho internacional que la reparación de un daño puede consistir en una indemnización": *Affaire relative à l'usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, pág. 27.

[545] *Affaire relative à l'usine de Chorzów, Compétence, 1927, C.P.J.I., série A, N° 9*, pág. 21; *Compétence en matière de pêcheries, Fond (Republique fédérale d'Allemagne c. Islande), C.I.J., Recueil 1974*, pág. 175, en págs. 203 a 205, párrs. 71 a 76; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre cellui-ci (Nicaragua c. États-Unis), Fond, C.I.J., Recueil 1986*, pág. 14, en pág. 142.

[546] *Affaire relative à l'usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, págs. 47 y 48.

[547] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 32 (1923), en pág. 39 (*en cursiva en el original*).

"La restitución en especie o, si esta 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 internacional."[548]

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 ejemplar[549]. Por tanto, la indemnización consiste 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

---

[548] *Affaire relative à l'usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, pág. 47, citado y aplicado, en particular, por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el *Affaire du navire "Saiga" (N° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. la Guinée)*, sentencia de 1° de julio de 1999, párr. 170. Véase también *Papamichalopoulos v. Greece (art. 50), E.C.H.R., Series A, N° 330-B* (1995), en párr. 36 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos); el asunto *Velásquez Rodríguez, Inter-Am. Ct.H.R., Series C, N° 4* (1989), en págs. 26 y 27, y 30 y 31 (Corte Interamericana de Derecho Humanos); *Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran and Others*, (1984) 6 *Iran-U.S.C.T.R.*, 219, en pág. 225.

[549] En el asunto *Velásquez Rodríguez (Compensation)*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el derecho internacional no reconocía el concepto de indemnización punitiva o ejemplar: *Inter-Am. Ct.H.R., Series C, N° 7* (1989), pág. 52. Véase también *Re Letelier and Moffit*, (1992) *I.L.R.*, vol. 88, pág. 727 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 punitiva véase también N. Jørgensen "A Reappraisal of Punitive Damages in International Law", *B.Y.I.L.*, vol. 68 (1997), 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 (1998), pág. 31.

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 teórica[550].

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 ilícito[551]. 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 Corte Internacional de Justicia, los órganos judiciales o cuasijudiciales internacionales que se ocupan de cuestiones de indemnización comprenden, entre otros, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar[552], el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos[553], los tribunales y otros órganos de derechos humanos[554], y los

---

[550] Véase el comentario al artículo 35, párr. 3.

[551] Por lo que respecta al requisito de un nexo causal o suficiente entre el hecho internacionalmente ilícito y el daño, véase el comentario al artículo 31, párrs. 11 a 13.

[552] Por ejemplo, *Affaire du navire "Saiga" (N° 2), (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. la Guinée)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, sentencia de 1° de julio de 1999, párrs. 170 a 177.

[553] El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos 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: G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), caps. 5, 6 y 12; C. N. Brower y J. D. Brueschke,

tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) a tenor de la Convención de Washington de 1965[555]. 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 sustancial[556]. 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

---

*The Iran-United States Claims Tribunal* (La Haya, Nijhoff, 1998), caps. 14 a 18; Pellonpää, "Compensable Claims Before The Tribunal: Expropriation Claims", en R. B. Lillich y D. B. McGrauw (editores), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), págs. 185 a 266; D. P. Stewart, "Compensation and Valuation Issues", ibíd., págs. 325 a 385.

[554] Puede verse un examen de la práctica de esos órganos en materia de indemnización en D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Oxford Universtiy Press, 1999), págs. 214 a 279.

[555] Los tribunales del C.I.A.D.I. 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. Republic of Sri Lanka,* (1990) 4 *I.C.S.I.D. Reports* 245.

[556] Véase, por ejemplo, el asunto *Certaines terres à phosphates á Nauru, C.I.J., Recueil 1992*, pág. 240, y el auto de caducidad de la instancia dictado por la Corte a raíz de un arreglo extrajudicial, *C.I.J., Recueil 1993*, pág. 322; y el asunto *Passage par le Grand Belt (Finlande v. Danemark), C.I.J., Recueil 1992*, pág. 348 (auto de caducidad de la instancia a raíz de un arreglo extrajudicial); el asunto del *Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. États Unis d'Amerique), C.I.J., Recueil 1996*, pág. 9 (auto de caducidad de la instancia a raíz de un arreglo extrajudicial).

equitativo y aceptable[557]. 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 del *Estrecho de Corfú* 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 Corte 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) 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 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

---

[557] Cf. G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), pág. 242. Véase asimismo B. Graefrath, "Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages", *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), pág. 101; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international* (París, Sirey, 1938); C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), págs. 33 y 34; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public* (París, 1939); M. Iovane, *La Riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale* (Giuffré, Milán, 1990).

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."[558].

10) En el asunto de la *Motonave "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 Tribunal del Derecho del Mar 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 adecuada[559]. 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 pabellón[560].

---

[558] *Affaire du Détroit de Corfou (*fixation *du montant des réparations), C.I.J., Recueil 1949*, pág. 244 en pág. 249.

[559] *Affaire du navire "Saiga" (N° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. la Guinée)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, sentencia de 1° de julio de 1999, párr. 176.

[560] Ibíd., párr. 177.

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 tripulación[561]. 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 tripulantes[562].

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 misma[563], ya sea por los daños causados a su personal[564]. Los daños causados a otros bienes públicos, como carreteras o infraestructuras, también han sido objeto de demandas de

---

[561] Véase 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 *(R.G.D.I.P.*, 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 (*R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), 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* (*A.J.I.L.*, vol. 83 (1989), pág. 561).

[562] *Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amerique), C.I.J., Reports 1996,* pág. 9 (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 al C.I.J. y al Tribunal de Reclamaciones, declarado cosa juzgada por acuerdo mutuo en virtud de providencia dictada por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, de 22 de febrero de 1996 (1996) 32 *Irán-U.S.C.T.R.* 207, pág. 213.

[563] Véase, por ejemplo, Acuerdo de 1° 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 (*United Kingdom Treaty Series*, N° 34 (1967)) 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: *R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), pág. 880.

[564] Véase por ejemplo, Reclamación del Cónsul *Henry R. Myers (United States v. San Salvador)*, [1890] *U.S. For. Rels.* págs. 64 y 65; [1892] *U.S. For. Rels.* págs. 24 a 43, 44 y 49 a 51; [1893] *U.S. For. Rels.* págs. 174 a 179, 181 y 182 y 184); Whiteman, *Damages*, vol. I, págs. 80 y 81.

indemnización[565]. En muchos casos, esos pagos, se han hecho *ex gratia* o sin reconocimiento de responsabilidad[566].

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... b) los principios generales del derecho internacional"[567]. 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"[568]. La reclamación se liquidó en abril de 1981, cuando las partes acordaron un pago *ex gratia* de 3 millones de dólares canadienses (alrededor del 50% de la suma reclamada)[569].

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

---

[565] Véanse algunos ejemplos en Whiteman, *Damages*, vol. I, pág. 81.

[566] Véase, por ejemplo, el acuerdo entre 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, *A.J.I.L.*, vol. 102 (2000), pág. 127.

[567] El Canadá, Reclamación presentada contra la URSS por los daños causados por el satélite soviético *Cosmos-954*, 23 de enero de 1979, *I.L.M.*, vol. 18 (1979), págs. 899 y 905.

[568] Ibíd., en pág. 906.

[569] Protocolo entre el Canadá y la URSS, 2 de abril de 1981, *I.L.M.*, vol. 20 (1981), pág. 689.

ambiente y la destrucción de recursos naturales ... resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait" por el Iraq[570]. La decisión 7 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización enumera las distintas pérdidas a que se refieren las palabras "los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales"[571].

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 contaminación[572]. 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

---

[570] Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, párr. 16.

[571] Decisión 7, de 17 de marzo de 1992, *Criterios aplicables a categorías adicionales de reclamaciones*, S/AC.26/1991/7/Rev.1.

[572] Véase el laudo dictado por el Tribunal de Arbitraje en el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter Arbitration)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1907 (1938, 1941), 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.

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*"[573]. 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..."[574].

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 de la *Motonave "Saiga"* [575], 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.

---

[573] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 32 (1923). Los órganos jurisdiccionales internacionales han otorgado frecuentemente indemnizaciones por el daño moral causado a particulares. Por ejemplo, en el asunto *Chevreau (France c. Royaume-Uni)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 1113 (1923); *A.J.I.L.*, vol. 27, 1933, pág. 153; el asunto *Gage*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pág. 226 (1903); el asunto *Di Caro*, ibíd., vol. IX, pág. 597 (1903); el asunto *Héritiers de Jean Maninat*, ibíd., pág. 55 (1903).

[574] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 32 (1923), en pág. 40.

[575] *Affaire du navire "Saiga" (N° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. la Guinée)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, sentencia de 1° de julio de 1999.

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 reclamante."[576]

En los casos de privación de libertad, los árbitros algunas veces otorgaron una cantidad fija por cada día de detención[577]. A menudo se aumentó la cuantía de la indemnización en los casos en que a la detención y prisión ilegales se añadían unas condiciones de detención abusivas que habían ocasionado un daño físico o psíquico particularmente grave[578].

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

---

[576] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 32 (1923), en pág. 35.

[577] Por ejemplo, el asunto *Topaze*, ibíd., vol. IX, pág. 387 (1903), en pág. 389; el asunto *Faulkner*, ibíd., vol. IV, pág. 67 (1926), en pág. 71.

[578] Por ejemplo, el asunto *William McNeil*, ibíd., vol. V, pág. 164 (1931), en pág. 168.

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 modesta[579]. 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 reparación[580].

20) Además de un gran número de acuerdos de indemnización mediante el pago de una suma global o a tanto alzado relativos a reclamaciones múltiples[581], 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 variadas[582]. No obstante, proporcionan principios útiles para determinar la cuantía de la indemnización por ese tipo de daños.

---

[579] Véase el estudio de D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Claredon Press, 1999), caps. 8 y 9; A. Randelzhofer & C. Tomuschat (eds.) *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights,* (La Haya, Nijhoff, 1999); R. Pisillo Mazzeschi, "La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea", *La Comunitá Internazionale,* vol. 53 (1998), pág. 215.

[580] Véase, por ejemplo, la resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *Velásquez Rodríguez, Inter-Am. Ct.H.R., Series C, Nº 4* (1989), en págs. 26 y 27 y 30 y 31. Cf. también *Papamichalopoulos v. Greece (Artículo 50), E.C.H.R., Series A, Nº 330-B* (1995), en pág. 36.

[581] Véase, por ejemplo, R. B. Lillich & B. H. Weston, *Internacional Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Charlottesville, Univesity Press of Virginia, 1975); B. H. Weston, R. B. Lillich & D. J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (Ardsley, N.Y., Transnational Publishers, 1999).

[582] 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,

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 perdido[583]. El método empleado para calcular el

---

distinción formulada claramente por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów, (Affaire relative a l'usine de Chorzów, Farel, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17,* 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 (véase, por ejemplo, las observaciones del árbitro en el asunto *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Gobierno de Libia, (1982) I.L.R.*, vol. 62, pág. 141, en págs. 202 y 203; y también el arbitraje relativo a *Aminoil (Gobierno de Kuwait c. American Independent Oil Company,* (1982) *I.L.R.*, vol. 66, pág. 529, en pág. 600, párr. 138; y el asunto *Amoco International Finance Corporation c. Gobierno de la República Islámica del Irán,* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189, en pág. 246, pág. 192). 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 Irán-Estados Unidos en *Phillips Petroleum Co. Iran v. Government of the Islamic Republic of Iran,* (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.*, 79, en el que el Tribunal no hizo ninguna distinción según la licitud de la privación de bienes y otorgó una indemnización por lucro cesante.

[583] Véase el asunto *American International Group Inc. c. Gobierno de la República Islámica del Irán,* 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": (1983) 4 *Iran-U.S.C.T.R.* 96, en pág. 106. En el asunto *Starrett Hausing Corp c. Gobierno de la República Islámica del Irán,* 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": (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112, en pág. 201. Véase también *Banco Mundial, Directrices relativas al Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa* 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*, 2 volúmenes (Washington, I.B.R.D., 1992), vol. II, pág. 41. Asimismo, con arreglo

"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 tiempo[584]. Cuando los bienes de que se trata son únicos o raros, por ejemplo, obras de arte u otros bienes culturales[585], 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 bolsa[586].

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

---

al párrafo 1 del artículo 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, *I.L.M.*, vol. 33 (1994), pág. 360, la indemnización por expropiación "equivaldrá al valor normal de mercado de la inversión expropiada en el momento inmediatamente anterior a la expropiación...".

[584] 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. Véase, por ejemplo, el Acuerdo entre la URSS y el Reino Unido, celebrado el 15 de julio de 1986, concerniente a reclamaciones que se remontaban a 1917, y el Acuerdo entre China y el Reino Unido, de 5 de junio de 1987, 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.

[585] 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, de 12 de marzo de 1998, S/AC.26/1998/3, párrs. 48 y 49, en la 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.

[586] Puede utilizarse el precio de las acciones cuando éste constituya prueba suficiente de su valor, como se hizo en el asunto *INA Corporation c. República Islámica del Irán*, (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 373.

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 factores[587].

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.

---

[587] 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 entre los Estados Unidos de América y México, 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 & Company c. México (Decisión N° 22-B)*, Comisión de Reclamaciones entre los Estados Unidos de América y México (1926), pág. 153. Véase también la decisión 9 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, S/AC.26/1992/9, párr. 16.

25) En los casos en que no se trata de una empresa en funcionamiento[588], 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 fe[589].

26) Desde 1945, se han elaborado técnicas de valoración más complejas para descomponer en factores los diferentes elementos de riesgo y de probabilidad[590]. 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 indemnización[591]. No obstante, la aplicación del método del flujo de efectivo

---

[588] Véase un ejemplo de empresa no considerada en plena actividad en *Phelps Dodge Corp. c. República Islámica del Irán*, (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 121, en el que la empresa no llevaba constituida suficiente tiempo para demostrar su viabilidad. En el asunto *Sedco c. NIOC*, el reclamante únicamente pedía el valor de liquidación: (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 180.

[589] El carácter hipotético del resultado se examina en el asunto *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica del Irán*, (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189, en págs. 256 y 257, párrs. 220 a 223.

[590] 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).

[591] La utilización del método de flujo de efectivo actualizado para evaluar el valor de capital fue analizado con cierto detalle en *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica del Irán*, (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189; *Starrett Housing Corp. c. República Islámica del Irán*, (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112; *Phillips Petroleum Co. Iran c. República Islámica del Irán*, (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79; y *Ebrahimi (Shahin Shaine) c. República Islámica del Irán*, (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170.

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 activos[592]. Motivo particular de 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 contractual[593].

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*[594] y el asunto *Sapphire*

---

[592] Véase, por ejemplo, los asuntos *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica del Irán*, 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189 (1987); *Starrett Housing Corp. c. República Islámica del Irán*, 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112 (1987) ; *Phillips Petroleum Co. Iran c. República Islámica del Irán*, 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79 (1989). 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 señala en sus directrices para la valoración de las pérdidas mercantiles, en su decisión 9 (S/AC.26/1992/9), párr. 19), lo siguiente: "Por eso, el método de evaluación debería basarse en el rendimiento pasado y no en previsiones y proyecciones para el futuro".

[593] Véase, por ejemplo *Ebrahimi (Shahin Shaine) c. República Islámica del Irán*, (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170, párr. 159.

[594] *États-Unis d'Amérique c. Russie*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, 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* (1900), Martens, *Nouveau Recueil*, 2ª serie, vol. XXX, pág. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1865 (1900), el asunto *William Lee*, Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, págs. 3405 a 3407 (1867) y al asunto *Yuille Shortridge and Co. (Great Britain v. Portugal)*, de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pág. 78 (1861). Estas resoluciones se diferencian de las adoptadas en el asunto *Canada (United States of America v. Brasil)*, Moore, *International Arbritations*, vol. II, pág. 1733 (1870)

*International Petroleums Ltd. c. National Iranian Oil Company*[595]. El lucro cesante desempeñó un papel incluso en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, al resolver la Corte Permanente de Justicia Internacional 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 resarcimiento[596]. En los arbitrajes *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libia*[597] y en algunos arbitrajes del C.I.A.D.I.[598] 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 especulativos[599].

---

y el asunto *Lacaze*, de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pág. 290.

[595] (1963) *I.L.R.*, vol. 35, pág. 136, en págs. 187 y 189.

[596] *Usine de Chorzów (Fond), 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, págs. 47 y 48, y pág. 53.

[597] (1977) *I.L.R.*, vol. 62, pág. 140.

[598] Véase, por ejemplo, *Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990), 1 *I.C.S.I.D., Reports* 377; *AGIP Spa v. Government of the People's Republic of the Congo* (1979) 1 *I.C.S.I.D., Reports* 306.

[599] Según el árbitro en el asunto *Shufeldt (USA/Guatemala)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 1079 (1930), en pág. 1099, "el lucro cesante debe ser el resultado directo del contrato y no demasiado remoto ni especulativo". Véase también *Amco Asia Corp. and Others v. Republic de Indonesia*, (1990) 1 *I.C.S.I.D., Reports* 569, en pág. 612, párr. 178, donde se dice que las "ganancias no especulativas" son indemnizables. 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" (véase 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.

En comparación con los activos físicos, los beneficios (y 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 indemnizable[600]. Esto se ha logrado normalmente en virtud de pactos contractuales o, en algunos casos, una larga serie de antecedentes de tratos comerciales[601].

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 litigio[602]; y en tercer lugar, la pérdida de beneficios futuros en que se otorga

---

[600] 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": 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. 140.

[601] 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": Whiteman, *Damages*, vol. III, pág. 1837.

[602] 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 el *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Farel), 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, pág. 47, y en el asunto *Reclamations des armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences*

una indemnización por los beneficios previstos después de la fecha de solución del litigio[603].

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 renta.[604] En esos casos no hay injerencia en 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 relativo a la *Fábrica de Chorzów*[605], 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 de las *Reclamaciones de los*

---

*arbitrales*, vol. I, pág. 307 (1922), el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener se concede hasta el momento en que se otorga una indemnización en lugar de la restitución.

[603] 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 (Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia,* First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case, (1990) 1 *I.C.S.I.D., Reports* 377), 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" (S/AC.26/1999/6), 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 (ibíd., párr. 76).

[604] 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: Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1421 (1875). En 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, pág. 47, en pág. 113 (1794).

[605] *Usine de Chorzów (Fond), 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, pág. 47.

*armadores noruegos*[606], 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 indemnización[607].

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 indemnizada[608]. En el caso de los contratos, lo que

---

[606] *Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, pág. 307 (1922).

[607] 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 el Informe y Recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera serie de reclamaciones "E4", de 19 de marzo de 1999 (S/AC.26/1999/4), párrs. 184 a 187.

[608] 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 May (Estados Unidos c. Guatemala)*, 1900 For. Rel. 648; Whiteman, *Damages*, vol. III, 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: véase, por ejemplo, *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of Defense*, (1984) 6 *Iran-U.S.C.T.R.* 272; *Silvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran*, (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R. 298*. En el asunto de *Delagoa Bay Railway Co. (Great Britain, United States of America/Portugal)*, Martens, *Nouveau Recueil*, segunda serie, vol. XXX, pág. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1865 (1900), y en el asunto *Shufedlt (USA/Guatemala)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 1079 (1930), se otorgó una indemnización por lucro cesante respecto de una concesión que había vencido. En *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*, (1963) *I.L.R.*, vol. 35, pág. 136; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977) *I.L.R.*, vol. 62, pág. 140 y *Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990), 1

se indemniza es la corriente de ingresos futura, hasta el momento en que concluya el reconocimiento legal del título. En algunos contratos, ello es inmediato, por ejemplo, cuando el contrato puede ser resuelto a instancias del Estado[609], 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*[610] no se reconoció a un monopolio la condición de derecho adquirido. En el asunto *Asian Agricultural Products*[611], 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.

---

*I.C.S.I.D. Reports* 367, se otorgaron indemnizaciones por las ganancias dejadas de obtener sobre la base de relaciones contractuales.

[609] Como en el asunto *Silvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran*, (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 298.

[610] *C.P.J.I., série A/B, N° 63*, pág. 65 (1934).

[611] *Asian Agricultural Products Ltd. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, (1990) 4 *I.C.S.I.D. Reports* 245.

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 incumplimiento[612]. 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.

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

[612] 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. Islamic Republic of Iran*, (1991, 26 *Iran-U.S.C.T.R. 148* (1991), párrs. 56 a 60, pág. 68), que otorgó una indemnización por las partidas revendidas con pérdidas y los gastos de almacenamiento).

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 1, el perjuicio que el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente comprende "todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito de un 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 dimanan 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"*)[613], 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

[613] 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, P.U.F., 1997), pág. 349, en pág. 354.

ocasionado directamente al Estado, especialmente en oposición a los casos de daño a las personas en los que ha lugar a responsabilidades internacionales."[614]

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 nacional[615], las violaciones de la soberanía o la integridad territorial[616], los ataques a buques o aeronaves[617], 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 diplomática[618] y la violación de los locales de embajadas o consulados o de las residencias particulares de los miembros de la misión[619].

---

[614] *Rainbow Warrior (New Zealand/France) U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990), en págs. 272 y 273, párr. 122.

[615] Como ejemplo cabe citar el asunto *Magee* (1874) (Whiteman, *Damages*, vol. I, pág. 64), el asunto *Petit Vaisseau* (1863), (Whiteman *Damages*, segunda serie, vol. III, N° 2564) y el asunto que planteó el ultraje a la bandera francesa en Berlín en 1920 (C. Eagleton, *The responsibility of States in International Law* (Nueva York, New York University Press, 1928), págs. 186 y 187).

[616] Como ocurrió en el arbitraje relativo al asunto *Rainbow Warrior*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 17 (1990).

[617] 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 (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), pág. 603); y el hundimiento en 1980 de un buque de las Bahamas por un avión cubano (*R.G.D.I.P.*, vol. 84 (1980), págs. 1078 y 1079.

[618] Véase F. Przetacznik, "La responsabilité internationale de l'Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat", *R.G.D.I.P.*, vol. 78 (1974), pág. 917, en pág. 951.

[619] 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, (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1970) vol. III, N° 2558). Véanse también los casos de disculpas y expresiones de pesar por las manifestaciones realizadas ante la embajada francesa en Belgrado en 1961 (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), pág. 610), y el incendio de las bibliotecas del Servicio de Información de los Estados Unidos en El Cairo

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 antemano[620]. Hay muchas posibilidades, incluida una investigación de las causas de un accidente que provocó un daño o perjuicio[621], un fondo 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 ilícito[622] o el otorgamiento de daños y perjuicios simbólicos por un perjuicio no pecuniario[623]. 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 satisfacción[624]. En el párrafo 2 no se trata

---

en 1964 (*R.G.D.I.P.*, vol. 69 (1965), págs. 130 y 131) y en Karachi en 1965 (*R.G.D.I.P.*, vol. 70 (1966), págs. 165 y 166).

[620] 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 *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX (1990), págs. 217 a 274, párrs. 126 y 127. Véase también L. Migliorino "Sur la déclaration d'illiceité comme forme de satisfaction: á propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior", *R.G.D.I.P.*, vol. 96 (1992), pág. 61.

[621] Véase por ejemplo, la investigación de la marina de los Estados Unidos sobre las causas de la colisión entre un submarino de los Estados Unidos y el buque de pesca japonés *Ehime Maru* en aguas de Honolulú: *New York Times,* 8 de febrero de 2001, sec. 1, pág. 1, col. 6.

[622] 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 (Whiteman, *Digest,* vol. 8, págs. 732 y 743) y en el caso de la muerte de dos oficiales de los Estados Unidos en Teherán (*R.G.D.I.P.*, vol. 80, 1966, pág. 257).

[623] Véase por ejemplo, el asunto *"I'm Alone", U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1609 (1935); *Rainbow Warrior, U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990).

[624] Véase el comentario del artículo 30 b), párr. 11.

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 Corte Internacional en el asunto del *Estrecho de Corfú*, 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 apropiada."[625]

Esta modalidad de satisfacción se ha aplicado en muchos casos ulteriores[626]. 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

---

[625] *Corfu Channel, Merits, I.C.J., Reports 1949*, pág. 4, párr. 35, que se repite en la *parte dispositiva*, pág. 36.

[626] Por ejemplo, *Rainbow Warrior, U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990) en pág. 273, párr. 123.

remedio exigido. Lo que hizo la Corte en el asunto del *Estrecho de Corfú* fue utilizar una declaración 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*"[627], *Keller*[628] y *Rainbow Warrior*[629], fueron exigidas expresiones de pesar o disculpas, que fueron ofrecidas por el Estado responsable en los asuntos *Consular Relations*[630] y *LaGrand*[631]. 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.

---

[627] *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1609 (1935).

[628] Moore, *Digest*, vol. V, pág. 43 (1897).

[629] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990).

[630] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (*Paraguay v. United States), Provisional Measures, I.C.J., Reports 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 *I.C.J., Reports 1998*, pág. 426.

[631] *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J., Reports 1999*, pág. 9 y *LaGrand (Germany v. United States of America), Merits*, fallo de 27 de junio de 2001.

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"[632].

8) Las exigencias excesivas formuladas en el pasado so pretexto de "satisfacción"[633] 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 Estados[634]. 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 obligación 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 por el Estado responsable. Es cierto que la expresión "humillante" es imprecisa, pero con seguridad hay ejemplos históricos de demandas de ese tipo.

---

[632] Ibíd., párr. 123.

[633] Por ejemplo, la nota conjunta presentada al Gobierno chino en 1900 a raíz de la rebelión de los Boxer y la demanda de la Conferencia de Embajadores contra Grecia en el asunto "Tellini" en 1923; véase C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (Nueva York, New York University Press, 1928), págs. 187 y 188.

[634] La necesidad de evitar los abusos en materia de satisfacción fue puesta de relieve por tratadistas anteriores como C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, (tercera edición) (Nördlingen, 1878); traducción francesa de C. Lardy, *Le droit international codifié*, (quinta edición revisada) (París, 1895), págs. 268 y 269.

## 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 íntegra[635]. La jurisprudencia internacional apoya en favor una regla general para el otorgamiento de intereses como elemento de la reparación íntegra[636]. En el asunto relativo al *"Wimbledon"*, la Corte Permanente otorgó unos intereses simples del 6% a partir de la fecha de la sentencia,

---

[635] Así no se adjudicarán interés cuando la pérdida se evalúe en términos de valor corriente en la fecha del laudo, véase el arbitraje *Lighthouses, U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 155 (1956), en págs. 252 y 253.

[636] Véase por ejemplo, la adjudicación de intereses hecha en el asunto *Illinois Central Railroad U.N.R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 134 (1926); el asunto *Lucas (1966) I.L.R.*, vol. 30, pág. 220; véase también *Administrative Decision N° III* de la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Alemania, *U.N.R.I.A.A.*, vol. VII, pág. 66 (1923).

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"[637].

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 Estado[638]. A este respecto merece señalarse la experiencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. En el asunto *República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América* (Asunto 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"[639]. 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

---

[637] *1923, P.C.I.J., Series A, N° 1*, pág. 32. 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".

[638] En el asunto *The M/V "Saiga" (N° 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar adjudicó intereses a diferentes tasas para diferentes categorías de pérdidas: véase la sentencia del 1° de julio de 1999, párr. 173.

[639] (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 285, en pág. 290. Como señala G. H. Aldrich, *The jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Claredon Press, 1996) en págs. 475 y 476, la práctica de las tres Salas no ha sido totalmente uniforme.

expresa de la Declaración sobre la solución de controversias. Tal disposición no existe. En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que forma parte claramente de sus facultades otorgar intereses a título de indemnización del daño sufrido."[640]

El Tribunal ha otorgado intereses a una tasa distinta y ligeramente inferior en el caso de reclamaciones intergubernamentales[641]. 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 especiales[642].

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;

3. Los intereses se pagarán después del principal de la indemnización otorgada."[643]

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.

---

[640] (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 285, en págs. 289 y 290.

[641] Véase C. N. Brower y J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (La Haya, Nijhoff, 1998), en págs. 626 y 627, y con referencias a los distintos asuntos. La tasa de interés adoptada fue del 10%, en comparación con el 12% por las reclamaciones comerciales.

[642] Véase el análisis detallado de la Sala Tercera en *McCollough & Co. Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & Others*, (1986) 11 *Iran-U.S.C.T.R.* 3, en págs. 26 a 31.

[643] "Adjudicación de intereses", decisión 16 de 4 de enero de 1993 (S/AC.26/1992/16).

5) En ocasiones también ha 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 plazos[644].

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 principal[645]. Algunas decisiones de tribunales nacionales también han tratado las cuestiones de intereses conforme al derecho internacional[646], 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 integra. Este enfoque es compatible con la tradición de varios ordenamientos jurídicos así como con la práctica de los tribunales internacionales.

---

[644] Véase por ejemplo, *Velásquez Rodríguez (Compensatory Damages) Inter-Am. Ct.H.R., Series C, Nº 7* (1990), párr. 57. Véase también *Papamichalopoulos v. Greece (Article 50), E.C.H.R., Series A, Nº 330-B* (1995), párr. 39. En este asunto los intereses sólo eran pagaderos con respecto a la indemnización pecuniaria concedida. Véase asimismo en D. Shelton, *Remedies in International Huma Rignts Law* (Oxford, Claredon Press, 1999), págs. 270 a 272.

[645] Véase por ejemplo, Foreign Compensation (People's Republic of China) Orden 1987 (Reino Unido),. párr. 10, que da efecto a un acuerdo de solución de 5 de junio de 1987: *U.K.T.S.* Nº 37 (1987).

[646] Véase, por ejemplo, *McKesson Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 116 F, Supp. "d 13 (District Court, D.C., 2000).

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 entre Irán y los Estados Unidos de América ha denegado de forma consecuente 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 Co. c. Gobierno de la República Islámica del Irán*, 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 compuesto."[647]

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"[648]. La mayoría de los autores siguen, pues, apoyando la opinión expresada por el árbitro Huber en el asunto relativo a las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*:

---

[647] (1984) 7 *Iran-U.S.C.T.R.* 181, en págs. 191 y 192, que cita a Whiteman, *Damages*, vol. III, pág. 1997.

[648] *Anaconda-Iran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1986) 13 *Iran-U.S.C.T.R.* 199, en pág. 235. Véase también G. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) págs. 477 y 478.

> "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 intereses..."[649]

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"[650]. Esta opinión ha contado también en algunos casos con el apoyo de tribunales arbitrales[651]. 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 (fecha del incumplimiento[652], fecha en la que hubiera debido hacerse el pago, fecha de la

---

[649] *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 615 (1924), en 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: *Government of Kuwait v. American Independent Oil Co.* (1982), *I.L.R.*, vol. 66, pág. 519, en pág. 613, párr. 178 (5).

[650] 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 pág. 383.

[651] Véase, por ejemplo, *Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, *I.C.S.I.D.*, asunto N° ARB/96/1, laudo firme de 1° de febrero de 2000, párrs. 103 a 105.

[652] 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 relativo a *Russian Indemnity*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XI, pág. 421 (1912), en pág. 442, por analogía con la posición general de los ordenamientos jurídicos europeos.

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 intereses[653]. 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 Irán-Estados Unidos 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"[654]. 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

---

En cualquier caso, la presentación oportuna de una demanda de pago es importante cuando se trata de decidir si se han de otorgar intereses.

[653] 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 cherámico, 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 (Principios 39 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]...". Véase ibíd., págs. 39 y 40, y las referencias que cita.

[654] *Islamic Republic of Iran v. United States of America (Case N° A19)*, (1987) 16 *Iran-US C.T.R.* 285, en pág. 290.

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.

## 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.[655].

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.

---

[655] Véase C. von Bar, *The Common European Law of Torts, Volume Two* (Munich, Beck, 2000), págs. 517 a 540.

3) En el asunto *LaGrand* la Corte Internacional 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"[656].

4) La pertinencia de la contribución del Estado lesionado al perjuicio para determinar la reparación adecuada se reconoce ampliamente en la doctrina[657] y en la práctica de los Estados[658]. Aunque las cuestiones relativas a la contribución 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.

---

[656] *LaGrand (Germany v. United States of America), Merits,* sentencia de 27 de junio de 2001, párrs. 57, 116. En lo que se refiere a la pertinencia del plazo para la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad véase el artículo 45 b) y su comentario.

[657] Véase, por ejemplo, B. Graefrath, "Responsibility and Damage Caused: relations between responsibility and damages", en *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), pág. 95; B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (París, Pédone, 1973), págs. 265 a 300.

[658] En el asunto de *Delagoa Bay Railway (Great Britain, USA/Portugal)*, 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": ((1900), Martens, *Nouveau Recueil*, segunda serie, vol. XXX, pág. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1865 (1900)). En el asunto del *The S.S."Wimbledon"*, 1923, *P.C.I.J., Series A, N° 1* pág. 31, 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. La Corte 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 C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), pág. 23.

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 derechos[659]. 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 caso[660]. 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 "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.

---

[659] Esta terminología se toma del párrafo 1) del artículo VI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 961, pág. 187.

[660] 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 aminoración del daño véase el comentario al artículo 31, párr. 14.

## Capítulo III

## VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES CONTRAÍDAS EN VIRTUD DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

1) El capítulo III de la segunda parte, que lleva por título "Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general", establece ciertas consecuencias de determinados tipos de 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 debate[661]. La Corte Internacional de Justicia 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*."[662]

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

---

[661] Se encontrarán bibliografías completas en M. Spinedi, "Crimes of States: A Bibliography", en J. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi (eds.), *International Crimes of States* (Berlín/Nueva York, De Gruyter, 1989), págs. 339 a 353, y N. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes* (Oxford, Oxford University Press, 2000), págs. 299 a 314.

[662] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J., Reports 1970*, pág. 3, en pág. 32, párr. 33. Véase M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford, Clarendon Press, 1997).

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"[663]. En la fase de las objeciones preliminares, en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte afirmó que "los derechos y las obligaciones consagrados en la Convención eran derechos y obligaciones *erga omnes*"[664]: 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.

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 sobre el Derecho de los Tratados[665]. Esas disposiciones reconocen la existencia de normas sustantivas de carácter fundamental, tal que no pueden ser derogadas ni siquiera por un tratado[666].

---

[663] *East Timor (Portugal v. Australia), I.C.J., Reports 1995*, pág. 90, en pág. 102, párr. 29.

[664] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1996*, pág. 595, en pág. 616, párr. 31.

[665] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

[666] Véase el artículo 26 y su comentario.

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")[667]. 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 compensatoria[668]. 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 crímenes."[669]

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 tribunales[670]. En lo que se refiere a la práctica internacional más reciente, el establecimiento por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los tribunales especiales para Yugoslavia y Rwanda se basa en un planteamiento análogo. Ambos tribunales se ocupan sólo del enjuiciamiento

---

[667] Véase *Anuario..., 1976*, vol. II, parte 2, págs. 94 a 121, especialmente los párrafos 6 a 34. Véase también el comentario al artículo 12, párr. 5.

[668] Véase el comentario al artículo 36, párr. 4.

[669] Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra, sentencia de 1° de octubre de 1946, reproducida en *A.J.I.L.*, vol. 41 (1947), pág. 172, en pág. 221.

[670] 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, Londres, United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, pág. 279, arts. 9 y 10.

de personas[671]. En su decisión relativa a una *subpoena duces tecum* en el asunto *Fiscal c. Blaskić*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal 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"[672]. En el Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, se establece también la competencia de la Corte sobre "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", pero limita esa competencia a las "personas naturales" (párrafo 1 del artículo 25). 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"[673].

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.

---

[671] Véase, respectivamente, los artículos 1 y 6 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, 25 de mayo de 1993 (publicado originalmente como anexo al documento S/25704 y Add.1, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993); modificado el 13 de mayo de 1998 por la resolución 1166 (1998) y el 30 de noviembre de 2000 por la resolución 1329 (2000)); y los artículos 1 y 7 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos, 8 de noviembre de 1994, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 955 (1994).

[672] Asunto IT-95-14-AR 108 *bis*, *Prosecutor v. Blaskić*, *I.L.R.*, vol. 110, pág. 688 (1997), en pág. 698, párr. 25, véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objetcions, I.C.J., Reports 1996*, pág. 595, en que ninguna de las partes consideraron que el procedimiento tuviera carácter penal. Véase el comentario al artículo 12, párr. 6.

[673] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, A/CONF.183/9, art. 25 4). Véase también 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".

Además, es necesario que en los artículos se refleje que hay ciertas *consecuencias* que dimanan 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 Corte Internacional ha dado de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto[674] se refieren todos a obligaciones que, según se acepta generalmente, dimanan 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[675] 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

---

[674] Según la Corte Internacional de Justicia, hay obligaciones *erga omnes* que "dimanan, 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, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J., Reports 1970*, pág. 3, en pág. 32, párr. 34. Véase también el asunto *East Timor (Portugal v. Australia), I.C.J., Reports 1995*, pág. 90, en pág. 102, párr. 29; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J., Reports 1996*, pág. 226, en pág. 258, párr. 83; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objetions, I.C.J., Reports 1996*, pág. 595, en págs. 615 y 616, párrs. 31 y 32.

[675] La Comisión de Derecho Internacional 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.

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 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 sobre el Derecho de los Tratados[676], 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 jurídica[677].

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. Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanan 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[678], las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena[679], las exposiciones de ambas partes en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares* y la posición de la propia Corte

---

[676] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

[677] Para el examen de los requisitos que determinan si una norma es imperativa, véase el comentario al artículo 26, párr. 5, con referencias escogidas a la jurisprudencia y la literatura.

[678] *Anuario..., 1966*, vol. II, pág. 271.

[679] Durante la Conferencia de Viena, 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, A/CONF.39/11, págs. 294, 296 y 297, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 311, 312, 318, 320, 322, 323 y 324, 326.

en ese asunto[680]. 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 internacionales[681].

5) Aunque no se menciona específicamente en el comentario de la Comisión al artículo 53 de la Convención de Viena, también parecer 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, de 16 de diciembre de 1984[682]. El carácter imperativo de esta prohibición ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales[683]. Teniendo presente que la Corte Internacional ha definido como "inconculcables" las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los

---

[680] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en págs. 100 y 101, párr. 190. Véase también Presidente Nagendra Singh, ibíd., en pág. 153.

[681] Véase por ejemplo la Corte Internacional de Justicia en *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, I.C.J.R., Reports 1993*, pág. 325, en págs. 439 y 440; *Counter-Claims, I.C.J., Reports 1997*, pág. 243; el Tribunal de Distrito de Jerusalén en el asunto *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann (1961), I.L.R.*, vol. 36, pág. 5.

[682] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 145.

[683] Véase Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, en *Siderman de Blake v. Argentina* (1992), *I.L.R.*, vol. 103, pág. 455, en pág. 471; Tribunal de Apelaciones del Reino Unido en *Al Adsani v. Government of Kuwait* (1996), *I.L.R.*, vol. 107, pág. 536, en págs. 540 y 541; Cámara de los Lores del Reino Unido en *R. v. Bow Street Metropolitan Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (N° 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827, en págs. 841, 881. Véase el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, en *Filartiga v. Pena-Irala (1980), I.L.R.*, vol. 77, pág. 169, en págs. 177 a 179.

conflictos armados, parecería estar justificado que se considerasen también imperativas[684]. Por último, merece ser mencionada la obligación de respetar el derecho a la libre determinación. Como lo señaló la Corte Internacional 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 ejercicio[685].

6) Hay que destacar que los ejemplos que se han dado no pueden ser exhaustivos. Además, el artículo 64 de la Convención de Viena 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

---

[684] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J., Reports 1966,* pág. 226, en pág. 257, párr. 79.

[685] *East Timor (Portugal v. Australia), I.C.J., Reports 1995*, pág. 90, en pág. 102, párr. 29. Véase 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, quinto principio.

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 internos[686].

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 escala[687].

---

[686] Véase el asunto *Ireland v. United Kingdom, E.C.H.R., Series A, N° 25* (1978), 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".

[687] En 1976, 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;

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 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

---

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 y 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.)

primeros prescriben las obligaciones jurídicas especiales de los Estados ante la comisión de "violaciones graves" 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 40[688]. 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 Corte Internacional de Justicia. 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 1928."[689]

---

[688] 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 Practices: Essays in Honour of Eric Suy* (La Haya, Nijhoff, 1998), pág. 253, en pág. 259.

[689] Nota del Secretario de Estado a los Gobiernos chino y japonés, en Hackworth, *Digest*, vol. I, pág. 334; hecha suya por la Asamblea en las resoluciones de 11 de marzo de 1932, *League of Nations Official Journal,* marzo de 1932, suplemento especial N° 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.

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 fuerza[690]. Como afirmó la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares*, 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"[691].

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), 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 Corte Internacional sobre el asunto *Namibia* (África sudoccidental) es igualmente clara por cuanto exhorta a que no se reconozca la situación[692]. Las mismas obligaciones se reflejan en las resoluciones del Consejo de

---

[690] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, primer principio, párr. 10.

[691] *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en pág. 100, párr. 188.

[692] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J., Reports 1971*, pág. 16, en pág. 56, párr. 126, 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".

Seguridad y de la Asamblea General relativas a la situación en Rhodesia[693] y en los bantustanes de Sudáfrica[694]. 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 cuestión[695].

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

---

[693] Véase la resolución 216 (1965) del Consejo de Seguridad.

[694] Véase, por ejemplo, la resolución 31/6A (1976) de la Asamblea General, que el Consejo de Seguridad hizo suya en su resolución 402 (1976); las resoluciones 32/105N (1977) y 34/93G (1979) de la Asamblea General; véase también las declaraciones formuladas por los respectivos presidentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en relación con la creación de Venda y Ciskei: S/13549, de 21 de septiembre de 1979, y S/14794, de 15 de diciembre de 1981.

[695] Véase también el comentario al artículo 20, párr. 7, y el comentario al artículo 45, párr. 4.

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 Territorio."[696]

Tanto el principio del no reconocimiento como esta reserva a dicho principio han sido aplicados, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos[697].

11) La segunda obligación contenida en el párrafo 2 prohíbe a los Estados prestar ayuda o asistencia para 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"[698]. 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

---

[696] *Legal Consecuences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J., Reports 1971*, pág. 16, en pág. 56, párr. 125.

[697] *Loizidou v. Turkey, Merits, E.C.H.R., Reports 1996-IV*, pág. 2216. *Cyprus v. Turkey* (Application N° 25781/94), sentencia de 10 de mayo de 2001, párrs. 89 a 98.

[698] *I.C.J., Reports 1971*, pág. 16, en pág. 56, párr. 126.

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 portugués[699]. 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.

---

[699] Véase, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad 218 (1965) sobre las colonias portuguesas y 418 (1977) y 569 (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 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

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 responsabilidad 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 violación[700]. 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

---

[700] Cf. la declaración de la Corte Internacional de Justicia 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, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J., Reports 1970,* pág. 3, en pág. 32, párr. 33, citada en el párrafo 2 del comentario del capítulo III de la segunda parte.

problemas que surgen del uso de términos posiblemente equívocos como perjuicio "directo" o "indirecto" y derechos "objetivos" o "subjetivos".

3) Aunque el artículo 42 está redactado en singular ("un 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 pueden 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 Versalles de 1919, que fue objeto de la decisión en el asunto del *S.S. Wimbledon*[701]. 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.*

---

[701] *1923, P. C. I. J., Series A, Nº 1.* 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 *S.S. Wimbledon.*

## Artículo 42

### Invocación de la responsabilidad por un 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 competente[702], 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 tratado[703], 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...".

---

[702] Una distinción semejante se hace en el párrafo 2 del artículo 27 del Convenio de Washington de 1965 (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159), 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".

[703] En relación con el artículo 42, ese derecho previsto en un tratado puede considerarse como una *lex specialis*: véase el artículo 55 y su comentario.

4) La definición del artículo 42 sigue de cerca el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[704] 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 tratado[705]. 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.

5) Paralelamente a los casos previstos en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 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

---

[704] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

[705] Cf. Convención de Viena, art. 73.

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"[706]. 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[707], 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

---

[706] 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.

[707] Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, pág. 95.

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 tratado[708]. 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 parte[709].

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 sobre el Derecho de los Tratados, 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

---

[708] Cf. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331, art. 36.

[709] Véase por ejemplo el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

ha dicho que los tratados multilaterales de esta clase crean "conjuntos de relaciones bilaterales"[710].

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 *Personal diplomático y consular*, 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 miembros."[711]

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 virtud de normas del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, las normas del derecho internacional general que rigen las

---

[710] Véase, por ejemplo K. Sachariew, "State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the "Injured State" and its Legal Status", *Netherlands International Law Review*, vol. 35, (1988), pág. 273, en págs. 277 y 278; B. Simma, "Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility", en Y. Dinstein (ed.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (London, Nijhoff, 1989), pág. 821, en pág. 823; C. Annacker, "The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations", *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 46 (1993-94), pág. 131, en pág. 136; D. N. Hutchinson, "Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties", *B.Y.I.L.*, vol. 59 (1988), pág. 151, en págs. 154 y 155.

[711] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J., Reports 1980*, pág. 3, en pág. 43, párr. 92.

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 párrafo 2) b) del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 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 de 1982 en la preservación del medio ambiente marino, los Estados Partes ribereños deben considerarse como lesionados por la violación. Al igual que el párrafo 2) b) del artículo 60

de la Convención de Viena, 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 párrafo 2) c) del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 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 desarme[712], 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 párrafo 2) c) 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.

---

[712] 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, párr. 8.

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:

a) El comportamiento que debería observar el Estado responsable por 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 requisitos[713].

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 sobre el Derecho de los Tratados[714]. 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.

---

[713] Véase el artículo 48 3) y su comentario.

[714] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

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 relativo a *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*, Australia alegaba que la demanda de Nauru era inadmisible porque no se había presentado "dentro de un plazo razonable"[715]. La Corte 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 enviadas 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"."[716]

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° 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 inadmisible la demanda de Nauru."[717]

---

[715] *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1992*, pág. 240, en pág. 253, párr. 31.

[716] Ibíd., en pág. 254, párr. 35.

[717] Ibíd., en págs. 254 y 255, párr. 36.

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 relativo a la *Fábrica de Chorzów*[718], o como Finlandia finalmente optó por hacer al llegar a un arreglo en el asunto relativo al *Paso por el Gran Belt*[719]. O puede contentarse con una sentencia declarativa, en

---

[718] Como señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en *Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, Nº 9*, en pág. 17, 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.

[719] En el asunto *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, I.C.J., Reports 1991*, pág. 12, la Corte de Justicia Internacional 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. En cuanto a los términos del arreglo final, véase M. Koskenniemi, "L'affaire du passage par le Grand-Belt", *A.F.D.I.*, vol. XXXVIII (1992), pág. 905, en pág. 940.

general o en 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 afecten a la competencia de un tribunal internacional con respecto a otro[720]. 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 Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*:

> "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 ordinarias."[721]

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

---

[720] 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, Pédone, 1967); G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (Cambridge, Grotius, 1986), vol. II, págs. 427 a 575; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920-1996 (tercera edición) (The Hague, Nijhoff, 1997), vol. II, "Jurisdiction".

[721] *1924, P.C.I.J., Series A, N° 2*, pág. 12.

jurisdiccionales sino también una condición general para hacer valer la responsabilidad en los casos en que es aplicable[722].

3) El apartado b) dispone que cuando la norma del agotamiento de los recursos internos se aplica a la reclamación, ésta es inadmisible 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"[723]. Habiéndose presentado una demanda en nombre de una sociedad mercantil del Estado demandante, la Sala definió sucintamente la norma de la manera siguiente:

---

[722] Las cuestiones de nacionalidad de las reclamaciones se examinarán en detalle en relación con los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática. Véase "Primer informe del Relator Especial para el tema de la protección diplomática", A/CN.4/506.

[723] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), I.C.J., Reports 1989*, pág. 15, en pág. 42, párr. 50. Véase también *Interhandel, Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1959*, pág. 6, en pág. 27. Sobre la norma del agotamiento de los recursos internos en general, véase, por ejemplo, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge, Grotius, 1990); J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes* (París, Pédone, 1972); K. Doehring, "Local Remedies, Exhaustion of", *en Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhardt, ed.) (Amsterdam, North Holland, 1995), vol. 3, págs. 238 a 242; G. Perrin, "La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la C.D.I.", *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, Cambridge University Press, 1983); E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées* (París, Pédone, 1995), págs. 65 a 89.

"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 éxito."[724]

Así pues, la Sala consideró que el agotamiento de los recursos internos era distinto, en principio, del "fondo del asunto"[725].

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 aplicables[726].

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.

---

[724] *Elettronica Sicula, I.C.J., Reports 1989*, pág. 15, en pág. 46, párr. 59.

[725] Ibíd., en pág. 48, párr. 63.

[726] El tema se examinará en detalle en relación con los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática. Véase el segundo informe del Relator Especial para el tema de la protección diplomática, A/CN.4/514.

Comentario

1) El artículo 45 se inspira en el artículo 45 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 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.

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 de las *Reparaciones rusas*, 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 préstamo[727].

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

[727] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XI, pág. 421 (1912), en pág. 446.

denuncia 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 válida[728]. 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 relativo a *Ciertas tierras fosfáticas en 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 Corte 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"[729].
En particular, tales declaraciones "a pesar de una formulación algo ambigua...

---

[728] Cf. la posición con respecto a la validez del consentimiento a tenor del artículo 20: véase el comentario al artículo 20, párrs. 4 a 8.

[729] *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1992*, pág. 240, en pág. 247, párr. 13.

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"[730].

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 Corte Internacional de Justicia en el asunto de *Ciertas tierras fosfáticas en 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 inadmisible. 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 inadmisible una demanda."[731]

En el asunto *LaGrand*, la Corte Internacional de Justicia consideró admisible la demanda alemana aunque Alemania no había promovido el procedimiento judicial hasta varios años después de haber tenido conocimiento de la violación[732].

---

[730] Ibíd., en pág. 250, párr. 20.

[731] Ibíd., en 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 inadmisible por ese motivo: ibíd., 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 comentario al artículo 13, párr. 8.

[732] Véase *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J., Reports 1999*, pág. 9, y *LaGrand (Germany v. United States of America), Merits*, sentencia de 27 de junio de 2001, párrs. 53 a 57.

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 demandado[733]. 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 respecto[734].

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 general[735]. En 1970, el Departamento Federal suizo propuso que se fijara un plazo de 20 a 30 años contado desde el nacimiento de la reclamación[736]. Otros han afirmado que los requisitos de las reclamaciones contractuales eran más rigurosos que los

---

[733] Véase el asunto *Stevenson, U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 385 (1903); y el asunto *Gentini*, ibíd., vol. X, pág. 557 (1903).

[734] Véase, por ejemplo, el asunto *Tagliaferro*, ibíd., vol. X, pág. 592 (1903), en pág. 593; análogamente la resolución dictada en el asunto *Stevenson*, ibíd., vol. IX, pág. 385 (1903), en págs. 386 y 387.

[735] 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 para la Protección de los 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 de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York, 14 de junio de 1974, modificada en virtud del Protocolo de 11 de abril de 1980: United Nations, *Treaty Series*, vol. 1511, pág. 99. En cambio, es muy poco habitual que las disposiciones de los tratados relativos a reclamaciones interestatales estén sujetas a plazos expresos.

[736] Comunicado de 29 de diciembre de 1970, en *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, vol. 32 (1976), pág. 153.

de las reclamaciones extracontractuales[737]. Ninguna de las tentativas de fijar un plazo preciso o limitado para las reclamaciones internacionales en general ha encontrado aceptación[738].

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 inadmisibilidad[739]. Así, en el asunto relativo a *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*, la Corte Internacional de Justicia 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 1989[740]. 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 daño[741].

11) A modo de recapitulación, una reclamación no será considerada inadmisible 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

---

[737] C. Fleischhauer, "Prescription", en *Encyclopedia of Public International Law*, (R. Bernhardt, ed.) (Amsterdam, North Holland, 1997), vol. 3, pág. 1107.

[738] 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 *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*, véase, por ejemplo, el asunto *Gentini, U.N.R.I.A.A.*, vol. X, pág. 551 (1903), en pág. 561; el arbitraje en el asunto *Ambatielos* (1956), *I.L.R.*, vol. 23, pág. 306, en págs. 314 a 317.

[739] En cuanto a la distinción entre la notificación de la reclamación y el inicio del procedimiento, véase, por ejemplo, *Oppenheim's International Law* (R. Jennings y A. D. Watts, eds.) (novena edición) (Londres, Longmans, 1992), vol. I, pág. 527; C. Rosseau, *Droit international public* (París, Sirey, 1983), vol. V, pág. 182.

[740] *I.C.J., Reports 1992*, pág. 240, en pág. 250, párr. 20.

[741] Asunto *Tagliaferro*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. X, pág. 592 (1903), en pág. 593.

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 haya causado algún perjuicio, quizás sea posible tenerlo en cuenta al determinar la forma o el alcance de la reparación[742].

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.

[742] Véase el artículo 39 y el comentario correspondiente.

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 *S.S. Wimbledon*, cuatro Estados incoaron procedimientos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional conforme al artículo 386 1) del 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 artículo 386 1) "incluso si no pueden aducir un perjuicio causado a cualquier interés pecuniario"[743]. De hecho, solamente Francia, en representación de la empresa explotadora de un buque, reclamó una indemnización que le fue concedida. En los asuntos relativos al *Incidente aéreo del 27 de julio de 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 vidas[744]. En el asunto *Nuclear Tests*, Australia y Nueva Zelandia 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 Mururoa[745].

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

---

[743] *1923, P.C.I.J., Series A, N° 1*, en pág. 20.

[744] La Corte consideró que no era competente para entender de la reclamación israelí: *I.C.J., Reports 1959*, pág. 127, 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 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." *Aerial Incident of 27 July 1955. Pleadings, Oral Arguments, Documents*, pág. 106.

[745] Véase *Nuclear Tests (Australia v. France), I.C.J., Reports 1974*, pág. 253, en pág. 256; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), I.C.J., Reports 1974*, pág. 457, en pág. 460.

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 reclamaciones[746]. 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 Corte Internacional en la opinión relativa al asunto *Reparations*, "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"[747].

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.

---

[746] Véase el asunto relativo a *Forests of Central Rhodope*, 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: *U.N.R.I.A.A.*, vol. 3, pág. 1405 (1933), en pág. 1432.

[747] *I.C.J., Reports 1949*, pág. 174, en pág. 176.

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 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 hecho[748].

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 jurídicas[749]

---

[748] Véase el artículo 17 y su comentario.

[749] Para un estudio comparado de los derechos internos sobre la responsabilidad mancomunada o solidaria, véase J. A. Weir, "Complex Liabilities" en A. Tunc (ed.) *International Enciclopedia of*

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 interesados[750]. 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 relativo a *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*[751], Australia, único país denunciado, había administrado Nauru como territorio fideocomitido 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 *Oro amonedado*[752], la demanda incoada solamente contra Australia era inadmisible. 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 Corte desestimó ambos argumentos. Sobre la cuestión de la responsabilidad "solidaria" dijo lo siguiente:

> "... 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

---

*Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983), vol. XI, Torts, especialmente págs. 43 y 44, párrs. 79 a 81.

[750] Véase el comentario de introducción a la primera parte, cap. IV, párrs. 1 a 5.

