

EL PROYECTO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS, AL FINAL DEL CAMINO*

AURELIO PÉREZ GIRALDA **

1. Esta exposición, centrada en la responsabilidad internacional de los Estados, fundamental en la disciplina del Derecho Internacional, sólo cobra sentido en atención a la circunstancia personal de quien les habla. Como Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores he podido ser testigo, durante los cuatro pasados años, de la segunda lectura del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I.) que se había venido discutiendo durante casi 40 años. Por otro lado, esta última etapa coincide (1998-2001) con asuntos litigiosos ante el T.I.J. en los que España se ha visto involucrada y en los que se dilucidaban cuestiones cubiertas por una u otra de las normas del Proyecto (Asunto de las Pesquerías, España c. Canadá; asunto de la licitud del uso de la fuerza, Yugoslavia c. 10 Estados de la OTAN; y el caso Pinochet, que estuvo cerca de ser elevado al Tribunal).

El recuento del trabajo de la CDI y los Gobiernos en estos últimos cuatro años y, más en general, de la andadura del proyecto en su conjunto permite también aportar un punto de vista para comprender el momento actual del Derecho Internacional. Pierre-Marie Dupuy ha señalado cómo la responsabilidad constituye el "epicentro" de un sistema jurídico: la naturaleza de los derechos, la estructura de las obligaciones, la definición de las sanciones por su violación, todo converge y se

* Notas para la Conferencia pronunciada en Madrid, el 22 de noviembre de 2001, en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia.

** Doctor en Derecho, Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores. Las opiniones vertidas en esta Conferencia son a título individual y no comprometen a la Asesoría Jurídica Internacional.

entremezcla en ella en conexiones lógicas y relaciones de estrecha interdependencia¹. No es extraño, pues, que cada época proyecte en la responsabilidad su concepción sobre de la relación entre los sujetos de derecho, sus actos y la colectividad a la que pertenecen.

Aunque al final mencionaré cuál ha sido la postura española en relación con la elaboración del proyecto, es necesario tener presente que dicho proyecto no constituye propiamente una negociación. Como es sabido, la CDI tras discutir los informes de los Relatores especiales, solicita las opiniones de los Gobiernos, que se producen por escrito y oralmente ante la VI Comisión de la Asamblea General. Pero su trabajo prosigue con cierta independencia de tales opiniones, de modo que sólo podría considerarse que existe un texto negociado si una conferencia diplomática lo convierte en texto vinculante, abierto a los Estados.

Una última advertencia. Se trata de una materia compleja, compilada en un proyecto de 59 artículos que sería imposible analizar cabalmente en el marco temporal de una conferencia. Por ello, me limitaré a examinar la evolución del texto y el resultado final de la elaboración de aquellas disposiciones más íntimamente ligadas con la filosofía general del proyecto.

2. Por la misma escasez de tiempo, será necesario pasar directamente al examen del proyecto, sin poder detenernos en sus antecedentes remotos, por lo demás no estudiados con suficiente profundidad. En efecto, el Derecho romano, contra lo usualmente afirmado, es seguro no trató la responsabilidad como institución unificada y mucho menos bajo el prisma único de la culpa. Tampoco está claro que Grocio y la escuela del Derecho natural elaboraran una teoría acabada y unificada. Es cierto que la idea de la culpa figura en sus escritos de manera incidental, como superación de las concepciones medievales de responsabilidad colectiva. Pero resulta más plausible concebir la influencia de la culpa a través del uso que en la litigación internacional originaria se hacía de los principios generales de los derechos internos.

Esta situación cambia a lo largo del siglo XIX. A remolque de la primera globalización económica, por un lado, se multiplican los pleitos derivados de inversiones exteriores, especialmente en Latinoamérica y de esta práctica empieza a surgir un tratamiento internacional autónomo de las cuestiones derivadas de la responsabilidad. Brownlie ha recordado los numerosos pleitos relacionados con Estados Unidos (frente a España y el Reino Unido) entre 1794-1871, que fueron resueltos por tribunales arbitrales sobre la base de principios que empiezan a esgrimirse también en la práctica diplomática.² Un segundo factor de cambio reside en la actitud de la doctrina, que empieza a elaborar la sistematización dogmática de las instituciones jurídicas internacionales y aspira a formular una teoría unificada de la responsabilidad. En efecto, hasta bien entrado el siglo XIX, la

¹ P.M. DUPUY, "Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats", *Récueil des Cours de l'Académie de La Haye (RCADI)*, 1984, t. V pág. 21

² Ian Brownlie: *System of the Law of Nations. State Responsibility*, Part I. Oxford, 1983, pág. 5.

doctrina seguía ocupándose casi exclusivamente de las normas primarias, y no parecía interesada en tratar en general de la responsabilidad, salvo para resolver aspectos aislados relacionados con la protección diplomática. Así, por citar un sólo ejemplo, Brierly soslaya el tema aún en 1928, cuando se publica la primera edición de su "Law of Nations"³.