[751] *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1992*, pág. 240.

[752] *Monetary Gold Removed from Rome in 1943, I.C.J., Reports 1954*, pág. 19. Véase además el comentario al artículo 16, párr. 11.

> 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 inadmisible *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 de Acuerdo de administración fiduciaria, por ser uno de los tres Estados que formaban la Autoridad administradora, y no hay nada en la naturaleza de ese Acuerdo que impida a la Corte examinar una demanda de incumplimiento de esas obligaciones por Australia."[753]

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[754].

5) En ocasiones se determina en tratados el grado de responsabilidad por el comportamiento observado por diversos Estados[755]. Un ejemplo bien conocido es el de Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 29 de marzo de 1972[756]. El párrafo 1 del artículo IV establece expresamente que en el

---

[753] *Certain Phosphate Lands in Nauru, I.C.J., Reports 1992,* pág. 240, en págs. 258 y 259, párr. 48.

[754] Ibíd., en pág. 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 *I.C.J., Reports 1993*, pág. 322 y, en lo que respecta al Acuerdo de Arreglo de 10 de agosto de 1993, véase United Nations, *Treaty Series*, vol. 1770, pág. 380.

[755] 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, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1834, pág. 371. Por lo que se refiere en general a los acuerdos mixtos, véase por ejemplo A. Rosas, "Mixed Union - Mixed Agreements" en M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (La Haya, Kluwer, 1998), pág. 125.

[756] United Nations, *Treaty Series*, vol. 961, pág. 187.

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 ellos."[757]

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 artículos[758]. 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.

---

[757] Véase también el párrafo 2 del artículo V que prevé la indemnización entre Estados solidariamente responsables.

[758] Véase el párrafo 4 del comentario introductorio en lo que respecta a la distinción entre responsabilidad internacional por hechos ilícitos y responsabilidad internacional derivada de un comportamiento ilícito.

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 *Canal de Corfú*, parece que Yugoslavia colocó efectivamente las minas y habría sido responsable de los daños que ocasionaren. La Corte Internacional 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 buques[759]. 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

[759] *Corfu Channel, Merits, I.C.J., Reports 1949*, pág. 4, en págs. 22 y 23.

indemnización superior al daño sufrido[760]. 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 de 1972[761]. 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:

---

[760] Este principio fue afirmado, por ejemplo, por la Corte Permanente, en el caso de la *Fábrica de Chorzów*, al sostener que no podía otorgarse el recurso solicitado por Alemania "pues se habría concedido dos veces la misma indemnización". *Factory at Chorzów, Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17*, en pág. 59; véase también ibíd., en págs. 45 y 49.

[761] Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, United Nations, *Treaty Series*, vol. 961, pág. 187.

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;

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.

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 Corte Internacional así lo

reconoció específicamente en su fallo en el asunto *Barcelona Traction*[762]. 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

---

[762] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J., Reports 1970,* pág. 3, en pág. 32, párr. 33.

que existan con relación a la comunidad internacional en su conjunto (apartado b) del párrafo 1)[763].

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 colectivo[764]. 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 amplio[765]. 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

---

[763] 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.

[764] Véase también el comentario al artículo 42, párr. 11.

[765] En el asunto *S.S. Wimbledon*, 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": *1928, P.C.I.J., Series A, N° 1*, en pág. 23.

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 estatales[766].

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"[767]. Esta disposición tiene por objeto poner en práctica la declaración hecha por la Corte Internacional en el asunto *Barcelona Traction*, en el que la Corte estableció una "distinción básica" entre las obligaciones que existen con relación a determinados Estados y las "que existen con relación a la comunidad internacional en su conjunto"[768]. 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

---

[766] 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 Corte Internacional en el asunto *South-West Africa, Second Phase, I.C.J., Reports 1966*, pág. 6, de la que el artículo 48 se desvía deliberadamente.

[767] En lo que respecta a la expresión "comunidad internacional en su conjunto", véase el comentario al artículo 25, párr. 18.

[768] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J., Reports 1970*, pág. 3, en pág. 32, párr. 33, y véase el comentario a la segunda parte, capítulo III, párrs. 2 a 6.

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"[769]. En su fallo en el asunto de *Timor Oriental*, la Corte añadió a esta lista el derecho de los pueblos a la libre determinación[770].

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

---

[769] Ibíd., en pág. 32, párr. 34.

[770] *I.C.J., Reports 1995*, pág. 90, en pág. 102, párr. 29.

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 *S.S. 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 daños[771]. En los asuntos del *África sudoccidental*, Etiopía y Liberia sólo trataron de lograr declaraciones de la posición jurídica[772]. En ese caso, como la propia Corte señaló en 1971, "la entidad lesionada" era un pueblo, a saber, el pueblo del África sudoccidental[773].

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 el 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

---

[771] *1928, P.C.I.J., Series A, N° 1*, en pág. 30.

[772] *South West Africa, Preliminary Objections, I.C.J., Reports 1962*, pág. 139; *South West Africa, Second Phase, I.C.J., Reports 1966*, pág. 6.

[773] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J., Reports 1971*, pág. 12, en pág. 56, párr. 127.

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 obligación[774]. De este modo, un Estado que invoque la responsabilidad en virtud el 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 resolver[775]. 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 reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos". Esto pone en claro que los Estados que se acojan 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.

---

[774] Véase, por ejemplo, las observaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Dinamarca c. Turquía, Friendly Settlement*, fallo de 5 de abril de 2000, párrs. 20, 23.

[775] Véase también el comentario al artículo 33, párrs. 3 y 4.

## Capítulo II

## CONTRAMEDIDAS

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 circunstancias[776]. Esto se refleja en el artículo 23 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.

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,

---

[776] En cuanto a la extensa literatura sobre el tema, véase las bibliografías de E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures* (Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Publishers, 1984), págs. 179 a 189; O. Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1988), págs. 37 a 41; L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (París, L.D.G.J., 1990) págs. 501 a 525. P. Alland, *Justice privée et ordre juridique international: Étude théorique des contre-mesures au droit international publique*, (París, Pédone, 1994).

adoptadas como autoayuda en respuesta a un incumplimiento[777]. 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 capítulo[778]. 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[779]. 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

---

[777] Véase, por ejemplo, E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758, repr. Washington, Carnegie Institution, 1916), Bk. II, ch. XVIII, § 342.

[778] Véase *Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France), U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, pág. 416 (1979), en pág. 443, párr. 80; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports 1980*, pág. 3, en pág. 27, párr. 53; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en pág. 102, párr. 201; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en pág. 55, párr. 82.

[779] Carta de la Naciones Unidas, Arts. 39, 41 y 42.

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 sobre el Derecho de los Tratados. 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[780]. Las 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"[781]. No es necesario que los Estados que adoptan las contramedidas se limiten a la suspensión del cumplimiento de la misma obligación o de

---

[780] Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, párr. 331, arts. 70 y 73, y sobre los respectivos ámbitos de aplicación del derecho codificado de los tratados y del derecho sobre la responsabilidad del Estado, véase el comentario en la primera parte, cap. V, párrs. 3 a 7.

[781] Véase *Yearbook..., 1985*, vol. II, parte 1, pág. 10.

una obligación estrechamente relacionada con ella[782]. 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 individuos[783]. 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 a *Air Services*[784].

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 (art. 50, 1), a)). En segundo lugar, las contramedidas están limitadas por la exigencia de que se dirijan contra el Estado responsable y no contra terceros (art. 49, párrs. 1) y 2)). 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 jurídicas entre los dos Estados (arts. 49, 2), 3), 53). En cuarto lugar, las contramedidas deben ser proporcionales

---

[782] Contrasta con la excepción de no cumplimiento en el derecho de los tratados, en la que sí existe ese límite: véase el comentario introductorio a la primera parte, cap. V, párr. 9.

[783] Véase *Ireland v. United Kingdom*, E.C.H.R., Ser. A, N° 25 (1978).

[784] *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, pág. 416 (1979).

al perjuicio sufrido (art. 51). En quinto lugar, no deben suponer ninguna desviación respecto de ciertas obligaciones básicas (art. 50, 1)), 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 (art. 50, 2), a)). Tampoco pueden adoptarse de manera que vayan en detrimento de la inviolabilidad diplomática o consular (art. 50, 2), b)). 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 (art. 52, 3)).

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 probada[785].

Artículo 49

Objeto y límites de las contramedidas

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

2. Las contramedidas se limitarán al no cumplimiento temporal de las obligaciones internacionales del Estado que adopta las medidas contra el Estado responsable.

3. En lo posible, las contramedidas serán adoptadas en forma que permita 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 lesionado[786]. 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

[785] Véase OMC, Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, art. 1, 3, 7), y 22.

[786] Sobre esas obligaciones véanse los artículos 30 y 31 y los comentarios correspondientes.

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 Corte Internacional de Justicia lo afirmó claramente en relación con el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project*:

> "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 Estado."[787]

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 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

---

[787] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en págs. 55 y 56, párr. 83. Véase también *"Naulilaa" (Responsibility of Germany for damage caused in the Portuguese colonies in the south of Africa), U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1013 (1928), en pág. 1027; *"Cysne" (Responsibility of Germany for acts committed subsequent to 31 July 1914 and before Portugal entered into the war)*, ibíd., vol. II, pág. 1035 (1930), en pág. 1057. En la Conferencia de Codificación de La Haya, celebrada en 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 of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III: *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners* (Doc. C.75.M.69.1929.V.), pág. 128.

incorrecta[788]. A este respecto no hay ninguna diferencia entre las contramedidas y otras circunstancias que excluyen la ilicitud[789].

4) Un segundo elemento esencial de las contramedidas es que deben "estar dirigidas contra"[790] 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 artículos[791]. 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

---

[788] La observación del tribunal en el asunto *Air Services* en el sentido de que "cada Estado establece para sí mismo su situación jurídica respecto de otros Estados" (*U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, pág. 416 (1979), en 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.

[789] Véase el comentario de introducción a la primera parte, cap. V, párr. 8.

[790] *Gabčíkovo-Nagymaros Project, I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en págs. 55 y 56, párr. 83.

[791] Ibíd. En el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project* la Corte 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.

refiere a la exclusión de la ilicitud es relativo. Afecta a las relaciones jurídicas entre el Estado lesionado y el Estado responsable[792].

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 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 consecuencias[793].

---

[792] Sobre la cuestión concreta de las obligaciones relativas a los derechos humanos, véase el apartado b) del párrafo 1 del artículo 50 y su comentario.

[793] Véase el artículo 51 y su comentario. Además, el cumplimiento de ciertas obligaciones no puede suspenderse en ninguna circunstancia por la adopción de contramedidas: véase el artículo 50 y su comentario.

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 él[794]. 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 reparación[795]. 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

---

[794] Esta idea se destaca también en el párrafo 3 y en el artículo 53 (terminación de las contramedidas).

[795] Véase el comentario al párrafo 1 del artículo 37.

responder adecuadamente la aplicación de la idea de proporcionalidad enunciada en el artículo 51[796].

9) El párrafo 3 del artículo 49 está inspirado en el párrafo 2 del artículo 72 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 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 *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, la Corte 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 reversible."[797]

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.

---

[796] Se aplican consideraciones análogas a las seguridades y garantías de no repetición. Véase el artículo 30 b) y su comentario.

[797] *Gabčíkovo-Nagymaros Project, I.C.J., Reports 1997,* pág. 7, en pág. 57, párr. 87.

## 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.

### 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. Otras formas de coacción, ya sea política o económica, pueden estar comprendidas en las demás categorías a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 50 y su licitud a los efectos del presente capítulo siempre estará sometida a la condición predominante de la proporcionalidad.

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 de las Naciones Unidas proclamó que "los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza"[798]. La prohibición está asimismo conforme con la doctrina prevaleciente así como

[798] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, primer principio, párr. 6. En el Acta Final de Helsinki de 1° de agosto de 1975 figura también una condena explícita de las medidas que entrañen el uso de la fuerza. Parte del principio II de la Declaración de Principios 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".

con un cierto número de pronunciamientos autorizados de órganos judiciales[799] y otras entidades internacionales[800].

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"[801]. El Instituto de Derecho Internacional, en su resolución 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"[802]. 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 excepcional[803].

7) En su Observación general N° 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

---

[799] Véase en especial *Corfu Channel, Merits, I.C.J., Reports 1949*, pág. 4, en pág. 35; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en pág. 127, párr. 249.

[800] Véanse, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad 111 (1956), 171 (1962), 188 (1964), 316 (1972), 332 (1973), 573 (1985) y 1322 (2000). Véase también la resolución 41/38 de la Asamblea General de 20 de noviembre de 1986.

[801] *"Naulilaa" (Responsibility of Germany for damage caused in the Portuguese colonies in the south of Africa), U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1013 (1928), en pág. 1026.

[802] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38 (1934), pág. 709.

[803] Véase Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 4, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171; Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 1950, art. 15, United Nations, *Treaty Series*, vol. 213, pág. 221; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1968, art. 27, *I.L.M.*, vol. 9, pág. 99 (1970).

organizaciones internacionales, tema que no entra en el ámbito de los presentes artículos[804], 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[805], 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 cuestión."[806]

Pueden hacerse analogías con otros elementos del derecho internacional general. Por ejemplo, el artículo 54 1) del Protocolo adicional I de 1977 dispone incondicionalmente que "queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles"[807]. También en la última oración del párrafo 2 del artículo 1 de los dos Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se dice que "en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia"[808].

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

---

[804] Véase el artículo 59 y su comentario.

[805] E/C.12/1997/8, 5 de diciembre de 1997, párr. 1.

[806] Ibíd., párr. 4.

[807] Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, pág. 3. Véase 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 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, pág. 609, art. 4.

[808] Párrafo 2 del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, pág. 3 y párrafo 2 del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171.

Viena sobre el Derecho de los Tratados[809]. El apartado refleja la prohibición básica de tomar represalias contra personas que existe en el derecho internacional humanitario. En particular, conforme al Protocolo de La Haya en 1929 y a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977, se prohíben las represalias contra determinadas clases de personas protegidas y estas prohibiciones gozan de una aceptación muy amplia[810].

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

---

[809] En el párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 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 a la Conferencia de Viena por 88 votos a favor contra ninguno y 7 abstenciones.

[810] Véase K. J. Partsch, "Reprisals", en R. Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North Holland, 1986) vol. 4, pág. 200 y págs. 203 y 204; S. Oeter, "Methods and Means of Combat", en D. Fleck (editor), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 1995), pág. 105, en págs. 204 a 207, párrs. 476 a 479, con referencia a las disposiciones pertinentes.

imperativas que creen obligaciones que no pueden ser objeto de contramedidas por un Estado lesionado[811].

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 ejecutoriedad[812]. 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 Apelación[813]. De conformidad con el artículo 23 del Entendimiento sobre solución de diferencias (ESD) 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 ESD. 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

---

[811] Véase el comentario al artículo 40, párrs. 4 a 6.

[812] Sobre la exclusión de las contramedidas unilaterales en la legislación de la Unión Europea, véanse por ejemplo los casos 90 y 91/63, *Commission v. Luxembourg & Belgium* [1964] E.C.R. 625, en pág. 631; caso 52/75, *Commission v. Italy* [1976] E.C.R. 277, en pág. 284; caso 232/78, *Commission v. France* [1979] E.C.R. 2729; caso C-5/94; *R. v. M.A.F.F., ex parte Hedley Lomas (Ireland) Limited* [1996] E.C.R. I-2553.

[813] Véase el Entendimiento relativo a la solución de diferencias de la OMC, arts. 3.7 y 22.

y obligaciones dimanantes de las normas de la OMC"[814]. 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 incalculables[815], 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 tomarse 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. 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

---

[814] Véase *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de comercio exterior de 1974*, Informe del Grupo Especial, 22 de diciembre de 1999, documento de la OMC WT/DS152/R, párrs. 7.35 a 7.46.

[815] Para emplear el sinónimo adoptado por la Corte Internacional de Justicia en *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J., Reports 1996*, pág. 226, en pág. 257, párr. 79.

y cuya continua validez o efecto se haya impugnado. Como dijo la Corte Internacional en el caso *Apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la 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 suspensión."[816]

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 remplazaría una disposición convenida que puede resolver la controversia que ha dado lugar a las contramedidas. Este aspecto fue afirmado por la Corte Internacional en el caso del *Personal diplomático y consular*:

> "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 controversias."[817]

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 sobre las 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

---

[816] *I.C.J., Reports 1972*, pág. 46, en pág. 53. Véase también S. M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (Cambridge, Grotius, 1987), págs. 13 a 59.

[817] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J., Reports 1980*, pág. 3, en pág. 28, párr. 53.

contramedidas si se respetan los requisitos 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 armado[818]. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, a los agentes consulares.

15) En el caso del *Personal diplomático y consular*, la Corte Internacional 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"[819], 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 abusos."[820]

Si el personal diplomático 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

---

[818] Véase, por ejemplo, la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, pág. 95, arts. 22, 24, 29, 44, 45.

[819] *I.C.J., Reports 1980*, pág. 3, en pág. 38, párr. 83.

[820] Ibíd., en pág. 40, párr. 86. Cf. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 45 a); Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, pág. 261, párr. 27 1) a) (locales, bienes y archivos que deben ser protegidos "aun en caso de conflicto armado").

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 las Convenciones de Viena de 1961 y 1963[821]. 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 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"*:

---

[821] Véase la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, arts. 9, 11, 26, 36 2), 43 b), 47 2) a); Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, arts. 10 2), 12, 23, 25 b) c), 35 3).

"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 motivó."[822]

3) En el arbitraje sobre el caso *Servicios aéreos*[823], 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"[824]. 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

---

[822] *"Naulilaa" (Responsibility of Germany for damage caused in Portuguese colonies in the south of Africa)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1013 (1928), en pág. 1028.

[823] *Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France)*, ibíd., vol. XVIII, pág. 417 (1978).

[824] Ibíd., en pág. 444, párr. 83.

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 aproximativa."[825]

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 *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*[826]. La Corte Internacional, habiendo aceptado que los actos de Hungría al negarse a completar un proyecto equivalían a una violación injustificada del Acuerdo 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

---

[825] Ibíd., el Sr. 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". Ibíd., en pág. 448.

[826] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7.

> 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 proporcionada."[827]

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 *Servicios aéreos*) 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 precisamente[828]. 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 proporcionalidad 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.

---

[827] Ibíd., en pág. 56, párrs. 85 a 87, cita de *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, 1929, P.C.I.J., Series A, N° 23*, pág. 27.

[828] E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale* (Giuffré, Milán, 2000).

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 Estado 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 preservas 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 absoluto[829], 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

[829] Véase *supra*, introducción al presente capítulo, párr. 7.

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 *Air Services*[830]. 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 *Air Services*[831] como por la Corte Internacional en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*[832]. Parece también reflejar una práctica general[833].

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 oportunidad 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

---

[830] *Air Services Agreement of 27 March 1946* (*Estados Unidos c. Francia*), *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, pág. 417 (1978) en págs. 445 y 446, párrs. 91 y 94 a 96.

[831] Ibíd., en pág. 444, párrs. 85 a 87.

[832] El *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia) *I.C.J., Reports 1997*, pág. 7 en pág. 56, párr. 84.

[833] A. Gianelli, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali* (Giuffré, Milán, 2000).

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 tribunal[834]. 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 internacionales[835]. 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 contramedidas[836].

---

[834] De aquí que el párrafo 5 del artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1834, pág. 371) disponga que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar se ocupe de las solicitudes de medidas provisionales "hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia".

[835] El efecto vinculante de las órdenes relativas a medidas provisionales dictadas con arreglo a la parte XI de la Convención de 1982 está garantizado por el artículo 290 6). En lo que respecta al efecto vinculante de las órdenes de medidas provisionales con arreglo al artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, véase la decisión adoptada en el asunto *LaGrand* (*Alemania c. Estados Unidos de América*), *Merits*, fallo de 27 de junio de 2001, párrs. 99 a 104.

[836] En virtud del Convenio de Washington de 1965, el Estado de la nacionalidad no podrá presentar una reclamación internacional en nombre de un particular o empresa reclamantes

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 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.

---

"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": Convenio sobre Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington, United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159, art. 27 i); C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, 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 comentario del artículo 42, párr. 2.

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 de un 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 reparadas[837].

---

[837] Véase, por ejemplo, M. Akehurst, "Reprisals by Third States", *B.Y.I.L.*, vol. 44 (1970), pág. 1; J. I. Charney, "Third State Remedies in International Law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1988), pág. 57; D. N. Hutchinson, "Solidarity and Breaches of Multilateral

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 artículos[838]. 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 comportamiento[839].

3) La práctica a este respecto es limitada y bastante embriónica. 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 c. 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 país[840]. En esa normativa se decía que el Gobierno de Uganda "...ha cometido genocidio contra los ugandeses" y que "los Estados Unidos deben adoptar

---

Treaties", *B.Y.I.L.*, vol. 59 (1988), pág. 151; L. A. Sicilianos, *Les reáctions décentralisées à l'illicite* (París, L.D.G.J., 1990), págs. 110 a 175; B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des cours*, vol. 250 (1994-VI), pág. 217; J. A. Frowein, "Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law", *Recueil des cours*, vol. 248 (1994-IV), pág. 345.

[838] Véase el artículo 59 y su comentario.

[839] Véase el artículo 57 y su comentario.

[840] Ley de embargo contra Uganda, 22 USC s. 2151 (1978).

medidas para desvincularse de todo gobierno extranjero que cometa el crimen internacional del genocidio"[841].

- *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 disidentes[842]. 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 Francia[843]. Se hizo caso omiso de los procedimientos de suspensión previstos en los respectivos tratados[844].

- *Medidas colectivas contra la Argentina (1982).* En abril de 1982, cuando la Argentina se apoderó de parte de las Islas Malvinas (Falkland), el Consejo de Seguridad le pidió que se retirara de inmediato[845]. 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 GATT. Es dudoso que pudieran justificarse las medidas alegando razones de seguridad nacional conforme a lo previsto en el

---

[841] Ibíd., §§ 5c, 5d.

[842] *R.G.D.I.P.*, vol. 86 (1982), págs. 603 y 604.

[843] Ibíd., pág. 607.

[844] Véase, por ejemplo, el artículo XV del Acuerdo entre los Estados Unidos y Polonia de 1972, 23 U.S.T. 4269; artículo XVII del Acuerdo entre los Estados Unidos y la Unión Soviética de 1967, *I.L.M.*, vol. 6 (1967), pág. 82; *I.L.M.*, vol. 7 (1968), pág. 571.

[845] Resolución 502 (1982) del Consejo de Seguridad de 3 de abril de 1982.

inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT[846]. 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 ovina[847], a los que no se aplicaba las excepciones en materia de seguridad del GATT.

- *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 de las Naciones Unidas recomendó que se emprendieran boicoteos económicos sectoriales y que se cortaran las relaciones culturales y deportivas con ese país[848]. 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 estadounidense[849]. Esa suspensión inmediata contradecía lo dispuesto en el Acuerdo de aviación concertado en 1947 entre los Estados Unidos y Sudáfrica[850] y se justificaba como medida para inducir al Gobierno de Sudáfrica a "adoptar medidas que llevaran a instaurar una democracia sin distinción de razas"[851].

---

[846] Otros miembros del GATT pusieron en entredicho el recurso de los Estados occidentales a esa disposición; véase 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 H. Hahn, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie* (Berlín, Springer, 1996), págs. 328 a 334.

[847] Los tratados figuran en *O.J.E.C.*, 1979 L 298, pág. 2; *O.J.E.C.*, 1980 L 275, pág. 14.

[848] Resolución 569 (1985), del Consejo de Seguridad de 26 de julio de 1985. Véanse ulteriores referencias en L. A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (París, L.D.G.J., 1990), pág. 165.

[849] Véase el texto de esta disposición en *I.L.M.*, vol. 26 (1987), pág. 79 (s. 306).

[850] United Nations, *Treaty Series*, vol. 66, pág. 233, art. VI.

[851] Véase el decreto en *I.L.M.*, vol. 26 (1987), pág. 105.

- *Medidas colectivas contra el Iraq (1990).* El 2 de agosto de 1990 las tropas iraquíes invadieron y ocuparon Kuwait. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó inmediatamente la invasión. Los Estados miembros de la Comunidad Europea y los Estados Unidos impusieron embargos comerciales y decidieron congelar los activos iraquíes[852]. Estas medidas se adoptaron con el consentimiento del Gobierno de Kuwait como respuesta directa a la invasión del Iraq.

- *Medidas colectivas contra 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 vuelos[853]. Para varios países, como Alemania, Francia y el Reino Unido, esta última medida implicaba la ruptura de acuerdos bilaterales de aviación[854]. 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

---

[852] Véase, por ejemplo, los decretos del Presidente Bush de 2 de agosto de 1990, reproducidos en *A.J.I.L.*, vol. 84 (1990), pág. 903.

[853] Posiciones comunes de 7 de mayo y 29 de junio de 1980, *O.J.E.C.*, 1998, L 143 (pág. 1) y L 190 (pág. 3); ejecutadas mediante los Reglamentos de la Comunidad Europea 1295/98 (L 178, pág. 33) y 1901/98 (L 248, pág. 1).

[854] Véase, por ejemplo, *U.K.T.S.* 1960, N° 10; *R.T.A.F.* 1967, N° 69.

normalmente"[855]. La República Federativa de Yugoslavia protestó y declaró que esas medidas eran "ilegales, unilaterales y ejemplo de política discriminatoria"[856].

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 económicas[857]. 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 suspensión[858].

- *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 denunciaron

---

[855] Véase *B.Y.I.L.*, vol. 69 (1998), págs. 580 y 581; *B.Y.I.L.*, vol. 70 (1999), págs. 555 y 556.

[856] Declaración del Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia sobre la suspensión de vuelos de las aerolíneas yugoslavas de 10 de octubre de 1999; S/1999/216.

[857] *Tractatenblad* 1975, N° 140. Véase H. H. Lindemann, "Die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzungen auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Niederlanden und Surinam", *Z.a.ö.R.V.*, vol. 44 (1984), pág. 64, en págs. 68 y 69.

[858] P. Siekmann, "Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 1982-1983", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 15 (1984), pág. 321.

después, el Acuerdo de cooperación con Yugoslavia de 1983[859]. 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 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 contramedidas[860].

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 Estado[861].

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

---

[859] *O.J.E.C.* 1983 L 41, pág. 1. Véase *O.J.E.C.* 1991 L 315, pág. 1, en lo que respecta a la suspensión, L 325, pág. 23, en lo que respecta a la denuncia.

[860] Véase también la decisión del Tribunal de Justicia Europeo: Asuntos C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz;* [1998] E.C.R. I-3655, en págs. 3706 a 3708, párrs. 53 a 59.

[861] Véase el asunto *Military and Paramilitary Activities*, en el que la Corte Internacional hizo observar que un tercer Estado no podía adoptar medidas de legítima defensa colectiva salvo a petición del Estado objeto de ataque armado: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pág. 14, en pág. 105, párr. 199.

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 obligaciones 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. 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 posterior[862]. 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 sobre solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio en cuanto se refiere a ciertos recursos[863]. Un ejemplo del segundo caso es el artículo 41, (antes artículo 50) del Convenio Europeo de Derechos Humanos[864]. Ambos casos se refieren a cuestiones tratadas en la segunda parte de los artículos. Las mismas

---

[862] Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331, párrafo 3 del artículo 30.

[863] Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1867, pág. 3), anexo 2, Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, 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 oficial. Véase el artículo 22. Sobre la diferencia entre cesación y reparación a efectos de la OMC, véase, por ejemplo, *Australia - Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, Panel Report, 21 de enero de 2000, WT/DS126/RW, párr. 6.49.

[864] Véase el comentario al artículo 32, párr. 2).

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 II[865]. O bien un tratado puede excluir la posibilidad de que un Estado aduzca una situación de fuerza mayor o necesidad.

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 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 tratado"[866]. Al aplicar el artículo 50 bastaba tener en cuenta la disposición específica[867].

---

[865] Por ejemplo, el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 145, 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 de la UNESCO para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1037, pág. 151, art. 34.

[866] *E.C.H.R., Series A, N° 17* (1974), párrs. 28 a 31.

[867] Véase también *Mavrommatis Palestine Concessions, 1924, P.C.I.J., Series A, N° 2*, en las págs. 29 a 33; *Colleanu v. German State* (1929), *Recueil des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. IX, pág. 216; W.T.O., *Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, Panel Report, 31 de mayo de 1999, WT/DS34/R, párrs. 9.87 a 9.95; *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile), U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, pág. 53 (1977), en la pág. 100, párr. 39. Véase además C. W. Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", *B.Y.I.L.*, vol. 30 (1953), pág. 401;

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 Corte Permanente de Justicia Internacional hizo referencia al concepto de régimen completo en el caso del *S.S. Wimbledon* tratándose de las disposiciones sobre el tránsito en el canal de Kiel contenidas en el Tratado de Versalles[868], como también lo hizo la Corte Internacional de Justicia en el caso *Personal diplomático y consular* tratándose de los recursos por abuso de los privilegios diplomáticos y consulares[869].

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 ilícito en la medida en que esas cuestiones no estén reguladas en los presentes artículos.

---

M. McDougal, H. Lasswell & J. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure* (New Haven, New Haven Press, 1994), págs. 200 a 206; P. Reuter, *Introduction au Droit des Traités* (3ª ed.) (París, Presses Universitaires de France, 1995), párr. 201

[868] *1923, P.C.I.J., Series A, N° 1*, en las págs. 23 y 24.

[869] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J., Reports, 1980*, pág. 3, en la pág. 40, párr. 86. Véase el comentario al párrafo 15 del artículo 50 y también B. Simma, "Self-Contained Regimes", *Netherlands Yearbook International Law*, vol. 16 (1985), pág. 111.

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 dimanan 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 responsabilidad[870]. A este respecto, el artículo 56 es semejante al párrafo del preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 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

---

[870] 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 *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa. I.C.J., Reports, 1956*, pág. 23, en la pág. 46. En el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, la Corte Internacional dijo que "aun si el principio existía, podía emplearse por definición sólo dentro de los límites del tratado en cuestión": *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J., Reports 1997*, pág. 7, en la pág. 53, párr. 76. Véase también S. Rosenne, *Breach of Treaty* (Grotius, Cambridge, 1985), págs. 96 a 101.

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 fuerza[871], 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 Parte[872], o la terminación de la obligación internacional violada en caso de violación grave de un tratado bilateral[873].

## 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.

---

[871] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331, art. 53.

[872] Ibíd., art. 62, 2), b).

[873] Ibíd., art. 60, 1).

2) De conformidad con los artículos preparados por la Comisión sobre otros temas, la expresión "organización internacional" significa una "organización intergubernamental"[874]. Una organización de esta clase tiene personalidad jurídica independiente con arreglo al derecho internacional[875], y es responsable de sus propios los actos, es decir, de actos que la organización lleva a cabo mediante sus propios órganos o funcionarios[876]. 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 internacionales que hayan sido "puestos

---

[874] Véase la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, 21 de marzo de 1986, párrafo 1) i) del artículo 2.

[875] Una buena base para la personalidad internacional de las Naciones Unidas se establece en la opinión consultiva de la Corte Internacional en el caso *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, I.C.J., Reports 1949*, pág. 174, en la pág. 179.

[876] Como ha observado la Corte Internacional "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". *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, E/1999/49, pág. 27, párr. 66.

a disposición de" un Estado en el sentido del artículo 6[877], 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 internacionales[878].

---

[877] Cf. *Anuario..., 1974*, vol. II, págs. 291 a 295. El Alto Comisionado para la Ciudad Libre de Danzig fue nombrado por el Consejo de la Sociedad de las Naciones y era responsable ante dicho Consejo; véase *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, 1932, P.C.I.J., Series A/B, N° 44*, pág. 4. Aunque el Alto Comisionado ejercía sus facultades en relación con Danzig, cabe dudar de que hubiera sido puesto a disposición de Danzig conforme al sentido del artículo 6. La posición del Alto Representante, nombrado de conformidad con el anexo 10 del Acuerdo Marco 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 *Case U 9/1000 Regarding the Law on the State Border Service*, fallo de 3 de noviembre de 2000.

[878] Esta esfera del derecho internacional ha cobrado importancia a raíz de las controversias llevadas a cabo, entre otras, en torno al Consejo Internacional del Estaño: *J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 A.C. 418 (Inglaterra, Cámara de los Lores; caso 241/87 *Maclaine Watson & Co., Ltd. v. Council and Commission of the European Communities* [1990] E.C.R. 1-1797 (E.C.J.) y la Organización Árabe para la Industrialización (*Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization, (1985), I.L.R.*, vol. 80, pág. 595 (Laudo I.C.C.); *Arab Organization for Industrialization v. Westland Helicopters Ltd.*, (1987) *I.L.R.*, vol. 80, pág. 622 (Suiza, Corte Suprema Federal); *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization,* (1994) *I.L.R.*, vol. 108, pág. 564 (Inglaterra, High Court). Véase también *Waite and Kennedy v. Germany, E.C.H.R. Reports 1999-I*, pág. 393.

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 internacional[879].

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 de Londres de 1945 en virtud del

[879] Véase la labor del Instituto de Derecho Internacional dirigido por el Prof. R. Higgins: *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 66-I (1995), pág. 251; vol. 66-II (1996), pág. 444; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruylant Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1998). Véase también WTO, *Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, Panel Report, 31 de mayo de 1999, WT/DS34/R, párrs. 9.33 a 9.44.

cual se estableció el Tribunal en Nuremberg[880] y del cual tomó nota la Asamblea General[881]. 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 para la Corte Penal Internacional[882]. 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 individual[883]. 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 Estado[884]. El enjuiciamiento y la sanción de los funcionarios del Estado que cometieron el hecho ilícito no exime al Estado de su propia responsabilidad por

---

[880] Acuerdo para el establecimiento de un tribunal militar internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, Londres, 8 de agosto de 1945, United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, pág. 279.

[881] 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, *Anuario..., 1959*, vol. II, pág. 11.

[882] Véase el comentario de la segunda parte, cap. III, párr. 6.

[883] Véase, por ejemplo, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 145, el artículo 14 relativo a la compensación de las víctimas de la tortura.

[884] Véase, por ejemplo, *Streletz, Kessler & Krenz v. Germany*, (solicitudes Nos. 34044/96, 35532/97 y 44801/98), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 22 de marzo de 2001, en el párrafo 104; ("Si la RDA todavía existiera, sería responsable, conforme al derecho internacional, de los hechos de que se trata. Queda aún por establecer que, además la responsabilidad del Estado, los solicitantes tenían individualmente responsabilidad penal en el momento de los hechos").

el comportamiento internacionalmente ilícito[885]. 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, 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 internacional[886].

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.

Artículo 59

Carta de las Naciones Unidas

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

---

[885] El enjuiciamiento y la sanción de los funcionarios del Estado responsables pueden ser pertinentes para la reparación, en particular la satisfacción: véase el comentario al párrafo 5 del artículo 36.

[886] Véase, por ejemplo, los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg y de la Comisión de Derecho Internacional, Principio III (*Anuario..., 1950*, vol. II, pág. 12); y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, A/CONF.183/9, art. 27.

Comentario

1) De conformidad con el Artículo 103 de la Carta: "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*[887]. 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 de las Naciones Unidas.

---

[887] *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incidents at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, I.C.J., Reports 1992*, pág. 3; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J., Reports 1992*, pág. 114.

## Capítulo V

# RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

## A. Introducción

78. La Comisión, en su 30° período de sesiones (1978), incluyó en su programa de trabajo el tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional" y nombró Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter[888].

79. La Comisión recibió y examinó, entre su 32° período de sesiones (1980) y su 36° período de sesiones (1984) cinco informes del Relator Especial[889]. Los informes tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema y contenían propuestas relativas a cinco artículos. El plan esquemático figuraba en el tercer informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 34° período de sesiones, en 1982. Los cinco artículos se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36° período de sesiones, en 1984. Esos artículos fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción.

80. La Comisión, en su 36° período de sesiones (1984), dispuso también de la documentación siguiente: las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había dirigido en 1983 a 16 organizaciones internacionales con objeto de determinar, entre otras cosas, hasta qué punto las obligaciones que los Estados habían contraído recíprocamente y cumplían como miembros de organizaciones internacionales podían corresponder a algunos de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos[890], y un estudio preparado por la Secretaría titulado "Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional"[891].

---

[888] En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema. Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario..., 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

[889] Los cinco informes del Relator Especial figuran en: *Anuario..., 1980*, vol. II (primera parte), pág. 259, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2; *Anuario..., 1981*, vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2; *Anuario..., 1982*, vol. II (primera parte), pág. 61, documento A/CN.4/360; *Anuario..., 1983*, vol. II (primera parte), pág. 213, documento A/CN.4/373; y *Anuario..., 1984*, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

[890] *Anuario..., 1984*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/378.

[891] *Anuario..., 1985*, vol. II (primera parte), adición, documento A/CN.4/384. Véase también "Estudio de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la responsabilidad

81. La Comisión, en su 37° período de sesiones (1985), nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. La Comisión recibió, entre su 37° período de sesiones (1985) y su 48° período de sesiones (1996), 12 informes del Relator Especial[892].

82. En su 44° período de sesiones (1992), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo para que examinara algunas de las cuestiones generales relacionadas con el alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema[893]. Sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión, en su 2282ª sesión, el 8 de julio de 1992, adoptó la decisión de continuar gradualmente la labor sobre este tema. Finalizar primero la labor sobre la prevención de los daños transfronterizos y seguir con las medidas de reparación[894]. La Comisión decidió, habida cuenta de la ambigüedad del título del tema, mantener su hipótesis de trabajo de que el tema se refería a "actividades" y aplazar todo cambio oficial del título.

83. En su 48° período de sesiones (1996), la Comisión restableció el Grupo de Trabajo para que examinara el tema en todos sus aspectos a la luz de los informes del Relator Especial y de los debates celebrados a lo largo de los años en la Comisión y para que formulara recomendaciones a ésta.

84. El Grupo de Trabajo presentó un informe[895] que ofrecía un cuadro completo del tema en relación con el principio de la prevención y el de la responsabilidad por la indemnización u otra reparación y presentaba artículos y comentarios al respecto.

---

internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", *Anuario..., 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/471.

[892] Los 12 informes del Relator Especial se han publicado en: *Anuario..., 1985*, vol. II (primera parte), pág. 101, documento A/CN.4/394; *Anuario..., 1986*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/402; *Anuario..., 1987*, vol. II (primera parte), pág. 49, documento A/CN.4/405; *Anuario..., 1988*, vol. II (primera parte), pág. 254, documento A/CN.4/413; *Anuario..., 1989*, vol. II (primera parte), pág. 139, documento A/CN.4/423; *Anuario..., 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428; *Anuario..., 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/437; *Anuario..., 1992*, vol. II (primera parte), pág. 77, documento A/CN.4/443; *Anuario..., 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/450; documento A/CN.4/459; documento A/CN.4/468; y documento A/CN.4/475 y Add.1.

[893] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/47/10), págs. 135 a 137.

[894] Véanse las recomendaciones detalladas de la Comisión en ibíd., *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/50/10), págs. 228 y 229.

[895] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/51/10), anexo I.

85. En su 49° período de sesiones (1997), la Comisión estableció nuevamente un Grupo de Trabajo para que examinara cómo debería proceder la Comisión en su labor relativa al tema. El Grupo de Trabajo examinó la labor realizada por la Comisión sobre el tema desde 1978. Señaló que el ámbito y el contenido del tema seguían sin ser claros debido a factores como dificultades conceptuales y teóricas, la idoneidad del título y la relación de la cuestión con la "responsabilidad de los Estados". El Grupo de Trabajo señaló además que la Comisión había tratado de dos cuestiones dentro del tema: "prevención" y "responsabilidad internacional". En opinión del Grupo de Trabajo, esas dos cuestiones eran distintas entre sí, aunque estuvieran relacionadas. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones de la prevención y de la responsabilidad deberían tratarse en adelante por separado.

86. En consecuencia, la Comisión decidió proseguir su labor sobre el tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional" y tratar en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección subtitulada "Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas"[896]. La Asamblea General tomó nota de esa decisión en el párrafo 7 de su resolución 52/156.

87. En el mismo período de sesiones, la Comisión nombró Relator Especial encargado de esta parte del tema al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao[897].

88. En su 50° período de sesiones (1998), la Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial[898], y aprobó en primera lectura una serie de 17 proyectos de artículos sobre la prevención de los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas.

89. De conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, la Comisión transmitió el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General antes del 1° de enero de 2000.

90. En sus 51° (1999) y 52° (2000) períodos de sesiones, la Comisión recibió y examinó el segundo[899] y el tercer[900] informes del Relator Especial. La Comisión tuvo también ante sí los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos[901]. En su 2643ª sesión, el 20 de julio de 2000, la Comisión remitió el proyecto de preámbulo y los proyectos de artículos revisados al Comité de Redacción.

---

[896] Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/52/10), párr. 168.

[897] Ibíd.

[898] A/CN.4/487 y Add.1.

[899] A/CN.4/501.

[900] A/CN.4/510.

[901] A/CN.4/509 y A/CN.4/516, este último documento recibido en 2001.

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

91. En el actual período de sesiones, el Comité de Redacción examinó los proyectos de artículos que la Comisión le había remitido el año anterior. El Presidente del Comité de Redacción presentó su informe (A/CN.4/L.601, Corr.1 (en inglés solamente) y 2) en la 2675ª sesión de la Comisión, celebrada el 11 de mayo de 2001. En la misma sesión, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó el texto definitivo de un proyecto de preámbulo y una serie de 19 proyectos de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

92. En sus sesiones 2697ª, 2698ª, 2699ª y 2700ª, del 27 de julio al 2 de agosto de 2001, la Comisión aprobó los comentarios a los mencionados proyectos de artículos.

93. De conformidad con su Estatuto, la Comisión somete el proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos a la Asamblea General, juntamente con la recomendación que figura a continuación.

## C. Recomendación de la Comisión

94. En su 2701ª sesión, el 3 de agosto de 2001, la Comisión, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, acordó recomendar a la Asamblea General que elaborase una convención basada en el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

## D. Homenaje al Relator Especial, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao

95. En su 2701ª sesión, el 3 de agosto de 2001, la Comisión, después de aprobar el texto del proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobó por aclamación el siguiente proyecto de resolución:

> *"La Comisión de Derecho Internacional,*
>
> *Habiendo aprobado* el proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,
>
> *Expresa* al Relator Especial, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, su profundo reconocimiento y calurosa felicitación por su destacada aportación a la preparación del proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos mediante sus esfuerzos incansables y su gran dedicación, y por los resultados logrados en la elaboración del proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas."

96. La Comisión también expresó su profundo reconocimiento a los anteriores Relatores Especiales, el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter y el Sr. Julio Barboza, por su destacada aportación a los trabajos sobre este tema.

## E. Texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas

### 1. Texto del proyecto de artículos

97. A continuación figura el texto del proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos aprobado por la Comisión en su 53° período de sesiones:

### PREVENCIÓN DEL DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

*Los Estados Partes,*

*Teniendo presente* el apartado a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones a fin de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación,

*Teniendo presente* el principio de la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control,

*Teniendo presente además* que la libertad de los Estados de realizar o permitir actividades en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control no es ilimitada,

*Recordando* la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 13 de junio de 1992,

*Reconociendo* la importancia de promover la cooperación internacional,

*Han convenido* en lo siguiente:

#### Artículo 1

#### Alcance

Los presentes artículos se aplicarán a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

## Artículo 2

## Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) El "riesgo de causar daño transfronterizo sensible" abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico;

b) Se entiende por "daño" el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente;

c) Se entiende por "daño transfronterizo" el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados interesados fronteras comunes;

d) Se entiende por "Estado de origen" el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan las actividades a las que se refiere el artículo 1;

e) Se entiende por "Estado que pueda resultar afectado" el Estado en cuyo territorio exista el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo;

f) Se entiende por "Estados interesados" el Estado de origen y el Estado que pueda resultar afectado.

## Artículo 3

## Prevención

El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

## Artículo 4

## Cooperación

Los Estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o más organizaciones internacionales competentes, para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

## Artículo 5

## Aplicación

Los Estados interesados adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias, incluido el establecimiento de mecanismos de vigilancia apropiados, para aplicar las disposiciones de los presentes artículos.

## Artículo 6

## Autorización

1. El Estado de origen establecerá el requisito de su autorización previa para:

a) Cualquier actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos que se lleve a cabo en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control;

b) Cualquier cambio importante en una actividad mencionada en el apartado a);

c) Cualquier plan de efectuar un cambio en una actividad que pueda transformarla en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos.

2. El requisito de la autorización establecido por un Estado será aplicable con respecto a todas las actividades preexistentes que queden comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes artículos. Se revisarán las autorizaciones ya concedidas por el Estado para actividades preexistentes a fin de cumplir lo dispuesto en los presentes artículos.

3. En el caso de que no se observen las condiciones de la autorización, el Estado de origen tomará todas las medidas que resulten apropiadas, incluido, cuando sea necesario, el retiro de la autorización.

## Artículo 7

## Evaluación del riesgo

Cualquier decisión con respecto a la autorización de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos deberá basarse, en particular, en una evaluación del daño transfronterizo que pueda causar esa actividad, incluida la evaluación del impacto ambiental.

## Artículo 8

## Notificación e información

1. Si la evaluación a que se refiere el artículo 7 muestra que existe un riesgo de causar daño transfronterizo sensible, el Estado de origen deberá hacer la oportuna notificación del riesgo y de la evaluación al Estado que pueda resultar afectado y le transmitirá la información técnica disponible y toda otra información pertinente en que se base la evaluación.

2. El Estado de origen no tomará decisión alguna con respecto a la autorización de la actividad antes de que reciba, dentro de un plazo que no exceda de seis meses, la respuesta del Estado que pueda resultar afectado.

## Artículo 9

## Consultas sobre las medidas preventivas

1. Los Estados interesados celebrarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con el objeto de alcanzar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Los Estados interesados acordarán, al comienzo de esas consultas, un plazo razonable para llevarlas a cabo.

2. Los Estados interesados deberán buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses a la luz del artículo 10.

3. Si de resultas de las consultas a que se hace referencia en el párrafo 1 no se llegare a una solución de común acuerdo, el Estado de origen deberá tener en cuenta, no obstante, los intereses del Estado que pueda resultar afectado en caso de que decida autorizar la realización de la actividad en cuestión, sin perjuicio de los derechos de cualquier Estado que pueda resultar afectado.

## Artículo 10

## Factores de un equilibrio equitativo de intereses

Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 9, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, en particular:

a) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o reparar el daño;

b) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para el Estado que pueda resultar afectado;

c) El riesgo de que se cause daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o rehabilitar el medio ambiente;

d) La medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención;

e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de prevención y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios, o de sustituirla por otra actividad;

f) Las normas de prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad o a actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.

## Artículo 11

## Procedimientos aplicables a falta de notificación

1. Si un Estado tiene motivos razonables para creer que una actividad que se proyecta o lleva a cabo en el Estado de origen puede entrañar un riesgo de causarle daño transfronterizo sensible, podrá solicitar al Estado de origen que aplique la disposición del artículo 8. La petición irá acompañada de una exposición documentada de sus motivos.

2. En caso de que el Estado de origen llegue, no obstante, a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 8, informará de esa conclusión al Estado solicitante dentro de un plazo razonable y le presentará una exposición documentada de las razones en que ella se funde. Si el Estado solicitante no está de acuerdo con esa conclusión, a petición de este Estado, los dos Estados entablarán sin demora consultas en la forma indicada en el artículo 9.

3. Durante las consultas, el Estado de origen deberá, a petición del otro Estado, disponer las medidas adecuadas y viables para minimizar el riesgo y, cuando proceda, suspender la actividad de que se trate por un período razonable.

## Artículo 12

## Intercambio de información

Mientras se lleve a cabo la actividad, los Estados interesados deberán intercambiar oportunamente toda la información disponible sobre esa actividad que sea pertinente para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Ese intercambio de información continuará hasta que los Estados interesados lo consideren oportuno, incluso hasta después de que haya terminado la actividad.

## Artículo 13

### Información al público

Los Estados interesados deberán proporcionar, por los medios apropiados, al público que pueda resultar afectado por una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, la información pertinente relativa a esa actividad, el riesgo que entraña y el daño que pueda resultar, y consultarán su opinión.

## Artículo 14

### Seguridad nacional y secretos industriales

Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para la protección de secretos industriales o derechos de propiedad intelectual podrán no ser transmitidos, pero el Estado de origen cooperará de buena fe con el Estado que pueda resultar afectado para proporcionar toda la información posible en atención a las circunstancias.

## Artículo 15

### No discriminación

Salvo que los Estados interesados hayan acordado otra cosa para la protección de los intereses de las personas, naturales o jurídicas, que estén o puedan estar expuestas al riesgo de un daño transfronterizo sensible como resultado de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, un Estado no discriminará por motivos de nacionalidad o residencia o de lugar en que pueda ocurrir el daño, al garantizar a esas personas, de conformidad con su ordenamiento jurídico, acceso a los procedimientos judiciales o de otra índole para que soliciten protección u otro remedio apropiado.

## Artículo 16

### Preparación para casos de emergencia

El Estado de origen deberá establecer planes de contingencia para hacer frente a las situaciones de emergencia, en cooperación, cuando proceda, con el Estado que pueda resultar afectado y con las organizaciones internacionales competentes.

Artículo 17

Notificación de una emergencia

El Estado de origen deberá notificar sin demora y por los medios más rápidos de que disponga al Estado que pueda resultar afectado por cualquier situación de emergencia relacionada con una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos y facilitarle toda la información pertinente disponible.

Artículo 18

Relación con otras normas de derecho internacional

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación de los Estados de conformidad con los tratados pertinentes o con las normas del derecho internacional consuetudinario.

Artículo 19

Solución de controversias

1. Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación de los presentes artículos será resuelta rápidamente mediante los medios de solución pacífica que elijan de mutuo acuerdo las partes en la controversia, incluidos la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial.

2. De no lograr acuerdo sobre los medios para la solución pacífica de la controversia en un plazo de seis meses, cualquiera de las partes en la controversia podrá solicitar que se establezca una comisión imparcial de determinación de los hechos.

3. La comisión de determinación de los hechos estará integrada por un miembro designado por cada una de las partes en la controversia y además por un miembro que no tenga la nacionalidad de ninguna de ellas, que será elegido por los miembros designados y que actuará como presidente.

4. Si una de las partes en la controversia está constituida por más de un Estado, y si éstos no designan de común acuerdo a un miembro de la comisión y cada uno de ellos procede a designar a un miembro, la otra parte en la controversia tendrá derecho a designar a igual número de miembros de la comisión.

5. Si los miembros designados por las partes en la controversia no pueden ponerse de acuerdo en el nombramiento de un presidente en un plazo de tres meses a contar desde la solicitud de establecimiento de la comisión, cualquiera de las partes en la controversia podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que nombre al presidente, el cual no tendrá la nacionalidad de ninguna de las partes en la controversia. Si una de las partes no designare miembro para la comisión en un

plazo de tres meses a contar desde la solicitud inicial presentada con arreglo al párrafo 2, cualquier otra parte en la controversia podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que designe a una persona que no tenga la nacionalidad de ninguna de las partes en la controversia. La persona así designada constituirá una comisión unipersonal.

6. La comisión aprobará su informe por mayoría, a menos que sea una comisión unipersonal, y lo presentará a las partes en la controversia, exponiendo en él sus conclusiones y sus recomendaciones, que las partes en la controversia considerarán de buena fe.

2. Texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes

98. A continuación figura el texto de los artículos aprobados por la Comisión en su 53° período de sesiones, con sus comentarios:

## PREVENCIÓN DEL DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

### Comentario general

1) Los artículos tratan del concepto de prevención en el contexto de la autorización y la reglamentación de las actividades peligrosas que entrañan un riesgo importante de daño transfronterizo. La prevención en este sentido, como procedimiento o como obligación, se refiere a la fase anterior a la situación en que ya se ha producido efectivamente un daño o un perjuicio sensible que requiere que los Estados interesados apliquen medidas correctivas o de indemnización, y que a menudo comprende cuestiones relativas a la responsabilidad.

2) El concepto de prevención ha adquirido gran importancia e interés en la actualidad. Se hace hincapié en la obligación de prevenir, por oposición a la obligación de reparar, remediar o indemnizar, y esto tiene varios aspectos importantes. La política preferida debe ser la prevención, ya que en el caso de daño la indemnización por lo general no restablece la situación que existía antes de producirse el suceso o accidente. El cumplimiento de la obligación de prevenir o aplicar la debida diligencia es todavía más necesario a medida que aumentan constantemente los conocimientos sobre las actividades peligrosas, los materiales utilizados y su administración y los riesgos que suponen. Desde un punto de vista jurídico, como ha aumentado la capacidad para determinar la relación de causalidad,

es decir, la vinculación física entre la causa (actividad) y el efecto (daño), e incluso las diversas etapas intermedias de ese vínculo causal, es también imperativo que quienes realizan actividades peligrosas adopten todas las medidas necesarias para prevenir el daño. En todo caso, en cuanto política, prevenir es mejor que curar.

3) La prevención del daño transfronterizo dimanante de actividades peligrosas es un objetivo en el que se hace mucho hincapié en el principio 2 de la Declaración de Río[902], y que la Corte Internacional de Justicia confirmó en su opinión consultiva sobre la legalidad del uso o de la amenaza del uso de armas nucleares de 1996[903], al declarar que ya formaba parte del *corpus* de normas de derecho internacional.

4) Por consiguiente, el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo tuvo razón al destacar la cuestión de la prevención. El texto del artículo 10 recomendado por el Grupo con respecto a los recursos naturales transfronterizos y a las repercusiones en el medio ambiente es el siguiente: "Sin perjuicio de los principios enunciados en los artículos 11 y 12, los Estados impedirán o reducirán toda consecuencia transfronteriza para el medio ambiente o todo peligro significativo derivado de ella que cause un daño importante, es decir, un daño que no sea menor o insignificante"[904]. Cabe señalar, además, que el principio bien establecido de la prevención se puso de relieve en el laudo relativo al asunto de la *Fundición Trail* y fue

---

[902] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.93.I.8 y corrección), vol. I, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo I.

[903] Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *I.C.J., Reports 1996*, pág. 15, párr. 29; véase también A/51/218, anexo.

[904] *Environmental Protection and Sustainable Development - Legal Principles and Recommendations*, aprobado por el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Graham y Trotman/Martinus Nijhoff, 1986), pág. 75. También se señaló que la obligación de no causar daños importantes podía derivarse de la práctica no convencional de los Estados, así como de las declaraciones formuladas individual o colectivamente por los Estados. Véase J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1984), págs. 346 a 347 y 374 a 376.

reiterado no sólo en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo[905] y en el principio 2 de la Declaración de Río, sino también en la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, relativa a la cooperación en el campo del medio ambiente. Este principio se recoge también en el principio 3 del proyecto de principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la explotación armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, de 1978, en el cual se estipulaba que los Estados deberían evitar "en la máxima medida posible y [reducir] al mínimo posible los efectos ambientales perjudiciales fuera de su jurisdicción a fin de proteger el medio, en particular cuando dicha utilización pueda: a) causar un perjuicio al medio ambiente que tenga repercusiones sobre la utilización de ese recurso por otro Estado que lo comparta; b) comprometer la conservación de un recurso renovable compartido; c) poner en peligro la salud de la población de otro Estado"[906].

5) La prevención de los daños transfronterizos al medio ambiente, a las personas y a los bienes ha sido aceptada como principio importante en muchos tratados multilaterales sobre la protección del medio ambiente, los accidentes nucleares, los objetos espaciales, los cursos de agua internacionales, la ordenación de los residuos peligrosos y la prevención de la contaminación marina[907].

---

[905] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.73.II.A.14).

[906] Decisión 6/14 del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), de 19 de mayo de 1978 *Documento Oficial de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento N°* 25 (A/33/25), anexo I, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 17 (1978), pág. 1098. Una referencia a otras fuentes que recogen el principio de la prevención figura en *Environmental Protection and Sustainable Development - Legal Principles and Recommendations*, (nota 904 *supra*), págs. 75 a 80.

[907] Se puede consultar una colección de tratados clasificados según la esfera o sector del medio ambiente que abarcan o según la protección contra peligros determinados que ofrecen, en E. Brown Weiss, D. B. Magraw y P. C. Szasz, *International Environmental Law: Basic Instruments and References* (Transnational Pubs. Inc., 1992); P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, vol. 1 (Frameworks, Standards and Implementation),

## PREVENCIÓN DEL DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

### PREÁMBULO

*Los Estados Partes*,

*Teniendo presente* el apartado a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones a fin de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación,

*Teniendo presente* el principio de la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control,

*Teniendo presente además* que la libertad de los Estados de realizar o permitir actividades en su territorio o en otros lugares bajo a su jurisdicción o control no es ilimitada,

*Recordando* la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 13 de junio de 1992,

*Reconociendo* la importancia de promover la cooperación internacional,

*Han convenido* en lo siguiente:

Comentario

1) El Preámbulo establece el contexto general en que se elabora el tema de la prevención, teniendo presente el mandato conferido a la Comisión en materia de codificación y desarrollo del derecho internacional. Las actividades que abarca el presente

---

(Manchester Press, 1995); L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, C. Romano (eds.) Protection internationale de l'environnement, *Recueil d'instruments juridiques*, París, Pédone, 1998; C. Dommen, Ph. Cullet, *Droit international de l'environnement*, textos de base y referencias, Kluwer Law International, 1998; M. Prieur, St. Doumbe-Bille (eds.), *Recueil francophone des instruments internationaux de protection de l'environnement*, AUPELF/EDICEF, 1998; A. Boyle y D. Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development*; Past Achievements and Future Challenges (Oxford University Press, 1999); F. L. Morrison y R. Wolfrum (eds.), *International, Regional and Environmental Law* (Kluwer Law International, 2000); P. W. Birnie y A. Boyle, *International Law and the Environment* (Oxford University Press, 2002) (de próxima aparición) 2a. ed.

tema de la prevención exigen que los Estados busquen la cooperación y el acuerdo en beneficio de sus intereses mutuos. Los Estados son libres de adoptar las medidas necesarias para desarrollar sus recursos naturales y de realizar o autorizar actividades en atención a las necesidades de su población. Al hacerlo, sin embargo, los Estados tienen que velar por que esas actividades se realicen teniendo en cuenta los intereses de otros Estados y, por consiguiente, la libertad de que gozan en el ámbito de su jurisdicción no es ilimitada.

2) La prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se debería situar también en el contexto de los principios generales incorporados en la Declaración de Río y de otras consideraciones que subrayan la estrecha relación existente entre las cuestiones del medio ambiente y el desarrollo. La referencia general del tercer párrafo del preámbulo a la Declaración de Río indica la importancia del carácter interactivo de todos los principios en ella mencionados, sin perjuicio de que en los comentarios que siguen relativos a artículos concretos se pongan de relieve, según convenga, principios determinados de la Declaración de Río.

## Artículo 1

## Alcance

Los presentes artículos se aplicarán a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

## Comentario

1) El artículo 1 limita el alcance de los artículos a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. El apartado d) del artículo 2 limita además el alcance de los artículos a las actividades realizadas en el territorio de un Estado o en otros lugares sujetos a la jurisdicción o el control de un Estado.

2) Toda actividad que entrañe el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible por sus consecuencias físicas queda comprendida en el ámbito de los artículos. Se podrían

prever distintos tipos de actividades dentro de esta categoría. Como indica el título de los artículos propuestos, está comprendida toda actividad peligrosa y, por deducción, toda actividad extremadamente peligrosa que entrañe un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Por actividad extremadamente peligrosa se entiende una actividad que entraña un riesgo que sólo rara vez se materializará pero que, cuando ello ocurra, tal vez alcance proporciones graves (más que sensibles, serias o sustanciales).

3) En distintas etapas de la evolución de los presentes artículos se ha propuesto que esas actividades se especifiquen en una lista anexa a los artículos, lista que se podría aumentar o reducir en el futuro según fuera necesario. También podría darse a los Estados la posibilidad de añadir o eliminar actividades de la lista, la cual podrán incorporar en toda legislación nacional que tenga por objeto dar cumplimiento a las obligaciones de prevención.

4) Sin embargo, se estima que la especificación de actividades en una lista anexa a los artículos no deja de presentar problemas y que, desde el punto de vista funcional, no es esencial. Es probable que una lista de ese tipo sea incompleta y que periódicamente pierda vigencia a causa de la rápida evolución de la tecnología. Además, con excepción de ciertas actividades extremadamente peligrosas que son en su mayoría objeto de reglamentación especial, a saber, las relacionadas con la tecnología nuclear o con el espacio ultraterrestre, el riesgo que entraña una actividad depende principalmente de la aplicación de que se trate, del contexto específico y del modo de operación. Se estima que una lista genérica no podría abarcar esos elementos.

5) Cabe observar además que los Estados siempre tienen la posibilidad de especificar actividades que queden comprendidas en el ámbito de los artículos en cualesquiera acuerdos regionales o bilaterales, o de hacerlo en la legislación nacional que regule esas actividades y establezca obligaciones de prevención[908]. En cualquier caso, el alcance de los artículos queda aclarado por los cuatro criterios que se indican en el artículo.

---

[908] Por ejemplo, varias convenciones se ocupan del tipo de actividades que caen dentro de su ámbito: la Convención para la prevención de la contaminación marina procedente de fuentes

6) El primer criterio para definir el alcance de los artículos es el de "actividades no prohibidas por el derecho internacional". Se ha adoptado este enfoque a fin de separar el tema de la responsabilidad internacional por actividades no prohibidas del tema de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos[909]. La aplicación de este criterio tiene por objeto además permitir al Estado que pueda resultar afectado por una actividad que entrañe el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible exigir al Estado de origen que cumpla las obligaciones de prevención, aunque la actividad en sí no esté prohibida. Además, el hecho de que un Estado que pueda resultar afectado haga valer los presentes artículos, no impide que más adelante ese Estado sostenga que la actividad en cuestión es una actividad prohibida. Del mismo modo, debe entenderse que el incumplimiento de la obligación de prevenir o, en todo caso, de minimizar el riesgo que establecen los artículos no permite suponer que la actividad misma está prohibida[910].

---

terrestres, de 1974, PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Ref. *Series 3, 1983*, pág. 430, reproducido en *I.L.M.*, vol. 13 (1974), pág. 352; el Protocolo del Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, de 1976, ibíd.; el Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación química, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1124, pág. 375; el anexo I de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, de 1991 (E/ECE/1250), reproducida en *International Legal Materials*, vol. 30 (1991), pág. 800, en la que se señalan varias actividades potencialmente peligrosas para el medio ambiente, como las refinerías de petróleo, las centrales térmicas, las instalaciones en que se producen combustibles nucleares enriquecidos, etc., respecto de las cuales es preciso realizar una evaluación del impacto ambiental de conformidad con la Convención; el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del mar Báltico, [OMI 1] LDC.2/Circ.303; la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de 1992 (doc. ENVWA/R.54 y Add.1), reproducida en *I.L.M.*, vol. 31 (1992), pág. 1333; el anexo II de la Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 1993 (*European Treaty Series*, N° 150), en la que se identifican como actividades peligrosas las realizadas en las instalaciones o lugares para la eliminación total o parcial de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante mediante incineración en tierra o en el mar, las instalaciones o lugares para la degradación térmica de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante la reducción de oxígeno, etc.; en el anexo I de esta Convención hay también una lista de sustancias peligrosas.

[909] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/32/10), párr. 17.

[910] Véase M. B. Akehurst, "International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16

Sin embargo, en ese caso se podría invocar la responsabilidad del Estado para dar cumplimiento a las obligaciones, en particular cualquier responsabilidad civil u obligación del operador[911]. Los artículos se ocupan principalmente de la gestión del riesgo y hacen hincapié en la obligación de todos los Estados interesados de cooperar y consultarse. Se da a los Estados que puedan resultar afectados, el derecho a colaborar con el Estado de origen en el diseño y, si procede, la aplicación de un sistema de gestión del riesgo compartido. No obstante, el derecho así previsto en favor de los Estados que puedan resultar afectados no da a éstos el derecho a vetar la actividad o el proyecto mismos[912].

---

(1985), págs. 3 a 16; Alan E. Boyle, "State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A necessary distinction?", *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 39 (1990), págs. 1 a 25; Karl Zemanek, "State Responsibility and Liability", en W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (eds.), *Environmental Protection and International Law* (1991), pág. 197; P. S. Rao, segundo informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, documento A/CN.4/501, párrs. 35 a 37.

[911] Véase P. M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle* (París, Pédone), 1997, pág. 319; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, primera parte (1983), pág. 50; A. Rosas, "State Responsibility and Liability under Civil Liability Regimes", en O. Bring y Said Mahmoudi (eds.), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives (Essays in honour of Jerzy Sztucki)*; y Fouad Bitar, "Les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux selon la Convention de Bâle", *Étude des régimes de responsabilité* (París, Pédone), 1997, págs. 79 a 137. Sin embargo, se aplican distintas normas sobre responsabilidad, carga de la prueba y recursos a la responsabilidad por actividades no prohibidas y a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Véase también P. M. Dupuy, "Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?" en *Revue générale de droit international public*, 1997-4, págs. 873 a 903;Teresa A. Berwick, "Responsibility and Liability for Environmental Damage: A Roadmap for International Environmental Regimes", *Georgetown International Environmental Review*, págs. 257 a 267 (1998); y "À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement", en *Les Hommes et l'environnement en hommage à Alexandre Kiss* (París, Frison Roche, 1998), véase nota 948 *infra*).

[912] En relación con la naturaleza de la obligación de colaborar y de lograr un equilibrio entre los intereses en juego, véase P. Rao, primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, documento A/CN.4/487, párrs. 43, 44, 54 y 55 d).

7) El segundo criterio, enunciado en la definición de "Estado de origen" en el apartado d) del artículo 2, es que las actividades a que son aplicables las medidas preventivas "se planifican o realizan" en el territorio de un Estado o en otros lugares que se hallen bajo su jurisdicción o control. Tres conceptos se utilizan en este criterio: "territorio", "jurisdicción" y "control". Aunque la expresión "jurisdicción o control de un Estado" es la fórmula más comúnmente utilizada en algunos instrumentos[913], la Comisión considera útil mencionar también el concepto de "territorio" para subrayar la importancia del vínculo territorial, cuando éste existe, entre las actividades a que se refieren estos artículos y un Estado.

8) A los fines de los presentes artículos, la *jurisdicción territorial* es el criterio que predomina. En consecuencia, cuando una actividad comprendida en los presentes artículos se produce dentro del *territorio* de un Estado, ese Estado debe cumplir las *obligaciones de prevención*. El "territorio" se toma, pues, como prueba concluyente de jurisdicción. Por consiguiente, en casos de conflicto de jurisdicción sobre una actividad comprendida en estos artículos, prevalece la jurisdicción de base territorial. Sin embargo, la Comisión tiene presente que hay situaciones en las que un Estado, con arreglo al derecho internacional, ha de aceptar limitaciones a su jurisdicción territorial en relación con otro Estado. Un ejemplo típico de esa situación es el paso inocente de un buque extranjero por el mar territorial. En ese caso, si la actividad que origina un daño transfronterizo sensible procede del buque extranjero, es el Estado del pabellón y no el Estado del territorio el que debe cumplir las disposiciones de los presentes artículos.

9) El concepto de "territorio" a efectos de estos artículos no abarca todos los casos en que un Estado ejerce "jurisdicción" o "control". El término "jurisdicción" de un Estado

---

[913] Véase, por ejemplo, el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, (véase la nota 905 *supra)*; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.84.V.3), documento A/CONF.62/122, párrafo 2 del artículo 194; el principio 2 de la Declaración de Río (véase la nota 902 *supra*); y el artículo 3 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, documento UNEP/Bio.Div./N7-INC.5/4, reproducido en *I.L.M.*, vol. 31 (1992), pág. 1808.

abarca, además de las actividades realizadas dentro del territorio de ese Estado, las actividades sobre las cuales el Estado está autorizado por el derecho internacional a ejercer su competencia y autoridad. La Comisión es consciente de que las cuestiones relacionadas con la determinación de la jurisdicción son complejas y a veces constituyen el núcleo de una controversia. En este artículo no se pretende ciertamente resolver todas las cuestiones de conflictos de jurisdicción.

10) En ciertos casos, debido a la localización de la actividad, no hay vínculo territorial entre un Estado y las actividades como, por ejemplo, las que tienen lugar en el espacio ultraterrestre o en alta mar. El ejemplo más común es la jurisdicción del Estado del pabellón sobre un buque. Las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar, de 1958, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, se han ocupado de las diversas potestades jurisdiccionales del Estado del pabellón.

11) En casos de jurisdicción concurrente de más de un Estado sobre las actividades comprendidas en estos artículos, los Estados deberán cumplir individualmente, y cuando proceda, conjuntamente, las disposiciones de los mismos.

12) La función del concepto de "control" en derecho internacional es atribuir ciertas consecuencias jurídicas a un Estado cuya jurisdicción sobre determinadas actividades o hechos no es reconocida como válida por el derecho internacional. El concepto abarca situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de jure*, como en los casos de intervención y ocupación ilícitas y de anexión. Cabe recordar, a este respecto, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental) no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*[914]. En esa opinión la Corte, tras considerar a Sudáfrica responsable de haber creado y mantenido una situación que la Corte halló ilegal y afirmar que Sudáfrica estaba obligada a retirar su administración de Namibia, atribuyó no obstante

[914] *I.C.J., Reports 1971*, pág. 14.

ciertas consecuencias legales al control *de facto* de Sudáfrica sobre Namibia. La Corte declaró lo siguiente:

> "El hecho de que Sudáfrica no tenga ya ningún título jurídico que la faculte para administrar el Territorio no la libera de las obligaciones y responsabilidades que el derecho internacional le impone para con otros Estados y que están relacionadas con el ejercicio de sus poderes en este Territorio. Es el control material sobre un territorio y no la soberanía o la legitimidad del título lo que constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos que afecten a otros Estados."[915]

13) El tercer criterio es que las actividades comprendidas en estos artículos deben entrañar un "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible". La expresión se define en el artículo 2 (véase el comentario al artículo 2). Las palabras "daño transfronterizo" tienen por objeto excluir las actividades que sólo causan daño en el territorio del Estado dentro del cual se realiza la actividad sin la posibilidad de causar daño a ningún otro Estado. El término "sensible" se examina en el comentario al artículo 2.

14) Con respecto al elemento de "riesgo", éste, por definición, se refiere a posibilidades futuras y, por tanto, entraña un elemento de evaluación o estimación del riesgo. El mero hecho de que puedan derivarse daños de una actividad no significa que esa actividad entrañe un riesgo si ningún observador debidamente informado tuvo o pudo tener conciencia de ese riesgo cuando se realizaba la actividad. Por otra parte, una actividad puede entrañar un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible aun cuando los encargados de realizar la actividad subestimen el riesgo o incluso no tengan conocimiento de él. Por lo tanto, la noción de riesgo se interpreta objetivamente, es decir, como la estimación de un posible daño resultante de una actividad, que un observador debidamente informado haya tenido o debido tener.

15) En este contexto, hay que destacar que estos artículos en conjunto tienen un efecto y aplicación continuados, es decir, a menos que se indique otra cosa, se aplican a las actividades en el momento en que se realizan. Por tanto, es posible que una actividad que inicialmente no entrañara un riesgo (en el sentido explicado en el párrafo 14), pueda pasar

---

[915] Ibíd., párr. 118.

a tenerlo como consecuencia de algún acontecimiento o circunstancia. Por ejemplo, un embalse perfectamente seguro puede volverse peligroso como consecuencia de un seísmo, en cuyo caso seguir utilizándolo sería una actividad que entrañaría un riesgo. O bien, el adelanto de los conocimientos científicos podría revelar la debilidad inherente de una estructura o material, lo que supondría un riesgo de fallo o de derrumbe, en cuyo caso los presentes artículos se podrían aplicar a la actividad de que se trate, de conformidad con sus disposiciones.

16) El cuarto criterio es que el daño transfronterizo sensible ha de haber sido causado por las "consecuencias físicas" de esas actividades. La Comisión convino en que con el fin de dar a este tema un alcance razonable debía excluirse el daño transfronterizo que podían causar las políticas de los Estados en las esferas monetaria, socioeconómica u otras similares. La Comisión estima que la manera más eficaz de limitar el ámbito de aplicación de estos artículos es exigir que estas actividades tengan consecuencias físicas transfronterizas que a su vez provoquen un daño sensible.

17) El vínculo físico debe conectar la actividad con sus efectos transfronterizos. Esto supone una conexión de un tipo muy concreto, una consecuencia que surja o pueda surgir de la naturaleza misma de la actividad o situación de que se trate. Ello implica que las actividades comprendidas en estos artículos deben ser de carácter físico y que las consecuencias deben derivarse de ese carácter. Así, el almacenamiento de armas no entraña la consecuencia de que las armas almacenadas se dediquen a un uso beligerante. Sin embargo, este almacenamiento puede caracterizarse como actividad que, debido a las propiedades explosivas o incendiarias de los materiales almacenados, entrañe un riesgo inherente de accidente desastroso.

## Artículo 2

### Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) El "riesgo de causar daño transfronterizo sensible" abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico;

b) Se entiende por "daño" el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente;

c) Se entiende por "daño transfronterizo" el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados interesados fronteras comunes;

d) Se entiende por "Estado de origen" el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan las actividades a las que se refiere el artículo 1;

e) Se entiende por "Estado que pueda resultar afectado" el Estado en cuyo territorio exista el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo;

f) Se entiende por "Estados interesados" el Estado de origen y el Estado que pueda resultar afectado.

### Comentario

1) El apartado a) define el concepto de "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible" como el que es poco probable que cause un daño transfronterizo catastrófico o el que es muy probable que cause un daño transfronterizo sensible. La Comisión estima que, en lugar de definir por separado los conceptos de "riesgo" y "daño", resulta más conveniente definir la expresión "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible", por la mutua relación existente entre "riesgo" y "daño" y por la relación entre esos dos términos y el adjetivo "sensible".

2) A los efectos de los presentes artículos, el "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible" se refiere al efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y de la magnitud de los efectos perjudiciales. Por consiguiente, es ese efecto combinado

de "riesgo" y "daño" el que determina el límite. A este respecto, la Comisión se inspiró en el Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de Aguas Interiores Transfronterizas[916], aprobado por la Comisión Económica para Europa en 1990. De conformidad con el apartado f) del artículo 1 del Código de Conducta, "se entiende por "riesgo" el efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un acontecimiento indeseable y de su magnitud". Una definición basada en el efecto combinado de "riesgo" y "daño" es más conveniente para estos artículos, y *el efecto combinado debe alcanzar un nivel que se considere sensible*. Las obligaciones de prevención impuestas a los Estados no sólo deben ser razonables sino estar también suficientemente limitadas, a fin de no imponer tales obligaciones con respecto a virtualmente todas las actividades. La finalidad es encontrar un equilibrio entre los intereses de los Estados interesados.

3) La definición del párrafo anterior tiene en cuenta una gama de relaciones comprendidas entre el "riesgo" y el "daño" que alcanzarían todas el nivel de "sensibles". La definición se refiere a dos tipos de actividades a los que corresponden las actividades a que se refieren los presentes artículos. Uno es el de la baja probabilidad de causar un daño catastrófico. Esta es normalmente la característica de las actividades extremadamente peligrosas. El otro es el de la alta probabilidad de causar un daño sensible. Comprende las actividades que tienen muchas probabilidades de causar un daño que, aunque no sea catastrófico, no por ello deja de ser sensible. Sin embargo, excluiría las actividades en que hubiera muy pocas probabilidades de causar un daño transfronterizo sensible. La palabra "abarca" tiene por objeto subrayar la intención de que la definición ofrece una gama dentro de la cual quedarán comprendidas las actividades a que se refieren los presentes artículos.

4) El término "sensible" no carece de ambigüedad, y habrá que precisarlo en cada caso en particular, lo que exigirá más consideraciones de hecho que determinaciones jurídicas. Hay que entender que *"sensible" es algo más que "detectable" pero sin necesidad de alcanzar el nivel de "grave" o "sustancial"*. El daño debe producir un efecto realmente perjudicial en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el

[916] E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16. Véase también G. Handl, *Grenzüberschreintendes nukleares Risiko un völkerrechtlicher Schutzanpruch* (Berlín, Duncker un Humblot, 1992), págs. 15 a 20.

medio ambiente o la agricultura de otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos.

5) La unidad ecológica del planeta no coincide con sus fronteras políticas.
Las actividades legítimas que realizan los Estados dentro de sus propios territorios tienen repercusiones en los demás Estados. Esos efectos mutuos, mientras no alcancen el nivel de "sensibles", se consideran tolerables.

6) El concepto de límite se refleja en el laudo dictado en el asunto de la *Fundición Trail*, que habla de "consecuencias graves"[917], así como en el dictado en el asunto del *Lago Lanós*, que emplea el término "gravemente"[918]. Algunas convenciones han utilizado también para fijar un límite las palabras "sensible" ("*significant*"), "grave" ("*serious*") o "sustancial" ("*substantial*")[919]. La palabra "sensible" ("*significant*") se ha utilizado asimismo en otros instrumentos jurídicos y leyes nacionales[920].

---

[917] Asunto de la *Fundición Trail*; Naciones Unidas, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1965.

[918] *Arbitraje del Lago Lanós (Francia c. España)*, ibíd., vol. XII, pág. 281.

[919] Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, *I.L.M.*, vol. 27 (1988), pág. 868; los párrafos 1 y 2 del artículo 2 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo (véase la nota 908 *supra*); el apartado b) del artículo I del Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de Aguas Interiores Transfronterizas (véase la nota 916 *supra*); y el artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de agua internacionales para fines distintos de la navegación(véase la resolución 51/229 de la Asamblea General, anexo).

[920] Véase, por ejemplo, el artículo 5 del proyecto de convención sobre el uso industrial y agrícola de los ríos y lagos internacionales, preparado por el Comité Jurídico Interamericano en 1965 (Organización de los Estados Americanos, Ríos y Lagos Internacionales, 4ª ed., 1971), pág. 132; el artículo 10 de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-Second Conference* (Helsinki, 1966), pág. 496; los párrafos 1 y 2 de la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, relativa a la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente; la recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza, 1974, párr. 6, OCDE, *Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents*, pág. 35, reproducido en *I.L.M.*, vol. 14 (1975), pág. 246; el Memorando de

7) La palabra "sensible", aunque determinada por criterios reales y objetivos, implica igualmente un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formule ese juicio. Por ejemplo, una pérdida determinada, en un momento determinado, podría no considerarse "sensible" porque, en ese momento, los conocimientos científicos o la valoración humana de un recurso determinado no habían llegado a un punto en que se atribuía mucha utilidad a ese recurso concreto. Sin embargo, algún tiempo más tarde esa opinión podría cambiar y el mismo daño ser considerado "sensible".

8) El apartado b) no requiere explicación ya que, a los efectos de los presentes artículos, se entienden por "daño" el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente.

9) El apartado c) define el "daño transfronterizo" como el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distintos del Estado de origen, tengan o no los Estados interesados fronteras comunes. Esa definición incluye, además del caso típico de una actividad realizada dentro de un Estado que produce efectos perjudiciales en otro, las actividades realizadas en lugares sujetos a la jurisdicción o el control de un Estado, por ejemplo en alta mar, que producen efectos en el territorio de otro Estado o en lugares bajo su jurisdicción o control. Comprende, por ejemplo, los efectos perjudiciales en buques o plataformas de otros Estados que se encuentren igualmente en alta mar, e incluirá asimismo las actividades realizadas en el territorio de un Estado que tengan consecuencias perjudiciales en, por ejemplo, los buques o plataformas de otro Estado en alta mar. No se pueden prever todas las formas futuras posibles de "daño transfronterizo". No obstante, la intención es que se pueda trazar una línea y distinguir claramente entre el Estado bajo cuya jurisdicción o control se realiza la actividad comprendida en esos artículos y el Estado que ha sufrido las consecuencias perjudiciales.

---

intenciones entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la contaminación atmosférica transfronteriza de 1980, 32 U.S.T., pág. 2541, T.I.A.S. Nº 9856; y el artículo 7 del Acuerdo de 1983 entre México y los Estados Unidos para cooperar en la solución de los problemas ambientales en la zona fronteriza, *I.L.M.*, vol. 22 (1983), pág. 1025. Los Estados Unidos han utilizado asimismo el término "*significant*" ("sensible") en su derecho interno sobre cuestiones ambientales. Véase *The American Law Institute, Restatement of the Law*, Section 601, Reporter's Note 3, págs. 111 y 112.

10) En el apartado d) la expresión "Estado de origen" se refiere al Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se realicen las actividades a que se refiere el artículo 1[921].

11) En el apartado e) la expresión "Estado que pueda resultar afectado" designa el Estado en cuyo territorio o en otros lugares sujetos a su jurisdicción o control exista el riesgo de que pueda producirse un daño transfronterizo sensible. Puede haber más de un Estado que pueda resultar afectado en virtud de una actividad determinada.

12) En el apartado f), la expresión "Estados interesados" se refiere tanto al Estado de origen como a los Estados que puedan resultar afectados, a los cuales algunos de los artículos se refieren en conjunto.

Artículo 3

Prevención

El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

Comentario

1) El artículo 3 se basa en el principio fundamental *sic utere tuo ut alienum non laedas*, recogido en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo[922], cuyo texto es el siguiente:

> "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional."

2) Pero las limitaciones de la libertad de los Estados que recoge el principio 21 se enuncian más explícitamente en el artículo 3 y en los siguientes.

---

[921] Véase el comentario al artículo 1, párrs. 7 a 12.

[922] Véase la nota 913 *supra*. Véase también la Declaración de Río, nota 902 *supra*.

3) Este artículo, junto con el artículo 4, constituye el fundamento básico de los artículos sobre prevención. Los artículos establecen las obligaciones más concretas de los Estados en cuanto a prevenir los daños transfronterizos sensibles o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlos. De esas forma, el artículo subraya el deber principal del Estado de origen de prevenir los daños transfronterizos sensibles; y únicamente en el caso de que ello no sea posible por completo deberá esforzarse cuanto pueda por minimizar el riesgo de causar los daños. La frase "en todo caso" tiene por objeto expresar que la obligación de prevención tiene prioridad. La palabra "minimizar" debe entenderse en este contexto en el sentido de que el objetivo es reducir al mínimo la posibilidad de daños.

4) El presente artículo es una afirmación de principio. Dispone que los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Las palabras "todas las medidas apropiadas" se refieren a todas las medidas y disposiciones que se especifican en los artículos sobre prevención y reducción al mínimo de los daños transfronterizos. El artículo 3 es complementario de los artículos 9 y 10 y forma con ellos un conjunto armonioso. Además, impone al Estado de origen la obligación de promulgar y aplicar legislación nacional que incorpore las normas internacionales aceptadas. Esas normas serán una referencia necesaria para determinar si las medidas adoptadas son apropiadas.

5) Como principio general, la obligación enunciada en el artículo 3 de prevenir un daño transfronterizo sensible o minimizar el riesgo de causarlo se aplica únicamente a aquellas actividades que entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, según las definiciones dadas en el artículo 2. Normalmente, en el contexto de la prevención, un Estado de origen no asume con relación a otros Estados que puedan resultar afectados el riesgo de las consecuencias imprevisibles de actividades comprendidas en estos artículos. Por otra parte, la obligación de "adoptar todas las medidas apropiadas" para prevenir un daño o minimizar el riesgo de causarlo no puede limitarse a actividades de las que ya se ha determinado adecuadamente que entrañan tal riesgo. Esa obligación comprende la adopción de medidas apropiadas para identificar las actividades que entrañan tal riesgo, y tiene carácter permanente.

6) Por consiguiente, este artículo sienta el principio de la prevención que concierne a todo Estado respecto de las actividades comprendidas en el artículo 1. Entre las modalidades por las cuales el Estado de origen puede cumplir las obligaciones de prevención establecidas figuran, por ejemplo, las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para hacer cumplir las leyes, las decisiones administrativas y las políticas que el Estado de origen haya adoptado[923].

7) La obligación del Estado de origen de adoptar medidas preventivas o para minimizar el riesgo es una obligación de diligencia debida. La conducta del Estado de origen es la que determinará si éste ha cumplido sus obligaciones en virtud de los presentes artículos. Sin embargo, la obligación de diligencia debida no pretende garantizar la prevención total de daños sensibles, cuando no es posible lograrla. En todo caso, como queda dicho, el Estado de origen deberá esforzarse cuanto pueda por minimizar el riesgo. En ese sentido, esa obligación no garantiza que el daño no se produzca[924].

8) La obligación de observar la diligencia debida constituye la norma básica de la protección del medio ambiente contra los daños, como puede deducirse de varias convenciones internacionales[925], así como de las resoluciones e informes de conferencias

---

[923] Véase el artículo 5 y su comentario.

[924] Véase una observación similar en el párrafo 4 del comentario al artículo 7 del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura, en *Anuario..., 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 110. En cuanto a la falta de datos científicos, véase A. Epiney y M. Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts* (Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1998), págs. 126 a 140.

[925] Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (véase la nota 913 *supra*); los artículos I y II y el párrafo 2 del artículo VII del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, *I.L.M.*, vol. 11 (1972), pág. 1294; el artículo 2 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, pág. 293, reproducido en *I.L.M.*, vol. 26 (1987), pág. 1529; el párrafo 5 del artículo 7 de la Convención para Regular las Actividades Relacionadas con los Recursos Minerales Antárticos (véase la nota 919 *supra*); el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, (véase la nota 908 *supra*), y el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua

y organizaciones internacionales[926]. La obligación de diligencia debida se debatió en 1986 en una controversia entre Alemania y Suiza relativa a la contaminación del Rin por Sandoz; el Gobierno de Suiza reconoció su responsabilidad por falta de diligencia debida para prevenir el accidente mediante la reglamentación adecuada de sus industrias farmacéuticas[927].

9) En el asunto *Alabama*, el tribunal examinó dos definiciones diferentes de diligencia debida presentadas por las partes. Los Estados Unidos definieron la diligencia debida en los términos siguientes:

> "[Una] diligencia proporcional a la magnitud del asunto y a la dignidad y fuerza de la Potencia que ha de ejercerla; una diligencia que mediante el uso de la vigilancia activa y de todos los demás medios en poder del neutral, a través de todas las etapas de la transacción, impedirá que su suelo sea violado; una diligencia que de igual manera disuadirá a los hombres de cometer actos de guerra en el suelo del neutral contra su voluntad."[928]

El Reino Unido definió la diligencia debida como "el cuidado que los gobiernos ordinariamente aplican en sus asuntos internos"[929]. Al parecer el tribunal hizo suya la definición más amplia de la norma de diligencia debida presentada por los Estados Unidos

---

Transfronterizos y Lagos Internacionales, documento ENVWA/R.53 y Add.1, reproducido en *I.L.M.*, vol. 31 (1992), pág. 1312.

[926] Véase el principio 21 de la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982), y el Principio VI del proyecto relativo a la modificación meteorológica, preparado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), en *Digest of United States Practice in International Law*, 1978, pág. 1205.

[927] Véase *The New York Times* de 11 de noviembre de 1986, pág. A 1; de 12 de noviembre de 1986, pág. A 8, y de 13 de noviembre de 1986, pág. A 3. Véase también Alexandre Kiss, "'Tchernobâle' ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques", en *Annuaire français de droit international*, vol. 33 (1987), págs. 719 a 727.

[928] *The Geneva Arbitration (The Alabama case)* en J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I, 1898, págs. 572 y 573.

[929] Ibíd., pág. 612.

y expresó su preocupación acerca de la "norma nacional" de diligencia debida presentada por el Reino Unido. El tribunal declaró que "[la] posición inglesa parecía también reducir los deberes internacionales de un gobierno al ejercicio de las facultades restrictivas que le confería el derecho interno, y pasar por alto la obligación del neutral de modificar sus leyes cuando eran insuficientes"[930].

10) En el contexto de los presentes artículos la diligencia debida se manifiesta en los esfuerzos razonables por parte del Estado para informarse de los componentes de hecho o de derecho que se relacionan previsiblemente con un procedimiento futuro y tomar en momento oportuno las medidas apropiadas para hacerles frente. Así, los Estados están obligados a tomar medidas unilaterales para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo derivado de las actividades a que se refiere el artículo 1. Esas medidas incluyen, primero, formular políticas destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o minimizar el riesgo de causarlo y, segundo, aplicar esas políticas. Estas se expresan en la legislación y en los reglamentos administrativos y se aplican mediante diversos mecanismos.

11) La norma de diligencia debida con la cual debe contrastarse la conducta de un Estado es lo que generalmente se considera apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño transfronterizo en el caso de que se trate. Por ejemplo, las actividades que pueden considerarse extremadamente peligrosas requieren un grado de cuidado mucho mayor al formular políticas y un grado mucho mayor de vigor por parte del Estado para aplicarlas. Cuestiones como la dimensión de la operación, su ubicación, las condiciones climáticas especiales, los materiales utilizados en la actividad, y la razonable idoneidad de las conclusiones sacadas de la aplicación de estos factores en un caso concreto figuran entre los factores que han de considerarse para determinar la existencia del requisito de la diligencia debida en cada caso. Lo que se considera como un grado razonable de cuidado o de diligencia debida puede cambiar con el tiempo; lo que se considera como procedimiento, norma o regla apropiados y razonables en un momento dado quizás no se

[930] Ibíd., pág. 613.

considere como tal en una fecha futura. En consecuencia, la diligencia debida al garantizar la seguridad requiere que un Estado se mantenga al día de los cambios tecnológicos y de la evolución científica.

12) Es necesario también a este respecto tomar nota del principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que dice así:

> "Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo."[931]

13) Se encuentra una terminología parecida en el principio 23 de la Declaración de Estocolmo. No obstante, en ese principio se especifica que dichas normas internas han de entenderse "sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional"[932]. El nivel económico de los Estados es uno de los factores que han de tenerse en cuenta al determinar si un Estado ha cumplido su obligación de diligencia debida. Pero el nivel económico del Estado no puede utilizarse para exonerar a éste de la obligación que le imponen esos artículos.

14) El artículo 3 impone al Estado la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Esto puede implicar, entre otras cosas, la adopción de las medidas que correspondan a manera de precaución suficiente, aunque no exista la certidumbre científica plena, para evitar o prevenir daño grave o irreversible. Esto está bien articulado en el principio 15 de la Declaración de Río y está sujeto a la capacidad de los Estados interesados (véase el comentario al artículo 10 c)). El cumplimiento eficiente de la obligación de prevención quizá requiera la utilización de la más moderna tecnología en la

---

[931] Véase la nota 902 *supra*.

[932] Véase la nota 905 *supra*.

actividad, así como la asignación de recursos financieros y humanos suficientes con la capacitación necesaria para la gestión y vigilancia de la actividad.

15) Se espera que el operador de la actividad asuma los gastos de prevención en la medida en que sea responsable de la operación. Se espera además que el Estado de origen haga los gastos necesarios para establecer los mecanismos administrativos, financieros y de vigilancia indicados en el artículo 5.

16) Los Estados participan en planes en las esferas de aumento de la capacidad, transferencia de tecnología y recursos financieros que están en evolución y que son recíprocamente beneficiosos. Se reconoce que esos esfuerzos se hacen en aras del interés común de todos los Estados en elaborar normas internacionales uniformes que regulen y apliquen la obligación de prevención.

17) Los principales elementos de la obligación de diligencia debida que implica el deber de prevención pueden expresarse así: el grado de cuidado es el que se espera de un buen gobierno. Éste debe poseer un régimen jurídico y recursos suficientes para mantener un mecanismo administrativo adecuado para controlar y vigilar las actividades. Sin embargo, se entiende que el cuidado que se espera de un Estado de economía y recursos humanos y materiales bien desarrollados y con estructuras de gobierno sumamente evolucionadas es diferente del que se espera de Estados que no se encuentran en posición tan favorable[933]. Pero incluso en este último caso, se espera la vigilancia, el empleo de infraestructura y el seguimiento de las actividades peligrosas en el territorio del Estado, como atributo natural de cualquier gobierno[934].

---

[933] Véase A. C. Kiss y St. Dooumbe-Bille. "La Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Río de Janeiro, 3-14 juin 1992)" en *Annuaire français de droit international*, vol. 38 (1992), págs. 823 a 843; M. Kamto, "Les nouveaux principes du droit international de l'environnement", en *Revue Juridique de l'Environnement* (Francia), 1/1993, págs. 11 a 21. R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (La Haya, Kluwer, 1996), pág. 65.

[934] Véase la observación de Max Huber en el asunto *The Spanish Zone of Morocco Claims (Great Britain/Spain)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 644.

18) El grado de cuidado necesario es proporcional al grado de riesgo de que se trate. El grado de daño en sí debería ser previsible y el Estado debe conocer o hubiera debido conocer que la actividad de que se trata implica el riesgo de causar daño sensible. Cuanto mayor sea el grado de daños inadmisibles, mayor hubiera debido ser el cuidado exigido para prevenirlo.

## Artículo 4

## Cooperación

Los Estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o más organizaciones internacionales competentes, para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

## Comentario

1) El principio de cooperación entre los Estados es esencial para trazar y aplicar políticas eficaces destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. El requisito de la cooperación de los Estados se extiende a todas las etapas de la planificación y la aplicación. En el principio 24 de la Declaración de Estocolmo y en el principio 7 de la Declaración de Río se reconoce que la cooperación es un elemento esencial de toda planificación eficaz para la protección del medio ambiente. Se prevén formas más concretas de cooperación en los artículos subsiguientes. En ellos se prevé la participación del Estado que pueda resultar afectado en cualquier medida preventiva, lo cual es indispensable para aumentar la eficacia de esa medida. Este último Estado puede saber mejor que nadie qué características de la actividad de que se trate pueden ser más perjudiciales para él o qué zonas de su territorio cercanas a la frontera pueden verse más afectadas por los efectos transfronterizos de la actividad, como un ecosistema especialmente vulnerable, etc.

2) El artículo requiere que los Estados interesados cooperen *de buena fe*. El párrafo 2 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que todos los Miembros "cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta

Carta". En los preámbulos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, y de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados, de 1978, se declara que el principio de buena fe está universalmente reconocido. Además, en el artículo 26 y en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se reconoce el lugar esencial de este principio en el derecho de los tratados. La decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los *Ensayos nucleares* se refiere al alcance de la aplicación de la buena fe. En ese asunto la Corte proclamó que "[u]no de los principios fundamentales que rigen la creación y ejecución de las obligaciones jurídicas, sea cual fuere su fuente, es el principio de buena fe"[935]. Ese dictamen de la Corte implica que la buena fe se aplica también a los actos unilaterales[936]. Ciertamente el principio de buena fe abarca "toda la estructura de las relaciones internacionales"[937].

3) El tribunal de arbitraje establecido en 1985 entre el Canadá y Francia en el caso *La Bretagne* sostuvo que el principio de buena fe era uno de los elementos que ofrecían garantía suficiente contra cualquier riesgo de que una parte ejerciera sus derechos de manera abusiva[938].

4) Las palabras "los Estados interesados" que figuran en el artículo se refieren al Estado de origen y al Estado o los Estados que puedan resultar afectados. Si bien se alienta a cooperar a otros Estados que estén en condiciones de contribuir a los fines de estos artículos, ellos no tienen obligación jurídica alguna de hacerlo.

---

[935] Asunto de los *Ensayos nucleares* (*Australia c. Francia*), fallo de 20 de diciembre de 1974, *I.C.J., Reports 1974*, pág. 268.

[936] Véase M. Virally, "Review Essay: Good Faith in Public International Law" *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), pág. 130.

[937] Véase R. Rosenstock, "The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations: A Survey", *American Journal of International Law*, vol. 65 (1971), pág. 734; con carácter más general, Robert Kolb, "La bonne foi en droit international public", *Contribution à l'étude des principes généraux de droit* (París, PUF, 2000), pág. 756.

[938] *International Law Reports*, vol. 82, pág. 614.

5) El artículo dispone que los Estados, "según sea necesario", recabarán la ayuda de una o más organizaciones internacionales para cumplir las obligaciones de prevención que les incumben a tenor de estos artículos. Los Estados sólo lo harán así cuando se considere necesario. Las palabras "según sea necesario" tienen por objeto tener en cuenta varias posibilidades: en primer lugar, la asistencia de las organizaciones internacionales puede no ser necesaria en todos los casos. Por ejemplo, el Estado de origen o los Estados que puedan resultar afectados pueden ser Estados tecnológicamente avanzados y tener la capacidad técnica necesaria. En segundo lugar, el término "organizaciones internacionales" hace referencia a las organizaciones que son competentes y están en condiciones de prestar ayuda en esta materia. En tercer lugar, aun cuando existan organizaciones internacionales competentes sólo podrían prestar la asistencia necesaria de conformidad con sus instrumentos constitutivos. En cualquier caso, el artículo no pretende imponer a las organizaciones internacionales ninguna obligación de responder a peticiones de asistencia al margen de sus propios preceptos constitucionales.

6) Pueden formular solicitudes de asistencia a las organizaciones internacionales uno o más Estados interesados. El principio de cooperación significa que es preferible que esas peticiones sean hechas por todos los Estados interesados. Sin embargo, el hecho de que todos los Estados interesados no recaben la asistencia necesaria no libera a cada uno de esos Estados de la obligación de recabar asistencia. Por supuesto, la respuesta y el tipo de participación de una organización internacional en los casos en que la petición haya sido presentada por un Estado solamente dependerá de la naturaleza de la petición, el tipo de asistencia de que se trate y el lugar donde la organización tendría que prestar esa asistencia.

## Artículo 5

## Aplicación

Los Estados interesados adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias, incluido el establecimiento de mecanismos de vigilancia apropiados, para aplicar las disposiciones de los presentes artículos.

Comentario

1) Este artículo enuncia lo que cabría pensar que es evidente, a saber, que, según los presentes artículos, los Estados están obligados a adoptar las medidas de aplicación necesarias, ya sean legislativas, administrativas o de otra índole. Se ha incluido aquí el artículo 5 para destacar el carácter continuo de las obligaciones, que exigen que periódicamente se adopten medidas para prevenir los daños transfronterizos o minimizar el riesgo de causarlos, derivados de actividades a las que se aplican los artículos[939].

2) Las medidas mencionadas en el presente artículo incluyen, por ejemplo, la posibilidad de que las personas interesadas presenten una solicitud o el establecimiento de procedimientos cuasijudiciales. El uso de la expresión "de otra índole" tiene por objeto abarcar las diversas formas en que los Estados pueden aplicar los presentes artículos. En el artículo 5 se mencionan expresamente algunas medidas sólo con el objeto de dar orientación a los Estados; queda a su arbitrio decidir las medidas necesarias y adecuadas. Se hace referencia a "mecanismos de vigilancia apropiados" a fin de destacar las medidas de inspección que los Estados adoptan en general respecto de las actividades peligrosas.

3) Decir que los Estados deben adoptar las medidas necesarias no significa que deban ellos mismos intervenir en las cuestiones operacionales relativas a las actividades a las que se aplica el artículo 1. Cuando esas actividades son realizadas por particulares o empresas, la obligación del Estado se limita a establecer el marco normativo adecuado y a aplicarlo de conformidad con los presentes artículos. La aplicación de ese marco normativo en cada caso concreto será entonces cuestión de administración ordinaria o, en el caso de

---

[939] El presente artículo es análogo al párrafo 2 del artículo 2 de la Convención sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, que dice: "Cada Parte adoptará las necesarias medidas jurídicas, administrativas o de otra índole para poner en práctica las disposiciones de la presente Convención, incluido, con respecto a las actividades propuestas enumeradas en el apéndice I que son susceptibles de originar consecuencias transfronterizas perjudiciales en grado considerable, el establecimiento de un procedimiento de evaluación de las consecuencias ambientales que permita la participación del público y la preparación de la documentación de evaluación de las consecuencias ambientales descrita en el apéndice II". (Véase la nota 908 *supra.*)

controversias, incumbirá a los tribunales competentes, asistidos del principio de no discriminación contenido en el artículo 15.

4) Las medidas a que se refiere el artículo 5 pueden ser adoptadas convenientemente de antemano. Así, los Estados pueden establecer un mecanismo de vigilancia adecuado antes de que se apruebe o se inicie la actividad de que se trate.

## Artículo 6

## Autorización

1. El Estado de origen establecerá el requisito de su autorización previa para:

a) Cualquier actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos que se lleve a cabo en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control;

b) Cualquier cambio importante en una actividad mencionada en el apartado a);

c) Cualquier plan de efectuar un cambio en una actividad que pueda transformarla en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos.

2. El requisito de la autorización establecido por un Estado será aplicable con respecto a todas las actividades preexistentes que queden comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes artículos. Se revisarán las autorizaciones ya concedidas por el Estado para actividades preexistentes a fin de cumplir lo dispuesto en los presentes artículos.

3. En el caso de que no se observen las condiciones de la autorización, el Estado de origen tomará todas las medidas que resulten apropiadas, incluido, cuando sea necesario, el retiro de la autorización.

## Comentario

1) Este artículo establece el principio fundamental de que se requiere la autorización previa de un Estado para realizar actividades que impliquen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible en su territorio, o en otros lugares bajo su jurisdicción o control. La palabra "autorización" significa la concesión por las autoridades gubernamentales del

permiso necesario para realizar una de las actividades a que se refieren esos artículos. Los Estados son libres de escoger la forma que haya de adoptar esa autorización.

2) El requisito de autorización establecido en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 obliga a un Estado a determinar si una actividad con posible riesgo de causar un daño transfronterizo sensible se está realizando en su territorio, o en otros lugares bajo su jurisdicción o control, e implica que ese Estado debe tomar las medidas que se indican en los presentes artículos. Obliga también a los Estados a desempeñar un papel responsable y activo en la reglamentación de esas actividades. El tribunal de arbitraje del caso de la *Fundición Trail* sostuvo que el Canadá tenía "la obligación... de velar por que esa conducta se ajustara a la obligación que, como aquí se determina, tenía el Dominio con arreglo al derecho internacional"[940]. El tribunal afirmó que, en particular, "debe exigirse de la *Fundición Trail* que se abstenga de causar daño alguno con sus humos en el Estado de Washington"[941]. El apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 es compatible con ese requisito.

3) La Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Estrecho de Corfú* sostuvo que todo Estado tiene la obligación de "no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados"[942].

4) Las palabras "en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control" se inspiran en el artículo 2. Las palabras "actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos" introducen todos los requisitos del artículo 1 para que una actividad quede incluida en el ámbito del proyecto de artículos.

5) El apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 hace aplicable también el requisito de la autorización para cualquier cambio importante que se proyecte en una de las actividades a que se refiere el artículo 1, siempre que ese cambio pueda agravar el riesgo o modificar su naturaleza o alcance. Algunos ejemplos de cambios importantes son: el aumento de la

---

[940] Véase la nota 917 *supra*, págs. 1965 y 1966.

[941] Ibíd., pág. 1966.

[942] Asunto del *Estrecho de Corfú*, fallo del 9 de abril de 1949, *I.C.J., Reports 1949*, pág. 22.

capacidad de producción, el empleo en gran escala de nuevas tecnologías en una actividad existente, y el nuevo trazado de autopistas o vías rápidas o el cambio de la ruta de una pista de aeropuerto. También pueden considerarse partes de un cambio importante los cambios hechos en inversión y producción (volumen y tipo), estructura física o emisiones, y los que aumenten las actividades existentes hasta niveles superiores al umbral permitido[943]. De igual modo, el apartado c) del párrafo 1 del artículo 6 se refiere a aquellas situaciones en que se proyecta un cambio importante en la realización de una actividad que, sin ese cambio, es inocua, pero que el cambio proyectado transformaría en una de las actividades que crea un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Para efectuar ese cambio se requeriría también la autorización del Estado.

6) El párrafo 2 del artículo 6 hace hincapié en que, una vez que un Estado adopta estos artículos, el requisito de la autorización será aplicable con respecto a todas las actividades preexistentes que queden comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes artículos. Podría no ser razonable exigir que los Estados que asuman las obligaciones impuestas por estos artículos las apliquen de manera inmediata respecto de actividades existentes. En esos casos podría requerirse un período conveniente para que el explotador de la actividad diera cumplimiento al requisito de la autorización. Debe dejarse al arbitrio del Estado de origen la decisión de si la actividad debe suspenderse a la espera de la autorización o si puede continuar mientras el explotador realiza los trámites para obtenerla. En el caso de que el Estado de origen deniegue la autorización, se supone que el Estado de origen suspenderá la actividad.

7) La revisión prevista en el párrafo 2 tiene lugar por lo general cada vez que se impongan nuevas exigencias legislativas y administrativas en razón de normas de seguridad o de nuevas normas u obligaciones internacionales que el Estado ha aceptado y deba aplicar.

---

[943] Véase *Current Policies, Strategies and Aspects of Environmental Impact Assessment in a Transbounday Context* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.96.II.E.11), pág. 48.

8) El párrafo 3 del artículo 6 establece las consecuencias cuando el explotador no cumple con las condiciones de la autorización. El Estado de origen, que es el principal responsable de vigilar esas actividades, tiene suficiente flexibilidad para asegurar que el explotador cumpla las condiciones establecidas. Según proceda, ese Estado de origen retirará la autorización y, cuando sea apropiado, prohibirá del todo esa actividad.

## Artículo 7

## Evaluación del riesgo

Cualquier decisión con respecto a la autorización de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos deberá basarse, en particular, en una evaluación del daño transfronterizo que pueda causar esa actividad, incluida la evaluación del impacto ambiental.

## Comentario

1) En virtud del artículo 7, el Estado de origen, antes de conceder la autorización necesaria a los encargados de realizar alguna de las actividades a que se refiere el artículo 1, debería velar por que se procediera a evaluar el riesgo de que esa actividad pudiera causar un daño transfronterizo sensible. Esa determinación permitirá al Estado estimar la amplitud y la naturaleza del riesgo que pueda crear esa actividad y, por consiguiente, el tipo de medidas preventivas que debería adoptar.

2) La evaluación de las consecuencias en el asunto de la *Fundición Trail* quizá no guarde relación directa con la responsabilidad por riesgo, pero destaca la importancia de evaluar las consecuencias de una actividad que entrañe riesgos sensibles. En dicho asunto, el tribunal indicó que el estudio realizado por científicos de reconocida reputación era "probablemente el más cuidadoso de los hasta el momento efectuados en cualquier sector sometido a la contaminación atmosférica causada por humos industriales"[944].

3) El requisito que se establece en el artículo 7 está en plena consonancia con el principio 17 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que prevé

[944] *Op. cit.*, véase la nota 917 *supra*, págs. 1973 y 1974.

también la evaluación del riesgo de las actividades que pueden producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente:

> "Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente."[945]

El requisito de evaluación de los efectos negativos de una actividad se ha incluido de distintas formas en muchos acuerdos internacionales[946]. El caso más notable es el de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991[947].

4) La práctica de requerir una evaluación del impacto ambiental se ha generalizado a fin de evaluar si una actividad determinada puede causar un daño transfronterizo sensible. La obligación legal de evaluar el impacto ambiental se estableció por vez primera en el derecho estadounidense, en el decenio de 1970. Posteriormente, esa obligación se estableció en el Canadá y en Europa, fundamentalmente por medio de directivas. En 1985 se aprobó una directiva de la Comunidad Europea que exigía a los Estados miembros que

---

[945] Véase la nota 902 *supra*.

[946] Véase, por ejemplo, el artículo XI de la Convención regional de Kuwait de cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1140, pág. 133; los artículos 205 y 206 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (véase la nota 913 *supra*); el Convenio Regional de Jeddah para la conservación del medio ambiente del Mar Rojo y el Golfo de Adén, PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment*, vol. 2 (1991), pág. 144; el artículo 14 del Acuerdo de la ASEAN sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, PNUMA, ibíd., pág. 343; el Convenio para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente de la región del Pacífico Sur, *I.L.M.*, vol 26 (1987), pág. 41; el artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos (véase la nota 919 *supra*); el artículo 8 del Protocolo (al Tratado Antártico) sobre la Protección del Medio Ambiente, *I.L.M.*, vol. 30 (1991), pág. 1461; los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (véase la nota 913 *supra*); y el artículo 4 de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (véase la nota 908 *supra*).

[947] Véase la nota 908 *supra*.

observaran unas reglas mínimas de evaluación del impacto ambiental. Desde entonces, muchos otros países han incorporado en sus ordenamientos jurídicos esa condición como requisito previo para autorizar actividades de desarrollo industrial peligrosas[948]. De conformidad con un estudio de las Naciones Unidas, la evaluación del impacto ambiental ha demostrado ya su utilidad para lograr y reforzar el desarrollo sostenible, dado que combina el principio de precaución con el principio de prevención del daño ambiental, y permite también la participación del público[949].

5) La cuestión de quién debe realizar la evaluación se deja a la discreción de los Estados; normalmente la evaluación se efectúa por explotadores que se atienen a ciertas directivas establecidas por los Estados. Estas cuestiones tendrían que ser resueltas por los propios Estados mediante su legislación interna o como partes en los instrumentos internacionales aplicables. No obstante, se supone que el Estado de origen designará una autoridad, gubernamental o no, que examine la evaluación en nombre del gobierno y asumirá las responsabilidades que se deriven de las conclusiones a que llegue esa autoridad.

6) El artículo no especifica cuál debería ser el contenido de la evaluación del riesgo. Es evidente que la evaluación del riesgo de una actividad sólo puede hacerse eficazmente en la medida en que relacione el riesgo con el posible daño que de éste pueda derivarse. Esto se corresponde con la obligación básica establecida en el artículo 3. La mayor parte

---

[948] Véase en *Application of Environmental Impact Assessment Principles to Policies, Plans and Programs* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: E.92.II.E.28), págs. 42 y 43, un estudio de las medidas jurídicas y administrativas adoptadas por diversos países de Europa y América del Norte para la aplicación de la evaluación del impacto ambiental a directivas, planes y programas. Unos 70 países en desarrollo tienen algún tipo de legislación sobre esa evaluación. Otros países están elaborando o proyectan elaborar leyes nuevas o complementarias en la materia. Véase M. Yeater y L. Kurukulasuriya, "Environmental Impact Assessment Legislation in Developing Countries", en Sun Lin y L. Kurukulasuriya (eds.), *UNEP's New Way Forward: Environmental Law and Sustainable Development* (UNEP, 1995), pág. 259; G. J. Martin, "Le concept de risque et la protection de l'environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée?" en *Les Hommes et l'environnement, en hommage à Alexander Kiss*, (París, Frison-Roche, 1998), págs. 451 a 460.