Las reglas que van elaborando los Tribunales arbitrales en el contexto de las diversas controversias ofrecen la base para el tratamiento técnico doctrinal de la responsabilidad, que va efectuando una paulatina transición de decisiones basadas en la culpa y otros principios generales del Derecho civil (propios de ordenamientos dotados de un sistema judicial) a otros pronunciamientos que se limitan a constatar objetivamente la existencia de una violación, sin entrar a enjuiciar elementos subjetivos de la actuación de los órganos del Estado, ni la organización interna de éste. Como observa Gattini, desarrollando una explicación histórica de Zemanek, los Estados quisieron evitar que los jueces/árbitros se inmiscuyeran en este territorio y les demandaban decisiones limitadas a la constatación de una violación objetiva de una norma internacional⁴.

Los primeros ensayos europeos para elaborar visiones de conjunto de la responsabilidad (Haffter en 1840, Triepel en 1899) culminan con la aportación fundamental de Dionisio Anzilotti, significativamente titulada "Teoría Generale della responsabilità dello Stato in Diritto internazionale" (1902), cuyo objetivo fue plasmar en la doctrina la práctica contemporánea, aunque su formulación radical fue recibida como una auténtica revolución al abandonar la culpa como fundamento de la responsabilidad y cualquier connotación punitiva en sus consecuencias. Así pues, frente al subjetivismo de la culpa, el positivismo, a través de Anzilotti, aporta:

* Por un lado, una definición de acto ilícito basada en dos únicos elementos: la acción material y su contradicción con la regla de Derecho. En esta definición la culpa no es relevante: aunque en algunos casos la existencia de responsabilidad se base en un comportamiento que implica falta de diligencia, esta debería ser considerada como parte integrante de la obligación violada y, por tanto, entra en contradicción objetiva con la norma que la impone. Ello es acorde con las sentencias arbitrales analizadas y con la práctica diplomática de una época "bilateralista": la igualdad de los Estados exige un juicio objetivo.

* Por otro lado, la responsabilidad, es decir, la consecuencia de la contradicción entre el acto y la norma, se reduce a la reparación, eliminándose cualquier idea de que a la falta corresponde un castigo con connotación penal. Esta concepción está presente en la sentencia de la CPJI en el caso de *Fábrica de Chorzov*: "es principio del Derecho Internacional que la violación de un compromiso acarrea la obligación de reparar". En el caso Lusitania, por su parte, el

³ J. Brierly, "The Law of Nations", Oxford, 1928.

⁴ Andrea Gattini: "La notion de faute á la lumiére du projet de Convention de la C.D.I. sur la responsabilité internationale", EJIL, Vol. III n.2, 1992.

árbitro Parker excluye expresamente que su actuación en el pleito posea cualquier tipo de función penal ni la posibilidad de imponer sanciones: los daños punitivos y la satisfacción son simplemente parte de reparación, y no penas.

5. La tesis de Anzilotti, ampliamente aceptada por doctrina⁵, reflejaba, en las dos vertientes a las que se ha aludido (acto ilícito-reparación), la época de máximo esplendor de la soberanía del Estado, moviéndose en una sociedad internacional de yuxtaposición y, como resultado, una responsabilidad concebida en términos estrictos de relación bilateral entre "iguales": el Estado responsable sólo está obligado a reparar las consecuencias de sus actos que resulten contrarios a obligaciones que haya contraído por (tratados) o consentido (como costumbre). Como sucede con la creación del Derecho internacional por los Estados, la responsabilidad es corolarío de la voluntad de éstos.

En este panorama de amplio acuerdo doctrinal, aparece ya una primera semilla de la discordia, que apunta hacia cierta "criminalización" de la responsabilidad. En efecto, Kelsen, que sólo concibe que exista Derecho cuando hay sanción del incumplimiento de las obligaciones que aquel impone, extiende su tesis al Derecho internacional, en que la sanción toma la forma de represalias, único medio coercitivo en una sociedad de Estados descentralizada: al igual que en los Derechos primitivos, "los actos coercitivos previstos por el orden jurídico contra sus violaciones, son sanciones, ... ejecutadas por individuos que actúan como órganos autorizados para ejecutar esas sanciones"⁶. Pero esta opinión de Kelsen, que había sido formulada ya en 1932 en su curso de La Haya sobre la "teoría general del Derecho internacional", permaneció básicamente aislada.

Es necesario esperar a la segunda postguerra para que esta semilla fructifique. Al igual que ha sucedido tras las diferentes convulsiones históricas europeas, los Estados vuelven entonces a querer ampararse en el Derecho, reforzándolo. Así, las atrocidades vividas inspiran, a través de los principios de Nuremberg, el inicio de una responsabilidad criminal internacional, centrada de momento en el individuo y apoyada en las nuevas nociones de Comunidad Internacional, protección internacional de los Derechos Humanos, etc. Aunque ahora puede sorprendernos, la noción de responsabilidad penal entra por ello con naturalidad en el Derecho Internacional: Sir Hersch Lauterpacht, quien pertenecía a una familia polaca sobreviviente del holocausto, la introduce en su edición del Tratado de Oppenheim⁷ y, desde allí, en el primer programa de trabajo de la C.D.I., que se encargó de desarrollar en 1948. En el programa incluía la conveniencia de codificar "los recientes desarrollos, tales como la Responsabilidad criminal de los Estados y de los individuos que actúan en nombre del Estado".