[949] Véase *Current Policies, Strategies and Aspects of...*, véase la nota 943 *supra*.

de las convenciones y otros instrumentos jurídicos internacionales vigentes no especifican el contenido de la evaluación. Hay excepciones, como la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, que detalla el contenido de esa evaluación[950]. El estudio de 1981 sobre los aspectos jurídicos del medio ambiente con respecto a la minería y las perforaciones que se llevan a cabo frente a las costas dentro de los límites de la jurisdicción nacional, preparado por el Grupo de Trabajo de Expertos en Derecho Ambiental del PNUMA, se refiere también en detalle, en su conclusión N° 8, al contenido de la evaluación de la minería y las perforaciones frente a las costas[951].

7) La determinación detallada del contenido de la evaluación se deja al derecho interno del Estado que la efectúe[952]. A los fines del artículo 7, sin embargo, esa evaluación debería contener por lo menos una estimación de las posibles consecuencias transfronterizas perjudiciales de la actividad. Para que los Estados que puedan resultar afectados estén en

---

[950] El artículo 4 de la Convención (véase la nota 908 *supra*) dispone que la evaluación del impacto ambiental de un Estado Parte debe contener como mínimo la información que se describe en el apéndice II de la propia Convención. En ese apéndice ("Contenido del Expediente de Evaluación del Impacto sobre el Medio Ambiente") se enumeran los nueve puntos siguientes: a) Descripción de la actividad proyectada y de su objeto; b) Descripción, si procede, de las soluciones de sustitución (por ejemplo en lo concerniente al lugar de implantación o a la tecnología) que puedan razonablemente considerarse, sin omitir la opción "cero"; c) Descripción del medio ambiente que es probable que se vea sensiblemente afectado por la actividad proyectada y las soluciones de sustitución; d) Descripción del impacto que la actividad proyectada y las soluciones de sustitución pueden tener en el medio ambiente y estimación de su importancia; e) Descripción de las medidas correctivas destinadas a reducir en lo posible el impacto negativo en el medio ambiente; f) Indicación precisa de los métodos de previsión y de las hipótesis de base seleccionadas, así como de los datos ambientales pertinentes utilizados; g) Inventario de las lagunas en los conocimientos y de las incertidumbres comprobadas en la compilación de los datos requeridos; h) Cuando proceda, resumen de los programas de control y gestión y de los planes que puedan existir para análisis ulteriores; i) Resumen no técnico con inclusión, si fuere necesario, de una presentación visual (mapas, gráficos, etc.)".

[951] Véase UNEP/CG.9/Add.5, anexo III.

[952] Véase el método de evaluación del impacto ambiental adoptado en la mayoría de las legislaciones en M. Yeater y L. Kurukulasuriya (véase la nota 948 *supra*), pág. 260.

condiciones de evaluar el riesgo a que están expuestos tienen que saber qué efectos perjudiciales puede tener la actividad para ellos.

8) La evaluación incluirá los efectos de la actividad, no sólo sobre las personas y los bienes, sino también sobre el medio ambiente de otros Estados. Se reconoce claramente la necesidad y la importancia de la protección del medio ambiente, independientemente de cualquier daño que puedan sufrir los seres humanos o los bienes.

9) Este artículo no obliga al Estado de origen a exigir una evaluación del riesgo de cualquier actividad que se realice en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control. Las actividades que entrañan un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible tienen ciertas características generales que pueden identificarse y proporcionar a los Estados indicaciones sobre cuáles de esas actividades pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de los presentes artículos. Así, por ejemplo, el tipo de fuente de energía utilizada en la fabricación, la ubicación de la actividad y su proximidad a la zona fronteriza, etc., son indicios de la posibilidad de que esa actividad esté comprendida en el ámbito de estos artículos. Existen ciertas sustancias que algunas convenciones enumeran como peligrosas o de riesgo y cuyo uso en cualquier actividad puede por sí solo denunciar el riesgo de que esa actividad cause un daño transfronterizo sensible[953]. Hay también convenios que enumeran las actividades que se suponen perjudiciales y que, por lo tanto, es posible que deban considerarse incluidas dentro del ámbito de esos artículos[954].

---

[953] Por ejemplo, el Convenio sobre la prevención de la contaminación marina procedente de fuentes terrestres (véase la nota 908 *supra*) establece en su artículo 4 la obligación de las partes de eliminar o reducir la contaminación ambiental causada por ciertas sustancias, y contiene en el anexo la lista de éstas, 1983, pág. 430. Análogamente, el Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico, de 1992, incluye una lista de sustancias peligrosas en el anexo I y de sustancias y materiales nocivos en el anexo II, haciendo constar que los depósitos de esas sustancias están prohibidos o estrictamente limitados, (véase la nota 908 *supra*). Véase también el Protocolo del Convenio de 1976 para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, (véase la nota 908 *supra*), y la Convención relativa a la protección del Rin contra la contaminación química, en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1124, pág. 375.

[954] Véase la nota 908 *supra*.

## Artículo 8

## Notificación e información

1. Si la evaluación a que se refiere el artículo 7 muestra que existe un riesgo de causar daño transfronterizo sensible, el Estado de origen deberá hacer la oportuna notificación del riesgo y de la evaluación al Estado que pueda resultar afectado y le transmitirá la información técnica disponible y toda otra información pertinente en que se base la evaluación.

2. El Estado de origen no tomará decisión alguna con respecto a la autorización de la actividad antes de que reciba, dentro de un plazo que no exceda de seis meses, la respuesta del Estado que pueda resultar afectado.

## Comentario

1) El artículo 8 trata del caso de que la evaluación realizada por un Estado, de conformidad con el artículo 7, indique que la actividad prevista crea efectivamente un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Este artículo, junto con los artículos 9, 11, 12 y 13, establece un conjunto de procedimientos esencial para equilibrar los intereses de todos los Estados interesados, dándoles una oportunidad razonable de encontrar la forma de realizar la actividad adoptando medidas satisfactorias y razonables destinadas a prevenir o minimizar los daños transfronterizos.

2) El artículo 8 obliga al Estado de origen a notificar a los otros Estados que puedan resultar afectados por la actividad prevista. Las actividades incluidas son tanto las proyectadas por el propio Estado como las planificadas por entidades privadas. La obligación de la notificación es parte indispensable de cualquier sistema orientado a prevenir daños transfronterizos o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlos.

3) La obligación de notificar a otros Estados el riesgo de sufrir daños sensibles a que estén expuestos se recogió en el asunto del *Estrecho de Corfú*, en que la Corte Internacional de Justicia dijo que la obligación de advertir se basaba en "consideraciones elementales de humanidad"[955]. Este principio está reconocido en el contexto de los usos de

[955] Véase la nota 902 *supra*, pág. 22.

los cursos de agua internacionales y, en ese contexto, se encuentra incorporado en cierto número de acuerdos internacionales, decisiones de cortes y tribunales internacionales, declaraciones y resoluciones adoptados por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales, y en estudios de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales[956].

4) Además de la utilización de los cursos de agua internacionales, el principio de la notificación está reconocido también con respecto a otras actividades de efectos transfronterizos. Por ejemplo, en el artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo[957] y en los artículos 3 y 10 de la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales[958]. El principio 19 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se refiere a la notificación oportuna:

> "Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe."[959]

---

[956] Por lo que se refiere a los tratados que se ocupan de la notificación previa y el intercambio de información con respecto a los cursos de agua, véase el párrafo 6 del comentario del artículo 12, "Notificación de las medidas proyectadas que pueden causar un efecto perjudicial", del proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/49/10), cap. III.D, tercera parte.

[957] El párrafo 2 del artículo 3 de esa Convención establece un complejo sistema de notificación, ya que ésta deberá contener, entre otras cosas: a) información sobre la actividad prevista, incluida toda la disponible sobre su posible impacto transfronterizo; b) la naturaleza de la posible decisión, y c) una indicación de un plazo razonable para la respuesta que se requiere en virtud del párrafo 3 de este artículo; y podrá incluir la información a que se refiere el párrafo 5 de este artículo. (Véase la nota 908 *supra*.)

[958] Véase la nota 908 *supra*.

[959] Véase la nota 902 *supra*.

5) El procedimiento de notificación ha sido establecido en cierto número de resoluciones de la OCDE. Por ejemplo, con respecto a algunas sustancias químicas, la resolución C(71)73 de la OCDE, de 18 de mayo de 1971, determina que todo Estado miembro recibirá una notificación antes de que cualquier otro Estado miembro adopte las medidas que proyecte con respecto a sustancias que tengan efectos perjudiciales en el hombre o el medio ambiente, cuando esas medidas puedan producir efectos sensibles en la economía y el comercio de otros Estados[960]. La resolución C(74)224 de la OCDE, de 14 de noviembre de 1974, sobre los "Principios relativos a la contaminación transfronteriza", en su principio sobre información y consulta requiere la notificación y consulta antes de realizar cualquier actividad que pueda crear un riesgo de contaminación transfronteriza sensible[961]. El principio de la notificación está ampliamente asentado en el caso de emergencias ambientales[962].

6) De conformidad con el párrafo 1, cuando la evaluación revele riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado que se proponga realizar esa actividad tendrá la obligación de notificar a los Estados que puedan resultar afectados. Esa notificación deberá ir acompañada de la información técnica disponible en que la evaluación se base. La referencia hecha a la información técnica "disponible" y otra información pertinente tiene por objeto indicar que la obligación del Estado de origen se limita a comunicar la información técnica y de otra índole obtenida en relación con la actividad.
Esa información se obtiene por lo general durante la evaluación de la actividad de conformidad con el artículo 7. El párrafo 1 supone que la información técnica resultante de la evaluación comprende no sólo lo que podría llamarse datos brutos, es decir, hojas de datos, estadísticas, etc., sino también el análisis de la información utilizado por el propio Estado de origen para determinar el riesgo de daños transfronterizos. La referencia a los datos disponibles incluye también los otros datos que puedan llegar a estar disponibles

---

[960] OCDE, *OECD and the Environment* (París, 1986), pág. 89, párrafo 4 del anexo.

[961] Ibíd., pág. 142.

[962] Véase el párrafo 1 del comentario del artículo 17.

después de transmitir los datos inicialmente disponibles a los Estados que puedan resultar afectados.

7) Los Estados pueden decidir libremente cómo quieren informar a los Estados que puedan resultar afectados. En general, se supone que los Estados se pondrán en contacto con los otros Estados directamente, por canales diplomáticos.

8) El párrafo 1 también cubre el caso en que el Estado de origen, a pesar de todos sus esfuerzos y de su diligencia, no pueda identificar, antes de autorizar la actividad, a todos los Estados que puedan resultar afectados y en que solamente después de haber emprendido la actividad llegue esa información a su conocimiento. De conformidad con ese párrafo, el Estado de origen, en tales casos, estará obligado a hacer la notificación a los otros Estados que puedan resultar afectados tan pronto como la información llegue a su conocimiento y tenga oportunidad de determinar, en un plazo razonable, cuáles son los Estados interesados.

9) El párrafo 2 trata de la necesidad de que los que puedan resultar afectados respondan dentro de un plazo que no exceda de seis meses. Por lo general, es un plazo que permitirá a estos Estados evaluar los datos correspondientes y sacar sus propias conclusiones. Este requisito está supeditado a la cooperación y la buena fe.

## Artículo 9

## Consultas sobre las medidas preventivas

1. Los Estados interesados celebrarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con el objeto de alcanzar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Los Estados interesados acordarán, al comienzo de esas consultas, un plazo razonable para llevarlas a cabo.

2. Los Estados interesados deberán buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses a la luz del artículo 10.

3. Si de resultas de las consultas a que se hace referencia en el párrafo 1 no se llegare a una solución de común acuerdo, el Estado de origen deberá tener en cuenta, no obstante, los intereses del Estado que pueda resultar afectado en caso de que decida autorizar la realización de la actividad en cuestión, sin perjuicio de los derechos de cualquier Estado que pueda resultar afectado.

Comentario

1) El artículo 9 requiere que los Estados interesados, es decir, el Estado de origen y los Estados que puedan resultar afectados, se consulten para acordar medidas destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Según el momento en que se invoque el artículo 9, las consultas pueden celebrarse antes de la autorización y comienzo de una actividad o durante su realización.

2) Es necesario mantener un equilibrio entre dos consideraciones igualmente importantes. En primer lugar, el artículo trata de actividades no prohibidas por el derecho internacional y que normalmente son importantes para el desarrollo económico del Estado de origen. En segundo lugar, no sería justo para los demás Estados permitir que esas actividades se realizaran sin consultar con ellos y sin adoptar medidas preventivas apropiadas. Por tanto, el artículo no establece una simple formalidad que el Estado de origen tenga que cumplir sin el propósito real de llegar a una solución aceptable para los demás Estados, ni tampoco el derecho de veto para los Estados que puedan resultar afectados. Para mantener el equilibrio, el artículo prescribe la manera y la finalidad de las consultas entre las partes. Las partes deben consultarse de buena fe y tener en cuenta los legítimos intereses de cada una. Las partes se consultarán con miras a llegar a una solución aceptable sobre las medidas que deban adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

3) El principio de la buena fe es parte integrante de toda obligación de consulta y negociación. La obligación de consultar y negociar sinceramente y de buena fe se reconoció en el laudo del asunto del *Lago Lanós*, en el que el tribunal declaró que:

"Las consultas y negociaciones entre los dos Estados deben ser sinceras, deben cumplir las normas de la buena fe y no deben ser simples formalidades. Las normas de la razón y la buena fe son aplicables a los derechos y obligaciones de procedimiento relativos al uso compartido de los ríos internacionales."[963]

4) En lo que respecta a esta cuestión concreta de la buena fe, es también pertinente la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)*. En su fallo, la Corte declaró que "su tarea consistirá en celebrar negociaciones de manera que cada parte tenga de buena fe razonablemente en cuenta los derechos de la otra"[964]. En los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca* y *República Federal de Alemania c. Países Bajos)*[965], la Corte falló que:

"a) [L]as partes tienen la obligación de entablar una negociación con miras a llegar a un acuerdo y no simplemente proceder a una negociación formal como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método de limitación, a falta de acuerdo; las partes tienen la obligación de comportarse de manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin contemplar ninguna modificación."[966]

Aun cuando la Corte en este fallo habla de "negociación", se estima que el requisito de buena fe en la conducta de las partes durante el curso de las consultas o negociaciones es el mismo.

5) Las consultas tienen por objeto que las partes encuentren soluciones aceptables respecto de las medidas que han de adoptarse a fin de prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Las palabras "soluciones aceptables", relativas a la adopción de medidas preventivas, hacen referencia a aquellas medidas que son aceptadas por las partes dentro de las directivas especificadas en el

---

[963] Véase la nota 918 *supra*.

[964] *I.C.J., Reports 1974*, párr. 78.

[965] *I.C.J., Reports 1969*, pág. 3, especialmente los párrafos 85 y 87.

[966] Ibíd., párr. 85.

párrafo 2. En general, el consentimiento de las partes en tomar medidas de prevención se expresará mediante algún tipo de acuerdo.

6) Las partes evidentemente intentarán primero seleccionar aquellas medidas que puedan evitar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles o, si esto no es posible, que minimicen el riesgo de causarlos. En virtud del artículo 4 las partes tienen la obligación, además, de cooperar en la aplicación de esas medidas. También esta obligación deriva de la obligación de diligencia debida, núcleo de las disposiciones destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo, tiene carácter continuo y vale para cada fase de la actividad.

7) El artículo 9 puede invocarse siempre que se plantee la necesidad de adoptar medidas preventivas. Esta cuestión evidentemente puede suscitarse como consecuencia del artículo 8, a causa de una notificación hecha a los demás Estados por el Estado de origen en el sentido de que una actividad que se propone emprender puede entrañar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, o bien en el curso del intercambio de información previsto en el artículo 12 o en el contexto del artículo 11 sobre los procedimientos que se han de aplicar a falta de la notificación.

8) El artículo 9 tiene un ámbito amplio de aplicación. Ha de aplicarse a todas las cuestiones relativas a las medidas preventivas. Por ejemplo, cuando las partes efectúan la notificación prevista en el artículo 8 o intercambian información en virtud del artículo 12 y hay ambigüedades en esas comunicaciones, pueden pedirse consultas simplemente para aclarar esas ambigüedades.

9) El párrafo 2 orienta a los Estados para cuando se consulten sobre las medidas preventivas. Las partes buscarán soluciones basadas en el equilibrio equitativo de intereses previsto en el artículo 10. Ni el párrafo 2 del presente artículo ni el artículo 10 impiden a las partes tener en cuenta otros factores que consideren pertinentes para lograr un equilibrio equitativo de intereses.

10) El párrafo 3 trata de la posibilidad de que, pese a todos los esfuerzos, las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre medidas preventivas aceptables. Como se explica en el párrafo 3), el artículo establece un equilibrio entre dos consideraciones, una de las cuales es no conceder el derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. A este respecto, cabe recordar el laudo dictado en el asunto del *Lago Lanós*, en el que el tribunal señaló que en algunas situaciones la parte que pueda resultar afectada puede, en contra de la buena fe, paralizar los esfuerzos sinceros de negociación[967]. A fin de tener en cuenta esta posibilidad, el artículo dispone que el Estado de origen pueda proseguir la actividad, ya que la falta de esta opción concedería de hecho un derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. Aunque se le permite proseguir la actividad, el Estado de origen sigue obligado a tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados. Después de las consultas, el Estado de origen es consciente de las preocupaciones de los Estados que puedan resultar afectados y está en una mejor situación para tomarlas seriamente en cuenta al realizar la actividad. La última parte del párrafo 3 protege los intereses de los Estados que puedan resultar afectados.

Artículo 10

Factores de un equilibrio equitativo de intereses

Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 9, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, en particular:

a) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o reparar el daño;

b) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para el Estado que pueda resultar afectado;

c) El riesgo de que se cause daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o rehabilitar el medio ambiente;

[967] Véase la nota 918 *supra*, pág. 128.

d) La medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención;

e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de prevención y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios, o de sustituirla por otra actividad;

f) Las normas de prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad o a actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.

Comentario

1) El objeto de este artículo es ofrecer alguna orientación a los Estados que han iniciado consultas tratando de lograr un equilibrio de intereses equitativo. Para alcanzar un equilibrio de intereses equitativo hay que determinar los hechos y sopesar todos los factores y circunstancias pertinentes. Este artículo se inspira en el artículo 6 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

2) La cláusula principal del artículo dispone que, "para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 9, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes". El artículo continúa con una lista no exhaustiva de esos factores y circunstancias. La amplia diversidad de tipos de actividades que abarcan los presentes artículos y las diferentes situaciones y circunstancias en que se realizarán hacen imposible formular una lista exhaustiva de factores que guarden relación con todos los casos individuales. No se asigna prioridad ni peso a los factores y circunstancias enumerados puesto que algunos de ellos pueden ser más importantes en ciertos casos y otros pueden merecer mayor peso en otros. En general, los factores y circunstancias indicados permitirán a las partes comparar los costos y beneficios que puedan darse en un caso particular.

3) En el apartado a) se compara el grado de riesgo del daño transfronterizo sensible con la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o reducir al mínimo ese riesgo y la posibilidad de reparar el daño. Por ejemplo, el grado de riesgo de daño puede ser elevado

pero puede haber medidas que permitan prevenir el daño o reducir ese riesgo, o puede haber posibilidades de reparar el daño. Las comparaciones en este caso son tanto cuantitativas como cualitativas.

4) En el apartado b) se compara la importancia de la actividad en función de sus ventajas sociales, económicas y técnicas para el Estado de origen con el daño potencial para los Estados que puedan verse afectados. La Comisión recuerda en este contexto la decisión del asunto *Donauversinkung*, en la que el Tribunal declaró lo siguiente:

> "Los intereses de los Estados en cuestión han de ponderarse entre sí de manera equitativa. Se ha de considerar no sólo el daño absoluto causado al Estado vecino sino también la relación de la ventaja obtenida por el uno con el daño causado al otro."[968]

En tiempos más recientes, los Estados han negociado lo que podría considerarse como soluciones equitativas a controversias transfronterizas; los acuerdos relativos a las emisiones francesas de potasio en el Rin; a la contaminación de las aguas limítrofes entre los Estados Unidos y México, y a la lluvia ácida en América del Norte y Europa, contienen elementos de esta índole[969].

5) En el apartado c) se compara, de la misma manera que en el a), el riesgo de daño sensible al medio ambiente con la disponibilidad de medios para prevenir ese daño

---

[968] *Wurttemberg y Prussia c. Baden* (asunto *Donauversinkung*) (1927) en "Entscheindungen des Reichsgerichts in Zivilsachen" (Berlín, de Gruyter), vol. 116, apéndice, págs. 18 a 45 (1927), *Annual Digest of Public International Law Cases* (1927-1928) (Londres, 1931), pág. 131; véase también *Kansas c. Colorado* (1907) 206 US 100, y *Washington c. Oregón* (1936) 297 US 517.

[969] Véase el Convenio relativo a la protección del Rin contra la contaminación por cloruros, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1404, pág. 90, reproducido en *I.L.M.*, vol. 16 (1977), pág. 265, con su Protocolo de 1991. El Acuerdo sobre la solución permanente y definitiva del problema internacional de la salinidad del río Colorado, de 1973, *I.L.M.*, vol. 12 (1973), pág. 1105; la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, pág. 217, reproducido en *I.L.M.*, vol. 18 (1979), pág. 1442; y el Acuerdo entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la calidad del aire, de 1991, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1852, pág. 79, reproducido en *I.L.M.*, vol. 30 (1991), pág. 678. Véase también A. Boyle y D. Freestone (nota 907 *supra*), pág. 80; y I. Romy, *Les pollutions transfrontières des eaux: "l'exemple du Rhin"*, Lausana, Payot, 1990).

o aminorar ese riesgo y la posibilidad de rehabilitar el medio ambiente. Es necesario recalcar la importancia particular de la protección del medio ambiente. El principio 15 de la Declaración de Río guarda relación con este párrafo. Al requerir que los Estados apliquen ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades, ese principio dice: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente"[970].

6) El principio de precaución fue afirmado en la Declaración "paneuropea" de Bergen, aprobada el 15 de mayo de 1990 por los Estados miembros de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. La Declaración decía: "Las medidas ambientales deben prever, prevenir y combatir las causas del deterioro ambiental. Cuando se corre el riesgo de un deterioro grave o irreversible, no se debe invocar la falta de absoluta certeza científica para postergar la adopción de medidas destinadas a evitar el deterioro ambiental"[971]. El principio de precaución fue recomendado por el Consejo de Administración del PNUMA para fomentar la prevención y la eliminación de la contaminación de los mares, que representa una amenaza cada vez mayor para el medio marino y una causa de sufrimientos humanos[972]. El principio de precaución ha sido mencionado o ha sido incorporado sin mención expresa en otras convenciones[973].

---

[970] Véase la nota 902 *supra*.

[971] "Informe de la Comisión Económica para Europa sobre la Conferencia de Bergen (8 a 16 de mayo de 1990)", A/CONF.151/PC/10, anexo I, párr. 7.

[972] Decisión 15/27 (1989) del Consejo de Administración, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 25* (A/44/25), anexo I. Véase también P. Sands, *op. cit.* (véase nota 907 *supra*), pág. 210.

[973] Véase el párrafo 3 del artículo 4 de la Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación de desechos peligrosos a África y el control de los movimientos transfronterizos en África (*I.L.M.*, vol. 30 (1991), pág. 775); el párrafo 3 del artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, pág. 107, reproducido en *I.L.M.*, vol. 31 (1992), pág. 848); el artículo 174 (ex artículo 130r) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C340, 10 de noviembre de 1997, págs. 173 a 308); y el artículo 2 del Convenio de Viena para la

7) De conformidad con la Declaración de Río, el principio de precaución constituye una norma muy general de prudencia. Implica la necesidad de los Estados de examinar continuamente sus obligaciones de prevención a fin de mantenerse al día en los avances del conocimiento científico[974]. La Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 25 de septiembre de 1997, dictada en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, invitó a las Partes a "volver a examinar los efectos sobre el medio ambiente del funcionamiento de la central eléctrica de Gabčíkovo", construida sobre el Danubio de conformidad con un tratado de 1977, a la luz de las nuevas exigencias de la protección ambiental[975].

8) Los Estados deben examinar medios convenientes para restablecer, en lo posible, la situación existente antes de que se produjera el daño. Se consideró que esto debía subrayarse como factor que habrán de tener en cuenta los Estados interesados que adopten medidas favorables al medio ambiente.

---

Protección de la Capa de Ozono (véase la nota 925 *supra*). Cabe señalar que tratados anteriores aplicaron el principio de precaución en un sentido muy general sin hacer referencia explícita a él.

[974] Sobre el principio de precaución en general, véase H. Hohmann, *Präventive Rechtspflichten und - principien des modernen Umweltvölkerrechts: Zum Stand des Umwetvölkerrechts zwischen Umweltnutzung und Umweltschutz* (Berlín, Duncker und Humblot, 1992), págs. 406 a 411; J. Cameron, "The Status of the Precautionary Principle in International Law" en O'Riodan y Cameron (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle* (1994), págs. 262 a 289; H. Homann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Preecautionary Principle: International Environmental Law between Exploitation and Protection* (1994); D. Freestone y Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (1996), pág. 274; A. Epiney y M. Scheyli (véase la nota 924 *supra*), págs. 103 a 125; P. Martin-Bidou, "Le principe de précaution en droit international de l'environement", en *Revue générale de droit international public*, 1999-3, págs. 631 a 665; y E. Zaccai y J.N. Missa (eds.), *Le principe de précaution, Significations et conséquences* (Edition de l'Université de Bruxelles, 2000), págs. 117 a 142.

[975] *I.C.J., Reports 1997*, págs. 77 y 78, párr. 140. Sin embargo, en este asunto la Corte no aceptó la pretensión de Hungría de denunciar el Tratado por razones de "estado de necesidad ecológico" a consecuencia de riesgos para el medio ambiente que no se habían detectado en el momento de concertar el tratado. Declaró que podían utilizarse otros medios para poner remedio a ese vago "peligro"; véanse los párrafos 49 a 58 de la sentencia, ibíd., págs. 39 a 46.

9) En el apartado d) se dispone que uno de los elementos que determinan la elección de medidas preventivas es la voluntad de los Estados que puedan resultar afectados de contribuir al costo de la prevención. Por ejemplo, si los Estados que puedan resultar afectados están dispuestos a contribuir a los gastos de las medidas preventivas, puede ser razonable, teniendo en cuenta otros factores, esperar que el Estado de origen tome medidas preventivas más costosas pero más eficaces. Sin embargo, esto no debe restar importancia a las medidas que el Estado de origen está obligado a adoptar de conformidad con los presentes artículos.

10) Esas consideraciones están de acuerdo con los fundamentos del llamado principio de "quien contamina paga". Este principio fue introducido por el Consejo de la OCDE en 1972[976]. El principio de quien contamina paga fue reconocido a nivel mundial al ser aprobado como principio 16 de la Declaración de Río. Decía así:

> "Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la incorporación de los costos ambientales y el uso de los instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales."[977]

Este principio es considerado como el medio más eficaz para asignar el costo de la prevención y de las medidas de control de la contaminación, a fin de fomentar la utilización racional de unos recursos escasos. Fomenta también la internalización del costo de las medidas técnicas públicamente impuestas, como preferibles a las ineficiencias y distorsiones de la competencia que producen las subvenciones gubernamentales[978]. Este

---

[976] OCDE, Directiva sobre el medio ambiente relativa al derecho a la igualdad de acceso y no discriminación en relación con la contaminación transfronteriza, 1986, citada en "Estudio de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional" *Anuario..., 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/471, párr. 102.

[977] Véase la nota 902 *supra*.

[978] Véase Gerhard Hafner, "Das Verursacherprinzip", *Economy-Fachmagazin* N° 4/90 (1990), págs. F23 a F29; S.E. Gaines, "The Polluter-Pays Principle: Free Market Equity to Environmental Ethos", *Texas International Law Journal*, vol. 26 (1991), pág. 470; H. Smets,

principio figura mencionado explícitamente en el artículo 174 (ex artículo 130 r) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

11) La expresión "cuando corresponda" indica que el Estado de origen y los Estados que puedan resultar afectados no están en el mismo nivel en cuanto a la contribución a los gastos de prevención. Con frecuencia los Estados interesados inician negociaciones respecto de la distribución de los gastos de las medidas preventivas. Al hacerlo, actúan sobre la base del principio básico derivado del artículo 3, en cuya virtud esos gastos deben correr a cargo del operador o del Estado de origen. Esas negociaciones tienen lugar principalmente en los casos en que no hay acuerdo respecto de la cuantía de las medidas preventivas y en que el Estado afectado contribuye a los gastos de las medidas preventivas a fin de asegurar un mayor grado de protección, por encima de lo que el Estado de origen considera que es esencial garantizar. Ese vínculo entre la distribución de los gastos y la cuantía de las medidas preventivas se refleja en particular en el apartado d).

12) El apartado e) introduce una serie de factores que han de compararse y tenerse en cuenta. La viabilidad económica de la actividad debe compararse con los costos de la prevención. El costo de las medidas preventivas no debe ser tan alto que haga económicamente inviable la actividad. La viabilidad económica de la actividad debe evaluarse también en función de la posibilidad de cambiar el emplazamiento, realizarla por otros medios o sustituirla por otra actividad. Con las palabras "realizar la actividad ... por otros medios" se pretende tener en cuenta, por ejemplo, una situación en la que un tipo de sustancia química utilizado en la actividad, que pudiera ser la causa del daño transfronterizo, pueda sustituirse por otra sustancia química, o el equipo mecánico de la planta o la fábrica pueda sustituirse por otro equipo diferente. Las palabras "sustituirla por otra actividad" tienen por objeto tener en cuenta la posibilidad de que se puedan alcanzar

---

"Polluter-Pays Principle in the Early 1990s", en L. Campiglio et al. *The Environment After Rio: International Law and Economics* (Graham and Trotman, 1994), pág. 134; "Estudio de los regímenes de responsabilidad..." (véase la nota 926 *supra*), párr. 113; Informe del Secretario General, "Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: aplicación y ejecución", E/CN.17/1997/8, párrs. 87 a 90; y A. Epiney y M. Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts* (véase la nota 924 *supra*), pág. 152.

los mismos resultados o resultados comparables con otra actividad sin riesgo, o con un riesgo inferior, de daño transfronterizo sensible.

13) Según el apartado f) los Estados deben tener en cuenta también las normas de prevención aplicadas a las mismas actividades o a actividades comparables en los Estados que puedan resultar afectados o en otras regiones o, si existen, las normas internacionales de prevención aplicables a actividades semejantes. Esto reviste especial importancia cuando, por ejemplo, los Estados interesados no disponen de ninguna norma de prevención en relación con esas actividades o desean mejorar las normas existentes.

## Artículo 11

## Procedimientos aplicables a falta de notificación

1. Si un Estado tiene motivos razonables para creer que una actividad que se proyecta o lleva a cabo en el Estado de origen puede entrañar un riesgo de causarle daño transfronterizo sensible, podrá solicitar al Estado de origen que aplique la disposición del artículo 8. La petición irá acompañada de una exposición documentada de sus motivos.

2. En caso de que el Estado de origen llegue, no obstante, a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 8, informará de esa conclusión al Estado solicitante dentro de un plazo razonable y le presentará una exposición documentada de las razones en que ella se funde. Si el Estado solicitante no está de acuerdo con esa conclusión, a petición de este Estado, los dos Estados entablarán sin demora consultas en la forma indicada en el artículo 9.

3. Durante las consultas, el Estado de origen deberá, a petición del otro Estado, disponer las medidas adecuadas y viables para minimizar el riesgo y, cuando proceda, suspender la actividad de que se trate por un período razonable.

## Comentario

1) El artículo 11 trata de la situación en que un Estado, a pesar de no haber recibido notificación de una actividad de conformidad con el artículo 8, toma conocimiento de que se está llevando a cabo una actividad en el Estado de origen, bien sea por el propio Estado o por un operador privado, y tiene motivos razonables para creer que esa actividad entraña un riesgo de causarle un daño sensible.

2) La expresión "un Estado" no excluye la posibilidad de que más de un Estado crea que una actividad proyectada puede dañarle de manera sensible. Las palabras "que aplique la disposición del artículo 8" no deben interpretarse en el sentido de que el Estado que tiene la intención de autorizar o ha autorizado una actividad ha incumplido necesariamente sus obligaciones en virtud del artículo 8. En otras palabras, ese Estado puede haber hecho una evaluación del riesgo de que la actividad prevista cause un daño transfronterizo sensible y haber llegado de buena fe a la conclusión de que no se derivarían tales efectos de dicha actividad. El párrafo 1 permite que un Estado pida al Estado de origen que reconsidere su evaluación y sus conclusiones, y no prejuzga si el Estado de origen cumplió inicialmente las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 8.

3) El Estado que pueda resultar afectado sólo podrá hacer tal petición si se cumplen dos condiciones. La primera es que el Estado solicitante tenga "motivos razonables para creer" que la actividad de que se trate puede entrañar un riesgo de causarle un daño transfronterizo sensible. La segunda es que el Estado solicitante presente "una exposición documentada de sus motivos". El objeto de estas condiciones es que el Estado solicitante tenga algo más que un temor vago y carente de fundamento. Es necesaria una creencia seria y fundamentada, en particular dada la posibilidad de pedir al Estado de origen que suspenda la ejecución de sus planes con arreglo al párrafo 3 del artículo 11.

4) La primera frase del párrafo 2 trata del caso de que el Estado que proyecta tomar las medidas llegue a la conclusión, después de reconsiderar su posición, como se indica en el párrafo 2 del presente comentario, de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 8. En tal situación, el párrafo 2 tiene por objeto mantener un justo equilibrio entre los intereses de los Estados interesados, exigiendo que el Estado de origen ofrezca el mismo tipo de justificación de su conclusión que los que se exigen al Estado solicitante en virtud del párrafo 1. La segunda frase del párrafo 2 trata del supuesto de que la conclusión del Estado de origen no satisfaga al Estado solicitante. Exige que en tal situación el Estado de origen inicie sin demora consultas con el otro Estado (o Estados) a petición de este (estos) último(s). Las consultas se han de realizar en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 9. En otras palabras, su objeto es hallar "soluciones

aceptables" con respecto a las medidas que han de adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo, y que las soluciones que se persigan estén "basadas en un equilibrio equitativo de intereses". Estas frases se han examinado en el comentario del artículo 9.

5) El párrafo 3 requiere que el Estado de origen adopte medidas adecuadas y viables para minimizar el riesgo y, cuando proceda, que suspenda la actividad de que se trate por un período razonable, si así se lo pide el otro Estado durante las consultas. Los Estados interesados podrían acordar también otra cosa.

6) Otros instrumentos jurídicos contienen disposiciones análogas. El artículo 18 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[979] y el párrafo 7 del artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo[980] prevén también un procedimiento por el cual un Estado que pueda verse afectado por una actividad puede iniciar consultas con el Estado de origen.

## Artículo 12

## Intercambio de información

> Mientras se lleve a cabo la actividad, los Estados interesados deberán intercambiar oportunamente toda la información disponible sobre esa actividad que sea pertinente para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Ese intercambio de información continuará hasta que los Estados interesados lo consideren oportuno, incluso hasta después de que haya terminado la actividad.

## Comentario

1) El artículo 12 trata de las medidas que deben adoptarse *después* de que se haya emprendido una actividad. La finalidad de todas esas medidas es la misma que la de los

---

[979] Véase la nota 919 *supra*.

[980] Véase la nota 908 *supra*.

artículos anteriores, es decir, prevenir o, en cualquier caso, reducir al mínimo el riesgo de daño transfronterizo sensible.

2) El artículo 12 obliga al Estado de origen y a los demás Estados interesados a intercambiar información sobre la actividad después de haber sido ésta emprendida. La frase "sobre esa actividad" después de las palabras "toda la información disponible" tiene por objeto poner de relieve el vínculo que existe entre la información y la actividad y que no se trata de cualquier información. El deber de prevención basado en el concepto de la diligencia debida no es algo que se realice de una vez para siempre, sino que requiere un esfuerzo continuado. Ello significa que la diligencia debida no acaba después de concederse la autorización para la actividad y de iniciarse ésta. Continúa en lo que se refiere a la vigilancia de la realización de la actividad, mientras ésta prosiga.

3) La información que se debe intercambiar, en virtud del artículo 12, será toda la que resulte útil, en el caso concreto, para prevenir el riesgo de daño sensible. Normalmente, el Estado de origen tendrá conocimiento de esa información. Sin embargo, el Estado que pueda resultar afectado, cuando tenga alguna información que pueda ser útil con fines preventivos, deberá ponerla a disposición del Estado de origen.

4) La obligación de intercambiar información es bastante usual en las convenciones orientadas a prevenir o aminorar los daños ambientales y transfronterizos. Esas convenciones prevén diversas formas de reunir e intercambiar información, ya sea entre las partes o bien proporcionando la información a una organización internacional que la ponga a disposición de otros Estados[981]. En el contexto de los presentes artículos,

---

[981] Por ejemplo, el artículo 10 del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación Marina procedente de Fuentes Terrestres, (véase la nota 908 *supra*), el artículo 200 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (véase la nota 913 *supra*) y el artículo 4 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, (véase la nota 925 *supra*) hablan de investigaciones aisladas o conjuntas de los Estados Partes sobre la prevención o la reducción de la contaminación, y de su comunicación mutua directamente o por conducto de la organización internacional competente. En la Convención sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Grandes Distancias (véase la nota 769 *supra*) se regulan la investigación y el intercambio de información sobre los efectos de las actividades emprendidas por los Estados Partes. Se encuentran ejemplos en otras convenciones, como el apartado iii) del párrafo 1 del

cuando las actividades pueden afectar sólo a algunos Estados, el intercambio de información podrá realizarse entre los Estados directamente interesados. Cuando las actividades puedan afectar a un gran número de Estados, la información pertinente podrá intercambiarse por otros medios como, por ejemplo, a través de las organizaciones internacionales competentes.

5) El artículo 12 obliga a que la información se intercambie *oportunamente*. Esto significa que el Estado, cuando tenga conocimiento de esa información, deberá informar rápidamente a los demás Estados a fin de que haya tiempo suficiente para que los Estados interesados realicen consultas sobre medidas preventivas apropiadas, o los Estados que puedan resultar afectados tengan tiempo suficiente para adoptar medidas adecuadas.

6) El artículo no establece ningún requisito en cuanto a la frecuencia del intercambio de información. La obligación del artículo 12 sólo surge cuando los Estados tienen alguna información que sea pertinente para prevenir o en todo caso minimizar el riesgo de daño transfronterizo.

7) La segunda frase del artículo 12 tiene por objeto velar por que se proceda al intercambio de información a tenor de esta disposición no sólo "mientras se lleve a cabo" una actividad, sino incluso después de que esa actividad cese de existir, si deja detrás de sí subproductos o materiales asociados con la actividad que deban vigilarse para evitar el riesgo de daño transfronterizo sensible. Cabe citar como ejemplo a este respecto la actividad nuclear, que deja desechos nucleares incluso después de haber terminado. Pero también sirve para reconocer que las consecuencias de ciertas actividades, incluso después de que hayan terminado, siguen constituyendo un riesgo sensible de daño transfronterizo. En tales circunstancias, las obligaciones del Estado de origen no terminan con la conclusión de la actividad.

---

artículo VI del Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de Aguas Interiores Transfronterizas (véase la nota 916 *supra*), el artículo 17 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (véase la nota 913 *supra*), y el artículo 13 del Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales (véase la nota 925 *supra*).

## Artículo 13

## Información al público

Los Estados interesados deberán proporcionar, por los medios apropiados, al público que pueda resultar afectado por una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, la información pertinente relativa a esa actividad, el riesgo que entraña y el daño que pueda resultar, y consultarán su opinión.

## Comentario

1) El artículo 13 requiere que los Estados, siempre que sea posible y por los medios apropiados, faciliten al público que pueda resultar afectado, de su propio Estado o de otros Estados, información relativa al riesgo que entrañe una actividad y a los daños que pudieran derivarse de ella, con el fin de conocer sus opiniones. Por tanto, el artículo requiere de los Estados a) que faciliten al público información sobre la actividad y sobre el riesgo y los daños que supone y b) que averigüen la opinión del público. Naturalmente, está claro que la idea de facilitar información al público tiene por objeto que éste pueda informarse para luego conocer su opinión. Sin este segundo paso, el artículo carecería de sentido.

2) Los datos que han de facilitarse al público comprenden la información sobre la actividad en sí, así como sobre la naturaleza y el alcance del riesgo, y los daños que comporta. Esa información figura en los documentos que acompañan a la notificación prevista en el artículo 8 o en la evaluación que haga el Estado que pueda resultar afectado, de conformidad con el artículo 11.

3) Este artículo se inspira en las nuevas tendencias del derecho internacional, en general, y del derecho ambiental, en particular, que tratan de hacer participar en las decisiones a las personas cuyas vidas, salud, bienes y entorno puedan resultar afectados, dándoles la oportunidad de exponer sus opiniones y de ser oídas por los encargados de adoptar las decisiones finales.

4) El principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo prevé la participación del público en el proceso de adopción de decisiones de la manera siguiente:

> "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes."[982]

5) Otros instrumentos internacionales recientes sobre cuestiones ambientales han requerido de los Estados que faciliten al público información y le den la oportunidad de participar en las decisiones. A este respecto son pertinentes los párrafos 1 y 2 del artículo VII del Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de Aguas Interiores Transfronterizas:

> "1. Con objeto de promover una toma de decisiones con conocimiento de causa por las autoridades centrales, regionales o locales en las deliberaciones relativas a la contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas, los países deberían facilitar la participación del público que pueda ser afectado en las audiencias e investigaciones preliminares y la formulación de objeciones a las decisiones propuestas, así como la presentación de recursos y la representación en los procedimientos administrativos y judiciales.
>
> 2. Los países en que se produzca un incidente deberían adoptar todas las medidas apropiadas para facilitar a las personas naturales y jurídicas expuestas a un riesgo importante de contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas información suficiente para que puedan ejercer los derechos que les conceda la legislación nacional de conformidad con los objetivos del presente Código."[983]

---

[982] Véase la nota 902 *supra*.

[983] Véase la nota 916 *supra*.

Asimismo, el párrafo 8 del artículo 3 de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo[984]; el artículo 17 del Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico[985]; y el artículo 6 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[986]; la Convención de Helsinki de 1992 sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales[987] (art. 16) y la Convención de Helsinki de 1992 sobre los Efectos Tansfronterizos de los Accidentes Industriales (artículo 9 y anexo VIII)[988]; el artículo 12 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación[989]; el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la adopción de decisiones y acceso a la justicia en cuestiones ambientales[990]; las directivas del Consejo Europeo 90/313 sobre Libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente[991] y 96/82 sobre el control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas[992]; y la recomendación C (74) 224 del Consejo de la OCDE, de 14 de noviembre de 1974, sobre los Principios relativos a la contaminación transfronteriza[993] disponen que se informe al público.

---

[984] Véase la nota 908 *supra*.

[985] Véase la nota 953 *supra*.

[986] *I.L.M.*, vol. 31 (1992), pág. 851.

[987] Véase la nota 925 *supra*.

[988] Véase la nota 908 *supra*.

[989] Véase la nota 919 *supra*.

[990] Documento ECE/CEP/43.

[991] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie L, N° 158, 23 de junio de 1990, pág. 56.

[992] Ibíd., N° 10, 14 de enero de 1997, pág. 13.

[993] Véase la nota 960 *supra*.

6) Hay muchas modalidades de participación en la adopción de decisiones. El examen de los datos y de la información sobre los que se tomarán las decisiones y la oportunidad de confirmar o rechazar la exactitud de los datos, el análisis y las consideraciones de orden político ya sea por medio de tribunales administrativos o judiciales, ya de grupos de ciudadanos interesados, son algunas de las maneras de participar en las decisiones. Esta forma de participación del público contribuye a propiciar los esfuerzos para impedir los daños ambientales y transfronterizos.

7) La obligación prevista en el artículo 13 se limita con la oración "por los medios apropiados", que tiene por objeto dejar que los Estados, de conformidad con su derecho interno y su política oficial, decidan la manera de facilitar esa información en lo que respecta, por ejemplo, a si dicha información ha de proporcionarse a través de los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales, los organismos públicos o las autoridades locales. En el caso del público ubicado fuera de las fronteras del Estado, la información puede facilitarse, si corresponde, usando los buenos oficios del Estado interesado, si la comunicación directa no fuera factible o práctica.

8) Asimismo, el Estado que pueda resultar afectado, tras recibir la notificación e información del Estado de origen, informará antes de responder a la notificación, por los medios apropiados, al sector de su público que pueda ser perjudicado.

9) El término "público" abarca los individuos, los grupos de interés (organizaciones no gubernamentales) y los expertos independientes. Por "público" en general se entienden las personas que no están organizadas en grupos ni se han afiliado a grupos concretos.
Se puede fomentar la participación del público mediante la celebración de reuniones o audiencias públicas. Debe darse al público la oportunidad de celebrar consultas y debe facilitarse su participación brindándole la información necesaria sobre la política, el plan o el programa propuestos que se estén examinando. Ahora bien, las exigencias de confidencialidad pueden afectar el grado de participación del público en el proceso de evaluación. Además, frecuentemente el público no participa, o lo hace mínimamente, en los intentos de determinar el alcance de las políticas, los planes o los programas.

La participación del público en el examen de un proyecto de documento o en la evaluación del efecto ambiental sería útil para obtener información sobre las preocupaciones relativas a las medidas propuestas, otras posibles soluciones y el impacto potencial en el medio ambiente[994].

10) Aparte de la conveniencia de fomentar la participación del público en la adopción de decisiones a escala nacional sobre cuestiones vitales relativas al desarrollo y a los niveles de tolerancia de daño, a fin de hacer más legítimas las decisiones adoptadas y conseguir un mayor grado de cumplimiento, se ha sugerido que esa participación se considere incluso un derecho cada vez más importante en el contexto de la legislación nacional y la normativa internacional[995].

## Artículo 14

## Seguridad nacional y secretos industriales

> Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para la protección de secretos industriales o derechos de propiedad intelectual podrán no ser transmitidos, pero el Estado de origen cooperará de buena fe con el Estado que pueda resultar afectado para proporcionar toda la información posible en atención a las circunstancias.

## Comentario

1) El artículo 14 tiene por objeto establecer una excepción restringida a la obligación de los Estados de facilitar información en virtud de los artículos 8, 12 y 13. No debe obligarse a los Estados a revelar información vital para su seguridad nacional. Este tipo de cláusula no es raro en los tratados que requieren intercambio de información.
El artículo 31 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua

---

[994] *Application of Environmental Impact Assessment Principles*... (nota 948 *supra*), págs. 4 y 8.

[995] Véase T. M. Franck, "Fairness in the International Legal and Institutional System: General Course on Public International Law", *Recueil des cours*... 1993-III, vol. 240, pág. 110. Véase también Donna Craig y Diana Ponce Nava, "Indigenous Peoples' Rights and Environmental Law", in Sun Lin y Lal Kurukulasuriya, (eds.), (nota 948 *supra*), págs. 115 a 146.

Internacionales para Fines Distintos de la Navegación[996] prevé también una excepción semejante a la obligación de revelar información vital para la defensa o la seguridad nacionales.

2) En el artículo 14 se incluyen los secretos industriales y la información protegida por los derechos de propiedad intelectual, además de la seguridad nacional. Aunque los secretos industriales forman parte de los derechos de propiedad intelectual, se han utilizado ambas expresiones para dar cobertura suficiente a los derechos protegidos. En el contexto de estos artículos es muy probable que alguna de las actividades comprendidas en el artículo 1 implique el uso de tecnología avanzada con cierta clase de información que esté protegida por el derecho interno. Normalmente la legislación de los Estados determina la información que se considera secreto industrial y la protege. Este tipo de cláusula de salvaguardia no es raro en los instrumentos jurídicos que regulan el intercambio de información sobre actividades industriales. Por ejemplo, el artículo 8 de Convención sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales[997] y el párrafo 8 del artículo 2 de la Convención sobre Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo[998] prevén una protección similar para los secretos industriales y comerciales.

3) El artículo 14 reconoce la necesidad de equilibrar los intereses legítimos del Estado de origen y los de los Estados que puedan resultar afectados. Por tanto, requiere que el Estado de origen que no transmita información por razones de seguridad o de secreto industrial coopere de buena fe con los demás Estados facilitando toda la información que sea posible según las circunstancias. Las palabras "toda la información posible" incluyen, por ejemplo, la descripción general del riesgo y del tipo y magnitud de los daños a que esté expuesto un Estado. Las palabras "en atención a las circunstancias" se refieren a las

---

[996] Véase la nota 919 *supra*.

[997] Véase la nota 925 *supra*.

[998] Véase la nota 908 *supra*.

condiciones invocadas para no transmitir la información. En lo esencial, el artículo 14 se basa en la cooperación de buena fe de las partes y la estimula.

## Artículo 15

## No discriminación

> Salvo que los Estados interesados hayan acordado otra cosa para la protección de los intereses de las personas, naturales o jurídicas, que estén o puedan estar expuestas al riesgo de un daño transfronterizo sensible como resultado de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, un Estado no discriminará por motivos de nacionalidad o residencia o de lugar en que pueda ocurrir el daño, al garantizar a esas personas, de conformidad con su ordenamiento jurídico, acceso a los procedimientos judiciales o de otra índole para que soliciten protección u otro remedio apropiado.

## Comentario

1) Este artículo sienta el principio básico de que el Estado de origen ha de garantizar el acceso a sus procedimientos judiciales y de otra índole sin discriminación por razón de la nacionalidad, la residencia o el lugar en que pueda ocurrir el daño. El contenido del artículo se basa en el artículo 32 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación[999].

2) El artículo 15 contiene dos elementos básicos, a saber: la no discriminación por la nacionalidad o la residencia y la no discriminación por el lugar en que pueda ocurrir el daño. La norma obliga a los Estados a garantizar que toda persona, cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia, que pueda sufrir un daño transfronterizo sensible a causa de las actividades a que se refiere el artículo 1, con independencia del lugar en que se haya producido el daño, reciba el mismo trato que el concedido por el Estado de origen a sus nacionales en caso de daños de carácter interno. No se pretende que esta obligación pueda afectar a la práctica de algunos Estados que exigen a los no residentes o extranjeros prestar fianza como condición para recurrir al sistema judicial, a fin de cubrir las costas

---

[999] Véase la nota 919 *supra*.

judiciales u otros gastos. Según este artículo, esa práctica no es "discriminatoria" y a ella se refieren las palabras "de conformidad con su ordenamiento jurídico".

3) El artículo 15 dispone también que el Estado de origen no puede discriminar por razón del lugar en que pueda ocurrir el daño. Es decir, si se causó un daño sensible en el Estado A como consecuencia de una actividad prevista en el artículo 1 realizada en el Estado B, éste no puede oponerse a una acción basándose en que el daño se produjo fuera de su jurisdicción.

4) Esta norma es subsidiaria, como indican sus palabras "salvo que los Estados interesados hayan acordado otra cosa". En consecuencia, los Estados interesados pueden ponerse de acuerdo sobre la mejor manera de dar protección u otro remedio a las personas que puedan sufrir un daño sensible, por ejemplo, mediante un acuerdo bilateral. En virtud de los presentes artículos se alienta a los Estados interesados a convenir en un régimen especial para las actividades que entrañen el riesgo de daño transfronterizo sensible. En esos acuerdos los Estados pueden prever también la manera de proteger los intereses de las personas afectadas en caso de daño transfronterizo sensible. Las palabras "para la protección de los intereses de las personas" se utilizan para dejar claro que el artículo no pretende sugerir que los Estados puedan de común acuerdo decidir discriminar en cuanto al acceso a sus procedimientos judiciales o de otra índole o al derecho a indemnización. El acuerdo entre los Estados debe siempre tener por objeto proteger los intereses de las víctimas del daño.

5) En los acuerdos internacionales y en las recomendaciones de las organizaciones internacionales se encuentran precedentes de la obligación prevista en este artículo. Por ejemplo, el artículo 3 del Convenio sobre la Protección del Medio Ambiente entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, de 19 de febrero de 1974, dispone lo siguiente:

> "Las personas que sufran daños causados por actividades perjudiciales para el medio ambiente en otro Estado Contratante tendrán derecho a impugnar ante el tribunal o la autoridad administrativa pertinente de ese Estado la licitud de tales actividades, incluida la cuestión de las medidas encaminadas a prevenir los daños, y a apelar de la decisión del tribunal o la autoridad administrativa en la misma forma y medida que las entidades legales del Estado en que las actividades se realicen.

Las disposiciones del primer párrafo de este artículo se aplicarán igualmente al caso de las acciones entabladas para obtener indemnización de los daños causados por actividades perjudiciales para el medio ambiente. La cuestión de la indemnización se resolverá con arreglo a normas que no serán menos favorables a la parte lesionada que las normas de indemnización del Estado en que se realicen las actividades."[1000]

6) El Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha adoptado una recomendación sobre la aplicación de un régimen de igualdad de acceso y no discriminación en materia de contaminación transfronteriza. En el apartado a) del párrafo 4 de esa recomendación se dispone lo siguiente:

"Los países de origen velarán por que cualquier persona que haya sufrido un daño por contaminación transfronteriza o que esté expuesta a un riesgo sensible de contaminación transfronteriza reciba un trato que sea por lo menos tan favorable como el otorgado en el país de origen en casos de contaminación interna y en circunstancias comparables a personas de situación o de condición equivalentes..."[1001]

---

[1000] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1092, pág. 279, reproducido en *I.L.M.*, vol. 13, (1974), pág. 591. Disposiciones similares pueden encontrarse en el párrafo 6 del artículo 2 de la Convención de la CEPE sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (véase la nota 908 *supra*); las Directrivas sobre la responsabilidad en materia de contaminación transfronteriza de las aguas, parte II.E.8, preparadas por el Grupo de Trabajo de la CEPE sobre responsabilidad en materia de contaminación transfronteriza de las aguas, documento ENVWA/R.45, de 20 de noviembre de 1990, y en el proyecto de carta de la CEPE sobre derechos y deberes ambientales, párr. 6, preparado en una reunión de expertos en derecho ambiental, 25 de febrero a 1° de marzo de 1991, documento ENVWA/R.38, anexo I.

[1001] Documento C (77) 28 de la OCDE (Final), anexo, en OECD, *OECD and the Environment*, (véase la nota 960 *supra*), pág. 150. En el mismo sentido va el principio 14 del proyecto de principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados (véase la nota 906 *supra*). El principio del acceso igual se examina en la obra de Van Hoogstraten et al., *"L'égalité d'accès: Pollution transfrontière", Environmental Policy and Law*, vol. 2 (1976), pág. 77.

## Artículo 16

### Preparación para casos de emergencia

El Estado de origen deberá establecer planes de contingencia para hacer frente a las situaciones de emergencia, en cooperación, cuando proceda, con el Estado que pueda resultar afectado y con las organizaciones internacionales competentes.

### Comentario

1) En este artículo se enuncia una obligación que exige medidas de anticipación más bien que de reacción. El texto del artículo 16 se basa en el párrafo 4 del artículo 28 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, que dice:

> "De ser necesario, los Estados del curso de agua elaborarán conjuntamente planes para hacer frente a las situaciones de emergencia, en cooperación, cuando proceda, con los demás Estados que puedan resultar afectados y las organizaciones internacionales competentes."[1002]

Está plenamente reconocida la necesidad de elaborar planes para hacer frente a posibles situaciones de emergencia[1003]. El deber de evitar los desastres ambientales obliga a los Estados a adoptar medidas y procedimientos de seguridad a fin de reducir al mínimo la probabilidad de graves accidentes ambientales, tales como los de los reactores nucleares, los derrames de sustancias químicas tóxicas, los vertimientos de petróleo o los incendios forestales. De ser necesario, los Estados pueden negociar y acordar medidas concretas de seguridad o de emergencia respecto de la gestión de los riesgos de daños transfronterizos

---

[1002] Véase la nota 919 *supra*.

[1003] Véase E. Brown Weiss, "Environmental Disasters in International Law" en *Anuario Jurídico Interamericano*, 1986 (OEA, Washington, D.C., 1987), págs. 141 a 169. La resolución de 1983 del Consejo Europeo sobre Derecho Ambiental relativa a los "Principios aplicables a la cooperación internacional en las situaciones de emergencia ambiental relacionadas con el desarrollo tecnológico" pide expresamente que se pongan límites a la localización de todas las instalaciones peligrosas, que se adopten normas de seguridad para reducir el riesgo de incidentes y que se elaboren planes de vigilancia y de acción en caso de emergencia, *Environmental Policy and Law*, vol. 12 (1984), pág. 68. Véase también G. Handl *Grenzüberschreitendes nukleares Risiko und wölkerrechtlicher Schutzanspruch* (véase la nota 916 *supra*), págs. 62 a 65.

sensibles, y esas medidas de seguridad pueden referirse: a) a la adopción de normas de seguridad para la ubicación y el funcionamiento de las plantas y vehículos industriales y nucleares; b) a la conservación del equipo y las instalaciones para que se observen en todo momento las medidas de seguridad; c) a la vigilancia de las instalaciones, los vehículos o las condiciones a fin de detectar los posibles peligros, y d) a la capacitación de los trabajadores y al seguimiento de su actividad para que se cumplan las normas de seguridad. Tales planes de emergencia deberían abarcar el establecimiento de sistemas de alarma temprana.

2) Si bien los Estados de origen deben asumir la responsabilidad primordial de la elaboración de planes de contingencia, en muchos casos puede ser apropiado prepararlos en cooperación con otros Estados que puedan resultar afectados y con las organizaciones internacionales competentes. Por ejemplo, puede ocurrir que los planes de emergencia necesiten la intervención de otros Estados que puedan resultar afectados, así como de organizaciones internacionales competentes en una esfera determinada[1004]. Además, la solución más eficaz puede consistir en que una organización internacional competente de la que sean miembros los Estados interesados coordine las medidas en las situaciones de emergencia.

3) También es mejor elaborar los planes de contingencia mediante la creación de comisiones conjuntas o mixtas integradas por representantes de todos los Estados interesados. Asimismo habría que establecer en los países puntos de contacto que se encargasen de analizar las cuestiones y utilizasen los medios de comunicación más

---

[1004] Véase una reseña de los diversos planes de contingencia elaborados por varios organismos y organizaciones internacionales como el PNUMA, la FAO, el Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre, el ACNUR, el UNICEF, la OMS, el OIEA y el CICR en B. G. Ramcharan, *The International Law and Practice of Early Warning and Preventive Diplomacy: the Emerging Global Watch* (Kluwer 1991), cap. 7 (The Practice of Early Warning; Environment, Basic Needs and Disaster Preparedness), págs. 143 a 168.

modernos adaptados a las medidas de alarma temprana[1005]. Bien conocidos son los planes de contingencia para casos de contaminación del mar. Los Estados están obligados a preparar esos planes en virtud del artículo 199 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[1006]. La obligación de elaborar planes de contingencia también se halla en ciertos acuerdos bilaterales y multilaterales referentes a los incendios forestales, los accidentes nucleares y otras catástrofes ambientales[1007]. En el artículo 15 del Convenio para la Protección de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, de la Región del Pacífico Sur de 1986, se prescribe que "Las Partes elaborarán planes de contingencia, individuales y conjuntos, para intervenir en casos de incidentes..."[1008].

Artículo 17

Notificación de una emergencia

El Estado de origen deberá notificar sin demora y por los medios más rápidos de que disponga al Estado que pueda resultar afectado cualquier situación de emergencia relacionada con una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos y facilitarle toda la información pertinente disponible.

Comentario

1) Este artículo trata de las obligaciones del Estado de origen que tiene que hacer frente a una situación de emergencia. Sus disposiciones se basan en el párrafo 2 del artículo 28 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de 1997, que dice así:

---

[1005] Respecto del establecimiento de comisiones mixtas, véase, por ejemplo, el Tratado sobre las aguas del Indo, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 419, pág. 125, y el Convenio sobre la Protección del Rin contra la Contaminación Química, ibíd., vol. 1124, pág. 375.

[1006] Véase la nota 913 *supra*.

[1007] Esos acuerdos se mencionan en E. Brown Weiss, *op. cit.* (véase la nota 1003 *supra*), pág. 148.

[1008] *I.L.M.*, vol. 26 (1987), pág. 38.

"El Estado del curso de agua notificará sin demora y por los medios más rápidos de que disponga a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes cualquier situación de emergencia que sobrevenga en su territorio."[1009]

Se enuncian obligaciones similares, por ejemplo, en el principio 18 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[1010]; la Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares[1011]; el artículo 198 de la Convención de las Naciones Unidas de sobre el Derecho del Mar[1012]; el artículo 3 del Convenio sobre la Diversidad Biológica[1013]; el apartado c) del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos[1014]; y varios otros acuerdos sobre cursos de agua internacionales[1015].

---

[1009] Véase la nota 919 *supra*.

[1010] Véase la nota 902 *supra*.

[1011] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1439, pág. 275, reproducido en *I.L.M.*, vol. 25 (1986), pág. 1370. El artículo 5 de esta Convención prescribe los datos detallados que han de notificarse a los Estados que puedan resultar afectados: a) el momento, el lugar exacto cuando proceda, y la naturaleza del accidente nuclear; b) la instalación o actividad involucrada; c) la causa supuesta o determinada y la evolución previsible del accidente nuclear en cuanto a la liberación transfronteriza de los materiales radiactivos; d) las características generales de la liberación radiactiva, incluidas, en la medida en que sea posible y apropiado, la naturaleza, la forma física y química probable y la cantidad, composición y altura efectiva de la liberación radiactiva; e) la información sobre las condiciones meteorológicas e hidrológicas actuales y previstas, necesaria para pronosticar la liberación transfronteriza de los materiales radiactivos; f) los resultados de la vigilancia ambiental pertinentes en relación con la liberación transfronteriza de los materiales radiactivos; g) las medidas de protección adoptadas o planificadas fuera del emplazamiento; y h) el comportamiento previsto, en el tiempo, de la liberación radiactiva.

[1012] Véase la nota 913 *supra*.

[1013] Ibíd.

[1014] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1891, pág. 51, reproducido en *I.L.M.*, vol. 30 (1990), pág. 735.

[1015] Véase, por ejemplo, el artículo 11 del Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación química (nota 908 *supra*); el Convenio relativo a la Contaminación Accidental del Lago Lemán (Recopilación Oficial de las Leyes Suizas, 1977, pág. 2204), reproducido en

2) Según este artículo, la gravedad del daño, junto con el carácter repentino de la situación de emergencia, justifica las medidas requeridas. Sin embargo, la consideración de ese carácter repentino no significa que deba tratarse necesariamente de una situación totalmente imprevista. Los sistemas de alarma temprana establecidos o la previsión de graves perturbaciones meteorológicas pueden indicar la inminencia de una situación de emergencia. Ello puede dar a los Estados interesados cierto tiempo para reaccionar y adoptar medidas razonables, factibles y prácticas para evitar o, por lo menos, mitigar los efectos perjudiciales de esas emergencias. Las palabras "sin demora" se refieren a que la notificación debe hacerse en cuanto se tiene noticia de ella y la frase "por los medios más rápidos de que disponga" indica que deben utilizarse los medios de comunicación más rápidos a los que pueda recurrir el Estado.

3) Las situaciones de intervención urgente pueden ser el resultado de causas naturales o del comportamiento del hombre. Las medidas que han de tomarse a este respecto no deben redundar en perjuicio de las acciones por responsabilidad civil cuyo tratamiento queda fuera del alcance de los presentes artículos.

### Artículo 18

### Relación con otras normas de derecho internacional

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación de los Estados de conformidad con los tratados pertinentes o con las normas del derecho internacional consuetudinario.

### Comentario

1) El artículo 18 tiene por objeto dejar claro que los presentes artículos se entienden sin perjuicio de la existencia, aplicación o efecto de cualquier obligación de los Estados en virtud del derecho internacional relativa a una acción u omisión a la que estos artículos se aplican. Por lo tanto, del hecho de que una actividad quede incluida en el ámbito de los

---

Ruester, Simma y Bock, *International Protection of the Environment*, vol. XXV (1981), pág. 285; y el Convenio entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos (*Treaties and Other International Acts Series*, N° 9257).

presentes artículos no debe inferirse la existencia o inexistencia de cualquier otra norma de derecho internacional relativa a tal actividad o a sus posibles o reales efectos transfronterizos.

2) La referencia en el artículo 18 a cualquier obligación de los Estados abarca tanto las obligaciones estipuladas por tratados como las obligaciones del derecho internacional consuetudinario. Igualmente abarca las normas de aplicación particular (ya se trate de una región determinada, ya de una actividad especificada) y las normas de alcance universal o general. Este artículo no tiene por objeto resolver todas las cuestiones relativas a futuros conflictos o a la superposición entre obligaciones convencionales y del derecho internacional consuetudinario y obligaciones en virtud de los presentes artículos.

Artículo 19

Solución de controversias

1. Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación de los presentes artículos será resuelta rápidamente mediante los medios de solución pacífica que elijan de mutuo acuerdo las partes en la controversia, incluidos la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial.

2. De no lograr acuerdo sobre los medios para la solución pacífica de la controversia en un plazo de seis meses, cualquiera de las partes en la controversia podrá solicitar que se establezca una comisión imparcial de determinación de los hechos.

3. La comisión de determinación de los hechos estará integrada por un miembro designado por cada una de las partes en la controversia y además por un miembro que no tenga la nacionalidad de ninguna de ellas, que será elegido por los miembros designados y que actuará como presidente.

4. Si una de las partes en la controversia está constituida por más de un Estado, y si éstos no designan de común acuerdo a un miembro de la comisión y cada uno de ellos procede a designar a un miembro, la otra parte en la controversia tendrá derecho a designar a igual número de miembros de la comisión.

5. Si los miembros designados por las partes en la controversia no pueden ponerse de acuerdo en el nombramiento de un presidente en el plazo de tres meses a contar desde la solicitud de establecimiento de la comisión, cualquiera de las partes en la controversia podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que nombre al presidente, el cual no tendrá la nacionalidad de ninguna de las partes en la

controversia. Si una de las partes no designare miembro para la comisión en un plazo de tres meses a contar desde la solicitud inicial presentada con arreglo al párrafo 2, cualquier otra parte en la controversia podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que designe a una persona que no tenga la nacionalidad de ninguna de las partes en la controversia. La persona así designada constituirá una comisión unipersonal.

6. La comisión aprobará su informe por mayoría, a menos que sea una comisión unipersonal, y lo presentará a las partes en la controversia, exponiendo en él sus conclusiones y sus recomendaciones, que las partes en la controversia considerarán de buena fe.

Comentario

1) El artículo 19 establece una norma básica para el arreglo de controversias acerca de la interpretación o aplicación del régimen de prevención enunciado en los presentes artículos. La norma tiene carácter subsidiario y se aplica cuando los Estados interesados no tienen ningún acuerdo aplicable al arreglo de dichas controversias.

2) Se parte de la base de que la aplicación de este artículo tendrá lugar únicamente después de que los Estados interesados hayan agotado todos los medios de persuasión a su alcance, mediante consultas y negociaciones apropiadas. Éstas pueden tener lugar como resultado de las obligaciones impuestas por los presentes artículos o en el curso normal de las relaciones entre los Estados.

3) En caso de que no se llegue a ningún acuerdo mediante las consultas y negociaciones, se insta a los Estados interesados a que continúen desplegando esfuerzos para resolver su controversia mediante los demás medios pacíficos que elijan libremente de mutuo acuerdo, incluidos la mediación, los buenos oficios, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial. Se trata de los medios de arreglo pacífico de controversias que los Estados pueden elegir de común acuerdo, enunciados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, en el segundo párrafo de la sección pertinente de la Declaración sobre

las relaciones de amistad[1016] y en el párrafo 5 de la sección I de la Declaración de Manila[1017] [1018].

4) Si los Estados interesados no pueden llegar a un acuerdo sobre alguno de los medios de arreglo pacífico de controversias en un plazo de seis meses, el párrafo 2 del artículo 19 obliga a los Estados, a petición de uno de ellos, a recurrir al establecimiento de una comisión imparcial de determinación de los hechos. En los párrafos 3, 4 y 5 del artículo se estructura el procedimiento vinculante aplicable al nombramiento de la comisión de determinación de los hechos[1019]. Ese procedimiento obligatorio es útil y necesario para ayudar a los Estados a solucionar sus controversias rápidamente sobre la base de la determinación y la evaluación objetivas de los hechos. La falta de una apreciación adecuada de los hechos constituye a menudo el origen de las diferencias o controversias entre los Estados.

5) El recurso a una comisión imparcial de determinación de los hechos es un método bien conocido, incorporado en varios tratados bilaterales y multilaterales, incluidos el Pacto de la Sociedad de las Naciones, la Carta de las Naciones Unidas y los instrumentos constitutivos de algunos organismos especializados y otras organizaciones internacionales del sistema de las Naciones Unidas. Las posibilidades que este método ofrece para contribuir a la solución de controversias internacionales han sido reconocidas en la resolución 1967 (XVIII) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1963, titulada

---

[1016] Declaración sobre los principios de derecho internacional relativos 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, anexo.

[1017] Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo.

[1018] Se hallarán un análisis de los distintos medios de arreglo pacífico de controversias y referencias a los instrumentos internacionales pertinentes en *Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.92.V.7).

[1019] Véase el artículo 33 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la Navegación (nota 919 *supra*).

"Cuestión de los métodos de determinación de los hechos" y en la Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, aprobada por la Asamblea General en su resolución 46/58 (anexo), de 9 de diciembre de 1991.

6) En virtud del mandato de investigar los hechos y aclarar las cuestiones objeto de controversia, dichas comisiones suelen tener competencia para organizar audiencias con las partes, efectuar el examen de testigos y visitas sobre el terreno.

7) El informe de la comisión debe, en general, constatar o aclarar "hechos". En la medida en que esto no presupone estimación o evaluación algunas, por lo general una vez determinados los hechos ya no cabe disputarlos. Los Estados interesados todavía pueden dar el peso que estimen adecuado a esos "hechos" a efectos de llegar a una solución de la controversia. Sin embargo, el artículo 19 exige que los Estados interesados, como mínimo, consideren de buena fe el informe de la comisión de determinación de los hechos[1020].

[1020] Los criterios de buena fe se exponen en el comentario al artículo 9.

## Capítulo VI

# LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

## A. Introducción

99. La Asamblea General, por su resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993, hizo suya la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir en su programa de trabajo el tema titulado "El derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados".

100. En su 46° período de sesiones, celebrado en 1994, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Alain Pellet[1021].

101. En su 47° período de sesiones, celebrado en 1995, la Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial[1022].

102. Al concluir ese examen, el Relator Especial resumió las conclusiones a que había llegado a la luz de los debates de la Comisión sobre el tema, y que se referían: al título del tema, que debía modificarse para que dijera "Las reservas a los tratados"; a la forma que debían tomar los resultados del estudio, que sería la de una guía de la práctica en materia de reservas; a la manera flexible en que debían realizarse los trabajos de la Comisión sobre el tema; y al consenso de la Comisión en el sentido de que no debían modificarse las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986[1023]. Esas conclusiones constituían, a juicio de la Comisión, el resultado del estudio preliminar solicitado por la Asamblea General en sus resoluciones 48/31, de 9 de diciembre de 1993, y 49/51, de 9 de diciembre de 1994. Por lo que respecta a la Guía de la práctica, se le daría la forma de un proyecto de directrices, con sus comentarios, que servirían de orientación para la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales; estas directrices, de ser necesario, irían acompañadas de cláusulas tipo.

103. En 1995, la Comisión, de conformidad con su práctica anterior[1024], autorizó al Relator Especial a preparar un cuestionario detallado en relación con las reservas a los tratados para conocer la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, en particular las depositarias de convenciones multilaterales, y los problemas con que tropezaban. Ese cuestionario se envió a sus destinatarios por conducto de la Secretaría. En su resolución 50/45, de 11 de diciembre de 1995, la Asamblea General tomó nota de las

---

[1021] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/49/10), párr. 382.

[1022] A/CN.4/470 y Corr.1.

[1023] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/50/10), párr. 491.

[1024] Véase *Anuario..., 1993*, vol. II (segunda parte), párr. 286.

conclusiones de la Comisión y la invitó a continuar su labor en la forma indicada en el informe, e invitó también a los Estados a contestar el cuestionario[1025].

104. En su 48° período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial sobre el tema[1026]. El Relator Especial había unido a su informe un proyecto de resolución de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, destinado a la Asamblea General, con el fin de puntualizar y aclarar los datos jurídicos sobre esa cuestión[1027]. Sin embargo, por falta de tiempo, la Comisión no pudo examinar el informe ni el proyecto de resolución, aunque algunos miembros pudieron expresar sus opiniones sobre el informe. Por consiguiente, la Comisión decidió aplazar el debate sobre el tema hasta el año siguiente.

105. En su 49° período de sesiones, la Comisión tuvo nuevamente a su disposición el segundo informe del Relator Especial sobre el tema.

106. Al concluir el debate, la Comisión aprobó unas conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos[1028].

107. La Asamblea General tomó nota en su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, de las conclusiones preliminares de la Comisión, así como de la invitación cursada a todos los órganos establecidos en virtud de tratados multilaterales de carácter normativo que desearan hacerlo a que presentaran observaciones por escrito sobre esas conclusiones, y al mismo tiempo recordó a los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión de Derecho Internacional contar con las opiniones de los gobiernos acerca de las conclusiones preliminares.

108. En su 50° período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial sobre el tema[1029], que versaba principalmente sobre la definición de las reservas a los tratados y las declaraciones interpretativas de tratados. En ese mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente seis proyectos de directriz[1030].

---

[1025] Al 27 de julio de 2000, 33 Estados y 24 organizaciones internacionales habían respondido al cuestionario.

[1026] A/CN.4/477 y Add.1.

[1027] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/51/10), párr. 137.

[1028] Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/52/10), párr. 157.

[1029] A/CN.4/491 y Corr.1 (en inglés solamente), A/CN.4/491/Add.1, Add.2 y Add.2/Corr.1, Add.3 y Corr.1 (en chino, francés y ruso solamente), Add.4 y Add.4/Corr.1, Add.5 y Add.6 y Corr.1.

[1030] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/53/10), párr. 540.

109. En el 51° período de sesiones, la Comisión tuvo nuevamente ante sí la parte del tercer informe del Relator Especial que no había podido examinar en su 50° período de sesiones, así como el cuarto informe sobre el tema[1031]. Además, el informe incluía como anexo la bibliografía revisada sobre las reservas a los tratados que el Relator Especial había presentado originalmente en 1996 junto con su segundo informe[1032]. El cuarto informe trataba también de la definición de las reservas y las declaraciones interpretativas. En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente 17 proyectos de directriz[1033].

110. Además, la Comisión, teniendo en cuenta el examen de las declaraciones interpretativas aprobó una nueva versión del proyecto de directriz 1.1.1 [1.1.4] y del proyecto de directriz sin título ni número (que ha pasado a constituir el proyecto de directriz 1.6 ("Alcance de las definiciones")).

111. En el 52° período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe sobre el tema preparado por el Relator Especial[1034], que versaba sobre las alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas, por una parte, y sobre el procedimiento relativo a las reservas y a las declaraciones interpretativas, en particular su formulación y la cuestión de las reservas y declaraciones interpretativas tardías, por otra. En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente cinco proyectos de directriz[1035]. Además, la Comisión aplazó el examen de la segunda parte del quinto informe del Relator Especial, contenida en los documentos A/CN.4/508/Add.3 y Add.4, hasta el período de sesiones siguiente.

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

#### 1. Segunda parte del quinto informe

112. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí en primer lugar la segunda parte del quinto informe (A/CN.4/508/Add.3 y Add.4), que versaba sobre las cuestiones de procedimiento relativas a las reservas y a las declaraciones interpretativas. La Comisión examinó dicho informe en sus sesiones 2677ª, 2678ª y 2679ª, celebradas los días 18, 22 y 23 de mayo de 2001.

113. En su 2679ª sesión, el 23 de mayo, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 2.2.1 ("Formulación de reservas en el momento de la firma y confirmación

---

[1031] A/CN.4/499.

[1032] A/CN.4/478/Rev.1.

[1033] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/54/10), párr. 470.

[1034] A/CN.4/508/Add.1 a 4.

[1035] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/55/10), párr. 663.

formal"), 2.2.2 ("Formulación de reservas durante la negociación o en el momento de la adopción o la autenticación del texto del tratado y confirmación formal"), 2.2.3 ("No confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma [de un acuerdo en forma simplificada] [de un tratado que entre en vigor por el solo hecho de su firma]"), 2.2.4 ("Reservas en el momento de la firma previstas expresamente en el tratado"), 2.3.1 ("Formulación tardía de una reserva"), 2.3.2 ("Aceptación de la formulación tardía de una reserva"), 2.3.3 ("Objeción a la formulación tardía de una reserva"), 2.3.4 ("Exclusión o modificación tardía de los efectos jurídicos de un tratado por procedimientos distintos de las reservas"), 2.4.3 ("Momentos en que se puede formular una declaración interpretativa"), 2.4.4 ("Formulación de declaraciones interpretativas condicionales durante la negociación o en el momento de la adopción o la autenticación del texto de un tratado o en el de la firma del tratado y confirmación formal"), 2.4.5 ("No confirmación de las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma [de un acuerdo en forma simplificada] [de un tratado que entre en vigor por el solo hecho de su firma]"), 2.4.6 ("Declaraciones interpretativas en el momento de la firma expresamente previstas en el tratado"), 2.4.7 ("Declaraciones interpretativas tardías") y 2.4.8 ("Declaraciones interpretativas condicionales formuladas tardíamente").

114. En su 2694ª sesión, celebrada el 24 de julio de 2001, la Comisión examinó y aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 2.2.1 ("Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado"), 2.2.2 [2.2.3][1036] ("Inexigibilidad de la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado"), 2.2.3 [2.2.4] ("Reservas formuladas en el momento de la firma expresamente autorizadas por el tratado"), 2.3.1 ("Formulación tardía de una reserva"), 2.3.2 ("Aceptación de la formulación tardía de una reserva"), 2.3.3 ("Objeción a la formulación tardía de una reserva"), 2.3.4 ("Exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas"), 2.4.4 [2.4.5] ("Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma del tratado"), 2.4.5 [2.4.4] ("Confirmación formal de las declaraciones interpretativas condicionales formuladas en el momento de la firma del tratado"), 2.4.6 [2.4.7] ("Formulación tardía de una declaración interpretativa"), 2.4.7 [2.4.8] ("Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional").

115. En la sección C figura el texto de esos proyectos de directriz y de los comentarios correspondientes.

2. Sexto informe

116. La Comisión tuvo también ante sí el sexto informe del Relator Especial sobre esta cuestión (A/CN.4/518 y Add.1 a 3), que se refería a las modalidades de formulación de las reservas y de las declaraciones interpretativas (en particular su forma y notificación) así como a la publicidad

[1036] Los números entre corchetes corresponden a la numeración original de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial.

de las reservas y de las declaraciones interpretativas (su comunicación, sus destinatarios y las obligaciones del depositario).

117. La Comisión examinó el informe en sus 2689ª a 2693ª sesiones, los días 13, 17, 18, 19 y 20 de julio de 2001.

a) Presentación por el Relator Especial de su sexto informe

118. El Relator Especial indicó en primer lugar que la parte incluida en el documento A/CN.4/518 contenía una reseña de las últimas novedades ocurridas desde el quinto informe, en particular las concernientes a esta cuestión en la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. Las adiciones 1 y 2 de su informe se centraban en los problemas, muy complicados, de la formulación de las reservas. (La de su aceptación o de las objeciones que pueden oponerse a ellas constituirían el tema de su próximo informe.) La adición 3 contenía el texto refundido de todos los proyectos de directriz contenidos en su quinto y sexto informes, pese a que los del quinto informe se habían remitido ya al Comité de Redacción, pues dicho informe no había podido ser examinado en 2000.

119. El Relator Especial comenzó por la presentación de los proyectos de directriz 2.1.1 a 2.1.4, 2.4.1 y 2.4.2 (incluidos los dos proyectos "bis", 2.1.3 *bis* y 2.4.1 *bis*, así como las dos versiones del proyecto de directriz 2.1.3).

120. El proyecto de directriz 2.1.1 (Forma escrita)[1037], que se refiere a la forma escrita de las reservas, recoge fundamentalmente el texto de la primera frase del primer párrafo del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre el Derecho de los Tratados. Como la Guía de la práctica debería ser enteramente autónoma, parece oportuno reproducir literalmente en ella las disposiciones de las Convenciones de Viena relativas a las reservas. El Relator Especial recordó que, según indicaban los trabajos preparatorios, había un acuerdo casi unánime sobre la forma escrita de las reservas. Incluso si en teoría cabría concebir "reservas verbales", su confirmación en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse se haría necesariamente por escrito, como preveía el proyecto de directriz 2.1.2 (Forma de la confirmación formal)[1038].

---

[1037] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.1.1. Forma escrita

Una reserva deberá ser formulada por escrito.

A/CN.4/518/Add.1, párr. 49.

[1038] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.1.2. Forma de la confirmación formal

121. Quedaba por saber si esas normas podían aplicarse a las declaraciones interpretativas. La práctica, ni fácilmente accesible ni bien establecida, apenas es reveladora a este respecto. Pero probablemente debe hacerse, también aquí, una distinción entre declaraciones interpretativas "simples" y declaraciones condicionales, las primeras de las cuales no requieren ninguna forma especial (proyecto de directriz 2.4.1: Formulación de las declaraciones interpretativas)[1039].

122. Por el contrario, en lo que respecta a las declaraciones interpretativas condicionales, la interpretación que el Estado declarante pretende oponer a las demás partes debe ser conocida por éstas si se proponen reaccionar, exactamente como en el caso de las reservas. Parece, pues, lógico que se siga la misma norma (proyecto de directriz 2.4.2: Formulación de las declaraciones interpretativas condicionales)[1040].

---

Cuando sea necesaria la confirmación formal de una reserva, deberá hacerse por escrito.

A/CN.4/518/Add.1, párr. 49.

[1039] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.4.1. Formulación de declaraciones interpretativas

Una declaración interpretativa deberá ser formulada por una persona competente para representar a un Estado o a una organización internacional a los efectos de la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar el consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tratado.

A/CN.4/518/Add.1, párr. 90.

[1040] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.4.2. Formulación de declaraciones interpretativas condicionales

Una declaración interpretativa condicional deberá ser formulada por escrito.

La confirmación formal de una declaración interpretativa condicional, cuando sea necesaria, deberá hacerse de la misa manera.

Una declaración interpretativa condicional deberá ser comunicada por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado. Una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o por el que se cree un órgano deliberante facultado para aceptar una reserva deberá ser comunicada además a esa organización o a ese órgano.

A/CN.4/518/Add.1, párr. 87.

123. A este respecto, el Relator Especial precisó que, al igual que otros miembros de la Comisión, había llegado a preguntarse si era realmente necesario dedicar proyectos de directriz separados a las declaraciones interpretativas condicionales siendo así que éstas parecían deber seguir el mismo régimen jurídico que las reservas. Consideró, no obstante, que era preferible esperar al examen de los efectos de las reservas y de las declaraciones interpretativas condicionales para que la Comisión se pronunciase sobre la eventual oportunidad de mantener las directrices relativas a estas últimas. Si resultase que los efectos de unas y de otras eran idénticos, se podría suprimir todas las directrices relativas a las declaraciones interpretativas condicionales, a excepción de una sola, de carácter general, que estipulase que las directrices relativas a las reservas se aplicaban *mutadis mutandis* a las declaraciones interpretativas condicionales.

124. En lo concerniente al proyecto de directriz 2.1.3 (Competencia para formular una reserva en el plano internacional)[1041], el Relator Especial recordó que Sir Humphrey Waldock había

---

[1041] El proyecto de directriz tiene dos versiones, que son las siguientes:

2.1.3. Competencia para formular una reserva en el plano internacional

Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en el marco de las organizaciones internacionales depositarias de tratados, toda persona competente para representar a un Estado o a una organización internacional a los efectos de la adopción o autenticación del texto de un tratado o de la manifestación del consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tratado tendrá competencia para formular una reserva en nombre de ese Estado o de esa organización internacional.

A/CN.4/518/Add.1, párr. 69.

2.1.3. Competencia para formular una reserva en el plano internacional

1. Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en el marco de las organizaciones internacionales depositarias de tratados, una persona tendrá competencia para formular una reserva en nombre de un Estado o de una organización internacional:

a) Si esa persona presenta los adecuados plenos poderes a los efectos de la adopción o autenticación del texto del tratado respecto del cual se formula la reserva o se manifiesta el consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por ese tratado; o

b) Si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de esos Estados y esas organizaciones internacionales ha sido considerar a esa persona competente para esos efectos sin tener que presentar plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, tendrán competencia para formular una reserva en el plano internacional en nombre de un Estado:

sugerido en 1962 que se especificase el tipo de instrumento en que se consignaban las reservas, así como las personas u órganos competentes para formular reservas. A su juicio, la tentativa de Sir Humphrey Waldock era un poco tautológica y repetitiva. Por el contrario, parecía necesario precisar cuáles eran las autoridades competentes para formular una reserva en el plano internacional. A tal efecto, la Comisión podría guiarse por las disposiciones de las Convenciones de Viena relativas a las autoridades o personas que se consideran representantes de un Estado o de una organización internacional para manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado (artículo 7 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986). La práctica, tanto del Secretario General de las Naciones Unidas como de otros depositarios (Consejo de Europa, Organización de los Estados Americanos), confirma, también, que son en efecto las normas enunciadas en esas disposiciones las que se siguen, *mutatis mutandis*, en lo que respecta a la competencia para formular reservas en el plano internacional. El Relator Especial se preguntó si no había que hacer más flexible la norma del artículo 7, añadiendo a las tres autoridades clásicas otras categorías como, por ejemplo, el representante permanente ante una organización internacional depositaria. Finalmente, optó por una solución "híbrida", añadiendo "sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en el marco de las organizaciones internacionales depositarias de tratados" para no poner en tela de juicio las prácticas existentes. Sin embargo, una y otra solución tenían ventajas e inconvenientes, y sería muy útil la opinión de la Comisión a este respecto.

125. El Relator Especial pidió también la opinión de la Comisión acerca de cuál de las dos versiones del proyecto de directriz 2.1.3 era preferible, la más extensa (que repetía las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena) o la más corta, que era más "elíptica".

126. Pasando a otro problema, el Relator Especial evocó el proceso de la formulación de reservas (y de declaraciones interpretativas) en el plano interno. Se preguntó si la Guía de la práctica debería incluir directrices sobre las múltiples y diversas prácticas internas o indicar simplemente que todo ello incumbía al derecho interno. Al haber optado por esta última solución, había propuesto dos proyectos de directriz 2.1.3 *bis* (Competencia para formular una

---

a) Los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores;

b) Los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en el marco de esa conferencia;

c) Los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en el marco de esa organización o de ese órgano;

[d) Los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la formulación de una reserva a un tratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización.]

A/CN.4/518/Add.1, párr. 70.

reserva en el plano interno)[1042] y 2.4.1 *bis* (Competencia para formular una declaración interpretativa en el plano interno)[1043], sin estar seguro de si eran verdaderamente necesarios, y esperaba con interés la opinión a este respecto de la Comisión.

127. Al analizar el proyecto de directriz 2.1.4 (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas)[1044], el Relator Especial se preguntó si convenía hacer extensivo el artículo 46 de las Convenciones de Viena - pragmático y equilibrado- relativo a las "ratificaciones imperfectas" a las reservas y

---

[1042] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.1.3 *bis*. Competencia para formular una reserva en el plano interno

La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse para formular una reserva en el plano interno dependerá del derecho interno de cada Estado u organización internacional.

A/CN.4/518/Add.1, párr. 77.

[1043] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.4.1 *bis*. Competencia para formular una declaración interpretativa en el plano interno

La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse para formular una declaración interpretativa en el plano interno dependerá del derecho interno de cada Estado u organización internacional.

El hecho de que una declaración interpretativa haya sido formulada en violación de una disposición de derecho interno de un Estado o de las normas de una organización internacional concernientes a la competencia y al procedimiento de formulación de declaraciones interpretativas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa declaración.

A/CN.4/518/Add.1, párr. 95.

[1044] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.1.4. Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas

El hecho de que una reserva haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las normas de una organización internacional concernientes a la competencia y al procedimiento de formulación de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa reserva.

A/CN.4/518/Add.1, párr. 82.

declaraciones interpretativas. Había llegado a la conclusión de que esto no era necesario por razones prácticas (sería muy difícil, si no imposible, demostrar una violación evidente del derecho interno en materia de reservas) o técnicas (el procedimiento interno relativo a las reservas era con frecuencia empírico y difícilmente accesible); pero, también a este respecto, la opinión de la Comisión le sería muy útil. El proyecto de directriz 2.1.4 y el segundo párrafo del proyecto de directriz 2.4.1 *bis*, en lo que respecta a las declaraciones interpretativas, se basan en esta posición.

128. El Relator Especial presentó seguidamente los proyectos de directriz 2.1.5 a 2.1.8 relativos a los procedimientos de comunicación y de publicidad de las reservas y 2.4.2 (tercer párrafo) y 2.4.9 (segundo párrafo) relativos a las declaraciones interpretativas.

129. Los seis proyectos de directriz se inspiraban en una preocupación única, a saber, garantizar que los socios del Estado o de la organización internacional autor de la reserva conocieran ésta de manera que pudieran reaccionar en tiempo útil. La disposición pertinente de las Convenciones de Viena, el párrafo 1 del artículo 23, se refería a los "Estados contratantes y las organizaciones internacionales contratantes" o a los Estados y organizaciones "facultados para llegar a ser partes en el tratado". Si la primera categoría estaba bien definida, la determinación de la segunda podía resultar muy delicada en algunos casos, como demostrase, por otra parte, la práctica de algunos depositarios. Sin embargo, el Relator Especial no había creído oportuno precisarla más, salvo opinión en contrario de la Comisión, pues esta cuestión concernía al derecho de los tratados en general y no al más especial de las reservas.

130. La directriz 2.1.5 (Comunicación de las reservas)[1045] se inspiraba, pues, en el párrafo 1 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1986. Pero lo completaba refiriéndose también a las reservas hechas a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales y basándose ampliamente en la práctica corriente. Por otra parte, la expresión "órgano deliberante" abarcaba los casos de organizaciones internacionales híbridas o dudosas que establecían, sin embargo, esos órganos. Al Relator Especial le sería muy útil la opinión de la Comisión sobre esta cuestión, así como sobre si la reserva debía comunicarse tanto a la propia organización como a los Estados miembros o a los Estados facultados para llegar a ser partes en ese instrumento

---

[1045] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

> 2.1.5. Comunicación de las reservas
>
> Una reserva deberá ser comunicada por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en un tratado.
>
> Una reserva a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o por el que se cree un órgano deliberante facultado para aceptar una reserva deberá ser comunicada además a esa organización o a ese órgano.

A/CN.4/518/Add.1, párr. 113.

constitutivo. Por lo demás, el Relator Especial no pensaba que fuera oportuno exigir que las reservas se comunicaran específicamente a los jefes de secretaría de las organizaciones internacionales y se preguntaba si debían comunicarse a las comisiones preparatorias establecidas antes de la entrada en vigor de un instrumento constitutivo de una organización internacional.

131. Parecía posible aplicar las mismas reglas a las declaraciones interpretativas condicionales, según lo dispuesto en el tercer párrafo del proyecto de directriz 2.4.2 (Formulación de declaraciones interpretativas condicionales)[1046]. Por el contrario, las declaraciones interpretativas simples se caracterizaban por la falta de todo formalismo.

132. El elemento central de los proyectos de directriz 2.1.6 (Procedimiento de comunicación de las reservas)[1047] y 2.1.7 (Funciones de los depositarios)[1048] era la función del depositario.

---

[1046] Véase la nota 1040 *supra*.

[1047] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.1.6. Procedimiento de comunicación de las reservas

Salvo que el tratado disponga o los Estados contratantes y las organizaciones contratantes convengan otra cosa, la comunicación relativa a una reserva a un tratado deberá ser transmitida:

i) Si no hay depositario, directamente por el autor de la reserva a los Estados contratantes y las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes; o

ii) Si hay depositario, a éste, que la comunicará lo antes posible a los Estados y organizaciones a que esté destinada.

La comunicación relativa a una reserva a un tratado que se efectúe por correo electrónico, deberá ser confirmada mediante correo postal [o mediante telefax].

A/CN.4/518/Add.2, párr. 153.

[1048] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.1.7. Funciones de los depositarios

El depositario examinará si una reserva a un tratado formulada por un Estado o una organización internacional está en debida forma.

De surgir alguna discrepancia entre un Estado o una organización internacional y el depositario acerca del desempeño de las funciones de éste, el depositario señalará la cuestión a la atención:

El primero se refiere al procedimiento de comunicación de las reservas que debe confirmarse por escrito si se hace por otro medio, mientras que el segundo examina la función del depositario en materia de reservas. A este respecto, el Relator Especial recordó la evolución de la función del depositario y la función en gran parte pasiva de éste según las Convenciones de Viena.
En consecuencia, se reproduce casi íntegramente lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 78 de la Convención de Viena de 1969, recogido en el párrafo 2 del artículo 79 de la Convención de Viena de 1986. En cuanto al proyecto de directriz 2.1.8 (Fecha en que surten efecto las comunicaciones relativas a las reservas)[1049], se refiere a la cuestión de la fecha en que surten efecto las comunicaciones relativas a las reservas. Convendría hacer aplicables estas normas (2.1.6, 2.1.7 y 2.1.8) a las declaraciones interpretativas condicionales mediante la inclusión de un tercer párrafo en tal sentido en el proyecto de directriz 2.4.9 (Comunicación de las declaraciones interpretativas condicionales)[1050] que trata de la comunicación de las declaraciones interpretativas condicionales.

---

a) De los Estados y las organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes; o

b) Si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada.

A/CN.4/518/Add.2, párr. 169.

[1049] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.1.8. Fecha en que surten efecto las comunicaciones relativas a las reservas

Una comunicación relativa a una reserva sólo se entenderá que ha quedado hecha por el autor de la reserva cuando haya sido recibida por el Estado o la organización a que fue transmitida.

A/CN.4/518/Add.2, párr. 155.

[1050] El proyecto de directriz dice lo siguiente:

2.4.9. Comunicación de las declaraciones interpretativas condicionales

Una declaración interpretativa condicional deberá ser comunicada por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado en las mismas condiciones que una reserva.

Una declaración interpretativa condicional de un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o por el que se cree un órgano deliberante facultado para aceptar una reserva deberá ser comunicada además a esa organización o a ese órgano.

A/CN.4/518/Add.2, párr. 173.

133. Al terminar su exposición, el Relator Especial hizo votos por que todos los proyectos de directriz se remitiesen al Comité de Redacción.

b) Resumen del debate

134. Por lo que respecta a los proyectos de directriz 2.1.1, 2.1.2, 2.4.1 y 2.4.2, los miembros que hicieron uso de la palabra se mostraron de acuerdo en considerar que la forma escrita de las reservas y de las declaraciones interpretativas condicionales garantizaba la estabilidad y la seguridad de las relaciones contractuales.

135. En cuanto al proyecto de directriz 2.1.3, varios miembros expresaron su preferencia por la versión más extensa, movidos por razones prácticas de facilitar su utilización y para tener en cuenta todas las posibilidades previstas en la Convención de Viena, aunque otros hubieran preferido una redacción más simplificada. En opinión de algunos miembros, debía suprimirse la referencia a los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional (apartado d) del segundo párrafo del proyecto de directriz 2.1.3).

136. Se expresó la opinión de que la palabra "competencia", utilizada en el título del proyecto de directriz 2.1.3, podía dar lugar a confusión, ya que el texto en sí estaba calcado del artículo 7 de la Convención de Viena relativo a los "plenos poderes". Habría que establecer una distinción entre la competencia para formular una reserva (objeto del artículo 46 de la Convención de Viena) y su "expresión" en el plano internacional. Según un punto de vista, la competencia para formular reservas debería incumbir a los órganos facultados para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado.

137. En cuanto a la cuestión de los "órganos deliberantes", mencionados en el proyecto de directriz 2.1.5, algunos miembros consideraron que esta expresión era apropiada (sobre todo habida cuenta de los desacuerdos sobre la calidad o no de organizaciones internacionales de ciertas entidades), mientras que otros preferían expresiones como "órganos creados por tratados", "órganos convencionales", "órganos competentes" o, simplemente, el término "órganos".

138. Según una opinión, el proyecto de directriz 2.4.1 parecía demasiado restrictiva, ya que, en la práctica, una gran variedad de representantes de los Estados hacían declaraciones interpretativas. Por otra parte, incluso las declaraciones interpretativas simples debían formularse por escrito, e incumbía a los depositarios transmitirlas a los Estados y organizaciones internacionales interesados del mismo modo que las reservas.

139. Según otra opinión, la cuestión del procedimiento no podía disociarse fácilmente de las cuestiones de validez o de licitud.

140. En cuanto al proyecto de directriz 2.1.4, se expresó la opinión de que podía haber casos en que la violación de las normas internas de formulación de reservas podría tener consecuencias para el propio consentimiento del Estado en obligarse. Este aspecto debía examinarse más a fondo, en comparación con el párrafo 1 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969.

141. La cuestión de la comunicación de las reservas y de las declaraciones interpretativas condicionales (proyectos de directriz 2.1.5 y 2.4.9) correspondía a la esfera de una problemática relacionada con la definición de los Estados y organizaciones internacionales facultados (o con "vocación", según un miembro) para llegar a ser partes en el tratado. En cualquier caso, todos esos Estados y organizaciones tenían derecho a ser informados de las reservas hechas por otros Estados. En opinión de varios miembros, no sería oportuno tratar de definir la expresión "Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado", expresión bastante general que podría abarcar a quienes hubieran participado en las negociaciones y que correspondía más bien a la esfera del derecho de los tratados en su conjunto que a la de las reservas.

142. Algunos miembros compartieron asimismo la opinión del Relator Especial de que las reservas al instrumento constitutivo de organizaciones internacionales también debían ser comunicadas a los Estados y organizaciones contratantes. Tenían, sin embargo, más dudas en lo referente a las comisiones preparatorias, que podían carecer de toda competencia en materia de reservas.

143. Se subrayó igualmente que a menudo era muy difícil determinar si una organización internacional tenía la capacidad para celebrar tratados, como lo mostraba el ejemplo complejo de la Unión Europea.

144. En opinión de varios miembros, las comunicaciones por correo electrónico debían ser confirmadas por otro medio, en particular por correo postal, lo que era normalmente conforme a la práctica actual de los depositarios. Sin embargo, según un parecer, convenía prohibir la utilización del correo electrónico para ello.

145. Varios miembros expresaron dudas sobre la oportunidad de mantener los proyectos de directriz 2.1.3 *bis* y 2.1.4 *bis*. No obstante, algunos preguntaron si no había que establecer un vínculo entre la competencia interna y la competencia internacional.

146. En cuanto al proyecto de directriz 2.1.7, aunque partía del supuesto de que el papel del depositario era puramente mecánico cabía, según algunos miembros, incluir la posibilidad de que el depositario rechazara un instrumento que contuviera una reserva prohibida de conformidad con los apartados a) y b) del artículo 19 de la Convención de Viena. Sin embargo, había que ser muy prudente a este respecto. En ese caso y si hubiera una divergencia de opinión entre el depositario y el Estado autor de la reserva, podría transponerse a este proyecto de directriz la disposición del párrafo 2 del artículo 77 de la Convención de Viena.

147. Se planteó también la cuestión de la comunicación de las declaraciones interpretativas simples. En efecto, si el depositario recibía una declaración de esta índole del Estado declarante, tendría que comunicarla a los demás Estados, los cuales podrían determinar así la verdadera naturaleza de esa declaración. Con respecto a esos dos proyectos de directriz, la práctica de los depositarios en la Organización de los Estados Americanos, tal como fue expuesta por un miembro, aportaba precisiones útiles.

148. Se expresó la opinión de que el proyecto de directriz 2.1.8, estaba en contradicción con el apartado b) del artículo 78 de la Convención de Viena de 1969, que dispone que debe tenerse en cuenta la fecha de recepción por el depositario. Por el contrario, el período durante el cual un Estado puede hacer objeciones a una reserva viene determinado a partir de la fecha de notificación a los demás Estados (párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena).

149. Varios miembros se declararon de acuerdo con el Relator Especial en que la Comisión debía esperar a haber estudiado los efectos de las reservas y de las declaraciones interpretativas condicionales para decidir si eran necesarias directrices especiales acerca de estas últimas. Otros recordaron con insistencia su oposición a que el proyecto se ocupase separadamente de las declaraciones interpretativas condicionales.

150. Recapitulando el debate, el Relator Especial subrayó de nuevo el carácter pedagógico y "utilitario" de la Guía de la práctica. Por ello había incluido proyectos de directriz como el 2.1.1, el 2.1.3 *bis* o el 2.4.1 *bis*, que parecían no necesitar explicaciones o ser evidentes. Movido por este mismo espíritu, prefería repetir en los proyectos de directriz disposiciones de las Convenciones de Viena en lugar de remitirse a ellas. Ciertamente, esta transposición no debía ser selectiva, como parecían desear algunos miembros. Por otra parte, la idea de que la violación de las normas internas para la formulación de reservas pudiera tener consecuencias para el consentimiento del Estado (o la organización internacional) en obligarse le parecía interesante, aunque estaba convencido de que era prácticamente imposible transponer a la formulación de reservas la noción de una violación evidente y formal.

151. Habría comprobado, además, que no había una respuesta clara a la cuestión de si era necesario aclarar la expresión "Estado u organización internacional facultados para llegar a ser partes en el tratado", cuestión tanto más complicada cuanto que había organizaciones que tenían competencias exclusivas o concurrentes con los Estados miembros. Era preferible, por consiguiente, no intentar reescribir todo el derecho de los tratados.

152. Por otra parte, el Relator Especial manifestó su escepticismo en cuanto a la expresión "órgano competente" propuesta para el proyecto de directriz 2.1.5, dado que no era fácil de defifnir. En cuanto a la cuestión de si el depositario debía comunicar las reservas a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales no sólo a la organización en sí, sino también a todos los Estados interesados, le parecía que los debates habían mostrado que convenía responder afirmativamente.

153. También era partidario de la idea que se había expresado de reflejar la práctica depositaria actual, consistente en la negativa del depositario a aceptar una reserva prohibida por el tratado mismo.

154. Por el contrario, era más escéptico en cuanto a la comunicación, en cualquier momento, de las declaraciones interpretativas simples. Con respecto al conjunto de proyectos de directriz, reiteró también la posición de la Comisión de no apartarse de la letra ni del espíritu de las Convenciones de Viena, sino de completarlas siempre que fuera necesario.

155. En su 2692ª sesión, el 19 de julio de 2001, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 2.1.1 (Forma escrita), 2.1.2 (Forma de la confirmación formal), 2.1.3 (Competencia para formular una reserva en el plano internacional), 2.1.3 *bis* (Competencia para formular una reserva en al plano interno), 2.1.4 (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas), 2.1.5 (Comunicación de las reservas), 2.1.6 (Procedimiento de comunicación de las reservas), 2.1.7 (Funciones de los depositarios), 2.1.8 (Fecha en que surten efecto las comunicaciones relativas a las reservas), 2.4.1 (Formulación de declaraciones interpretativas), 2.4.1 *bis* (Competencia para formular una declaración interpretativa en el plano interno), 2.4.2 (Formulación de declaraciones interpretativas condicionales) y 2.4.9 (Comunicación de las declaraciones interpretativas condicionales).

### C. Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión

#### 1. Texto de los proyectos de directriz

156. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión.

## RESERVAS A LOS TRATADOS

### Guía de la práctica

#### 1. Definiciones

#### 1.1. Definición de reservas[1051]

Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar oficialmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización.

---

[1051] Véase el comentario a este proyecto de directriz en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/53/10), págs. 206 a 209.

1.1.1. [1.1.4][1052] Objeto de las reservas[1053]

Una reserva tiene por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al Estado o a la organización internacional que formula la reserva.

1.1.2. Casos en que puede formularse una reserva[1054]

Los casos en que puede formularse una reserva de conformidad con la directriz 1.1 abarcan todos los medios de expresar el consentimiento a quedar obligado por un tratado mencionados en el artículo 11 de las convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y 1986.

1.1.3. [1.1.8] Reservas de alcance territorial[1055]

Una declaración unilateral formulada por un Estado con el objeto excluir la aplicación de un tratado o de algunas de sus disposiciones en un territorio en el que ese tratado sería aplicable en ausencia de tal declaración constituye una reserva.

1.1.4. [1.1.3] Reservas formuladas al notificar alguna aplicación territorial[1056]

Una declaración unilateral formulada por un Estado con el objeto de excluir o modificar el efecto jurídico de algunas disposiciones de un tratado en su aplicación a un territorio respecto del cual el Estado hace una notificación de la aplicación territorial del tratado constituye una reserva.

---

[1052] Los números entre corchetes remiten a la numeración de los informes del Relator Especial.

[1053] Véase el comentario a este proyecto de directriz en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/54/10), págs. 183 a 189.

[1054] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/53/10), págs. 214 a 218.

[1055] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 218 a 221.

[1056] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 221 y 222.

1.1.5. [1.1.6] Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor[1057]

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización internacional expresa su consentimiento en obligarse por un tratado, con el objeto de limitar las obligaciones que el tratado le impone, constituye una reserva.

1.1.6. Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes[1058]

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización expresa su consentimiento en obligarse por un tratado, con el objeto de cumplir una obligación prevista en el tratado de una manera diferente pero equivalente a la impuesta por el tratado, constituye una reserva.

1.1.7. [1.1.1] Formulación conjunta de una reserva[1059]

La formulación conjunta de una reserva por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa reserva.

1.1.8. Reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión[1060]

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional en el momento de expresar su consentimiento en obligarse por un tratado, de conformidad con una cláusula expresa contenida en dicho tratado que autoriza a las Partes o a algunas de ellas a excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a dichas partes, constituye una reserva.

---

[1057] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/54/10), págs. 189 a 193.

[1058] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 193 a 195.

[1059] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/53/10), págs. 222 a 226.

[1060] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/55/10), págs. 202 a 215.

1.2. Definición de las declaraciones interpretativas[1061]

Se entiende por "declaración interpretativa" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones.

1.2.1. [1.2.4] Declaraciones interpretativas condicionales[1062]

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento de la firma, la ratificación, la confirmación formal, la aceptación o la aprobación de un tratado o la adhesión a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión a un tratado, por la cual ese Estado o esa organización internacional condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación específica del tratado o de alguna de sus disposiciones, constituye una declaración interpretativa condicional.

1.2.2. [1.2.1] Declaraciones interpretativas formuladas conjuntamente[1063]

La formulación conjunta por varios Estados u organizaciones internacionales de una declaración interpretativa no afecta el carácter unilateral de esa declaración.

1.3. Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas[1064]

La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa es determinada por el efecto jurídico que aquélla tiene por objeto producir.

1.3.1. Método para distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas[1065]

Para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, corresponde interpretar la declaración de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, a la luz del tratado a que se refiere. Se tendrá debidamente en cuenta la intención del Estado o de la organización internacional de que se trate en el momento en que se formuló la declaración.

---

[1061] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/54/10), págs. 195 a 210.

[1062] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 211 a 219.

[1063] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 219 a 222.

[1064] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 222 y 223.

[1065] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 224 a 229.

1.3.2. [1.2.2] Enunciado y denominación[1066]

El enunciado o la denominación que se den a una declaración unilateral proporcionan un indicio acerca del efecto jurídico perseguido. Esto ocurre, en particular, cuando un Estado o una organización internacional formula varias declaraciones unilaterales a propósito de un mismo tratado y denomina a algunas de ellas reservas y a otras declaraciones interpretativas.

1.3.3. [1.2.3] Formulación de una declaración unilateral cuando una reserva está prohibida[1067]

Cuando un tratado prohíbe las reservas respecto del conjunto de sus disposiciones o de algunas de ellas, se presumirá que una declaración unilateral formulada al respecto por un Estado o por una organización internacional no constituye una reserva, salvo que aquélla tenga por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al autor de esa declaración.

1.4. Declaraciones unilaterales distintas de las reservas y de las declaraciones interpretativas[1068]

Las declaraciones unilaterales formuladas en relación con un tratado que no sean reservas ni declaraciones interpretativas quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.1. [1.1.5] Declaraciones que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales[1069]

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional respecto de un tratado, con el objeto de asumir obligaciones que van más allá de las que le impone el tratado, constituye un compromiso unilateral que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

---

[1066] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 230 a 235.

[1067] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 235 y 236.

[1068] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 237 y 238.

[1069] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 239 a 241.

1.4.2. [1.1.6] Declaraciones unilaterales que tienen por objeto agregar nuevos elementos al tratado[1070]

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional con el objeto de agregar nuevos elementos a un tratado constituye una propuesta de modificación del contenido del tratado que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.3. [1.1.7] Declaraciones de no reconocimiento[1071]

Una declaración unilateral por la que un Estado indica que su participación en un tratado no entraña el reconocimiento de una entidad a la que no reconoce constituye una declaración de no reconocimiento que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica, aun cuando tenga por objeto excluir la aplicación del tratado entre el Estado que hace la declaración y la entidad no reconocida.

1.4.4. [1.2.5] Declaraciones de política general[1072]

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional, por la cual ese Estado o esa organización manifiesta su opinión acerca de un tratado o de la materia objeto del tratado, sin el propósito de producir un efecto jurídico sobre el tratado, constituye una declaración de política general que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.5. [1.2.6] Declaraciones relativas a la aplicación del tratado en el ámbito interno[1073]

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional por la cual ese Estado o esa organización indica la manera en que aplicará un tratado en el ámbito interno, pero que no tiene por objeto afectar como tal sus derechos y obligaciones con respecto a las demás partes contratantes, constituye una declaración informativa que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

---

[1070] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 241 a 243.

[1071] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 243 a 248.

[1072] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 248 a 251.

[1073] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 252 a 256.

1.4.6. [1.4.6, 1.4.7] Declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula facultativa[1074]

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional de conformidad con una cláusula contenida en un tratado que autoriza expresamente a las Partes a aceptar una obligación no impuesta de otro modo por el tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

Una restricción o condición incluida en tal declaración no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.

1.4.7. [1.4.8] Declaraciones unilaterales por las que se opta entre distintas disposiciones de un tratado[1075]

Una declaración unilateral hecha por un Estado o una organización internacional, de conformidad con una cláusula contenida en un tratado que obliga expresamente a las Partes a elegir entre dos o varias disposiciones del tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.5. Declaraciones unilaterales relativas a los tratados bilaterales[1076]

1.5.1. [1.1.9] "Reservas" a los tratados bilaterales[1077]

Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, formulada por un Estado o por una organización internacional después de la rúbrica o firma pero antes de la entrada en vigor de un tratado bilateral, con el objeto de obtener de la otra parte una modificación de las disposiciones del tratado a la cual el Estado o la organización internacional condiciona la expresión de su consentimiento definitivo en obligarse por el tratado, no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.

---

[1074] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/55/10), págs. 215 a 222.

[1075] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 222 a 228.

[1076] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/54/10), págs. 256 y 257.

[1077] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 257 a 267.

1.5.2. [1.2.7] Declaraciones interpretativas de tratados bilaterales[1078]

Los proyectos de directrices 1.2 y 1.2.1 son aplicables a las declaraciones interpretativas formuladas tanto respecto de los tratados multilaterales como de los tratados bilaterales.

1.5.3. [1.2.8] Efecto jurídico de la aceptación de la declaración interpretativa de un tratado bilateral por la otra parte[1079]

La interpretación resultante de una declaración interpretativa de un tratado bilateral hecha por un Estado o por una organización internacional parte en el tratado y aceptada por la otra parte constituye la interpretación auténtica de ese tratado.

1.6. Alcance de las definiciones[1080]

Las definiciones de declaraciones unilaterales incluidas en el presente capítulo de la Guía de la práctica se entienden sin perjuicio de la licitud y de los efectos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables.

1.7. Alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas

1.7.1. [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternativas a las reservas[1081]

A fin de conseguir resultados comparables a los producidos por las reservas, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos alternativos, tales como:

- La inserción en el tratado de cláusulas restrictivas que limiten su ámbito o su aplicación;

- La concertación de un acuerdo, por el cual dos o varios Estados u organizaciones internacionales, en aplicación de una disposición expresa de un tratado, se proponen excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a sus relaciones entre sí.

---

[1078] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 268 a 271.

[1079] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 272 y 273.

[1080] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 273 y 274.

[1081] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/55/10), págs. 230 y 247.

1.7.2. Alternativas a las declaraciones interpretativas[1082]

Para precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos distintos de las declaraciones interpretativas, tales como:

- La inserción en el tratado de disposiciones expresas que tengan por objeto interpretarlo;

- La concertación de acuerdos complementarios con la misma finalidad.

2. Procedimiento

...[1083]

2.2.1. Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado

La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

2.2.2. [2.2.3] Inexigibilidad de la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente cuando un Estado o una organización internacional manifieste mediante esa firma su consentimiento en obligarse por el tratado.

2.2.3. [2.2.4] Reservas formuladas en el momento de la firma expresamente autorizadas por el tratado

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado, cuando el tratado establezca expresamente que un Estado o una organización internacional están facultados para hacer una reserva en ese momento, no tendrá que ser confirmada por el Estado o la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado.

---

[1082] Véase el comentario a este proyecto de directriz en ibíd., págs. 247 y 250.

[1083] La sección 2.2 propuesta por el Relator Especial se refiere a la confirmación de las reservas en el momento de la firma.

[1084]
...

2.3.1. Formulación tardía de una reserva

Salvo que el tratado disponga otra cosa, los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular una reserva a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeción a esa formulación tardía de la reserva.

2.3.2. Aceptación de la formulación tardía de una reserva

Salvo que el tratado disponga otra cosa o que la práctica bien establecida seguida por el depositario sea diferente, se considerará que la formulación tardía de una reserva ha sido aceptada por una parte contratante si ésta no ha hecho ninguna objeción a esa formulación dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva.

2.3.3. Objeción a la formulación tardía de una reserva

Si una parte contratante en un tratado hace objeciones a la formulación tardía de una reserva, el tratado entrará o seguirá en vigor con respecto al Estado o a la organización internacional que haya formulado la reserva sin que ésta surta efecto.

2.3.4. Exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas

Una parte contratante en un tratado no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado mediante:

a) La interpretación de una reserva hecha anteriormente; o

b) Una declaración unilateral hecha ulteriormente en virtud de una cláusula facultativa.

[1085]
...

2.4.3. Momento en que se puede formular una declaración interpretativa

Sin perjuicio de lo dispuesto en las directrices 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] y 2.4.7 [2.4.8], se podrá formular una declaración interpretativa en cualquier momento.

---

[1084] La sección 2.3 propuesta por el Relator Especial se refiere a la formulación de una reserva.

[1085] La sección 2.4 propuesta por el Relator Especial se refiere al procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas.

2.4.4. [2.4.5] Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma de un tratado

Una declaración interpretativa formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente por un Estado o una organización internacional al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado.

2.4.5. [2.4.4] Confirmación formal de las declaraciones interpretativas condicionales formuladas en el momento de la firma de un tratado

La declaración interpretativa condicional que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la declaración interpretativa al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la declaración interpretativa ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

2.4.6. [2.4.7] Formulación tardía de una declaración interpretativa

Cuando un tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse en momentos determinados, los Estados, o las organizaciones internacionales no podrán formular ulteriormente una declaración interpretativa relativa a ese tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeciones a la formulación tardía de esa declaración.

2.4.7. [2.4.8] Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional

Los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado después de haber expresado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeciones a la formulación tardía de esa declaración.

2. Texto de los proyectos de directriz aprobados en el 53° período de sesiones de la Comisión con sus comentarios

157. El texto de los proyectos de directriz aprobados en el 53° período de sesiones de la Comisión con los comentarios se reproduce a continuación.

2.2. Confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma

Los proyectos de directriz 2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3 versan sobre la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado. No obstante, esta norma, enunciada en el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, no es absoluta. Evidentemente no tiene razón de ser cuando el tratado entra en vigor por el solo hecho de su firma, como aclara el proyecto de directriz 2.2.2. Y exigir su observancia cuando el tratado mismo contiene una disposición por la que se prevé expresamente la posibilidad de formular reservas en

el momento de la firma, supondría privar esa cláusula de toda efectividad (véase el proyecto de directriz 2.2.3.).

2.2.1. Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado

La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

Comentario

1) El proyecto de directriz 2.2.1 reproduce literalmente el texto del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1986 sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. Como ha señalado la Comisión en el comentario al proyecto de directriz 1.1[1086], ello está en consonancia con la orientación de la Guía de la práctica de reunir, en un documento único, el conjunto de normas y prácticas recomendadas en materia de reservas.

2) El texto del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de 1986 es idéntico al de la disposición correspondiente de la Convención de 1969, con la única diferencia de que menciona el procedimiento que debe seguirse cuando una organización internacional es parte en un tratado. Por ser más completo, se ha optado por el enunciado de 1986 con preferencia al de 1969.

3) Esta disposición tiene su origen en la propuesta, que hizo Sir Humphrey Waldock en su primer informe sobre el derecho de los tratados, de incluir una disposición (el apartado b) del párrafo 3 del proyecto de artículo 17) inspirada en el principio de que "se presumirá caducada la reserva a menos que se dé alguna indicación de que se mantiene en el instrumento de ratificación"[1087]. El Relator Especial no ocultaba que

---

[1086] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/53/10), pág. 206, párrafo 2 del comentario.

[1087] *Anuario..., 1962*, vol. II, pág. 76.

"[e]videntemente difieren las opiniones que pueden sustentarse en cuanto a cuál sea exactamente la regla sobre este particular, supuesto que haya tal regla"[1088], y mencionaba en particular el apartado d) del artículo 14[1089] del proyecto de Harvard, que establecía la presunción contraria[1090].

4) El principio de la obligación de confirmar una reserva formulada en el momento de la firma se enunció en el párrafo 2 del artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que la Comisión de Derecho Internacional aprobó sin mucho debate en 1962[1091], el cual versaba en general sobre las reservas formuladas antes de la adopción del texto.

5) El comentario de 1962 explica de manera de manera concisa la razón de ser de la regla elegida por la Comisión:

> "Durante las negociaciones se hace a veces una declaración de reservas, la cual se hace constar en acta. A veces esa reserva embrionaria ha sido considerada más tarde como equivalente a una reserva hecha en debida forma. Sin embargo, parece indispensable que el Estado interesado reitere oficialmente su declaración de alguna manera, a fin de expresar claramente su intención de formular alguna reserva."[1092]

6) En segunda lectura, la redacción de las disposiciones del proyecto relativas al procedimiento en materia de reservas fue simplificada considerablemente por instigación

---

[1088] Ibíd.

[1089] Waldock citaba, por error, el apartado d) del artículo 15.

[1090] "If a State has made a reservation when signing a treaty its later ratification will give effect to the reservation in the relations of that State with other States which have become or may becomes parties to the treaty" (Si un Estado ha hecho una reserva en el momento de la firma de un tratado, su posterior ratificación dará efecto a la reserva en las relaciones de ese Estado con otros Estados que se han convertido o puedan convertirse en partes en el tratado); el proyecto de Harvard figura reproducido en *Yearbook..., 1950*, vol. II, págs. 243 y 244.

[1091] Cf. las actas resumidas de las sesiones 651ª a 656ª (25 de mayo a 4 de junio de 1962), *Anuario..., 1962*, vol. I, págs. 150 a 192.

[1092] *Anuario..., 1962*, vol. II, pág. 208.

de algunos gobiernos que consideraban que muchas de esas disposiciones "serían más indicadas para un código de prácticas recomendadas"[1093]. El nuevo proyecto, aprobado a raíz de las propuestas del Relator Especial, Sir Humphrey Waldock[1094], sólo difiere del texto actual del párrafo 2 del artículo 23 por la inclusión de una mención de las reservas formuladas "con ocasión de la adopción del texto"[1095], suprimida en la Conferencia de Viena en condiciones que se han podido calificar de "misteriosas"[1096]. El comentario de esta disposición reproduce casi palabra por palabra el texto de 1962[1097] y añade:

> "El párrafo 2 se refiere a las reservas formuladas en una etapa posterior [después de la negociación]: en el momento de la adopción del texto o en el de la firma de un tratado sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. También en este caso la Comisión consideró indispensable que cuando el Estado se compromete irrevocablemente a quedar obligado, no deje lugar a duda en cuanto a su actitud definitiva con respecto a la reserva. En consecuencia, el párrafo requiere que el Estado confirme la reserva en debida forma si desea mantenerla. Al propio tiempo, dispone que en estos casos se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación, punto importante para la aplicación del párrafo 5 del artículo 17 [20 en el texto de la Convención]."[1098]

7) La norma del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de 1969 ha sido recogida en la disposición correspondiente de la Convención de 1986, sólo con las modificaciones de redacción exigidas por haberse tomado en consideración las organizaciones

---

[1093] Observaciones de Suecia, ibíd., vol. II, pág. 48.

[1094] Ibíd., págs. 55 y 56.

[1095] "La reserva que se formule con ocasión de la adopción del texto en el momento de la firma de un tratado..." (*Anuario..., 1966*, vol. II, pág. 228).

[1096] "In paragraph 2, the phrase "on occasion of the adoption of the text" mysteriously disappeared from the Commission's text, when it was finally approved by the Conference" (En el párrafo 2, la expresión "con ocasión de la adopción del texto" desapareció de manera misteriosa del texto de la Comisión, cuando fue aprobado definitivamente por la Conferencia) (J. M. Ruda, "Reservations to Treaties", *R.C.A.D.I.* 1975-III, vol. 146, pág. 195).

[1097] Véase el párrafo 5 del comentario a esta directriz.

[1098] *Anuario..., 1966*, vol. II, pág. 229. El artículo 20 de la Convención de Viena versa sobre la aceptación de las reservas y la objeción a las reservas.

internacionales[1099], y la introducción del concepto de "confirmación formal" (con los riesgos de confusión entre ese concepto y el de confirmación, formal también, de la reserva, que ello implica en el artículo 23[1100]). La Conferencia de Viena de 1986 adoptó el texto de la CDI[1101] sin introducir ninguna modificación en el texto español[1102].

8) Aunque no quepa ninguna duda de que en el momento de su adopción el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de 1969 correspondía más bien a la esfera del desarrollo progresivo que a la de la codificación *stricto sensu*[1103], cabe considerar que la obligación de confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de los tratados en forma solemne ha pasado a formar parte del derecho positivo. Cristalizada por la Convención de 1969, confirmada en 1986, la norma se observa en la práctica (aunque no sistemáticamente[1104]) y parece responder a una *opinio necessitatis juris* que autoriza a atribuirle un valor consuetudinario[1105].

---

[1099] Véanse los informes cuarto y quinto de Paul Reuter, *Anuario..., 1975*, vol. II, pág. 41, y *Anuario..., 1976*, vol. II (primera parte), pág. 159.

[1100] Véanse los debates a este respecto en la 1434ª sesión, de 6 de junio de 1977, *Anuario..., 1977*, vol. I, págs. 107 a 109. La Comisión es consciente de esos riesgos pero no ha creído necesario modificar una terminología hoy reconocida generalmente.

[1101] *Anuario..., 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 39.

[1102] El Presidente del Comité de Redacción, Sr. Al-Khasawneh, señaló que se había introducido una corrección en el texto inglés (la sustitución del artículo indefinido "por *un* tratado" por el definido "por *el* tratado" -quinta sesión plenaria, 18 de marzo de 1986, *Documentos de la Conferencia*, pág. 15, párr. 63).

[1103] Véase el primer informe de Sir Humphery Waldock, antes citado en la nota 1087, párr. 236. Véase también: D. W. Greig, "Reservations: Equity as a Balancing Factor?", *Australian Yb. of I. L.* 1995, pág. 28, o Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, pág. 41.

[1104] Por ejemplo, la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas no deduce todas las consecuencias de la nota del Asesor Jurídico, de 1976 (véase la nota 1105 *infra*), puesto que incluye en la valiosa publicación *Traités multilatéreaux déposés auprès du Secrétaire général* las reservas formuladas en el momento de la firma, hayan sido o no confirmadas posteriormente, y esto incluso en el supuesto de que el Estado haya formulado otras reservas al manifestar su

9) En la doctrina, la norma enunciada en el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 ha recibido una aprobación que hoy parece general[1106] aunque no haya sido siempre así[1107]. De todas maneras, sean cuales fueren las razones que, eventualmente, se podrían aducir en sentido contrario, no deberían poner en tela de juicio una norma clara que figura en las Convenciones de Viena, a las que la Comisión ha decidido en principio atenerse, salvo en caso de objeción dirimente.

10) Aunque el principio que establece esa disposición haya sido aprobado generalmente, la Comisión se ha planteado con todo tres cuestiones en lo que concierne:

---

consentimiento definitivo en obligarse; véase, por ejemplo: Naciones Unidas, *Traités multilatéreaux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 1999*, vol. I, pág. 496, reservas de Turquía a la Convención Aduanera sobre Contenedores, de 2 de diciembre de 1972; o págs. 351 y 353, reservas del Irán y el Perú a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988; esa práctica obedece sin duda a un concepto puramente mecánico de la función del depositario y no implica ningún juicio de valor acerca de la validez o la naturaleza de esas declaraciones.

[1105] Véase, por ejemplo, el memorándum del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas en el que éste, al describir la "práctica seguida por el Secretario General en su carácter de depositario de tratados multilaterales en lo referente a (...) las reservas y las objeciones a las reservas relacionadas con tratados que no incluyen disposiciones sobre el particular", se ha basado en el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1969 para concluir que: "Cuando la reserva se formula en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, sólo tendrá un efecto declarativo y el mismo valor jurídico que la firma propiamente dicha. La reserva debe ser confirmada en el momento de la ratificación y, de no hacerse así, se considerará que ha sido retirada" (*A.J.N.U.* 1976, pág. 219); el Consejo de Europa ha modificado en este sentido su práctica a partir de 1980 (cf. Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, pág. 41, o Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Publications du Conseil de l'Europe, 1999, pág. 96) y, en sus respuestas al cuestionario de la Comisión sobre las reservas a los tratados, los Estados indicaron, de manera general, que habían confirmado, en el momento de la ratificación o de la adhesión, las reservas formuladas en el de la firma.

[1106] Véase, en particular, D. W. Greig, "Reservations: Equity as a Balancing Factor?", *Australian Yb. of I.L.* 1995, pág. 28, o P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pédone, París, 1979, pág. 285.

[1107] Véase Imbert, ibíd., págs. 253 y 254.

- a la influencia de la sucesión de Estados en la aplicación de ese principio;

- al carácter incompleto de la enumeración de los supuestos en que una reserva formulada en el momento de la firma debe ser confirmada; y, sobre todo,

- a la conveniencia de mencionar los "embriones de reservas"[1108] constituidos por ciertas declaraciones hechas antes de la firma del texto del tratado.

11) Se ha planteado, en particular, si la redacción del párrafo 2 del artículo 23 no debería ser completada para tener en cuenta la posibilidad que tiene un Estado sucesor de formular una reserva al hacer una notificación de sucesión, de conformidad con lo indicado en el proyecto de directriz 1.1[1109], que completa de este modo la definición de las reservas que figura en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de 1986. A juicio de la Comisión, la respuesta no es muy simple. *A priori*, el Estado sucesor puede bien confirmar o anular una reserva existente, hecha por el Estado predecesor[1110], o bien formular una nueva reserva cuando hace la notificación de sucesión[1111]; en ninguna de estas dos hipótesis, pues, debe el Estado sucesor confirmar una reserva formulada en el momento de la firma. No obstante, en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo 18 de la Convención de 1978, un Estado de reciente independencia puede, en determinadas condiciones, hacer constar mediante una notificación de sucesión su calidad de Estado contratante o de parte en un tratado multilateral que no esté en vigor en la fecha de la sucesión de Estados y respecto del cual el Estado predecesor era Estado contratante. Ahora bien, a tenor de lo dispuesto en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 y en el apartado k) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de 1986, "se entiende por "Estado contratante" un Estado que ha consentido en

---

[1108] Véase el párrafo 5 del comentario a este proyecto de directriz.

[1109] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/53/10), pág. 206.

[1110] Véase el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, de 1978.

[1111] Cf. el párrafo 2 del artículo 20.

obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado", y no un simple Estado signatario. De ello cabe deducir, *a contrario*, que no puede haber "sucesión en la firma" de un tratado (sujeto a ratificación o a un procedimiento equivalente[1112])[1113] y que no conviene introducir en el proyecto de directriz 2.1.1 el concepto de notificación de sucesión[1114].

12) En segundo lugar, la Comisión se ha preguntado si debería tener en cuenta, en la redacción de este proyecto, el proyecto de directriz 1.1.2 ("Casos en que puede formularse una reserva")[1115]. El problema no se plantea con respecto a la determinación del momento en que debe producirse la confirmación, puesto que la fórmula que figura en el párrafo 2

---

[1112] Véase el proyecto de directriz 2.2.2.

[1113] La publicación *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 1999* menciona, no obstante, en notas de pie de página y sin particular comentario, las reservas formuladas en el momento de la firma por un Estado predecesor y, aparentemente, no confirmadas formalmente por el Estado sucesor o los Estados sucesores; véanse, por ejemplo, las reservas de Checoslovaquia a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, señaladas con respecto a la República Checa y Eslovaquia (vol. II, ST/LEG/SER.E/18 (vol. II), N° de venta: F.00.V.2, págs. 247 y 248, nota 6).

[1114] Según Claude Pilloud, "il semble que l'on devrait admettre, en appliquant par analogie la règle prévue à l'article 23, chiffre 2, pour les réserves exprimées lors de la signature, que les États qui on fait une déclaration de continuité" (parece que debería reconocerse, aplicando por analogía la norma enunciada en el párrafo 2 del artículo 23, en lo que concierne a las reservas expresadas en el momento de la firma, que los Estados que hicieron una declaración de continuidad) respecto de las Convenciones de Ginebra de 1949 "auraient dû, s'ils avaient entendu reprendre à leur compte les réserves exprimées [par l'État prédécesseur], le dire expressément dans leur déclaration de continuité" (tendrían, si era su intención hacer suyas las reservas expresadas [por el Estado predecesor], que haberlo indicado expresamente en su declaración de continuidad) ("Les réserves aux Conventions de Genève de 1949", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, marzo-abril de 1976, pág. 135). Es dudoso que se pueda hacer esa analogía; el problema será examinado por la Comisión cuando estudie, de una forma más sistemática, los problemas relativos a la sucesión en las reservas.

[1115] "Los casos en que se puede formular una reserva en virtud de la directriz 1.1 abarcan todas las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado mencionadas en el artículo 11 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986"; véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/53/10), pág. 214.

del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 es equivalente a la adoptada por la Comisión en el proyecto de directriz 1.1.2 ("... al manifestar su consentimiento en obligarse"). En cambio, podría estimarse que la enumeración de los casos en que el párrafo 2 del artículo 23 parece limitar la posibilidad de subordinar la manifestación definitiva del consentimiento en obligarse (ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación) es demasiado restringida y no corresponde a la del artículo 11.

13) Sin embargo, aunque algunos de sus miembros fueran de otro parecer, la Comisión consideró que ese escrúpulo sería excesivo: las diferencias de redacción entre el artículo 11 y el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se deben a la omisión en la segunda de estas disposiciones de dos hipótesis previstas en la primera: por una parte, "el canje de instrumentos que constituyan un tratado" y, por otra, "cualquier otra forma que se hubiere convenido"[1116]. La probabilidad de que un Estado o una organización internacional subordine a una de estas modalidades la manifestación de su consentimiento definitivo en obligarse por un tratado multilateral al que se puedan hacer reservas es lo bastante endeble para que no parezca útil sobrecargar el enunciado del proyecto de directriz 2.2.1 o incluir, en el capítulo 2 de la Guía de la práctica, un proyecto de directriz equivalente al proyecto de directriz 1.1.2.

14) En tercer lugar, según varios miembros de la Comisión habría sido conveniente prever la hipótesis en que una reserva se formula antes de la firma del tratado y no en el momento de ésta. A juicio de esos miembros, nada impide a un Estado o una organización internacional indicar formalmente a los demás Estados u organizaciones negociadores las "reservas" que le inspira el texto adoptado en la etapa de la autenticación[1117] como, por otra parte, en cualquier otra etapa anterior de la negociación[1118].

---

[1116] Para una observación análoga relativa a la comparación entre el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 11, véase el comentario al proyecto de directriz 1.1.2 en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/53/10), pág. 217 (párrafo 8 del comentario).

[1117] Además, el artículo 10 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 menciona la rúbrica y la firma *de referendum*, junto con la firma, como formas de autenticación del texto del tratado.

15) Por lo demás, la Comisión había previsto ese supuesto en el proyecto de artículo 19 (que pasó a ser el artículo 23 de la Convención de 1969), cuyo párrafo 2, tal como aparecía en el texto definitivo del proyecto de artículos aprobado en 1966, disponía: "La reserva que se formule en el momento de la adopción del texto... deberá ser confirmada en debida forma por el Estado autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación"[1119]. Comentando esa disposición, la Comisión, después de señalar que "[e]n la práctica, la formulación de reservas se hace en diversas etapas de la celebración del tratado" y de exponer las razones por las cuales estimaba que era necesario confirmar las reservas formuladas en el momento de la firma al manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado[1120], añadía:

> "En consecuencia, la manifestación de una reserva durante las negociaciones no se reconoce, en cuanto tal, en el artículo 16 [el actual artículo 19] como método de formular una reserva, y tampoco se menciona en el presente artículo."[1121]

16) Como se ha señalado anteriormente[1122], la mención de la adopción del texto desapareció del texto del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1969 en condiciones "misteriosas" con ocasión de la Conferencia de Viena de 1968-1969, probablemente por afán de coherencia con la redacción del encabezamiento del artículo 19.

---

Sobre la autenticación "como un procedimiento aparte en la celebración de un tratado", véase el comentario al artículo 9 del proyecto de artículos de la Comisión sobre el derecho de los tratados (que en la Conferencia de Viena pasó a ser el artículo 10), *Anuario..., 1996*, vol. II, pág. 212.

[1118] Véase, a este respecto, la reserva del Japón al artículo 2 del Convenio sobre la ayuda alimentaria, de 14 de abril de 1971, que fue negociada por ese Estado con los demás Estados negociadores durante la elaboración del texto, anunciada en el momento de la firma y formulada con ocasión del depósito del instrumento de ratificación en poder del depositario, el Gobierno de los Estados Unidos, el 12 de mayo de 1972.

[1119] Véase *Anuario..., 1966*, vol. II, págs. 228 y 229.

[1120] Véase el párrafo 5 del comentario a este proyecto de directriz.

[1121] *Anuario..., 1966*, vol. II, pág. 229, párrafo 3 del comentario.

[1122] Véase el párrafo 6 del comentario a este proyecto de directriz.

17) No obstante, una mayoría de miembros se ha opuesto a la aprobación de un proyecto de directriz en tal sentido por temor de alentar la proliferación de declaraciones destinadas a limitar el alcance del texto del tratado que, al ser formuladas antes de la adopción del texto, no corresponderían a la definición de las reservas.

2.2.2. [2.2.3] Inexigibilidad de la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente cuando un Estado o una organización internacional manifieste mediante esa firma su consentimiento en obligarse por el tratado.

Comentario

1) La solución adoptada en el proyecto de directriz 2.2.1, que es fiel al texto de Viena, implica evidentemente que la norma así codificada sólo sea aplicable a los tratados en forma solemne, esto es, los que no entran en vigor por el solo hecho de su firma[1123]. Por lo que respecta a los tratados que, por el contrario, no requieren para su entrada en vigor ninguna formalidad posterior a la firma y que la doctrina de lengua francesa llama "*accords en forme simplifiée*" (acuerdos en forma simplificada)[1124], ni que decir tiene que la reserva, si se formula en el momento de la firma, produce sus efectos de inmediato sin que sea necesaria ni siquiera posible una confirmación formal.

---

[1123] Sobre la distinción entre tratados en forma solemne y acuerdos en forma simplificada, véase en particular: C. Chayet, "Les accords en forme simplifiée", *A.F.D.I.* 1957, págs. 1 a 13; P. Daillier y A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, París, L.G.D.J. sexta edición, 1999, págs. 136 a 144; P. F. Smets, *La conclusion des accords en forme simplifiée*, Bruselas, Bruylant, 1969, pág. 284.

[1124] Aunque el procedimiento de los acuerdos en forma simplificada se utilice con mayor frecuencia para la celebración de tratados bilaterales que para la de los multilaterales, no es en modo alguna desconocida en este segundo caso, y se pueden citar acuerdos multilaterales importantes que han entrado en vigor por el solo hecho de su firma. Tal es el caso, por ejemplo, del GATT de 1947 (cuando menos por haber entrado en vigor lo esencial de su contenido tras la firma del Protocolo de Aplicación Provisional), de la Declaración de Ginebra de 23 de julio de 1962 sobre la neutralidad de Laos o del Acuerdo por el que se crea un centro de técnicas de la alimentación y los fertilizantes en la región de Asia y el Pacífico, de 11 de junio de 1969.

2) No obstante, la Comisión no tiene conocimiento de ningún ejemplo claro de reserva en el momento de la firma de un acuerdo multilateral en forma simplificada. Esta eventualidad no puede, sin embargo, excluirse, aunque sólo sea porque existen "tratados mixtos" que pueden, a elección de las partes, entrar en vigor por el solo hecho de su firma o después de una ratificación, y que pueden ser objeto de reservas o contienen cláusulas de reservas[1125].

3) Esta norma dimana en realidad, *a contrario*, del texto del párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, recogido en el proyecto de directriz 2.2.1. No obstante, dado el carácter *práctico* de la Guía de la práctica, la Comisión entendió que sin duda no sería superfluo precisarlo expresamente en el proyecto de directriz 2.2.2.

4) Aunque algunos miembros de la Comisión hubieran preferido que se utilizara, en el enunciado de este proyecto, la expresión "acuerdo en forma simplificada", de uso corriente en la doctrina de lengua francesa, ha parecido preferible no recurrir a esa expresión que no figura en la Convención de Viena de 1969.

5) Cabe preguntarse además si una reserva a un acuerdo que entre en vigor o que se aplique provisionalmente antes de ser ratificado[1126] -por hipótesis formulada en el momento de la firma- debe ser confirmada al manifestar su autor el consentimiento definitivo en obligarse. La Comisión ha considerado que se trataba de un supuesto diferente del previsto en el proyecto de directriz 2.2.2 y que no había ningún motivo para adoptar a este respecto una solución que se aparte del principio enunciado en el proyecto de directriz 2.2.1. Por consiguiente, no parece necesario adoptar un proyecto de directriz distinto.

---

[1125] Cf. el artículo XIX del Acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite (INTELSAT), de 20 de agosto de 1971; véase también el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, de 1971 (art. 32), el Código de Conducta para las Conferencias Marítimas, de 6 de abril de 1974, o el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, de 1999 (párrafo 2 del artículo 12).

[1126] Cf. los artículos 24 y 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

2.2.3. [2.2.4] Reservas formuladas en el momento de la firma expresamente autorizadas por el tratado

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado, cuando el tratado establezca expresamente que un Estado o una organización internacional están facultados para formular una reserva en ese momento, no tendrá que ser confirmada formalmente por el Estado o la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado.

Comentario

1) Además del supuesto a que se refiere el proyecto de directriz 1.2.1, hay otra hipótesis en la que la confirmación de una reserva formulada en el momento de la firma parece superflua: ese es el caso cuando el tratado mismo prevé expresamente tal posibilidad sin imponer una confirmación. Así, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa sobre la reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, de 1963, establece:

"Cada una de las Partes contratantes podrá, *en el momento de la firma del presente Convenio* o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, declarar que hace uso de una o de varias de las reservas que figuran en el anexo al presente Convenio."[1127]

2) En los casos de este género, parece que la práctica dominante consiste en no exigir que una parte que formula una reserva en el momento de la firma la confirme en el momento de la manifestación de su consentimiento definitivo en obligarse. De esta manera, Francia ha hecho una reserva al firmar el Convenio de 1963 antes citado y no la ha confirmado posteriormente[1128]. Asimismo, Hungría y Polonia no han confirmado su

[1127] Cursiva añadida; véase también, entre numerosos ejemplos: el artículo 17 de la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 989, pág. 175); el artículo 30 del Convenio del Consejo de Europa de asistencia administrativa mutua en asuntos fiscales, de 1988 (ETS, N° 127); el artículo 29 del Convenio europeo sobre la nacionalidad, de 1997; o el artículo 24 de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable en caso de muerte, de 1989 (Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado, Proceedings of the Sixteenth Session, tomo II, 1990, pág. 526).

[1128] Consejo de Europa, Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ), *Conventions du CDCJ et réserves auxdites Conventions*, nota de la secretaría, CDCJ (99) 36, Estrasburgo, 30 de

reserva al artículo 20 de la Convención contra la Tortura, de 1984, que en el párrafo 1 de su artículo 28 dispone que se puede hacer tal reserva en el momento de la firma, ni Luxemburgo la que hizo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, o el Ecuador con respecto a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, de 17 de diciembre de 1973[1129]. Es verdad que otros Estados[1130] han confirmado sin embargo esta misma reserva con ocasión de la ratificación.

3) La incertidumbre que reina en relación con esa práctica ha sido objeto de muy diferentes análisis en la Comisión, aunque todos sus miembros convienen en estimar que es útil tomar posición con respecto a ese punto de la Guía de la práctica.

4) Algunos miembros opinaron que no habría que apartarse, en los casos de esta índole, de la norma general enunciada en el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena, ya que las cláusulas de reservas de que se trata, que reproducen de forma mecánica las disposiciones del artículo 11, no tendrían en realidad un alcance particular.

5) Sin embargo, en opinión de la mayoría de los miembros de la Comisión, la norma enunciada en el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena, que como todas las disposiciones de dichas Convenciones sólo tiene carácter dispositivo, no tendría que ser aplicable más que en caso de silencio del tratado, ya que de otro modo las disposiciones que prevén la posibilidad de formular reservas en el momento de la firma quedarían privadas de toda efectividad. A juicio de estos miembros, las incertidumbres de la práctica se explican por el hecho de que en un caso de este género la confirmación formal no es

---

marzo de 1999, pág. 11; lo mismo ha ocurrido con las reservas de Bélgica al Convenio del Consejo de Europa de asistencia administrativa mutua en asuntos fiscales, de 1988 (ibíd., pág. 55).

[1129] *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général...*, vol. I, pág. 221; ibíd., vol. I, págs. 272 y vol. II, pág. 118. La reserva húngara ha sido posteriormente retirada.

[1130] Belarús, Bulgaria (reserva retirada posteriormente), Marruecos, Checoslovaquia (reserva retirada posteriormente por la República Checa y por Eslovaquia), Túnez, Ucrania (reserva retirada posteriormente); véase ibíd., págs. 220 a 223 y 230 a 232.

indispensable, pero tampoco queda excluida: las reservas hechas con ocasión de la firma de una convención que autorice expresamente las reservas formuladas en el momento de la firma son suficientes por sí solas, en la inteligencia, sin embargo, de que nada impide a los Estados autores de las reservas a confirmarlas[1131] aunque nada les obligue a ello.

6) Así, pues, la Comisión ha consagrado la práctica "mínima", que parece lógica cuando el tratado autoriza expresamente las reservas formuladas en el momento de la firma. Según la opinión de la mayoría, si no se reconociese este principio habría que tener por irrelevantes numerosas reservas formuladas con ocasión de la firma, pero no confirmadas, siendo así que los Estados que las han formulado se han basado para ello en el texto mismo del tratado.

2.3. Formulación tardía de reservas

1. La sección 3 del capítulo 2 de la Guía de la práctica está dedicada a la cuestión especialmente delicada de lo que se denomina en general las "reservas tardías". Sin embargo, la Comisión ha preferido hablar de "formulación tardía de una reserva" para dejar bien claro que no se trata de una categoría nueva y especial de reservas, sino de declaraciones que se presentan como reservas pero que no respetan los plazos en que pueden, en principio, ser consideradas como tales, ya que los momentos en que cabe formular una reserva están precisados en su propia definición[1132].

---

[1131] Y esas "confirmaciones a título cautelar" son muy frecuentes (véase, por ejemplo, las reservas de Belarús, el Brasil (que, sin embargo, sólo ha confirmado dos de sus tres reservas iniciales), Hungría, Polonia, Turquía o Ucrania al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, de 1971, ibíd., págs. 333 a 336).

[1132] Véanse los artículos 2, párrafo 1 d) de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 2, párrafo 1 j) , de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1938, y el proyecto de directriz 1.1 (véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 50° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/53/10), pág. 206: "Se entiende por "reserva" una declaración unilateral (...) hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar oficialmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión en un tratado..."; véase también el proyecto de directriz 1.1.2, ibíd., pág. 214.

2. El hecho es que, en la práctica, no es infrecuente que un Estado[1133] trate de formular una reserva en un momento distinto de los previstos en la definición de Viena, y esta posibilidad, que puede presentar indiscutibles ventajas concretas, no ha sido totalmente desechada por la práctica.

3. Después de expresar su consentimiento a obligarse, un Estado no puede, recurriendo a la interpretación de una reserva, eludir algunas de las obligaciones establecidas por el tratado. Este principio no puede consagrarse con ligereza y el primer objeto de la presente sección de la Guía de la práctica es el de indicar las condiciones estrictas a que está sometida: el proyecto de directriz 2.3.1 sienta la norma de que, en principio, está excluida la formulación tardía de una reserva; y en los proyectos de directrices siguientes se precisa la condición fundamental a que está subordinada toda excepción a este principio: la falta de objeción unánime por todas las demás partes en un plazo de doce meses (proyectos de directrices 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3). Además, el proyecto de directriz 2.3.4 trata de evitar que la exclusión de principio de la formulación tardía de reservas pueda soslayarse por procedimientos distintos de las reservas.

2.3.1. Formulación tardía de una reserva

Salvo que el tratado disponga otra cosa, los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular una reserva a un tratado después de haber expresado su consentimiento en obligarse, a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeciones a la formulación tardía de la reserva.

Comentario

1) Salvo disposición en contrario del tratado, siempre posible[1134], la expresión del consentimiento definitivo en obligarse, constituye, para las Parte contratantes, el último (y, en realidad, en virtud de la exigencia de confirmación formal de las reservas formuladas

[1133] Que la Comisión tenga conocimiento, no existe hasta la fecha un ejemplo de formulación tardía de una reserva por una organización internacional.

[1134] Ciertas cláusulas de reservas precisan, por ejemplo que "[p]odrán formularse reservas acerca de una o varias disposiciones del presente Convenio en cualquier momento antes de la ratificación o la adhesión al presente Convenio..." (Convenio acerca de la Responsabilidad Civil en materia de Energía Nuclear de 29 de julio de 1960) o "[t]odo Estado podrá, a más tardar en el momento de la ratificación o la adhesión, hacer las reservas previstas en los artículos..." (Convención de La Haya sobre la Protección de los Menores de 5 de octubre de 1961 – estos ejemplos son citados por de P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, París, Pédone, 1979, págs. 163 a 164); véanse también los ejemplos dados en el párrafo 3 del presente comentario.

durante la negociación o en el momento de la firma, el único) momento en que se puede formular una reserva. Unánimemente reconocida por la doctrina[1135], esta regla, que resulta de la definición misma de las reservas[1136] y que entraña igualmente el encabezamiento del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986[1137], es ampliamente respetada en la práctica[1138]. La Corte Internacional de Justicia, en su fallo de 20 de diciembre de 1988 relativa a *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, ha considerado que formaba parte del derecho positivo:

> "... el artículo LV del pacto de Bogotá ofrece a las parte la posibilidad de hacer reservas a este instrumento que, "a título de reciprocidad, se aplicarán a todos los Estados signatarios en lo que se refiera al Estado que las haya hecho". A falta de disposiciones especiales sobre procedimiento, estas reservas, de conformidad con las reglas del derecho internacional general aplicables en la materia, como las codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, podrán formularse sólo en el momento de la firma o de la ratificación del pacto, así como en el de adhesión a este instrumento."[1139]

2) Según algunos miembros de la Comisión, cabía discutir si esta clase de declaración era compatible con la definición de reserva que figuraba en el proyecto de directriz 1.1.

---

[1135] La ha enunciado con particular firmeza Giorgio Gaja: "the latest moment in which a State may make a reservation is when it expresses its consent to be bound by a treaty" (el último momento en que un Estado puede hacer una reserva es aquél en que expresa su consentimiento en obligarse por un tratado) ("Unruly Treaty Reservations", en *Le droit internacional à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, tomo I, pág. 310).

[1136] Véase la nota 1132 *supra*.

[1137] "Un Estado [o una organización internacional] podrá formular una reserva, en el momento de firmar, ratificar [confirmar formalmente] aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él..."

[1138] Explica, por lo demás, por qué los Estados se esfuerzan a veces por eludir la prohibición de las reservas después de la entrada en vigor del tratado titulando "declaraciones interpretativas" unas declaraciones unilaterales que corresponden en realidad a la definición de las reservas (véase el párrafo 27 del comentario al proyecto de directriz 1.2 ("Definición de la declaraciones interpretativas"), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/54/10), págs. 207 y 208.

[1139] *C.I.J., Recueil 1988*, pág. 85.

Lo cierto es que el principio según el cual no se puede formular una reserva después de la expresión del consentimiento a obligarse "no tiene valor de orden público. Rige sólo en tanto los Estados contratantes no autoricen convencionalmente la formulación, en una u otra forma, de nuevas reservas"[1140] o limite más estrictamente todavía los momentos en que puede formularse una reserva.

3) Aunque la posibilidad de la formulación tardía de una reserva no haya "sido nunca contemplada, ni ante la Comisión de Derecho Internacional ni en el curso de la Conferencia de Viena"[1141], es relativamente frecuente[1142]. Así, por ejemplo:

- El artículo 29 de la Convención de 23 de julio de 1912 sobre la unificación del derecho relativo a la letra de cambio y al pagaré disponía:

> "El Estado que desee aprovechar una de las reservas mencionadas en el artículo primero, párrafo 2, o en el artículo 22, párrafo 1, debe hacerlo constar en el acta de ratificación o de adhesión...
>
> El Estado contratante que, *posteriormente*, deseare aprovechar una de las reservas[1143] mencionadas notificará su intención al Gobierno de los Países Bajos..."[1144]

---

[1140] Jean-François Flauss, "Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1", *R.U.D.H.* 1993, pág. 302.

[1141] P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, París, Pédone, 1979, pág. 12, nota 14.

[1142] Además, véanse también los ejemplos que da P.H. Imbert en *Les réserves aux traités multilatéraux*, París, Pédone, 1979, págs. 164 a 165.

[1143] En realidad, no se trata de *reservas* sino de *cláusulas de reservas*.

[1144] Véanse también los apartados 2 y 3 de los artículos 1 de los convenios estableciendo Leyes uniformes, de 7 de junio de 1930 en materia de letras de cambio y de 19 de marzo de 1931 en materia de cheques: "... por lo que se refiere a las reservas previstas en los artículos... podrán hacerse con posterioridad a la ratificación o a la adhesión, siempre que sean objeto de notificación al Secretario General de la Sociedad de Naciones...".

- Asimismo, en virtud del artículo XXVI del Protocolo de La Haya de 1955 que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929[1145]:

"El presente Protocolo no podrá ser objeto de reservas, pero todo Estado podrá declarar en cualquier momento, por notificación dirigida al Gobierno de la República Popular de Polonia, que el convenio, en la forma modificada por el presente Protocolo, no se aplicará al transporte de personas, mercancías y equipaje por sus autoridades militares, en las aeronaves matriculadas en tal Estado y cuya capacidad total haya sido reservada por tales autoridades o por cuenta de las mismas."

- El artículo 38 de la Convención de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de las sucesiones dispone:

"Cada Estado contratante que desee hacer uso de una o varias de las facultades previstas en el artículo 4, los párrafos 2 del artículo 6, 2 y 3 del artículo 30, y el artículo 31, lo notificará al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos ya sea en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, *sea posteriormente*."[1146]

- A tenor del párrafo 3 del artículo 30 del Convenio del Consejo de Europa de asistencia administrativa mutua en asuntos fiscales de 25 de enero de 1988:

"Toda parte puede, después de la entrada en vigor del Convenio a su respecto, formular una o más de las *reservas* previstas en el párrafo 1 de las que no haya hecho uso en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación. Esas reservas entrarán en vigor el primer día siguiente a la expiración de un plazo

---

[1145] United Nations, *Treaty Series*, vol. 478, pág. 389.

[1146] Véase también el artículo 26 de la Convención de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales: "Un Estado Contratante que conozca, a la fecha de entrada en vigor de la Convención para ese Estado, un sistema complejo de nacionalidad podrá especificar *en cualquier momento*, mediante una declaración, cómo debe entenderse, para los fines de la Convención, una remisión a su ley nacional". Esta disposición puede referirse a una declaración interpretativa más que a una reserva.

de tres meses después de la fecha de recepción de la reserva por uno de los Depositarios."[1147]

- Asimismo, el párrafo 1 del artículo 10 del Convenio de 12 de marzo de 1999 sobre el embargo preventivo de buques prevé:

> "En el momento de la firma, ratificación, aprobación o aceptación del presente Convenio o de la adhesión a él, *o en cualquier otro momento posterior*, todo Estado podrá reservarse el derecho de excluir de su aplicación a algunas o todas las categorías siguientes:..."

4) En sí mismo, esto no plantea ningún problema en particular y es conforme a la idea de que las reglas de Viena sólo tienen carácter supletorio (como lo tendrán, con más motivo, las directrices de la Guía de la práctica). De todas maneras, puesto que se trata de una excepción a una regla cuyo carácter consuetudinario no ofrece ya duda alguna, consagrada por las Convenciones de Viena, parece indispensable que una excepción de este calibre sea prevista expresamente por el tratado. La Comisión deseaba aclarar este principio en el texto del proyecto de directriz 2.3.1, aunque esto no era jurídicamente indispensable a fin de poner de relieve el carácter excepcional que debe tener la formulación tardía de reservas.

5) Es verdad que la Comisión Europea de Derechos Humanos ha dado muestras de flexibilidad a este respecto, ya que ha parecido admitir que un Estado parte en el Convenio de Roma podía invocar la modificación de su legislación nacional cubierta por una reserva anterior para modificar a la vez el alcance de esa reserva sin infringir la limitación temporal impuesta a la facultad de formular reservas establecida por el artículo 64 del

---

[1147] Este Convenio entró en vigor el 1° de abril de 1995; no parece que, desde entonces, ningún Estado parte haya hecho uso de la facultad abierta por esta disposición. Véase también el artículo 5 del Protocolo adicional de 1978 al Convenio europeo en la esfera de la información sobre el derecho extranjero, "[t]oda Parte Contratante que esté obligada por la totalidad de las disposiciones de los capítulos I y II podrá, en cualquier momento, declarar por vía de notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa que no estará obligada por las disposiciones del capítulo I o por las del capítulo II. Esta notificación surtirá efecto seis meses después de la fecha de su recepción".

Convenio. El alcance de esta jurisprudencia[1148] no es, sin embargo, muy claro y cabe preguntarse si la Comisión no ha adoptado esta postura por el hecho de que, en realidad, la modificación de su legislación no entrañaba, de hecho, una limitación suplementaria de las obligaciones del Estado interesado[1149].

6) Sea como fuere, la exigencia de una cláusula expresa que autorice a formular una reserva después de la expresión del consentimiento en obligarse parece tanto más indispensable porque la inclusión de una limitación temporal en la misma definición de las reservas se ha impuesto por razones prácticas particularmente urgentes, que la Comisión ha señalado en el comentario al proyecto de directriz 1.1.2: "[L]a idea de incluir las limitaciones temporales de la posibilidad de formular las reservas en la definición misma de éstas se ha impuesto progresivamente, habida cuenta de los graves inconvenientes que para la estabilidad de las relaciones jurídicas tendría un sistema que permitiera a las partes formular reservas en cualquier momento. Sería realmente el propio principio *pacta sunt servanda* el que estaría en peligro si las partes en un tratado pudieran en todo momento, mediante la formulación de reservas, cuestionar las obligaciones convencionalmente contraídas. Además, esto complicaría sobremanera las obligaciones del depositario"[1150]. Dado el interés que hay por evitar en lo posible la formulación tardía de reservas, conviene interpretar estrictamente la expresión "salvo que el tratado disponga otra cosa, que introduce el proyecto de directriz 2.3.1.

---

[1148] Véanse, en particular, los casos *Association X c. Autriche*, req. 473/59, *Ann. C.E.D.H.* N° 2, pág. 405; *X c. Austria*, req. 1731/62, ibíd., N° 7, pág. 192; o *X c. Austria*, req. 88 180/78, *DR* 20, pág. 23.

[1149] En el caso 1731/62, la Comisión consideró que "la reserva suscrita por Austria el 3 de septiembre de 1958 abarca... la ley de 5 de julio de 1962, *que no ha tenido por efecto ampliar* a posteriori *la esfera sustraida al control de la Comisión*", *Ann. C.E.D.H.* N° 7 , pág. 203 – se han añadido las cursivas.

[1150] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/53/10), pág. 215.

7) Sin embargo, esta exigencia fundamental de disposición expresa no constituye la única excepción a la norma según la cual una reserva debe en principio formularse a más tardar en el momento de la expresión del consentimiento a vincularse.

8) Se desprende, en efecto, de la práctica contemporánea que las demás partes contratantes pueden aceptar unánimemente una reserva tardía y cabe ver en esta aquiescencia (que puede ser tácita) un acuerdo colateral que extiende la facultad *ratione temporis* de formular, si no las reservas al tratado afectado en general, por lo menos las reservas de que se trata.

9) Se ha visto en esta posibilidad la traducción del principio según el cual *"the parties are the ultimate guardians of the treaty and may be prepared to countenance unusal procedures to deal with particular problems"*[1151] (las partes son, en último término, los guardianes de un tratado y pueden estar dispuestas a aprobar procedimientos desacostumbrados para hacer frente a problemas particulares). En todo caso, como se ha hecho observar, *"[t]he solution must be understood as dictated by pragmatic considerations. A party remains always*[1152] *at liberty to accede anew to the same treaty, this time by proposing certain reservations. As the result will remain the same whichever of these two alternative actions one might choose, it seemed simply more expedient to settle for the more rapid procedure..."*[1153] (la solución ha de comprenderse como dictada por consideraciones pragmáticas. Una parte conserva siempre[1152] la libertad de adherirse de nuevo al mismo tratado, esta vez proponiendo ciertas reservas. Como el resultado será

---

[1151] D. W. Greig, "Reservations: Equity as a Balancing Factor?", *Australian Yb. of I.L.* 1995, págs. 28 a 29.

[1152] El autor evoca un tratado: el Convenio de 19 de marzo de 1931 que establece la Ley uniforme sobre cheques (véase el párrafo 10 del comentario a este proyecto de directriz) cuyo artículo VIII prevé expresamente una posibilidad de denuncia; la práctica se extiende no obstante a tratados que no comprenden una cláusula de retiro (véase el párrafo 12 del comentario a este proyecto de directriz).

[1153] Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, pág. 43.

el mismo cualquiera de las dos alternativas sea la elegida, ha parecido simplemente más cómodo atenerse al procedimiento más rápido...[1153]).

10) En un primer momento, fiel a la gran prudencia que lo inspira en la materia desde el decenio de 1950, el Secretario General de las Naciones Unidas se ha ajustado a la postura conforme a la cual: "En virtud de la práctica internacional constante, a la que se ajusta el Secretario General en sus funciones de depositario, una reserva no puede formularse más que en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión" y había considerado en consecuencia que una parte en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que no había hecho reservas en el momento de la ratificación no tenía la posibilidad de formular una más tarde[1154]. No obstante, dos años más tarde, ha flexibilizado considerablemente su postura en una carta dirigida a la Misión Permanente de Francia[1155] ante las Naciones Unidas que pensaba denunciar el Convenio de 1931 estableciendo una Ley uniforme en materia de cheques para adherirse de nuevo con nuevas reservas. Fundándose en el "principio general de que las Partes en un acuerdo internacional pueden, por decisión unánime, modificar sus disposiciones o adoptar las medidas que crean oportunas sobre la interpretación y aplicación del acuerdo", el Asesor Jurídico indica:

> "En consecuencia, parece ser que su Gobierno podría enviar al Secretario General una carta firmada por el Ministro de Relaciones Exteriores comunicándole el proyecto de reserva, con indicación, llegado el caso, de la fecha en que desea tenga efecto. El proyecto de reserva se comunicaría a todos los Estados interesados (es decir, los Estados Partes, los Estados contratantes y los Estados signatarios) por el Secretario General y, si los Estados Partes no ponían objeciones dentro de los 90 días siguientes a la fecha de la comunicación (plazo mantenido en la práctica del Secretario General para la aceptación tácita y que corresponde, en este caso, al previsto en el tercer párrafo del artículo I del Convenio para la aceptación de las

---

[1154] Memorando al Director de la División de Derechos Humanos, 5 de abril de 1976, *A.J.N.U.* 1976, pág. 234.

[1155] Precisión aportada por Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, pág. 42.

reservas estipuladas en los artículos 9, 22, 27 y 30 del Anexo II), se consideraría que la reserva tenía efecto desde la fecha indicada."[1156]

11) Así se hizo: el Gobierno francés dirigió al Secretario General, el 7 de febrero de 1979, una carta de conformidad con estas indicaciones; el Secretario General la difundió el 10 de febrero y "[a] falta de objeción por parte de los Estados contratantes en los 90 días siguientes a la difusión de esta comunicación... la reserva ha sido considerada aceptada y ha tenido efecto el 11 de mayo de 1979"[1157].

12) Desde entonces, esta práctica parece ser constantemente observada por el Secretario General de las Naciones Unidas en el ejercicio de sus funciones de depositario[1158]. Ha sido formalizada en un dictamen jurídico de la Secretaría de 19 de junio de 1984 donde se estima que "una reserva puede siempre, en cualquier momento que se formule, ser aceptada por las partes en un tratado por decisión *unánime*, tanto si el tratado calla sobre la cuestión como incluso si contiene disposiciones expresas en sentido contrario" y ello

---

[1156] Carta de 14 de septiembre de 1978, *A.J.N.U.* 1978, págs. 250 a 251.

[1157] *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général...*, vol. II, pág. 432, nota 5. Curiosamente, el Gobierno de la República Federal de Alemania hizo saber expresamente, el 20 de febrero de 1980, que no tenía "ninguna objeción que formular al respecto".

[1158] Además de los ejemplos dados por Giorgio Gaja, "Unruly Treaty Reservations", en *Le droit internacional à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, tomo I, pág. 311, véase, en particular, la reserva de Bélgica (que se relaciona, por lo demás parte, con una objeción general a unas reservas formuladas por otras partes) a la Convención de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: mientras que ese país se había adherido a la Convención el 1° de septiembre de 1992 "[e]l 18 de febrero de 1993, el Gobierno belga ha hecho saber al Secretario General que su instrumento de adhesión a la Convención hubiera debido ir acompañado de dicha reserva. Como ninguna de las Parte Contratantes en la Convención ha notificado objeción alguna al Secretario General al depósito mismo ni al procedimiento adoptado en un plazo de 90 días a contar desde la fecha de circulación (23 de marzo de 1993), se considera que la reserva ha sido aceptada" ( *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général...*, vol. II, pág. 285, nota 9).

consten o no en el tratado disposiciones expresas acerca del momento en que pueden formularse reservas[1159].

13) Esta práctica no se limita a los tratados de los que el Secretario General es depositario. En el dictamen jurídico antes citado de 1978[1160], el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas se había referido a un precedente relativo a una reserva tardía al Convenio de Aduanas de 6 de octubre de 1960 sobre la importación temporal de envases depositado en manos del Secretario General del Consejo de Cooperación Aduanera y cuyo artículo 20 "estipula que cada Parte contratante podrá declarar en el momento en que firme y ratifique el Convenio que no se considera obligada por su artículo 2. Suiza, que ratificó este Convenio el 30 de abril de 1963, formuló el 21 de diciembre de 1965 una reserva que fue sometida por el depositario a los Estados interesados y se consideró como aceptada, por no haber objeciones, con efecto retroactivo al 31 de julio de 1963"[1161].

14) Varios Estados partes en el Protocolo de 1978 al Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (MARPOL), que entró en vigor el 2 de octubre de 1983, han agravado sus reservas anteriores[1162] o añadido nuevas reservas después de la expresión de su consentimiento en obligarse[1163]. Del mismo modo, se han

---

[1159] Carta dirigida a un funcionario del gobierno de un Estado Miembro, *A.J.N.U.* 1984, pág. 195; las cursivas figuran en el texto original.

[1160] Párrafo 10 del comentario a este proyecto de directriz.

[1161] Carta a la misión permanente de un Estado Miembro ante las Naciones Unidas, 14 de septiembre de 1978, *A.J.N.U.* 1978, pág. 250.

[1162] Francia (ratificación el 25 de septiembre de 1981; modificación el 11 de agosto de 1982 – IMO, *Status of Multilateral Conventions and Instruments in Respect of Which the International Maritime Organisation or its Secretary-General Performs Depositary or Other Functions as at 31 December 1999*, pág.77).

[1163] Liberia (ratificación el 28 de octubre de 1980, nuevas reservas el 27 de julio de 1983, objeto de un acta de rectificación el 31 de agosto de 1983), ibíd., pág. 81; Rumania (adhesión el 8 de marzo de 1993, rectificada posteriormente a falta de objeciones para incluir las reservas votadas por el Parlamento), ibíd., pág. 83; Estados Unidos de América (ratificación el 12 de agosto de 1980, reservas comunicadas el 27 de julio de 1983, objeto de un acta de rectificación el 31 de de agosto de 1983), ibíd., pág. 86; en el caso de Liberia y de los Estados Unidos, el Gobierno

formulado reservas tardías a ciertos convenios del Consejo de Europa sin suscitar objeciones[1164].

15) De estos ejemplos se deduce: no está excluido que las reservas tardías sean consideradas como válidamente hechas, a falta de objeción de las demás Partes Contratantes consultadas por el depositario. Pero muestran también que se ha tratado casi siempre de casos bastante marginales, sea porque el retraso con que la reserva se ha notificado ha sido mínimo, sea porque esta notificación se ha hecho después de la ratificación pero antes de la entrada en vigor del tratado respecto del Estado autor de la reserva[1165], sea aún porque nos hallemos en el límite de la "rectificación de un error

---

francés hizo saber que, dada su naturaleza, no se oponía a esas rectificaciones, pero que esa decisión no debía sentar un precedente.

[1164] Véase, por ejemplo: la reserva de Grecia a la Convención Europea para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977 (ratificación el 4 de agosto de 1988; rectificación notificada al Secretario General el 5 de septiembre de 1988; Grecia invocaba un error: en el momento del depósito del instrumento de ratificación, no se había transmitido la reserva que figuraba expresamente en la ley que autorizaba la ratificación; sitio Internet: *http://conventions.coe.in/treaty/FR/cadreprincipal.htm*); las de Portugal al Convenio sobre cooperación judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 (depósito del instrumento de ratificación: 27 de septiembre de 1994; entrada en vigor del Convenio respecto de Portugal: 26 de diciembre de 1994; notificación de las reservas y declaraciones: 19 de diciembre de 1996; también en este caso, Portugal invocaba un error de hecho porque no se habían transmitido las reservas contenidas en la resolución parlamentaria y el decreto presidencial aparecido en el *Diario Oficial* de la República Portuguesa (sitio Internet: *http://conventions.coe.in/treaty/FR/cadreprincipal.htm*)); o la "declaración" de los Países Bajos de 14 de octubre de 1987 que restringe el alcance de su ratificación (de fecha 14 de febrero de 1969) del Convenio europeo sobre extradición de 13 de diciembre de 1957 (sitio Internet: *http://conventions.coe.in/treaty/FR/cadreprincipal.htm*). Véase también el ejemplo de las reservas tardías de Bélgica y Dinamarca al acuerdo europeo sobre la protección de las emisiones de televisión que da Giorgio Gaja ("Unruly Treaty Reservation", en *Le droit international à l'heure de sa codification-Études en l'honneur de Robert Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, tomo I, pág. 311).

[1165] Giorgio Gaja cita a este respecto las dos reservas añadidas el 26 de octubre de 1976 por la República Federal de Alemania a su instrumento de ratificación (en fecha del 2 de agosto de 1976) de la Convención sobre el estatuto de los apátridas de 1954 (cf. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général...*, vol. I, pág. 286, nota 3).

material", habiéndose publicado debidamente la reserva proyectada en publicaciones oficiales, pero "olvidado" en el instrumento de depósito de la notificación.

16) En un folleto publicado por el Consejo de Europa, se insiste en el carácter excepcional de las excepciones a las reglas convencionales de formulación de reservas admitidas en el seno de esta organización: "*Accepting the belated formulation of reservations may create a dangerous precedent which could be invoked by other States in order to formulate new reservations or to widen the scope of existing ones. Such practice would jeopardize legal certainty and impair the uniform implementation of European treaties*"[1166] (Aceptar la formulación tardía de reservas puede crear un precedente peligroso que otros Estados podrían invocar para formular nuevas reservas o ampliar el alcance de las que ya se han hecho. Semejante práctica amenazaría la seguridad jurídica y menoscabaría la aplicación uniforme de los tratados europeos). Esas son también las razones por las que ciertos autores se muestran vacilantes en admitir la existencia de esa excepción al principio de la limitación *ratione temporis* de la facultad de formular reservas[1167].

17) Tales son también las consideraciones por las que los miembros de la Comisión han decidido, por unanimidad, que convenía mostrarse especialmente vigilante en la consagración de una práctica que debía seguir siendo excepcional y muy circunscrita. Por ello, la Comisión ha decidido formular negativamente la norma sentada en el proyecto de directriz 2.3.1: el *principio* es, y debe seguir siendo, que la formulación tardía de una reserva no es lícita; sólo puede adquirir tal carácter, a título enteramente excepcional, en el caso de *que ninguna* de las demás Partes Contratantes, "haga objeciones"[1168].

---

[1166] Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Estrasburgo, 1999, pág. 94.

[1167] Cf. R. W. Edwards, Jr., "Reservations to Treaties", *Michigan Jl of International L.* 1989, pág. 383, o R. Buratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milán, Giuffrè, pág. 27, nota 65.

[1168] Sobre los problemas que plantea la expresión "haga objeciones", véase el párrafo 23 del comentario a esta directriz.

18) Por otra parte, el hecho es que *"[a]ll the instance of practice here recalled point to the existence of a rule that allows States to make reservations even after they have expressed their consent to be bound by a treaty, provided that other Contracting States acquiesce to the making of reservations at that stage"*[1169] (todas las manifestaciones de la práctica aquí recordadas indican la existencia de una regla que permite a los Estados hacer reservas incluso después de haber expresado su consentimiento en obligarse por el tratado, a condición de que los demás Estados contratantes se avengan a la formulación de reservas en esta etapa). Y, a decir verdad, cuesta imaginar qué podría prohibir al conjunto de los Estados contratantes dar su acuerdo a esa excepción, tanto si este acuerdo se analiza como una enmienda al tratado como si se ve en él el signo de una "colectivización" del control ejercitado sobre la licitud de las reservas[1170].

19) Es la exigencia de la unanimidad, aunque sea pasiva, tácita[1171], lo que hace aceptable la excepción al principio y limita los riesgos de abuso. Es un elemento indisociable de ésta, comprobada en la práctica contemporánea y conforme al papel de "guardián" del tratado que pueden asumir colectivamente los Estados partes[1172]. Pero esta exigencia sólo tiene sentido y sólo responde a sus objetivos si basta una única objeción para hacer imposible la reserva, sin lo cual el principio mismo establecido por la primera oración del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 quedaría reducido a la nada: cualquier Estado podría añadir en cualquier momento una nueva reserva a su aceptación del tratado, ya que probablemente siempre habría otro Estado contratante para no objetar

---

[1169] Giorgio Gaja, "Unruly Treaty Reservations", en *Le droit internacional à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, tomo I, pág. 312.

[1170] Este "control" debe combinarse, naturalmente, con el de los "órganos de control", cuando existan. En los caso *Chrysostomos/Loizidou*, el control estatal de la licitud *ratione temporis* de las reservas (introducidas por Turquía mediante su declaración facultativa de aceptación de los recursos individuales) se desvaneció en provecho de los órganos de al Convención Europea de Derechos Humanos (véase los párrafos 5 y 6 del comentario al proyecto de directriz 2.3.4).

[1171] Los proyectos de directrices 2.3.2 y 2.3.3 precisan las modalidades de aceptación de la formulación tardía de una reserva.

[1172] Véase el párrafo 9 del comentario a este proyecto de directriz.

esta reserva y nos hallaríamos otra vez en la situación en que se encuentran los Estados o las organizaciones internacionales en el momento en que se vuelven partes y en que, con los únicos límites fijados en los artículos 19 y 20, gozan de una amplia facultad de formular reservas.

20) Las prudencias de la práctica, las explicaciones dadas en diversas ocasiones por el Secretario General, se suman a las consideraciones doctrinales y las preocupaciones vinculadas con el mantenimiento de la seguridad jurídica para justificar, sobre este punto en concreto, una aplicación estricta de la regla de la unanimidad – en el bien entendido de que, contrariamente a la regla tradicional (salvo en América Latina) aplicable a todas las reservas, esta unanimidad se refiere a la aceptación de las reservas tardías (o, cuando menos, a la falta de toda objeción a las mismas). Pero no tiene efecto alguno sobre la participación del Estado (o de la organización internacional) reservante en el tratado mismo: en caso de objeción, permanece obligado conforme a la expresión inicial de su consentimiento; y no puede desvincularse (para, eventualmente, volver a ser parte formulando de nuevo las reservas rechazadas) con arreglo a las disposiciones del propio tratado o a las reglas generales codificadas por los artículos 54 a 64 de las Convenciones de Viena.

21) No obstante, cabe preguntarse si no habría que distinguir entre, por una parte, una objeción de principio a que se formule una reserva tardíamente y, por otra, una objeción "clásica" similar a las que cabe hacer a una reserva en aplicación del apartado b) del párrafo 4 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Parece imponerse esta distinción, pues, de otro modo, los Estados o las organizaciones internacionales contratantes sólo podrían optar por un extremo o el otro: o bien aceptar la propia reserva y el hecho de que se haya formulado tardíamente o bien impedir que la formulen el Estado o la organización, aunque puedan tener para ello motivos que las demás partes consideren justificados. Además, si no se establece esa distinción, los Estados y las organizaciones internacionales que no fueran partes en el momento en que se formulara la reserva tardía, pero pasaran a serlo después, mediante adhesión o de otra forma, se encontrarían ante un hecho consumado y, paradójicamente, no podrían hacer objeciones a una reserva tardía,

mientras que sí pueden hacerlo, en virtud del párrafo 5 del artículo 20[1173], cuando el Estado autor de la reserva la formula en el momento de expresar su consentimiento en obligarse por el Tratado[1174].

22) Así pues, cabe considerar que se exige el consentimiento unánime de las otras Partes Contratantes en lo que respecta a la *formulación tardía* de la reserva. En cambio, se aplican normalmente las reglas habituales relativas a la aceptación y a las objeciones a las reservas, según están codificadas en los artículos 20 a 23 de las Convenciones de Viena, en lo que respecta al propio contenido de la reserva tardía a la que las otras partes deben poder objetar "normalmente", cuestión sobre la que la Comisión se propone volver en la sección de la Guía de la práctica dedicada a las objeciones a las reservas.

23) Dada esta posibilidad, que no puede excluirse, por lo menos teóricamente (incluso si, hasta la fecha, no parece haber sido utilizada en la práctica[1175]), algunos miembros de la Comisión se han preguntado si era apropiado utilizar la palabra "objeción" en el proyecto de directriz 2.3.1 para designar la oposición de un Estado no a la reserva proyectada, sino a su formulación misma[1176]. Sin embargo, una mayoría de los miembros ha considerado que no era útil introducir formalmente esta distinción, dado que en la práctica se confunden ambas operaciones.

---

[1173] "Se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado o una organización internacional cuando el Estado o la organización internacional no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva *o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior*" (cursiva añadida).

[1174] Resultaría igualmente paradójico admitir que los Estados o las organizaciones internacionales que pasen a ser partes en el tratado después de que se haya aceptado la reserva puedan hacer objeciones en virtud del apartado b) del párrafo 4 del artículo 20, y las partes originales no puedan.

[1175] Pero ha ocurrido que se acepten expresamente reservas tardías (para un ejemplo, véase *supra*, nota 1157).

[1176] En este caso, al final del proyecto de directriz, la expresión "a menos que ninguna de las demás Partes Contratantes *haga objeciones*" habría podido sustituirse por: "... ninguna de las demás Partes Contratantes *se oponga*".

2.3.2. Aceptación de la formulación tardía de una reserva

Salvo que el tratado disponga otra cosa o que la práctica bien establecida del depositario sea diferente, se considerará que la formulación tardía de una reserva ha sido aceptada por una parte contratante si ésta no ha hecho ninguna objeción al respecto dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva.

Comentario

1) El proyecto de directriz 2.3.2 tiene por objeto precisar y completar la última frase del proyecto de directriz 2.3.1, que rechaza toda posibilidad de formulación tardía de una reserva "a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeciones a la formulación tardía de esa reserva".

2) Preocupados por limitar al máximo la práctica de la formulación tardía de reservas, algunos miembros de la Comisión estimaron que esa formulación debía ser objeto de una aceptación expresa.

3) Según la opinión dominante, pareció sin embargo que, del mismo modo que la aceptación de las reservas formuladas a tiempo puede ser tácita[1177], también debería poder serlo la aceptación de las reservas tardías (independientemente de que lo que se acepte sea su formulación tardía o su contenido), y por las mismas razones, parece bastante evidente que exigir expresamente el consentimiento unánime equivaldría a vaciar de todo contenido la regla (al menos en formación) de que, en determinadas condiciones, son posibles las reservas tardías, ya que, en la práctica, la aceptación expresa de las reservas, en cualquier momento, es muy poco frecuente. La exigencia de tal aceptación equivaldría de hecho a excluir toda posibilidad de formulación tardía de una reserva: es difícil imaginar que todos

[1177] Véase el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena (en el texto de 1986): "... a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado o una organización internacional cuando el Estado o la organización internacional no ha formulado ninguna observación a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado".

los Estados contratantes de un tratado de vocación universal acepten expresamente, en un plazo razonable, esa exigencia.

4) Además, ello pondría en tela de juicio la práctica seguida tanto por el Secretario General de las Naciones Unidas como por el Consejo de Cooperación Aduanera de la Organización Mundial de Aduanas (OMD), por la Organización Marítima Internacional (OMI) o por el Consejo de Europa[1178], que han considerado que la nueva reserva tenía efecto si las demás Partes Contratantes no formulaban ninguna objeción al respecto.

5) Sin embargo, queda por saber de cuánto tiempo dispondrán las demás partes contratantes para oponerse a la formulación tardía de una reserva. A este respecto, hay dos categorías de consideraciones opuestas. Por un lado, conviene dejar a los demás Estados contratantes el cuidado de examinar la reserva proyectada y reaccionar. Por otro, un plazo largo prolongará el período de incertidumbre durante el cual la suerte de la reserva (y, por consiguiente, de las relaciones convencionales) seguirá indecisa.

6) La práctica al respecto es incierta. Al parecer, los Secretarios Generales de la OMI, del Consejo de Europa y de la OMD han procedido de manera empírica y no han fijado ningún plazo preciso cuando han consultado con las demás partes contratantes[1179]. Pero no ha sido ése el caso del Secretario General de las Naciones Unidas.

7) En un principio, cuando a fines del decenio de 1970 el Secretario General implantó la práctica vigente, dio a las partes un plazo de 90 días para formular una objeción, si procediera, a una reserva tardía. No obstante, la elección de ese plazo parece haber sido un poco circunstancial, puesto que coincidía con el previsto en las disposiciones pertinentes

---

[1178] Véanse los párrafos 10 a 14 del comentario de la directriz 2.3.1.

[1179] Sin embargo, parece que el Secretario General de la OMI considera que, si no se responde en el plazo de un mes a partir de la notificación la reserva surte efecto (véase la nota 1163 *supra* y OMI, *Status of Multilateral Conventions and Instruments in Respect of Which the International Maritime Organization or its Secretary-General Performs Depositary or Other Functions as at 31 December 1999*, pág. 81, con respecto a la reserva de Liberia, y pág. 86, a la de los Estados Unidos.

del Convenio de 1931 en materia de cheques, al que Francia tenía intención de formular una nueva reserva[1180]. Por otra parte, el plazo no se aplicó luego ese plazo cada vez que un Estado aprovechaba la posibilidad de formular una nueva reserva o de modificar otra ya existente después de que hubiera entrado en vigor para él un tratado del que el Secretario General era depositario[1181].

8) En la práctica, ese plazo de 90 días resultó ser demasiado corto. Debido a los retrasos en la transmisión de la comunicación por los servicios del Asesor Jurídico a los Estados, éstos disponían de muy poco tiempo para examinar esas notificaciones y responder a ellas, sobre todo teniendo en cuenta que "esas comunicaciones pueden plantear cuestiones jurídicas complejas y las Partes en un tratado pueden considerar necesario consultarse entre sí antes de decidir si conviene o no responder y de qué manera"[1182]. Por otra parte, es significativo que en los casos en que las partes respondieron, dichas respuestas se formularon mucho después de que expirara el plazo de 90 días que en teoría se había fijado[1183]. Por esa razón, a raíz de una nota verbal de Portugal, en la que, en nombre de la Unión Europea, se dejaba constancia de las dificultades que planteaba el plazo de 90 días, el Secretario General anunció en una circular dirigida a todos los Estados Miembros un cambio en su práctica en la materia. De ahora en adelante,

> "cuando un Estado que haya expresado ya su consentimiento en quedar obligado por un tratado, formule una reserva a ese tratado, las demás partes dispondrán de un plazo de 12 meses a partir de la fecha en que el Secretario General les notifique la reserva para hacerle saber que hacen objeciones a esa reserva."[1184]

---

[1180] Véanse los párrafos 10 y 11 del comentario al proyecto de directriz 2.3.1.

[1181] Véase ibíd., párr. 12.

[1182] Nota del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas dirigida a los Representantes Permanentes de los Estados Miembros ante las Naciones Unidas, 4 de abril de 2000 (LA 41TR/221 (23-1)).

[1183] Véase la respuesta de Alemania a la reserva francesa al Convenio de 1931 en materia de cheques, que tuvo lugar un año después de la fecha de la comunicación por parte de Francia (véase la nota 1157 del comentario del proyecto de directriz 2.3.1).

[1184] Véase la nota 1182 *supra*.

9) Para tomar esa decisión, que se aplicará también en caso de modificación de una reserva ya existente, "el Secretario General se ha basado en el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena, según el cual los gobiernos disponen de un plazo de 12 meses para examinar una reserva formulada por otro Estado y decidir si conviene o no responder y de qué manera"[1185].

10) Algunos miembros de la Comisión mostraron alguna inquietud por la duración de ese plazo que presenta en efecto el inconveniente de que, durante los 12 meses siguientes a la notificación por el Secretario General[1186], la incertidumbre sobre qué clase de reserva se ha formulado es total y basta que un solo Estado haga una objeción *in extremis* para que se considere que esa reserva no se ha formulado. Algunos miembros se preguntaron por ello si no habría sido más prudente optar por una solución intermedia (por ejemplo, seis meses). No obstante, teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena y el anuncio reciente hecho por el Secretario General de sus intenciones, la Comisión estimó más razonable ajustar en ese sentido su propia posición. De todas formas, ésta guarda relación con el desarrollo progresivo y no con la codificación *stricto sensu*.

11) Asimismo, dadas las diferentes prácticas que siguen otras organizaciones internacionales como depositarias[1187], la Comisión estimó que convendría dar a un depositario la posibilidad de mantener su práctica habitual siempre que no hubiera suscitado ninguna objeción particular.

12) La redacción del proyecto de directriz 2.3.2, que trata de no poner en tela de juicio la práctica efectivamente seguida, pero encauzándola, se inspira en las disposiciones del

---

[1185] Ibíd.

[1186] Y no a la comunicación del Estado anunciando su intención de formular una reserva tardía, lo que puede parecer discutible, ya que la suerte de la reserva depende de la celeridad de que dé pruebas el depositario.

[1187] Véase el párrafo 6 del comentario a este proyecto de directriz.

párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1986[1188], adaptándolas al caso particular de la formulación tardía de reservas.

2.3.3. Objeción a la formulación tardía de una reserva

Si una parte contratante en un tratado hace objeciones a la formulación tardía de una reserva, el tratado entrará o seguirá en vigor con respecto al Estado o a la organización internacional que haya formulado la reserva sin que ésta surta efecto.

Comentario

1) El proyecto de directriz 2.3.3 deduce las consecuencias de las objeciones hechas por un Estado o una organización internacional contratante a la formulación tardía de una reserva: del proyecto de directriz 2.3.1 resulta que esta formulación es en principio imposible y que una sola "objeción" basta para impedir que la reserva produzca cualquier efecto. Es lo que implica necesariamente la expresión "... a menos que *ninguna* de las demás Partes Contratantes haga objeciones a la formulación tardía de esa reserva".

2) Dada la interpretación estricta que la Comisión quiere dar a esa regla[1189], le ha parecido sin embargo útil explicar las consecuencias, que son que las relaciones convencionales no se verán afectadas por la declaración hecha por el Estado o la organización internacional que la realice y que esa declaración no podrá considerarse como una reserva, lo que pretende significar la expresión: "... sin que ésta surta efecto", inspirada en el párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986[1190].

3) En cambio, la objeción -que su autor no ha podido justificar- produce plenos efectos si se hace en el plazo de 12 meses indicado en el proyecto de directriz 2.3.2, razón por la

---

[1188] "... a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado o una organización internacional cuando el Estado o la organización internacional no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación..."

[1189] Véase el comentario al proyecto de directriz 2.3.1, en especial los párrafos 6, 16 y 17.

[1190] "Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23..."

cual la Comisión utiliza el verbo "hacer" ("... hace objeciones") cuando se trata de éstas, a diferencia de la palabra "formular" aplicada a la reserva pretendida.

4) La Comisión tiene conciencia de que, al incluir esta disposición en la sección de la Guía de la práctica relativa a la formulación tardía de reservas, parece apartarse de la norma que se dio a sí misma de no abordar en el capítulo 2 de esta Guía más que las cuestiones de procedimiento, con exclusión de los efectos que pudieran producir las irregularidades de éste. Sin embargo, le parece que esa excepción se justifica en el presente caso porque las objeciones no solamente impiden que la declaración del autor de la reserva pretendida surta efecto, sino que se opone también a que sea considerada como reserva.

5) Por consiguiente, conviene no asimilar las "objeciones" aquí tratadas a las previstas en los artículos 20 a 23 de las Convenciones de Viena. Si bien éstas impiden que una auténtica reserva produzca todos sus efectos en las relaciones entre su autor y el Estado o la organización internacional que objete a ellas, la "objeción" a la formulación tardía de una reserva "anula" ésta como tal reserva. Para evitar esa confusión, algunos miembros de la Comisión hubieran deseado que se utilizara una terminología diferente en los proyectos de directriz 2.3.1 a 2.3.3[1191]. Sin embargo, una mayoría de los miembros estimó que la distinción era inútil[1192].

6) La Comisión se preguntó igualmente cuáles serían las modalidades particulares que deberían observarse para oponerse a la formulación tardía de una reserva al acto constitutivo de una organización internacional. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986:

> "Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización."

---

[1191] Véanse los párrafos 21 a 23 del comentario del proyecto de directriz 2.3.1, y muy especialmente la nota 1176.

[1192] Véase ibíd., párr. 23.

Esta norma, que se aplica a las reservas formuladas "a tiempo", se aplica *a fortiori* cuando la formulación es tardía. Ello parece tan evidente que no ha parecido útil precisarlo formalmente en un proyecto de directriz, quedando entendido que el principio enunciado en esa disposición se recogerá en la sección pertinente de la Guía de la práctica.

2.3.4. Exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas

Una parte contratante en un tratado no podrá excluir ni modificar el efecto jurídico de disposiciones del tratado mediante:

a) La interpretación de una reserva hecha anteriormente;

b) Una declaración unilateral hecha ulteriormente en virtud de una cláusula facultativa.

Comentario

1) La Comisión se propone desarrollar y precisar las consecuencias del principio enunciado en el proyecto de directriz 2.3.1 al examinar los problemas relativos a los efectos y a la licitud de las reservas (ya que las cuestiones esenciales son, evidentemente, qué consecuencia producirá por una parte la formulación tardía de una reserva y por otra su posible entrada en vigor cuando no haya suscitado ninguna objeción). Sin embargo, le pareció que convenía reforzar el carácter estricto de la exclusión de principio de las "reservas tardías" mediante la aprobación del proyecto de directriz 2.3.4, cuyo objeto es indicar que una Parte en un tratado no podrá eludir esa prohibición mediante procedimientos que tengan el mismo objeto que las reservas pero no respondan a la definición de éstas, sin lo cual el "encabezamiento" del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986[1193] quedaría despojado de todo efecto concreto.

[1193] En relación con el texto de esta disposición, véase la nota 1137 del comentario del proyecto de directriz 2.3.1. La Comisión no consideró útil recoger formalmente en la Guía de la práctica la norma enunciada en la disposición: ello hubiera sido redundante con la definición que figura en los proyectos de directriz 1.1 y 1.1.2.

2) Con este fin, el proyecto de directriz 2.3.4 se refiere muy especialmente a dos procedimientos: la interpretación (extensiva) de reservas anteriores por una parte, y las declaraciones hechas en virtud de una cláusula facultativa que figure en un tratado, por otra. La elección de esos dos procedimientos de "elusión" se explica por el hecho de que uno y otro se han utilizado en la práctica y esa utilización ha dado lugar a una jurisprudencia de peso. Sin embargo, no se puede excluir que los Estados o las organizaciones no gubernamentales utilicen en el futuro otros procedimientos orientados a eludir el principio enunciado en el proyecto de directriz 2.3.1; no hace falta decir que el razonamiento en que se basan las prohibiciones expresas del proyecto de directriz 2.3.4 se aplicaría entonces *mutatis mutandis*.

3) El principio según el cual no se puede formular una reserva después de la expresión del consentimiento definitivo en obligarse ha parecido suficientemente firme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para considerar, en su opinión consultiva de 8 de septiembre de 1983 sobre las *Restricciones a la pena de muerte*, que, una vez hecha[1194], una reserva "escapa" a su autor y no puede ser interpretada independientemente del propio tratado. La Corte agrega:

> *"A contrary approach might ultimately lead to the conclusion that the State is the sole arbiter of the extent of its international obligations on all matters to which the reservation relates, including even all such matters which the State might subsequently declare that it intended the reservation to cover.*
>
> *The latter result cannot be squared with the Vienna Convention, which provides that a reservation can be made only when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty (Vienna Convention, Art. 19)"*[1195].

---

[1194] La palabra "hecha" es aquí, probablemente, más apropiada que "formulada", dado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera (de manera quizá discutible) que "a reservation becomes an integral part of the treaty" (una reserva se vuelve parte integrante del tratado), lo que sólo se concibe si está "en vigor".

[1195] Opinión consultiva OC-3/83, párrs. 63 y 64. Sobre la interpretación de esta opinión consultiva, véase Giorgio Gaja (Unruly Treaty Reservations", en *Le droit internacional à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, tomo I, pág. 310).

(Un enfoque contrario correría el riesgo de llevar en definitiva a la conclusión de que un Estado es el único juez de la extensión de sus obligaciones internacionales sobre todos los puntos a que la reserva se refiere, comprendidos incluso todos los puntos que el Estado pudiese ulteriormente declarar cubiertos por la reserva.

Este último resultado no puede ser conciliado con la Convención de Viena, que dispone que una reserva sólo puede hacerse en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación del tratado o la adhesión al mismo (Convención de Viena, artículo 19).)

4) En esa misma línea, a raíz del asunto *Belilos*[1196], el Gobierno suizo modificó, en un primer momento, su "declaración interpretativa" de 1974, considerada por el Tribunal de Estrasburgo como una reserva ilícita, añadiendo a su nueva "declaración" ciertas precisiones[1197]. Criticada por la doctrina[1198], la licitud de esta nueva declaración ha sido impugnada ante el Tribunal Federal, el cual, por decisión *Elizabeth B. c. Conseil d'État du canton de Thurgovie* de 17 de diciembre de 1992, la ha invalidado, al considerar que se trataba de una nueva reserva[1199] incompatible con el párrafo 1 del artículo 64 del Convenio

---

[1196] Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo del 29 de abril de 1988, serie A, N° 132.

[1197] Véase Consejo de Europa, CEDH, *Réserves et déclarations*, Série des traités européens (STE), N° 5, pág. 17.

[1198] Véase en particular G. Cohen-Jonathan, "Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme", *R.G.D.I.P.* 1989, pág. 314. Véanse también las demás referencias dadas por J.-F. Flauss, "Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1", *Revue universelle des droits de l'homme* 1993, nota 28, pág. 300.

[1199] Ya que el Convenio Europeo de Derechos Humanos habría anulado la "declaración" de 1973 en su totalidad: "La declaración interpretativa referente al párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos formulada por el Consejo Federal en el momento de la ratificación no podía, en consecuencia, desarrollar sus efectos en el dominio del derecho penal ni en el del civil. Resulta de ello que la declaración interpretativa de 1988 no puede considerarse como una restricción, una nueva interpretación o una precisión de la reserva que existía anteriormente. Representa probablemente más bien una reserva formulada con posterioridad" (*Journal de Tribunaux*, 1995, pág. 536; texto alemán en *EuGRZ* 1993, pág. 72).

Europeo de Derechos humanos[1200]. *Mutatis mutandis*, la limitación introducida a la formulación de reservas por el artículo 64 del Convenio de Roma es análoga a la que resulta del artículo 19 de las Convenciones de Viena y hay que considerar, ciertamente, el fallo del Tribunal Federal suizo como una confirmación de la prohibición por principio de las reservas formuladas después de la expresión definitiva del consentimiento en obligarse y también, quizá, de la imposibilidad de formular una nueva reserva a cubierto de la interpretación de una reserva existente.

5) La decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Chrysostomos y otros*, lleva a la misma conclusión pero contiene una enseñanza suplementaria. En esta causa, la Comisión ha estimado que se desprendía "del claro enunciado" del párrafo 1 del artículo 64 del Convenio Europeo de Derechos Humanos "que una Alta Parte Contratante no puede, reconociendo ulteriormente el derecho al recurso individual, modificar notablemente sus obligaciones derivadas del Convenio en relación con los procedimientos previstos en el artículo 25"[1201]. También en este caso, cabe interpretar la decisión de la Comisión Europea como la confirmación de la regla resultante del párrafo introductorio de esta disposición, con la importante precisión de que un Estado no puede eludir la prohibición de las reservas posteriores a la ratificación añadiendo a una declaración hecha en virtud de una cláusula de *opting in* (que, por sí misma, no constituye una reserva[1202]) condiciones o limitaciones que tengan efectos idénticos a los de una reserva, por lo menos, cuando la cláusula facultativa no lo prevé.

---

[1200] "Cualquier Estado podrá, en el momento de suscribir este Convenio o en el momento de depositar su instrumento de ratificación, formular una reserva con respecto de cualquier disposición particular del Convenio, en el sentido de que una ley entonces en vigor en su territorio no está en conformidad con esa disposición. Las reservas de carácter general no se permitirán de acuerdo con los términos del presente artículo".

[1201] Decisión de 4 de marzo de 1991, *R.U.D.H.* 1991, pág. 200, párr. 15.

[1202] Véanse los proyectos de directrices 1.4.6 y 1.4.7 y sus comentarios en *Documentos Oficiales, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/53/10), págs. 215 a 228.

6) Aunque en el fallo *Loizidou* de 23 de marzo de 1995, el Tribunal no se haya mostrado tan preciso, se puede ver en el siguiente pasaje la confirmación de esta posición:

> "El Tribunal observa además que el artículo 64 del Convenio autoriza a los Estados a formular reservas en el momento de la firma del mismo o del depósito de sus instrumentos de ratificación. Esta facultad prevista en el artículo 64 es, no obstante limitada, puesto que se circunscribe a disposiciones particulares del Convenio..."[1203]

7) Las decisiones de los tribunales interamericano y europeo de derechos humanos y del Tribunal Federal suizo confirman el rigor de la regla contenida en el párrafo introductorio del artículo 19 de las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados y en el proyecto de directriz 2.3.1 y sacan consecuencias muy directas y concretas que explica el proyecto de directriz 2.3.4.

8) El apartado b) de este proyecto remite implícitamente a los proyectos de directrices 1.4.6 y, de forma menos directa, 1.4.7, relativos a las declaraciones unilaterales hechas en virtud de una cláusula facultativa o eligiendo entre las disposiciones de un tratado, declaraciones que la Comisión ha excluido claramente del ámbito de aplicación de la Guía de la práctica. Sin embargo, el objeto del proyecto de directriz 2.3.4 no es reglamentar esos procedimientos como tales, sino recordar que no pueden utilizarse para eludir las normas relativas a las reservas mismas.

9) Algunos miembros de la Comisión expresaron dudas acerca de la inclusión de esta directriz porque empleaba términos carentes de exactitud.

2.4.3. Momento en que *se* puede formular una declaración interpretativa

> Sin perjuicio de lo dispuesto en las directrices 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] y 2.4.7 [2.4.8], se podrá formular una declaración interpretativa en cualquier momento.

---

[1203] *Publications de la Cour européenne des Droits de l'homme, série A*, vol. 310, pág. 28, párr. 76.

Comentario

1) De la directriz 1.2, que define las declaraciones interpretativas independientemente de cualquier elemento temporal[1204], se desprende *a contrario* que una declaración interpretativa "simple" (en contraposición de una declaración interpretativa condicional) puede formularse en cualquier momento, a diferencia de una reserva. Basta pues con remitir a los comentarios que la Comisión hizo acerca de esta disposición[1205], de los que el proyecto de directriz 1.4.3 saca expresamente las conclusiones pertinentes. Esta facultad no es, sin embargo, absoluta y admite tres excepciones.

2) La primera se refiere a la hipótesis, relativamente frecuente, de los tratados que prevén expresamente que sólo puedan formularse declaraciones interpretativas respecto de ellos en uno o varios momentos especificados, como es el caso, por ejemplo, del artículo 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[1206]. Está claro que, en un caso como éste, las Partes Contratantes sólo pueden hacer declaraciones interpretativas como las previstas en la disposición que las autoriza en el [los] momento(s) especificado(s) en el tratado.

3) La Comisión se preguntó si esta excepción, que, a decir verdad, parece evidente, debía mencionarse en el proyecto de directriz 2.4.3. Le pareció, sin embargo, que esta precisión era superflua: la Guía de la práctica tiene un carácter exclusivamente supletorio y es obvio que las disposiciones de un tratado deben aplicarse con carácter prioritario si

---

[1204] Asamblea General, *Documentos Oficiales, Suplemento Nº 10*, A/54/10, pág. 194.

[1205] Ibíd., págs. 206 a 210, párrafos 21 a 32 del comentario.

[1206] "El artículo 309 [que excluye las reservas] no impedirá que un Estado, *al firmar o ratificar esta Convención o adherirse a ella,* haga declaraciones o manifestaciones, cualquiera que sea su enunciado o denominación, a fin de, entre otras cosas, armonizar su derecho interno con las disposiciones de la Convención, siempre que tales declaraciones o manifestaciones no tengan por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación a ese Estado". Véanse también, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 26 del Convenio de Basilea de 22 de marzo de 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos, o el artículo 43 del Acuerdo de Nueva York de 4 de agosto de 1995 sobre las poblaciones de peces transzonales.

contradicen las orientaciones de la Guía[1207]. Sin embargo, pareció oportuno establecer una reserva para el caso muy particular de la formulación tardía de una declaración interpretativa cuando una disposición convencional limita expresamente la facultad de formular dicha declaración *ratione temporis*; se prevé esta hipótesis en el proyecto de directriz 2.4.6, al que remite el proyecto de directriz 2.4.3.

4) La existencia de una disposición convencional expresa que limite la facultad de formular declaraciones interpretativas no constituye la única hipótesis en la que un Estado o una organización internacional se ve impedida, *ratione temporis*, de formular una declaración interpretativa. Sucede así igualmente cuando ese Estado o esa organización ha formulado ya una interpretación sobre la cual los demás contratantes se han fundado o tenían derecho a fundarse (*estoppel*). En ese caso, el autor de la declaración inicial se ve impedido de modificarla. Esta hipótesis se considerará en el marco de los proyectos de directriz relativos a la modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas[1208].

5) La tercera excepción se refiere a las declaraciones interpretativas condicionales que, contrariamente a las declaraciones interpretativas simples, no pueden formularse en cualquier momento, como se precisa en el proyecto de directriz 1.2.1 relativo a la definición de esos instrumentos[1209], que menciona expresamente el proyecto de directriz 2.4.3.

---

[1207] La Comisión se apartó, sin embargo, de ese principio en los raros casos en que quiso hacer hincapié en el carácter excepcional y derogatorio de las directrices que proponía (véanse en particular la directriz 2.3.1 y el párrafo 6 del comentario de este proyecto, *supra*).

[1208] Véase también el párrafo 31 del comentario del proyecto de directriz 1.2 Asamblea General, *Documentos Oficiales, Suplemento Nº 10*, A/54/10, pág. 209.

[1209] "Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional *en el momento de la firma, la ratificación, la confirmación formal, la aceptación o la aprobación de un tratado o la adhesión a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión a un tratado*... constituye una declaración interpretativa condicional" (ibíd., pág. 211- cursiva añadida; véanse los párrafos 15 a 18 del comentario de este proyecto, ibíd., págs. 218 y 219).

6) Este último reserva asimismo la hipótesis prevista en el proyecto de directriz 2.4.7 relativo a la formulación tardía de una declaración interpretativa condicional.

7) Por último, parecía evidente que sólo podía interpretarse un instrumento existente y que, por tanto, no era necesario precisar que la declaración sólo podía formularse después de la aprobación definitiva del texto del tratado.

### 2.4.4. [2.4.5] Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma de un tratado

Una declaración interpretativa formulada en el momento de la firma de un tratado no precisará confirmación ulterior cuando un Estado o una organización internacional exprese su consentimiento en obligarse.

#### Comentario

1) La norma según la cual no es necesario confirmar las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma de un tratado se desprende, a decir verdad, inevitablemente del principio consagrado en el proyecto de directriz 2.4.3. Ya que, salvo excepciones, las declaraciones interpretativas pueden formularse en cualquier momento, sería ilógico y paradójico exigir que fuesen confirmadas en el momento en que un Estado o una organización internacional expresasen su consentimiento definitivo en obligarse.

2) Sobre este punto existe un marcado contraste entre las normas aplicables a las reservas[1210] y las relativas a las declaraciones interpretativas, ya que el principio se invierte totalmente: las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado deben, en principio, confirmarse; no así las declaraciones interpretativas.

3) Habida cuenta del amplio alcance de la formulación del proyecto de directriz 2.4.4, la aplicación a las declaraciones interpretativas del principio enunciado en el proyecto de directriz 2.2.2[1211], según el cual no es preciso confirmar una reserva formulada en el

---

[1210] Véase el proyecto de directriz 2.2.1 y el comentario correspondiente.

[1211] Véase el comentario de este proyecto de directriz.

momento de la firma de un tratado no sometido a ratificación (acuerdo en forma simplificada), no tendría mucho sentido: el principio enunciado en el proyecto de directriz 2.4.4 es aplicable a todas las categorías de tratados, tanto los que entran en vigor por el mero hecho de su firma como los que han de ser objeto de ratificación, aprobación, aceptación, confirmación formal o adhesión.

4) Por lo demás, en la práctica, la oposición entre las normas aplicables a las reservas, por un lado, y a las declaraciones interpretativas, por otro, es menos tajante de lo que parece:

- Por una parte, nada impide a un Estado o a una organización internacional que hicieron una declaración en el momento de la firma confirmar esa declaración al expresar su consentimiento definitivo en obligarse;

- Por otra parte, el principio enunciado en el proyecto de directriz 2.4.4 no es aplicable a las declaraciones interpretativas condicionales, como se precisa claramente en el proyecto de directriz 2.4.5.

2.4.5. [2.4.4] Confirmación formal de declaraciones interpretativas condicionales formuladas en el momento de la firma de un tratado

La declaración interpretativa condicional que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la declaración interpretativa al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la declaración interpretativa ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

Comentario

1) En el proyecto de directriz 2.4.5 se introduce una excepción importante al principio enunciado en el proyecto de directriz 2.4.4, según el cual, una declaración interpretativa formulada en el momento de la firma del tratado no debe ser confirmada por su autor. Efectivamente esta norma no sería aplicable a las declaraciones interpretativas condicionales.

2) Con respecto a estas últimas, la Comisión observó, en el comentario al proyecto de directriz 1.2, que si la declaración interpretativa condicional se había formulado en el momento de la firma del tratado, debía "probablemente confirmarse... cuando se exprese el consentimiento definitivo en obligarse"[1212]. En efecto, ninguna razón lógica parece justificar una solución diferente, por una parte, para las reservas y, por otra, para la declaraciones interpretativas condicionales ante las que las demás Partes deben estar en condiciones de reaccionar llegado el caso.

3) En la práctica, se comprueba que, de manera general, los Estados que se proponen subordinar su participación en un tratado a una determinada interpretación de éste, confirman esa interpretación en el momento de expresar su consentimiento definitivo en obligarse, cuando se da en el momento de la firma o en algún otro momento anterior durante las negociaciones[1213].

4) Por derogación del principio enunciado en el proyecto de directriz 2.4.4 para las declaraciones interpretativas "simples", conviene por consiguiente aplicar a las declaraciones interpretativas condicionales las normas relativas a la confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma que figuran en el proyecto de directriz 2.2.1.

---

[1212] Asamblea General, *Documentos Oficiales, Suplemento Nº 10*, A/54/10, nota 346, pág. 219.

[1213] Véase la confirmación por Alemania y el Reino Unido de sus declaraciones formuladas en el momento de la firma del Convenio de Basilea de 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos (véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 1999*, vol. II, ST/LEG/SER.E/18 (vol. II), Nº de venta: F.00.V.2, págs. 365 a 367); véase también la práctica seguida por Mónaco con ocasión de la firma y luego de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 1999*, vol. II, ST/LEG/SER.E/18 (vol. I), Nº de venta: F.00.V.2, pág. 146), por Austria en lo que respecta al Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Arqueológico de 6 de mayo de 1959 (sitio Internet: http://conventions.coe.in/treaty/FR/cadreprincipal.htm) o por la Comunidad Europea en lo que respecta a la Convención de Espoo de 1991 (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 1999*, vol. II, ST/LEG/SER.E/18 (vol. II), Nº de venta: F.00.V.2, pág. 373). Véanse también las declaraciones de Italia o del Reino Unido acerca del Convenio de Río de 1992 sobre la Diversidad Biológica (ibíd., pág. 389).

2.4.6. [2.4.7] Formulación tardía de una declaración interpretativa

Cuando un tratado disponga que una declaración interpretativa sólo podrá formularse en momentos determinados, los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular ulteriormente una declaración interpretativa relativa a ese tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeciones a la formulación tardía de esa declaración.

Comentario

1) El proyecto de directriz 2.4.6 constituye el equivalente, para las declaraciones interpretativas, del proyecto de directriz 2.3.1. relativo a las reservas.

2) A pesar del principio enunciado en el proyecto de directriz 2.4.3, según el cual las declaraciones interpretativas se podrán formular en cualquier momento después de la aprobación del texto del tratado, las declaraciones interpretativas, al igual que las reservas, pueden ser tardías. Ese es evidentemente el caso de las declaraciones interpretativas condicionales, que, al igual que las propias reservas, sólo pueden formularse (o confirmarse) en el momento de expresar el consentimiento definitivo en obligarse, tal como se precisa en los proyectos de directrices 1.2.1[1214] y 2.4.5[1215]. Pero también puede ser así cuando se trata de las declaraciones interpretativas simples, en particular cuando el propio tratado fija el plazo en el que pueden formularse[1216]. El proyecto de directriz 2.4.6 tiene por objeto prever esta hipótesis, para la que se hace una reserva expresa en el proyecto de directriz 2.4.3.

3) La Comisión desea subrayar que no se trata de una hipótesis puramente teórica. Así por ejemplo, el Gobierno de Egipto, que había ratificado el Convenio de Basilea de 22 de marzo de 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación en 1993, sin acompañar su instrumento de ratificación de

---

[1214] Asamblea General, *Documentos Oficiales, Suplemento Nº 10*, A/54/10, pág. 211.

[1215] Véase *supra*.

[1216] Véanse los párrafos 2 y 3 del comentario del proyecto de directriz 2.4.3.

declaraciones particulares formuló, el 31 de enero de 1995, declaraciones que interpretaban determinadas disposiciones de ese tratado[1217], que limita esta posibilidad únicamente al momento en que las partes expresan su consentimiento en obligarse[1218]. Varias Partes en el Convenio impugnaron la admisibilidad de las declaraciones de Egipto, bien porque, según ellas, constituían en realidad reservas (prohibidas en el párrafo 1 del artículo 26), bien porque se habían formulado tardíamente[1219]; en consecuencia, el Secretario General de las Naciones Unidas, depositario del Convenio de Basilea, "de conformidad con la práctica seguida en casos análogos... se ha propuesto recibir en depósito las declaraciones mencionadas, salvo que un Estado contratante formule una objeción al depósito propiamente dicho o al procedimiento previsto dentro de un plazo de 90 días a partir de la fecha de su distribución"[1220]. Posteriormente, ante las objeciones formuladas por algunos Estados contratantes[1221], el Secretario General expresó "la opinión de que no está en condiciones de recibir en depósito las declaraciones hechas por Egipto"[1222] y se abstuvo de incluirlas en la sección relativa a las "Declaraciones" y sólo las reprodujo en las "Notas", acompañadas de las objeciones que se les habían formulado.

---

[1217] Véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 1999*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: F.00.V.2), págs. 368 y 369.

[1218] Según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 26 del Convenio, un Estado sólo puede, dentro de ciertos límites, formular esa clase de declaraciones "al firmar, ratificar, aceptar, aprobar o confirmar formalmente este Convenio o al adherirse a él".

[1219] Véanse las observaciones del Reino Unido, Finlandia, Italia, los Países Bajos o Suecia *(Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 30 avril 1995* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: F.96.V.5), págs. 931 y 932; la edición del año 2000 de esta publicación resulta incomprensible).

[1220] Ibíd., pág. 931.

[1221] Ibíd., párr. 328.

[1222] *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 30 avril 1995...*, pág. 932.

4) Se deduce de ese ejemplo, que no fue objeto de ninguna protesta por parte de los Estados Partes en el Convenio de Basilea, que, en el caso particular pero no excepcional en que un tratado especifique los momentos en que pueden formularse declaraciones interpretativas, conviene seguir las mismas normas que se enuncian en el proyecto de directriz 2.3.1. Los comentarios sobre esta disposición son pues aplicables, *mutatis mutandis*, al proyecto de directriz 2.4.6.

5) Es evidente que las indicaciones que figuran en los proyectos de directriz 2.3.2 y 2.3.3[1223] se pueden aplicar igualmente a la aceptación de la formulación tardía de las declaraciones interpretativas y a las objeciones a esa formulación. No obstante, la Comisión consideró que no era útil recargar la Guía de la práctica incluyendo expresamente proyectos de directriz en ese sentido.

2.4.7. [2.4.8] Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional

Los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado después de haber expresado su consentimiento en obligarse, a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeciones a la formulación tardía de esa declaración.

Comentario

1) Las consideraciones que han aconsejado a la Comisión aprobar el proyecto de directriz 2.4.6 son aplicables en todos los aspectos al proyecto de directriz 2.4.7.

2) Del proyecto de directriz 1.2.1 resulta que, al igual que una reserva, una declaración interpretativa condicional es "una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento de la firma, la ratificación, la confirmación formal, la aceptación o la aprobación de un tratado o la adhesión a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión a un tratado..."[1224]. Toda declaración interpretativa

---

[1223] Véase *supra*.

[1224] Véanse los párrafos 15 a 18 del comentario del proyecto de directriz 1.2.1 en Asamblea General, *Documentos Oficiales, Suplemento Nº 10*, A/54/10, págs. 218 y 219.

condicional que no se formule en uno de esos momentos resulta pues tardía y no puede aceptarse salvo que todas las Partes Contratantes consientan en ello, al menos de manera tácita.

3) Los comentarios relativos a los proyectos de directriz 2.3.1 y 2.4.6 son pues plenamente aplicables al proyecto de directriz 2.4.7.

## Capítulo VII

# PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

## A. Introducción

158. En su 48° período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la "Protección diplomática" era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo[1225]. Ese mismo año la Asamblea General, en su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la Comisión a que examinara el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones formuladas en el curso del debate en la Sexta Comisión y de las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49° período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, de conformidad con la citada resolución de la Asamblea General, estableció en su 2477ª sesión un Grupo de Trabajo sobre el tema[1226]. En el mismo período de sesiones el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión[1227]. El Grupo de Trabajo trató de: a) aclarar, en todo lo posible, el alcance del tema; y b) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar[1228].

159. En su 2501ª sesión, celebrada el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema.

160. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa el tema "Protección diplomática".

161. En su 50° período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial[1229]. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema[1230].

---

[1225] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/51/10), párr. 249 y anexo II, adición 1.

[1226] Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/52/10), cap. VIII.

[1227] Ibíd., párr. 171.

[1228] Ibíd., párrs. 189 y 190.

[1229] A/CN.4/484.

[1230] Las conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/53/10), párr. 108.

162. En su 51° período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John R. Dugard, Relator Especial para el tema[1231], tras la elección del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

163. En su 52° período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506 y Corr.1 y Add.1). Por falta de tiempo la Comisión aplazó el examen del documento A/CN.4/506/Add.1 hasta su siguiente período de sesiones. En la misma sesión, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículo 1, 3 y 6[1232]. Posteriormente la Comisión decidió, en su 2635ª sesión, remitir los proyectos de artículo 1, 3 y 5 a 8 al Comité de Redacción junto con el informe de las consultas oficiosas.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

164. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506/Add.1), así como su segundo informe (A/CN.4/514 y Corr.1 y 2 (en español solamente)). La Comisión examinó el documento A/CN.4/506/Add.1 en sus sesiones 2680ª y 2685ª a 2687ª, celebradas el 25 de mayo y del 9 al 11 de julio de 2001, respectivamente. La Comisión también examinó el segundo informe del Relator Especial en sus sesiones 2688ª a 2690ª, celebradas del 12 al 17 de julio de 2001. Por falta de tiempo, la Comisión sólo pudo examinar las partes del segundo informe relativas a los proyectos de artículo 10 y 11, y aplazó hasta su próximo período de sesiones el examen del resto del documento A/CN.4/514, acerca de los proyectos de artículo 12 y 13.

165. En su 2688ª sesión, celebrada el 12 de julio de 2001, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículo 9 al Comité de Redacción, y en su 2690ª sesión, celebrada el 17 de julio de 2001, decidió remitirle los proyectos de artículos 10 y 11.

166. En su 2688ª sesión la Comisión inició unas consultas oficiosas de participación abierta, presididas por el Relator Especial, sobre el artículo 9.

---

[1231] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/54/10), párr. 19.

[1232] El informe de las consultas oficiosas figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/55/10), párr. 495.

1. Artículo 9[1233]

a) Introducción del Relator Especial

167. El Relator Especial presentó la adición a su primer informe (A/CN.4/506/Add.1), que trataba del proyecto de artículo 9 sobre la nacionalidad continua, y observó que aunque el derecho de protección diplomática era una esfera en que había un amplio cuerpo de práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina, esas fuentes de derecho parecían todas apuntar a direcciones diferentes. En gran parte, la tarea que tenía ante sí la Comisión no era tanto formular nuevas reglas como escoger entre ellas. Un buen ejemplo era la cuestión de la nacionalidad continua.

168. Según la opinión tradicional, un Estado sólo podía ejercer la protección diplomática en nombre de una persona que hubiera sido nacional de ese Estado en el momento del perjuicio en que estuviera basada la reclamación y que hubiera seguido siendo nacional de ese Estado inclusive hasta el momento de la presentación de la reclamación. Esa opinión tradicional estaba abonada por la práctica de los Estados y se reflejaba en muchos acuerdos. La justificación de la opinión tradicional era, entre otras cosas, impedir que las personas buscaran el Estado que

---

[1233] El artículo 9 dice así:

Artículo 9

1. Cuando una persona perjudicada haya sufrido un cambio de nacionalidad de buena fe después de un perjuicio, el nuevo Estado de nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática en nombre de esa persona con respecto al perjuicio, siempre que el Estado de la nacionalidad original no haya ejercido ni esté ejerciendo la protección diplomática respecto de la persona perjudicada en el momento en que se produjo el cambio de nacionalidad.

2. Esta regla vale cuando la reclamación se ha transferido de buena fe a una persona o a personas que poseen la nacionalidad de otro Estado.

3. Ni el cambio de nacionalidad de la persona perjudicada ni la transferencia de la reclamación a un nacional de otro Estado afectan el derecho del Estado de la nacionalidad original a presentar una reclamación en su propio nombre por perjuicio de sus intereses generales sufridos en virtud del daño hecho a la persona perjudicada cuando ésta todavía era nacional de ese Estado.

4. La protección diplomática no podrá ser ejercida por un nuevo Estado de nacionalidad contra un Estado de nacionalidad anterior con respecto a un perjuicio sufrido por una persona cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior.

A/CN.4/506/Add.1, pág. 2.

ofreciera la protección más ventajosa, evitando así que los Estados poderosos se transformaran en "agencias de reclamación".

169. Sin embargo, la regla tradicional se criticaba por varias razones: era difícil conciliarla con la ficción de Vattel de que un perjuicio a un nacional era un perjuicio al Estado mismo; había diversas decisiones judiciales que ponían en duda su validez como regla general; su contenido se prestaba a confusión porque no estaban claras ciertas nociones capitales tales como la "fecha del perjuicio" (*dies a quo*) y la fecha hasta la cual debía continuar la nacionalidad (*dies ad quem*), su justificación ya no era válida porque los Estados eran muy prudentes cuando se trataba de conceder su nacionalidad, y la Corte observó en el asunto *Nottebohm*[1234] que un Estado demandante había de probar la existencia de un vínculo efectivo con el nacional en cuyo nombre hubiera presentado una reclamación; la regla es injusta por cuanto podía dar lugar a que se negara la protección diplomática a individuos que hubiesen cambiada involuntariamente de nacionalidad, ya como resultado de la sucesión de Estados o por otras razones, como el matrimonio o la adopción; y no reconocía que el individuo era el beneficiario último de la protección diplomática. Teniendo en cuenta sus críticas, parecía necesario que la Comisión reconsiderase la posición tradicional y adoptara una regla más flexible en que se reconociera más claramente al individuo como el beneficiario último de la protección diplomática.

170. El Relator Especial dijo también que aunque era posible mantener la regla añadiendo la excepción del cambio involuntario de nacionalidad, esto sería insuficiente. Por eso propuso que se abandonara la regla tradicional a favor de un nuevo enfoque según el cual un Estado podría presentar una reclamación en nombre de una persona que hubiera adquirido su nacionalidad de buena fe después de la fecha del perjuicio atribuible a un Estado distinto del Estado de nacionalidad anterior, siempre que el Estado original no hubiera ejercido o no estuviera ejerciendo la protección diplomática en relación con ese perjuicio. Se conservaban varias salvaguardias contra los abusos: el Estado de la nacionalidad original seguiría tenido prioridad; se aplicarían los requisitos relativos a la adquisición de la nacionalidad de buena fe y a la existencia de un vínculo efectivo entre el Estado demandante y su nacional; y no podría presentarse una reclamación contra el Estado de nacionalidad anterior por un perjuicio que hubiera ocurrido mientras el individuo hubiera sido nacional de ese Estado -esta salvaguardia salvaba las dificultades planteadas, en particular, por la Ley Helms-Burton de los Estados Unidos, que permitía que los cubanos que hubieran obtenido la ciudadanía de los Estados Unidos por naturalización iniciaran procedimientos contra el Gobierno de Cuba por las pérdidas sufridas por acciones de ese Gobierno mientras eran todavía nacionales de Cuba. El párrafo 2 hacía extensiva la nueva regla a la transferencia de reclamaciones.

b) Resumen del debate

171. El Relator Especial recibió elogios por el modo equilibrado en que trataba el tema en su informe. Al propio tiempo, se señaló que el Relator se había fijado a sí mismo la difícil tarea de impugnar una regla establecida de derecho internacional consuetudinario. De hecho, en la

---

[1234] *I.C.J., Reports* 1955, pág. 4.

Comisión se manifestó un apoyo considerable a la opinión de que la regla de la nacionalidad continua formaba parte del derecho internacional consuetudinario.

172. También se apoyó el mantenimiento de la regla tradicional, particularmente porque seguían siendo aplicables las razones en su favor, entre otras, la preocupación por evitar los abusos de parte de los individuos o de los Estados. Otros señalaron que la principal justificación de la regla de la continuidad no era solamente el peligro de abusos en el contexto de la búsqueda del foro más favorable, sino más bien el enfoque del caso *Mavrommatis*[1235] de la protección diplomática, es decir, que cada Estado "hacía valer en realidad sus propios derechos". Eso suponía que en el momento de la violación, el individuo debía haber tenido la nacionalidad del Estado que presentara la reclamación. Además, la fuerza de la práctica de los Estados y el hecho de que no hubiera pruebas de la aparición de un nuevo principio o nueva práctica eran factores contrarios a la modificación de la regla.

173. Además, se sugirió que si la Comisión siguiera la sugerencia del Relator Especial, habría que añadir una condición: que en el momento de la violación la obligación hubiera estado en vigor entre el Estado demandado y el Estado que presentara la reclamación en nombre del individuo que había adquirido posteriormente su nacionalidad, dado que era posible que el Estado demandante presentara una reclamación por la violación de una obligación que hubiera ocurrido en un momento en que la obligación no le era debida.

174. En cambio también hubo apoyo a la propuesta del Relator Especial sobre el artículo 9. Aunque se reconoció que esa regla consuetudinaria existía, se hizo referencia a las dudas acerca de la regla que se habían manifestado a lo largo del tiempo en numerosas sentencias y en los textos de varios autores. Se afirmó que incluso las reglas bien establecidas podían cambiarse cuando ya no correspondían a la evolución de la sociedad internacional y que proponer esos cambios estaba dentro del mandato de la Comisión sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional. Así pues, desde un punto de vista práctico, había interés en una evolución positiva de la institución, de modo que pudiera proteger mejor que antes los intereses de las personas y los ciudadanos. Del mismo modo, se puso en duda que los Estados se dejaran engañar fácilmente, dado que muchos habían adoptado procedimientos complejos para la adquisición de la nacionalidad.

175. Una cuestión fundamental en el debate era la relación entre la protección diplomática y la protección de los individuos en virtud del derecho internacional. Los miembros que apoyaban el nuevo enfoque del Relator Especial coincidieron en su evaluación de que la regla de la nacionalidad continua había dejado de ser útil en un mundo en que el derecho internacional reconocía los derechos individuales. Se indicó que cuando el Estado ejercía la protección diplomática no velaba por sus propios derechos, sino que trataba de asegurar el respeto de los derechos del individuo. Se dijo que, en realidad, sólo importaba la nacionalidad en el momento de la reclamación.

---

[1235] *Mavrommatis Palestine Concessions case, 1924, P.C.I.J., Series A, N° 2.*

176. Otros opinaron que la tendencia general observada en el derecho internacional a favor de la protección de los individuos no justificaba que se modificara la regla de la nacionalidad continua. Se insistió en que aunque al ejercer esa protección el Estado debía tomar en consideración los derechos humanos de la persona lesionada, la protección diplomática no era en sí una institución de derechos humanos. Tampoco era la protección diplomática el mejor mecanismo para la protección de los derechos humanos, dado su carácter inherentemente discrecional. También se señaló que la estructura de la protección diplomática moderna, basada en gran parte en los tratados, dependía mucho de unos procesos de negociación entre los Estados en que la función del Estado como "legislador" de una relación no podía separarse de su función como garante último de los derechos de que se trataba. El problema era el del modo de salvaguardar los derechos del individuo y los del Estado sin trastornar el delicado equilibrio que existía entre ellos.

177. Al mismo tiempo, hubo acuerdo en que había que dar más flexibilidad a la regla para evitar que tuviera resultados no equitativos. Aunque los que apoyaban la propuesta del Relator Especial opinaban que esto requería una revisión de la propia regla, la mayor parte de los miembros preferían una solución intermedia por la cual se conservaría la regla tradicional, aunque sujeta a ciertas excepciones para tener en cuenta las situaciones en que el individuo no tendría de otro modo la posibilidad de obtener la protección de un Estado. Se propuso que las excepciones básicas se refirieran a los cambios involuntarios de nacionalidad de la persona protegida, derivados de la sucesión de Estados, el matrimonio y la adopción. También se propuso ampliar el alcance de esta regla para que abarcara otros casos en que existían diferentes nacionalidades como resultado de los cambios en la reclamación derivados de, por ejemplo, la herencia y la subrogación. También se sugirió que podían preverse otras excepciones para los apátridas y para las situaciones en que fuera imposible aplicar la regla de la continuidad debido, por ejemplo, a la desaparición del Estado de la nacionalidad original por disolución o desmembración. Sin embargo, se expresaron dudas, por ejemplo, en cuanto a la distinción entre casos de cambio "involuntario" y "voluntario" de nacionalidad.

178. En lo relativo al párrafo 1 de la propuesta del Relator Especial, se sugirió que se modificara de modo que se enunciara la regla tradicional. Además, se manifestó la opinión de que el requisito del cambio de nacionalidad de buena fe era demasiado subjetivo y planteaba problemas, particularmente en el contexto de los cambios de nacionalidad de las personas jurídicas. Se sugirió que la exigencia de un vínculo "efectivo", propugnada en el asunto *Nottebohm*, sería suficiente salvaguardia contra los abusos. También se propuso que se aclarara la referencia al "cambio de nacionalidad" indicando que se había perdido la nacionalidad original, a fin de evitar la posibilidad de que se presentaran reclamaciones concurrentes. También se indicó que la frase no era adecuada porque no especificaba el derecho aplicable ni las condiciones en las que ocurría ese "cambio".

179. Respecto del párrafo 2 se sugirió que se hiciera una distinción entre la transferencia de reclamaciones entre personas jurídicas y entre personas físicas y que las personas jurídicas quedaran excluidas del ámbito de los proyectos de artículo. Sin embargo, se recordó que, en su anterior período de sesiones, la Comisión había considerado que más adelante podría reconsiderar la cuestión de si convenía incluir o no la protección de las personas jurídicas en los

proyectos de artículo[1236]. El Relator Especial confirmó que entendía que su mandato abarcaba la cuestión de las personas jurídicas, pero no la protección que ofrecían las organizaciones internacionales. Indicó que se proponía preparar disposiciones concretas sobre la regla de la nacionalidad continua y la transferibilidad de las reclamaciones en el contexto de las personas jurídicas. También se expresaron serias dudas sobre si el concepto de cesión estaba bien fundado.

180. Se afirmó que la cuestión de la transferibilidad de las reclamaciones era cuestión que debía recibir más atención de la que se le daba en el informe. Se expresó la opinión de que el párrafo 2 tenía que ser más restrictivo, de modo que la regla de la continuidad sólo pudiera dejarse de lado en lo que respecta a la situación de las transferencias involuntarias de reclamaciones, por ejemplo, por fallecimiento de la persona perjudicada, y no en lo que se refiere a las transferencias voluntarias. También se sugirió que se aclarara el sentido de las palabras "reclamación internacional".

181. En cuanto al párrafo 3, se expresó la opinión de que no convenía disociar el interés general del Estado demandante del individuo lesionado. Del mismo modo, se defendió la opinión de que el párrafo podía crear confusión porque parecía guardar tanta relación con la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos como con la protección diplomática.

182. Aunque el párrafo 4 recibió algún apoyo, se propuso que se formulara en términos más amplios. También se señaló que la disposición podría plantear problemas, dado que la legislación interna de algunos Estados no permitía que los nacionales perdieran su nacionalidad. En cuanto a la cuestión de la Ley Helms-Burton, se afirmó que el posible carácter ilícito de la Ley dependía más de su aplicación extraterritorial que de cualquier incompatibilidad con la regla expresada en el párrafo.

183. Se sugirió que la Comisión examinara las siguientes cuestiones adicionales relativas a la nacionalidad de las reclamaciones: 1) el caso de las organizaciones internacionales, que ejercen una protección funcional y una protección diplomática para uno de sus funcionarios (por ejemplo, la opinión consultiva relativa a las *Reparaciones por perjuicios*[1237]); 2) el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a presentar una reclamación en nombre de la tripulación y posiblemente también de los pasajeros del buque o aeronave, independientemente de la nacionalidad de los interesados[1238]; 3) el caso en que un Estado ejerce la protección diplomática en nombre de un nacional de otro Estado porque éste ha delegado en el primer

---

[1236] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 10* (A/55/10), párr. 495.

[1237] "Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)", *I.C.J., Reports 1949*, pág. 174.

[1238] Véase *M/V "Saiga" (Nº 2) (Saint Vicent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia de 1º de julio de 1999, párr. 172.

Estado el derecho de hacerlo; y 4) el caso en el que un Estado o una organización internacional administra o controla un territorio.

c) Observaciones finales del Relator Especial

184. El Relator Especial reiteró su opinión de que la ficción jurídica de Vattel, según la cual el Estado protege sus propios intereses cuando actúa en nombre de sus nacionales, no constituía la base de la regla de la nacionalidad continua, porque suponía que solamente el Estado de nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio podía ser el Estado demandante, independientemente de si el individuo lesionado conservaba todavía la nacionalidad del Estado en el momento de presentarse la reclamación. Admitió que su propuesta relativa a la redacción del artículo 9 era innovadora y aunque algunos oradores habían apoyado su propuesta, eran una minoría. Sin embargo, había habido acuerdo unánime en que se necesitaba flexibilidad y algunos cambios. Esto debería realizarse con la inclusión de excepciones razonables a la regla, particularmente en el contexto de la sucesión de Estados y del matrimonio. El Comité de Redacción también tenía que considerar si la naturalización tras un largo período de residencia podía constituir una excepción a la regla. También recordó que se habían expresado varias críticas válidas, en particular en relación con la noción del cambio de nacionalidad de buena fe, y que algunos oradores consideraban que no se había prestado suficiente atención a la cuestión de la transferencia de reclamaciones. También observó que habría que seguir estudiando las cuestiones del *dies a quo* y *dies ad quem*.

2. Artículo 10[1239]

a) Introducción por el Relator Especial

185. El Relator Especial, al presentar el proyecto de artículo 10 y la norma de agotamiento de los recursos internos en general, declaró que evidentemente dicha norma era una norma consuetudinaria de derecho internacional, que había sido afirmada por la Corte Internacional de

---

[1239] El proyecto de artículo 10 dice lo siguiente:

Artículo 10

1. Un Estado no podrá interponer una acción internacional por el hecho de que un súbdito suyo, sea una persona natural o jurídica, haya sufrido un daño antes de que éste, con sujeción al artículo 15, haya agotado todos los recursos legales internos que existan en el Estado al que se impute la responsabilidad por el daño.

2. Por "recursos legales internos" se entenderá a aquellos que puedan interponer con arreglo a derecho las personas naturales o jurídicas ante tribunales judiciales o administrativos o ante autoridades ordinarias o especiales.

A/CN.4/514, pág. 3.

Justicia en los casos *Interhandel*[1240] y *Elettronica Sicula (ELSI)*[1241]. La norma estaba basada en el respeto de la soberanía del Estado huésped así como de sus órganos judiciales. El Relator Especial recordó que un proyecto de artículo sobre la normas de agotamiento de los recursos internos había sido incluido en el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado (proyecto de artículo 22) aprobado en 1996 en primera lectura[1242] pero que desde entonces la Comisión había decidido que la cuestión se trataría en el proyecto de artículos sobre protección diplomática.

186. El proyecto de artículo 10 tenía por objeto establecer el contexto para los artículos subsiguientes sobre agotamiento de los recursos internos. En el párrafo 1 se afirmaba la existencia de la norma y su aplicación a personas naturales o jurídicas. Sin embargo el artículo no se aplicaba en los casos relativos a diplomáticos o empresas del Estado que realizaban *acta jure imperii*, con daño directo al Estado y, por consiguiente, no requerían el agotamiento de los recursos internos.

187. El Relator Especial observó además que no siempre era posible mantener la distinción entre normas primarias y secundarias en todo el proyecto de artículos sobre protección diplomática. La distinción había sido importante en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, pero no lo era tanto tratándose de la protección diplomática. Esto se debía a que el concepto de denegación de justicia formaba parte importante de la mayoría de los esfuerzos de codificación de la norma relativa a los recursos internos. Aunque antes había sido de opinión que la cuestión de la denegación de justicia entrañaba una norma primaria y no debía tratarse, ahora pensaba más bien que la cuestión debería ser tenida en consideración.

188. El párrafo 2 se refería al contenido de la norma sobre los recursos internos. Todos los recursos internos debían agotarse antes de que se iniciara una acción internacional. Sin embargo existían dificultades en cuanto a la definición del término "recursos legales". Evidentemente, éstos comprendían todos los recursos judiciales disponibles conforme al derecho interno, así como los recursos administrativos, cuando se disponía de ellos como un derecho pero no cuando tenían carácter discrecional o se otorgaban a título graciable. Observó además que el caso *Ambatielos*[1243] había suscitado ciertas dificultades al exigir que el demandante agotara "todo el sistema de protección legal" previsto en el derecho interno. La decisión constituía una advertencia en el sentido de que el demandante que no presentara su caso debidamente en el plano interno no podría volver a plantear la cuestión a nivel internacional. También hizo referencia al principio de que se requería que el extranjero presentase ante los tribunales internos

---

[1240] *I.C.J., Reports 1959*, pág. 6.

[1241] *I.C.J., Reports 1989*, pág. 15.

[1242] *Documentos de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/51/10), párr. 65.

[1243] *U.N.R.I.A.A.*, vol. 12, pág. 120.

todos los argumentos que tenía intención de presentar a nivel internacional. Por último, el párrafo 2 requería que, para que se aplicase la norma, los recursos en cuestión estuvieran disponibles tanto en la teoría como en la práctica.

b) Resumen del debate

189. Se expresó apoyo a la idea de que la norma de agotamiento de los recursos internos era una norma bien establecida del derecho internacional consuetudinario. También se expresó apoyo al planteamiento del Relator Especial de tratar el tema en varios artículos, en lugar de un solo artículo largo, aunque se sugirió que el artículo 10 podía redactarse nuevamente como una definición sintética de la norma que estaría seguida por disposiciones más específicas. Al mismo tiempo, se observó que la especificidad debía tener un límite, puesto que la aplicación de la norma de los recursos internos dependía en gran medida del contexto.

190. En lo que respecta al párrafo 1, se sugirió que se aprobase la referencia a una "acción internacional" y que las palabras "recursos ... que existan" merecían un examen más detenido. Además, se observó que no se había mantenido el criterio de eficacia que tradicionalmente había sido un aspecto de la norma. Se expresó la opinión de que si no se añadía el adjetivo "eficaces", la referencia a "todos" los recursos legales internos sería demasiado amplia e impondría una carga excesiva a la persona que había sufrido el daño. Por otra parte, se expresaron dudas en cuanto a insertar el requisito de "eficaces", puesto que dicho criterio podría resultar altamente subjetivo y suscitaría inevitablemente un debate sobre la cuestión de un juicio con las debidas garantías, que era una cuestión controvertida en derecho internacional. Además, se sugirió que se suprimiera la referencia a "una persona natural o jurídica", en la inteligencia de que el proyecto de artículos se aplicaba tanto a las personas naturales como a las jurídicas, a menos que se declarase expresamente lo contrario.

191. En lo que respecta a la definición de "recursos legales internos" que figuraba en el párrafo 2, se observó que cada Estado regulaba sus recursos de conformidad con sus propios procedimientos, y, en muchos casos, con su derecho constitucional. Se sugirió que en el párrafo podría enunciarse el propósito de los recursos que debían agotarse; en algunos casos se disponía de recursos internos a fin de evitar el daño mientras que en otros sólo se disponía de ellos para otorgar reparación.

192. En cuanto a la palabra "legales", se sugirió que ésta podía abarcar todas las instituciones jurídicas de las cuales una persona tenía derecho a esperar una decisión, un fallo, o una resolución administrativa. Según otra opinión la palabra "legales" resultaba superflua. Si bien se expresó apoyo al Relator Especial en su parecer de que los recursos no legales o discrecionales deberían quedar excluidos del ámbito de la norma de recursos internos, se observó que lo importante era el resultado y no el medio que permitía alcanzar el resultado. Se puso en tela de juicio si la palabra "internos" abarcaba la presentación de una reclamación ante un mecanismo regional de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

193. Se expresó la opinión de que el Relator Especial había hecho una interpretación demasiado estricta de los "recursos administrativos". Se solicitó que se aclarase la referencia hecha en el informe (párr. 14) a los recursos administrativos interpuestos ante un tribunal, puesto que no era

posible presentar muchos de esos recursos a los tribunales. También se preguntó si el recurso a un defensor del pueblo podía considerarse como un "recurso interno" administrativo.

194. Se manifestó apoyo al punto de vista del Relator Especial de que la distinción entre normas primarias y secundarias no era necesaria en todos los casos, y de que una adhesión rígida a esa distinción podía tener por resultado la exclusión del concepto de denegación de justicia. Por otra parte, se declaró que no era necesario establecer una disposición sobre la denegación de justicia, puesto que se trataba de un ejemplo, entre otros, de casos en que los recursos internos no eran "eficaces".

195. Se expresaron dudas en cuanto a la "norma" aplicada en el caso *Finnish Ships Arbitration*[1244] con arreglo a la cual se requería que el demandante presentase en los procedimientos de derecho interno todos los argumentos que tenía intención de presentar en los procedimientos internacionales. Se observó que la norma debería aplicarse de manera flexible a fin de reconocer que, si bien un argumento podía ser suficiente para sustentar una reclamación a nivel interno, podía no serlo a nivel internacional.

c) Observaciones finales del Relator Especial

196. El Relator Especial observó que, si bien el artículo 10 había sido aceptado en gran medida por los oradores, se habían hecho una serie de sugerencias en materia de redacción que serían examinadas por el Comité de Redacción. Aceptó las críticas relativas a la inclusión de la expresión "persona natural o jurídica". Señaló que había sido su intención tratar por separado en un artículo la cuestión de la eficacia. Sin embargo, reconoció que siempre sería necesario indicar en el artículo 10 que el recurso debía estar disponible y ser eficaz, a fin de reflejar la opinión prevaleciente en el derecho internacional. Si bien es cierto que, en muchos casos, el criterio de disponibilidad era adecuado, existían ejemplos (como en el caso *Robert E. Brown Claim*[1245]) de situaciones en las que era necesario examinar la eficacia del recurso interno en el contexto del sistema judicial del Estado demandado, lo cual significaba poner en tela de juicio las normas de justicia aplicadas en dicho Estado.

197. Explicó además que el párrafo 2 había sido un intento de presentar una definición amplia de los recursos internos, de modo que se indicara que una persona debía agotar toda la gama de los recursos jurídicos disponibles. La cuestión crucial no era el carácter ordinario o extraordinario del recurso legal, sino si éste entrañaba la posibilidad de un medio efectivo de reparación.

198. Además, observó que se habían hecho algunas críticas de la "norma" de que el demandante extranjero debía plantear en los procedimientos de derecho interno todos los argumentos que pensaba presentar en los procedimientos internacionales. Admitió que esta cuestión entrañaba ciertas dificultades y que por esa razón no la había incluido en la propia disposición.

---

[1244] *U.N.R.I.A.A.*, vol. 3, 1484.

[1245] *U.N.R.I.A.A.*, vol. 6, 120.

199. En cuanto a la cuestión de mantener una distinción entre normas primarias y secundarias y la conveniencia de incluir una disposición sobre la denegación de justicia, señaló que se habían expresado diversos puntos de vista en cuanto a la inclusión de dicho concepto.

3. Artículo 11[1246]

a) Introducción del Relator Especial

200. El Relator Especial explicó que el proyecto de artículo 11 trataba de la distinción entre reclamaciones "directas" e "indirectas" a los efectos de la norma de agotamiento de los recursos internos. Esta disposición era necesaria en el proyecto de artículos a fin de comprobar cuáles eran los casos a los que se aplicaba el proyecto de artículos. El principio fundamental era que la norma se aplicaba sólo cuando se había causado un daño a un nacional de un Estado, es decir cuando éste había sido afectado "indirectamente" por intermedio de su nacional. La norma no se aplicaba cuando se había causado un daño directo al propio Estado.

201. Se proponían dos criterios para determinar el tipo de daño de que se trataba: 1) un criterio de preponderancia y 2) un criterio *sine qua non*. Sugirió que podía ser suficiente adoptar sólo uno de estos criterios. Conforme al primero, la cuestión era saber si el daño se había causado preponderantemente al nacional del Estado demandante, en cuyo caso sería indirecto y se aplicaría la norma de agotamiento de los recursos internos. De otra manera, aplicando el criterio *sine qua non*, sería necesario establecer si la reclamación hubiera sido presentada en caso de no haber sufrido un daño el nacional del Estado demandante. Observó que en la literatura especializada se habían propuesto también otros criterios, entre los cuales: el "objeto" de la controversia, el "carácter" de la reclamación; y el carácter del recurso presentado. Por ejemplo, si un Estado sólo solicitaba una resolución declarativa, esto constituiría una indicación de que el daño era directo. En cambio, en los casos en que un Estado trataba de obtener una resolución declarativa así como una reparación por el daño causado a la persona, el tribunal tendría que decidir cuál era el factor preponderante. Además, manifestó que era necesario prevenir la posibilidad de que un Estado intentase obtener una resolución declarativa tan sólo para evitar la norma de agotamiento de los recursos internos. A su juicio, los tres factores adicionales debían tenerse en cuenta al decidir si una reclamación era "preponderantemente" directa o indirecta.

---

[1246] El proyecto de artículo 11 dice lo siguiente:

Artículo 11

Los recursos internos estarán agotados cuando una reclamación internacional, o la petición de un fallo declaratorio relacionado con la reclamación, se presente preponderantemente sobre la base del daño sufrido por un nacional y en los casos en que los procedimientos legales en cuestión no se habrían iniciado si no hubiera sufrido el daño el nacional. [Al decidir el asunto deberán tenerse en cuenta factores como el recurso interpuesto, el carácter de la reclamación y el objeto de la controversia.]

A/CN.4/514, pág. 10.

No era necesario una mención expresa de los factores como tales en el proyecto de artículo. Sin embargo, la referencia se había dejado entre corchetes con miras a que la Comisión diese una orientación sobre su posible inclusión.

b) Resumen del debate

202. Si bien se expresó apoyo al artículo 11 que, según se estimó, reflejaba la práctica prevaleciente, se indicó también que éste requería mayor reflexión. Entre las propuestas presentadas figuraban reunir los artículos 10 y 11 y suprimir enteramente el artículo 11, que rebasaba el marco de la protección diplomática.

203. Se observó que los términos de daño "directo" e "indirecto" eran equívocos. Se hizo referencia a la distinción hecha en los países de lengua francesa entre "*dommage médiat*" y "*dommage immédiate*" (daño "mediato" e "inmediato"). El daño "inmediato" era el sufrido directamente por el Estado. El daño "mediato" o remoto era el sufrido por el Estado en la persona de sus nacionales.

204. Se expresó el parecer de que las principales dificultades que presentaba la disposición estaban relacionadas con la evaluación de la "preponderancia" cuando se trataba de una situación de reclamación mixta. Se señaló además que podían surgir casos en que no era posible aplicar el criterio de preponderancia debido a que el daño sufrido por el Estado era equivalente al que había sufrido la persona. Se expresó también la opinión de que no debía considerarse que los dos criterios se aplicaban de manera acumulativa y que no debía requerirse que el criterio de preponderancia se aplicara antes que el criterio *sine qua non*. Se señaló asimismo que, si bien en el caso *Elttronica Sicula (ELSI),* había prestado cierto apoyo al criterio subjetivo, en dicho caso el elemento considerado pertinente, al igual que el caso *Interhandel,* fue si se trataba sustancialmente de una misma controversia y si ésta se hallaba en relación con el daño causado a un nacional.

205. En cuanto a la cuestión de recurrir a una resolución declarativa, se observó que un Estado lesionado tenía derecho a exigir que cesara la violación del acuerdo, sin antes tener que recurrir a recursos internos.

206. Con referencia a la lista de otros factores que debían tenerse en cuenta, se expresó la opinión de que ésta podría suprimirse, puesto que no era la práctica establecida incluir ejemplos ilustrativos en un texto de codificación. Por el contrario, se declaró que, puesto que la oración que figuraba entre corchetes establecía criterios más que ejemplos, y que cualquier decisión sobre el asunto era inherentemente subjetiva, sería útil mantener la oración que figuraba entre corchetes.

c) Observaciones finales del Relator Especial

207. El Relator Especial recordó que se habían hecho diversas sugerencias en materia de redacción y se refirió a otras cuestiones que tendrían que ser examinadas por el Comité de Redacción, en particular la posibilidad de que sólo se aplicase el criterio de preponderancia. Observó que se habían manifestado opiniones discrepantes sobre los factores adicionales que figuraban entre corchetes y tomó nota asimismo de la crítica hecha de los términos daño "directo" e "indirecto". Señaló que, si bien esos términos se habían utilizado en el informe, no se habían empleado en el propio proyecto de artículo.

## Capítulo VIII

# ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

## A. Introducción

208. En el informe sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión propuso a la Asamblea General que se incluyera, como tema apropiado para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, el derecho de los actos unilaterales de los Estados[1247].

209. La Asamblea General, en el párrafo 13 de su resolución 51/160, entre otras cosas invitó a la Comisión a que prosiguiera el examen del tema titulado "Actos unilaterales de los Estados" e indicara su alcance y contenido.

210. En su 49° período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre ese tema, que informó a la Comisión sobre la oportunidad y factibilidad del estudio del tema, sus posibles alcance y contenido y un esquema para el estudio del tema. Además, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo[1248].

211. También en su 49° período de sesiones la Comisión nombró al Sr. Víctor Rodríguez Cedeño Relator Especial sobre el tema[1249].

212. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.

213. En su 50° período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí y examinó el primer informe del Relator Especial sobre el tema[1250]. De resultas del debate, la Comisión decidió constituir el Grupo de Trabajo sobre los Actos Unilaterales de los Estados.

---

[1247] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/51/10), págs. 249 y 250 y 357 a 359.

[1248] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/52/10), párrs. 196 a 210 y 194.

[1249] Ibíd., párrs. 212 y 234.

[1250] A/CN.4/486.

214. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión sobre cuestiones relacionadas con el alcance del tema, su enfoque, la definición de los actos unilaterales y la futura labor del Relator Especial. En el mismo período de sesiones, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo[1251].

215. En su 51° período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo ante sí y examinó el segundo informe del Relator Especial sobre el tema[1252]. A raíz de las deliberaciones, la Comisión decidió reconstituir el Grupo de Trabajo sobre los Actos Unilaterales de los Estados.

216. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión acerca de las cuestiones relacionadas con: a) los elementos básicos de una definición operativa de los actos unilaterales como punto de partida del trabajo ulterior sobre el tema, así como de la reunión de los elementos de la práctica pertinente de los Estados; b) el establecimiento de directrices generales para la reunión de la práctica de los Estados, y c) la dirección en que había de desarrollarse la labor futura del Relator Especial. En relación con el punto b), el Grupo de Trabajo estableció las directrices para un cuestionario que la Secretaría había de enviar a los Estados, en consulta con el Relator Especial, para pedirles materiales e información sobre su práctica en la esfera de los actos unilaterales, así como su parecer respecto de determinados aspectos del estudio de la Comisión sobre el tema.

217. En su 52° período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial sobre el tema[1253], junto con el texto de las respuestas recibidas de los Estados[1254] al cuestionario sobre este tema distribuido el 30 de septiembre de 1999. En su 2633ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2000, la Comisión decidió remitir los proyectos revisados de los artículos 1 a 4 al Comité de Redacción y el proyecto revisado del artículo 5 al Grupo de Trabajo sobre el tema.

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

218. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/519).

219. La Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial en sus sesiones 2693ª, 2695ª y 2696ª, celebradas los días 20, 25 y 26 de julio de 2001, respectivamente.

---

[1251] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/53/10), párrs. 192 a 201.

[1252] A/CN.4/500 y Add.1.

[1253] A/CN.4/505.

[1254] A/CN.4/500 y Add.1.

1. Presentación por el Relator Especial de su cuarto informe

220. El Relator Especial indicó que su cuarto informe trataba de dos cuestiones fundamentales: la elaboración de criterios para establecer una clasificación de los actos unilaterales y la interpretación de los actos unilaterales, en el contexto de unas reglas comunes a todos los actos unilaterales, independientemente de su contenido material.

221. El Relator Especial señaló que el informe se había preparado sobre la base de una literatura muy amplia, los comentarios de los miembros de la Comisión y de los gobiernos, así como de la jurisprudencia y la práctica de algunos Estados que se mencionaba en el informe. Se destacó que, tras un período inicial de escepticismo, la mayoría de los gobiernos habían considerado más favorablemente la labor emprendida sobre este tema. Además, indicó que lo importante era llegar a acuerdo sobre la parte general del tema, particularmente en lo que se refiere a la estructura, y que, por el momento, no parecía factible ni conveniente elaborar proyectos de artículos sobre las categorías especiales de los actos unilaterales.

222. El Relator Especial señaló que había pedido orientaciones a la Comisión sobre las cuestiones relativas a las causas de invalidez de los actos unilaterales, la determinación del momento en que empezaron a producirse los efectos jurídicos de un acto unilateral, lo que a su vez llevaría a la determinación del momento en que el acto es oponible o exigible. Explicó que era de importancia fundamental distinguir el momento en que el acto nacía y producía efectos jurídicos, conservando su carácter unilateral, del momento en que se materializaba, con lo que adquiría un elemento bilateral aunque nunca perdiera su carácter estrictamente unilateral.

223. En lo que se refiere a la cuestión del silencio en relación con los actos unilaterales, el Relator Especial señaló que no puede definirse el silencio como un acto jurídico en el sentido de que se ocupa la Comisión.

224. En lo que respecta a las declaraciones interpretativas, el Relator Especial indicó que en general estaban vinculadas a un texto preexistente, pero opinaba que en los casos en que las declaraciones iban más allá de las obligaciones contenidas en el tratado, las declaraciones pasarían a ser actos independientes por los cuales un Estado podría asumir compromisos internacionales; esas declaraciones interpretativas se incluirían así entre los actos unilaterales incluidos en el ámbito del tema.

225. Por el contrario, las contramedidas, en opinión del Relator Especial, no podían considerarse dentro del mismo contexto porque constituían una reacción de un Estado, con lo que carecían de la necesaria autonomía, y porque no se formulaban de forma expresa con la intención de producir efectos jurídicos.

226. El Relator Especial indicó que la clasificación de los actos unilaterales era difícil; un acto podía calificarse de diversas maneras e incluirse en una o más categorías de los actos unilaterales clásicos. Propuso que la clasificación se basara en el criterio de los efectos jurídicos. En consecuencia, habría dos categorías principales: los actos por los que un Estado asume obligaciones y los actos por los que un Estado reafirma un derecho. Entre los primeros cabe citar, por ejemplo, las promesas, las renuncias e incluso el reconocimiento, mientras que las

protestas son un ejemplo de la segunda categoría. También propuso que la Comisión dedicara su atención a los actos incluidos en la primera categoría indicada.

227. En lo que respecta a la interpretación de los actos unilaterales y las reglas aplicables, en opinión del Relator Especial las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 podía constituir una referencia válida en la elaboración de reglas para la interpretación de los actos unilaterales, como lo ponían de manifiesto algunos laudos arbitrales. También afirmó que esas reglas de interpretación sería comunes a todos los actos unilaterales. A este respecto, señaló que la interpretación de buena fe de un acto y en relación con el contexto en que tenía lugar sería ciertamente aplicable a los actos unilaterales. El contexto también incluiría, a los efectos de la interpretación, el preámbulo de una declaración y sus anexos. Según el Relator Especial, la práctica ulterior también podría ser importante para la interpretación de los actos unilaterales.

228. Por el contrario, opinaba que no cabía la posibilidad de recurrir al objeto y el fin de un tratado para interpretar un acto unilateral; el razonamiento era que se trataba de cuestiones específicamente aplicables a las relaciones convencionales. El Relator Especial opinaba que los medios complementarios de interpretación, como los trabajos preparatorios y las circunstancias en las que tiene lugar un acto unilateral, podrían considerarse para interpretar el acto. En cuanto a los trabajos preparatorios, aunque en muchos casos resultan difíciles de obtener, podían ser útiles no obstante como recurso subsidiario de interpretación, como lo indicaba la jurisprudencia citada en el informe. Los tribunales internacionales también recurrían a las circunstancias para interpretar la intención de un Estado que realiza un acto unilateral.

229. Por último, el Relator Especial indicó que los dos proyectos de artículos que proponía[1255], sobre una regla general de interpretación y los medios complementarios de interpretación, se

---

[1255] El proyecto de artículo a) dice lo siguiente:

> Regla general de interpretación:
>
> 1. Un acto unilateral deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido ordinario que se atribuya a los términos de la declaración en su contexto y a la luz de la intención del Estado que lo formula.
>
> 2. A los fines de la interpretación de un acto unilateral, el contexto comprende además del texto, su preámbulo y anexos.
>
> 3. Además del contexto, habrá de tenerse en cuenta toda práctica ulterior seguida en aplicación del acto y toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en la relación entre el Estado o los Estados autores y el Estado y los Estados destinatarios.

basaban en las disposiciones de Viena, con las modificaciones correspondientes a la especificidad del acto unilateral.

2. Resumen del debate

230. Algunos miembros reiteraron la importancia del tema y expresaron su satisfacción por las referencias que se hacían en el informe a la doctrina y a las decisiones judiciales sobre actos unilaterales, aunque también se afirmó que para analizar la validez y los efectos jurídicos de los actos unilaterales sería muy útil disponer de más información fáctica sobre los casos citados.

231. Se dijo que podría prestar más atención a la incidencia de los actos unilaterales, aunque se reconoció que esto podría ser bastante complicado dado que los tribunales sólo recurrían al acto unilateral con precedente cuando no tenían otra cosa en que basarse.

232. Algunos miembros consideraban que el tema de los actos unilaterales no se prestaba a la codificación, especialmente considerando las dificultades con que se tropezaba para definir y clasificar los actos. Estimaban que la insistencia en la autonomía de los actos y el concepto del "acto" seguían planteando dificultades; a este respecto se dijo que sería preferible hablar de una "matriz de comportamiento" del Estado que implica algún tipo de reacción por parte de otro Estado.

233. También se afirmó que seguir discutiendo sobre cuestiones altamente teóricas relacionadas con el tema tendía a reducir la relativa y frágil claridad que se había conseguido y, a este respecto, se indicó que podría ser útil abordar el tema desde un punto de vista más práctico.

234. En lo que se refiere al alcance del tema, se señaló que seguía siendo demasiado limitado y que convendría ampliarlo para incluir los actos unilaterales no autónomos. Además, se manifestó la esperanza de que se estudiaran más a fondo las cuestiones del *estoppel*, particularmente su relación con las renuncias, así como el silencio. No obstante, también hubo quien apoyó el mantenimiento de una definición restrictiva de los actos unilaterales que abarque los actos que crean derechos y obligaciones como fuente de derecho internacional.

---

El proyecto de artículo b) dice así:

Medios complementarios de interpretación

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de la formulación del acto para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo a) o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo a):

a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

235. Se puso de relieve el hecho de que en algunos casos, tales como la ocupación efectiva, se necesitaba una serie de actos unilaterales para que se produjeran efectos jurídicos, mientras que el cuarto informe parecía limitarse a los actos unilaterales únicos. También se manifestaron dudas en cuanto a la pertinencia a referirse a las declaraciones interpretativas y las contramedidas en el contexto de los actos unilaterales.

236. Se manifestaron diversas opiniones sobre la clasificación de los actos unilaterales propuesta por el Relator Especial. Según una opinión, había actos que podían pertenecer a ambas categorías, por ejemplo una declaración de neutralidad, según la cual un Estado no sólo asumía obligaciones sino también reafirmaba sus derechos, o una declaración de guerra. Según otra opinión, la segunda categoría propuesta, es decir, los actos unilaterales por los cuales un Estado reafirmaba sus derechos, tendría que ampliarse para incluir los actos que crean o reafirman derechos. También se expresaron serias dudas en cuanto a la clasificación propuesta, particularmente la segunda categoría, que requería aclarar el concepto de la reafirmación de derechos; por ejemplo, si esta categoría incluiría la reafirmación de derechos sobre territorios. Se dijo asimismo que la jurisprudencia no reflejaba las categorías de actos unilaterales que tendían a figurar en la doctrina.

237. También se dijo que sería posible elaborar criterios adicionales para la clasificación de los actos unilaterales, como lo habían sugerido algunos Estados. A su vez, esto serviría para elaborar un conjunto de proyectos de artículo sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la práctica de los Estados.

238. Se manifestó una opinión contraria en el sentido de que la clasificación propiamente dicha no era tan importante e incluso creaba una confusión innecesaria; a este respecto se señaló que la jurisprudencia sobre el tema había atribuido mucha más importancia a la determinación de si el acto era vinculante por su naturaleza y no al tipo de acto de que se tratase.

239. Se manifestaron opiniones divergentes sobre la propuesta del Relator Especial relativa a los proyectos de artículo sobre la interpretación de los actos unilaterales. Según una opinión, era prematuro ocuparse de la cuestión de la interpretación porque esta tarea podía esperar a que se hubiera preparado un conjunto completo de proyectos de artículo.

240. También se indicó que la palabra "interpretación" se utilizaba de dos maneras distintas en la segunda parte del cuarto informe: una se refería a la metodología para determinar si un acto era unilateral y otra, sólo secundaria, en su sentido habitual. También se señaló que el informe parecía mezclar la determinación de los criterios utilizados para establecer si un acto era de hecho unilateral con la interpretación *stricto sensu* de un acto unilateral.

241. Aunque algunos miembros estaban de acuerdo con el Relator Especial en que las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 podrían servir como base para elaborar reglas de interpretación de los actos unilaterales, otros estimaban que esas disposiciones eran demasiado generales para ser útiles en este caso. No podían seguirse por analogía las disposiciones de las Convenciones de Viena debido al carácter muy especial de los actos unilaterales; por ejemplo, los trabajos preparatorios en el caso de los actos unilaterales podían

remontarse a varios decenios. De aquí que cualquier recurso a las referidas disposiciones debiera ser mínimo.

242. Se afirmó que, entre las reglas de interpretación, podía redactarse una análoga a la regla básica establecida en relación con los tratados en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en el sentido de que un acto deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del acto en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto.

243. Se señaló que a los efectos de la interpretación no debería omitirse una referencia al objeto y fin de un acto unilateral. A este respecto se indicó que la intención de un Estado que realiza un acto unilateral era importante en dos situaciones: para determinar la existencia de un acto unilateral, cuestión que había sido fundamental en el asunto de los ensayos nucleares, y para determinar de qué modo había de interpretarse el acto, aunque no siempre puede hacerse una distinción clara entre las dos cuestiones.

244. Se afirmó que los proyectos de artículo sugeridos contenían algunos elementos contradictorios por cuanto hacían de la intención un criterio primario y sin embargo colocaban entre los medios complementarios de interpretación las principales maneras de determinar la intención en relación con un acto unilateral, concretamente los trabajos preparatorios y las circunstancias en el momento de la realización del acto. Se expresaron algunas dudas en cuanto a si convenía atribuir una importancia capital a la intención en la interpretación de los actos unilaterales y en consecuencia se consideró preferible el enfoque de la Corte Internacional de Justicia de tener debidamente en cuenta la intención sin interpretar los actos unilaterales a la luz de esa intención. Los Estados distintos del Estado autor tienen derecho a basarse en el acto *per se*, no en las intenciones que podrían ser subjetivas y que en muchos casos eran difíciles de determinar. Sin embargo, según una opinión, la voluntad real del Estado autor debería constituir el factor decisivo para la interpretación de los actos unilaterales, dado que en muchos casos el contenido del acto unilateral no correspondía a la voluntad real del Estado, puesto que el acto unilateral se realizaba bajo la fuerte presión de otros Estados o de la opinión pública internacional y comprometía al Estado en un grado superior a lo que podía considerar realmente necesario. Había pues una dicotomía entre la voluntad real y la voluntad declarada del Estado, y esto favorecía la adopción de una interpretación restrictiva del acto unilateral.

245. Se observó que el proyecto de artículo 1 sobre los actos unilaterales no limita esos actos a su forma escrita y que, de mantener la referida definición, las reglas de interpretación deberían adaptarse en consecuencia dado que las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 se limitan a los acuerdos celebrados por escrito. También se indicó que, al revés de lo que ocurre con los tratados, en el caso de los actos unilaterales debería prestarse más atención a la interpretación subjetiva.

246. Se manifestaron algunas dudas en cuanto a la aplicación del concepto de un preámbulo a los actos unilaterales. En lo relativo al contexto como medio de interpretación del acto unilateral, se afirmó que el concepto debía ampliarse en el caso de los actos multilaterales realizados en relación con tratados.

247. Algunos miembros fueron de opinión que los trabajos preparatorios como medio complementario de interpretación de un acto unilateral era aceptable con la salvedad de que fueran razonablemente accesibles al Estado que pudiera invocar ese acto.

248. Se hicieron varias sugerencias relativas a los dos proyectos de artículo propuestos. Varios miembros apoyaron la preparación que el Relator Especial de un informe que contuviera un texto consolidado de los proyectos de artículos que había propuesto hasta ahora así como revisiones de los dos nuevos proyectos de artículos sobre la interpretación teniendo en cuenta los puntos de vista expresados en la Comisión.

3. Observaciones finales del Relator Especial

249. Resumiendo el debate el Relator Especial señaló que aunque subsistían algunas dudas en el contexto de las complejidades que entrañaba el desarrollo del tema, la mayoría de los miembros estaban convencidos de la importancia de los actos unilaterales y consideraban que debía proseguirse el examen del tema.

250. Respecto de la cuestión de la clasificación de los actos unilaterales, el Relator Especial manifestó su preferencia por la propuesta presentada en su cuarto informe, aunque no excluía la posibilidad de estudiar en el futuro los actos unilaterales clásicos a que se refiere la doctrina. La estructura del conjunto de proyectos de artículo debería basarse en la clasificación de los actos y un criterio de los efectos jurídicos parecía válido; no obstante, esto no excluía un análisis de los efectos de cada acto unilateral.

251. En cuanto a la cuestión de la práctica de los Estados, su opinión era que en parte se había reflejado en la jurisprudencia, pero convino en que era necesario obtener nuevos ejemplos de esa práctica. A este respecto, indicó que el Grupo de Trabajo estaba estudiando la preparación de preguntas en las que pediría a los Estados que proporcionaran más información sobre la práctica del Estado respecto de los actos unilaterales.

252. Refiriéndose a la reglas para la interpretación de los actos unilaterales, el Relator Especial reiteró su opinión de que eran aplicables a todos los tipos de actos unilaterales y en consecuencia podían incluirse en la parte general del conjunto de proyectos de artículo. Convino en la necesidad de hacer una distinción entre la voluntad declarada y la voluntad real de un Estado, pero insistió en que esta última daba un grado mayor de certidumbre jurídica y seguridad a las relaciones jurídicas internacionales.

253. Respecto del hecho de que los trabajos preparatorios no siempre eran accesibles a todos salvo para el Estado autor, con lo que otros Estados se encontraban en posición de desventaja, el Relator Especial sugirió que los trabajos preparatorios se considerasen parte de las circunstancias pertinentes en que se llevaban a cabo los actos unilaterales.

4. El Grupo de Trabajo

254. En su 2695ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2001, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta. El Grupo de Trabajo sobre los Actos Unilaterales de los Estados, presidido por el Relator Especial, celebró dos sesiones, el 25 de julio y el 1° de agosto de 2001. La Comisión, en su 2701ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2001, tomó nota del informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo. Por recomendación del Grupo del Trabajo, la Comisión pidió que la Secretaría distribuyera a los gobiernos un cuestionario en que les invitara a dar más información acerca de su práctica en materia de formulación e interpretación de actos unilaterales.

## Capítulo IX

## OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

### A. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentos de la Comisión

255. En su 2676ª sesión, celebrada el 15 de mayo de 2001, la Comisión constituyó un grupo de planificación durante el período de sesiones[1256].

256 El Grupo de Planificación celebró tres sesiones. Tuvo ante sí la sección F del resumen por temas del debate celebrado en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su quincuagésimo quinto período de sesiones, titulada: "Otras decisiones y conclusiones de la Comisión"[1257].

257. En su 2695ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2001, la Comisión tomó nota del informe oral del Grupo de Planificación.

258. El Grupo de Planificación examinó una propuesta relativa a las elecciones en la Comisión de Derecho Internacional. El Grupo de Planificación no estuvo en condiciones de tomar una decisión sobre esta propuesta este año ya que opinó que la cuestión merecía un examen más detenido.

259. Tras tomar nota del párrafo 8 de la resolución 55/152 de la Asamblea General y a fin de aprovechar mejor el tiempo, la Comisión, siguiendo la recomendación del Grupo de Planificación, decidió dar prioridad, durante la primera semana de la primera parte de su 54° período de sesiones, al nombramiento de dos relatores especiales encargados de dos de los cinco temas incluidos en su programa de trabajo a largo plazo[1258].

260. En respuesta a la petición hecha por la Asamblea General en el párrafo 13 de su resolución 55/152, la Comisión procuró aplicar medidas de ahorro organizando su programa de trabajo de manera que pudiera asignar la primera semana de la segunda parte de su período de sesiones al Grupo de Trabajo sobre los comentarios a los proyectos de artículo sobre la responsabilidad de los Estados. El Grupo de Trabajo, presidido por el Sr. Melescanu, estaba integrado únicamente por 12 miembros de la Comisión y emprendió un útil examen preliminar de los comentarios al tema de la responsabilidad de los Estados.

---

[1256] La composición del Grupo de Planificación figura en el párrafo 5 *supra*.

[1257] Documento A/CN.4/513.

[1258] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/55/10), párr. 729.

## B. Fecha y lugar del 54° período de sesiones

261. La Comisión decidió celebrar un período de sesiones de 10 semanas dividido en dos partes, que tendrá lugar en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra del 6 de mayo al 7 de junio y del 8 de julio al 9 de agosto de 2002.

## C. Cooperación con otros órganos

262. En la 2698ª sesión de la Comisión, celebrada el 30 de julio de 2001, el Sr. Guillaume, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión acerca de las actividades recientes de la Corte y de los asuntos actualmente sometidos a su consideración. A continuación hubo un intercambio de opiniones. La Comisión estima muy útil y enriquecedor mantener este constante intercambio de opiniones con la Corte.

263. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el presente período de sesiones de la Comisión por el Dr. Trejos Salas. El Dr. Trejos Salas hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 2673ª sesión, el 4 de mayo de 2001, y su declaración consta en el acta resumida de esa sesión.

264. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa estuvieron representados en el presente período de sesiones de la Comisión por el Sr. Rafael Benítez. El Sr. Benítez hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 26..ª sesión, el 2 de agosto de 2001, y su declaración consta en el acta resumida de esa sesión.

265. La Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana estuvo representado en el presente período de sesiones de la Comisión por su Secretario General, Sr. Wafik Kamil. El Sr. Kamil hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 2702ª sesión, el 6 de agosto de 2001, y su declaración consta en el acta resumida de esa sesión.

266. El 2 de agosto de 2001, tuvo lugar un intercambio de impresiones oficioso sobre temas de interés común entre los miembros de la Comisión y funcionarios de los servicios jurídicos del Comité Internacional de la Cruz Roja.

## D. Representación en el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General

267. La Comisión decidió que su Presidente, Sr. Peter C. Kabatsi, la representaría en el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General.

268. Además, en su 2710ª sesión, celebrada el 10 de agosto de 2001, la Comisión pidió al Sr. James Crawford, Relator Especial encargado del tema "Responsabilidad de los Estados", que asistiera al quincuagésimo sexto período de sesiones, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 5 de la resolución 44/35 de la Asamblea General.

## E. Seminario de Derecho Internacional

269. De conformidad con la resolución 55/152 de la Asamblea General, el 37° período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones del 2 al 20 de julio de 2001, durante el presente período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a estudiantes avanzados que se especializan en derecho internacional y a jóvenes profesores y funcionarios intergubernamentales que tienen intención de seguir una carrera académica o diplomática o trabajar en la administración pública de su país.

270. Pudieron asistir al período de sesiones 24 participantes de diferentes nacionalidades, en su mayoría de países en desarrollo[1259]. Los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones plenarias de la Comisión, participaron en conferencias especialmente organizadas para ellos y también en grupos de trabajo sobre temas específicos.

271 El segundo Vicepresidente de la Comisión, Sr. Enrique Candioti, inauguró el Seminario. El Sr. Ulrich von Blumenthal, Oficial Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, estuvo encargado de la administración, organización y desarrollo del Seminario.

272. Algunos miembros de la Comisión dictaron las siguientes conferencias: Sr. Víctor Rodríguez Cedeño: "Actos unilaterales de los Estados"; Sr. Ian Brownlie: "La labor de la Corte Internacional de Justicia"; Sr. Gerhard Hafner: "La Corte Penal Internacional"; Sr. Bruno Simma: "Los derechos humanos y la Comisión de Derecho Internacional"; Sr. Pemmaraju S. Rao: "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional"; Sr. James Crawford: "Responsabilidad de los Estados".

---

[1259] Las siguientes personas participaron en el 37° período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional: Sra. Minerva Acosta (República Dominicana); Sra. Simona Alexova (Bulgaria); Sra. Uma Sekkar Balasighamani (India); Sr. Álvaro Henry Campos Solorzano (El Salvador); Sra. Sandra Charris Rebellon (Colombia); Sr. José Luis Fernández Valoni (Argentina); Sra. Tatyana Friedrich (Brasil); Sra. Elana Geddis (Nueva Zelandia); Sra. Tira Greene (Trinidad y Tabago); Sra. Idil Isil Gul (Turquía); Sra. Xiaomei Guo (China); Sr. Guy Martial Hangui (Camerún); Sr. Lauri Mälksoo (Estonia); Sr. Zéphyrin Maniratanga (Burundi); Sr. Yuri Marchenko (Belarús); Sr. Ivon Mingashang (Congo); Sr. Duc Pham Huu (Viet Nam); Sr. Rajesh Poudyal (Nepal); Sr. Phenyo Rakate (Sudáfrica); Sra. Marie.Gisèle Ranampy (Madagascar); Sr. Ilia Ratchkov (Rusia); Sr. Nouhoum Sangare (Malí); Sr. Barita Saragih (Indonesia) y Sr. Stephan Wittich (Austria). Un comité de selección, bajo la presidencia del Profesor Georges Abi-Saab (Profesor Honorario del Instituto de Postgrado de Relaciones Internacionales de Ginebra), se reunió el 9 de mayo de 2001 y seleccionó a 24 candidatos de entre las 108 solicitudes presentadas para participar en el Seminario.

273. También se dictaron las siguientes conferencias: Sr. Georges Abi-Saab: "El mecanismo de solución de diferencias de la OMC comparado con otras jurisdicciones"; y Sr. Arnold Pronto, Jurista Adjunto, Oficina de Asuntos Jurídicos: "La labor de la Comisión de Derecho Internacional". Una jornada estuvo dedicada a la visita del Centro Europeo para la Investigación Nuclear (CERN) por iniciativa del Asesor Jurídico, Sr. Jean-Marie Dufour. El debate versó sobre cuestiones jurídicas relativas al CERN. Los participantes en el Seminario tuvieron la oportunidad de asistir a la apertura de la serie de sesiones de alto nivel del Consejo Económico y Social y de escuchar la declaración del Secretario General de las Naciones Unidas.

274. Los participantes en el Seminario fueron asignados a uno de los tres grupos de trabajo en los cuales pudieron estudiar temas concretos bajo la dirección de los miembros de la Comisión: "Los recursos naturales compartidos" (Sr. Hafner); "Protección diplomática de las empresas" (Sr. Dugard)"; y "Responsabilidad de las organizaciones internacionales y los Estados Miembros" (Sr. Gaja). Cada grupo presentó sus conclusiones al Seminario. Los participantes fueron también asignados a otros grupos de trabajo cuya tarea era preparar los debates después de cada conferencia y presentar informes resumidos sobre cada una de ellas. Esos informes se recopilaron y distribuyeron a los participantes.

275. Los participantes también tuvieron oportunidad de utilizar las instalaciones de la Biblioteca de las Naciones Unidas.

276. La República y el Cantón de Ginebra brindaron su tradicional hospitalidad a los participantes, con una visita guiada de las Salas Alabama y del Gran Consejo, seguida de una recepción.

277. El Sr. Peter Kabatsi, Presidente de la Comisión, el Sr. Ulrich von Blumenthal, en nombre de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, y la Sra. Olana Geddis (Nueva Zelandia), en nombre de los participantes, formularon declaraciones ante la Comisión y los participantes en la cláusula del Seminario. Cada participante recibió un certificado de asistencia al 37° período de sesiones del Seminario.

278. La Comisión tomó nota con especial agradecimiento de que los Gobiernos de Alemania, Austria, Finlandia, el Reino Unido y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. Este año se concedieron becas completas (viajes y dietas) a 16 candidatos y becas parciales (sólo dietas o gastos de viaje) a 6 candidatos.

279. De los 831 participantes, en representación de 150 nacionalidades, que han participado en el Seminario desde 1965, año de su creación, 483 recibieron becas.

280. La Comisión destacó la importancia que concedía a los períodos de sesiones del Seminario, que permitía a abogados jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomendó que la Asamblea General hiciera un nuevo llamamiento a los Estados para que aportaran contribuciones voluntarias a fin de asegurar la celebración del Seminario en el año 2002 con una participación lo más amplia posible.

Se subrayó que, debido al número cada vez menor de contribuciones, los organizadores del Seminario habían tenido que recurrir este año a las reservas del Fondo. De prolongarse esta situación, era de temer que los recursos del Fondo no permitiesen otorgar el mismo número de becas en el futuro.

281. La Comisión observó con satisfacción que en 2001 el Seminario contó con un servicio de interpretación completo. Expresó la esperanza de que el mismo servicio estaría disponible para el próximo período de sesiones del Seminario, a pesar de las dificultades financieras existentes.

---