⁵ P.M. DUPUY: Dionizio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States, EJIL, Vol. 3 n° 1 (1992).

⁶ Hans Kelsen: Principios of International Law, 2nd Edition. Revisado por R.W. TUCKER, New York, 1967.

⁷ L. OPPENHEIM: *International Law. A Treatise*, 7th. Edition (LAUTERPACHT). Londres, 1948.

Este es el ambiente en que el cubano Francisco García Amador es designado en 1955 primer Relator Especial de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados. Aparte de su pertenencia significativa al mundo latinoamericano (recordemos los arbitrajes sobre inversiones), García Amador expresaba sin ambages sus ideas sobre este asunto ya en el Curso que impartió en la Academia La Haya, en 1958⁸. Empezaba por citar ampliamente las opiniones radicales de Jessup: las normas del Derecho internacional sobre responsabilidad derivan de la "diplomacia del dólar", es decir del deseo de los Gobiernos de obtener influencia política en ciertos países en el contexto de su pugna por controlar mercados y materias primas. Desde esta perspectiva, daba por superados los "conceptos jurídicos artificiales" de la doctrina clásica, y propugnaba el desarrollo progresivo en esta materia, más allá de la codificación tradicional. Recordemos también que los intereses encontrados de los Estados en materia de inversiones (definición de la indemnización, recursos internos que es necesario o no agotar ...) hacía improbable el acuerdo necesario para la formación de normas consuetudinarias. El resultado de todo ello para García Amador se resumía así:

"Es necesario cambiar y adaptar el Derecho tradicional para que refleje las profundas transformaciones ...

"el D.I. contemporáneo, como los Derechos internos, considera que la responsabilidad no sólo implica deber de reparar el daño, sino otras posibles consecuencias: para la violación de ciertas obligaciones ... la consecuencia inmediata es la responsabilidad criminal, que acarrea el castigo del transgresor".

6. Este es el panorama conflictivo en que se inicia la labor de la C.D.I.: una doctrina tradicional objetiva, "bilateralista" y una emergente, que pretendía reforzar el imperio del Derecho sobre los Estados, y que se ha dado en llamar "comunitarista". La codificación de la responsabilidad ya había conocido al menos dos intentos previos: uno privado, elaborado por el Institut de Droit International en 1927; otro, bajo la égida de la Sociedad de Naciones, (en la Conferencia de La Haya) en 1930. Ambos fracasaron por la contraposición de intereses euro/latinoamericanos en materia de protección diplomática.

García Amador presentó cinco informes (1956-1961) que la C.D.I. no pudo debatir, ya que prefirió dar prioridad a la codificación de "otras normas del D.I.". En realidad, fracasa por las mismas razones por las que no tuvo continuidad el ensayo de 1930: inicialmente su estudio se centraba en "la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona y bienes de los extranjeros", es decir, en la exposición de las normas sustantivas primarias que, como se verá después, obligan a los Estados en éste área, de las que habría que deducir los principios de responsabilidad aplicables. García Amador salió de la C.D.I. en 1962 y ésta, por mandato de la Asamblea General, decide "volver a

⁸ F. V. GARCIA AMADOR: "State Responsibility, Some New Problems", RCADI, Vol. 94, 1958-II, pág. 370 y ss.

empezar" el estudio de este tema, dándole prioridad, dentro del marco de una doble recomendación formulada por un Subcomité formado al efecto en 1963:

En primer lugar, la Comisión debería dar prioridad a la definición de las reglas generales de la responsabilidad internacional del Estado. Con ello se abandonaba el enfoque de García Amador, y, tomando como base la distinción establecida por Herbert Hart⁹ entre normas primarias y secundarias, se concentraba el estudio en estas últimas, eliminándose del proyecto la consideración de las obligaciones sustantivas (aunque como veremos, no enteramente).

Además, especial atención habría de prestarse a las repercusiones que los nuevos desarrollos en el Derecho internacional pudieran tener sobre la responsabilidad de los Estados. Era ésta una alusión oblicua a las nuevas concepciones "comunitaristas" que hemos visto representadas en Lauterpacht y García Amador, y que tuvieron gran impacto en el desarrollo del proyecto.

Roberto Ago, tras ser nombrado Relator especial en 1967, replantea el trabajo y limita el estudio de la responsabilidad, según había decidido la C.D.I. en varios sentidos:

* Sólo se trataría la responsabilidad de los Estados, no la de otros sujetos del Derecho Internacional (Organizaciones) ni la de los individuos (que simultáneamente se desarrollaba en el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad).

* Se abordaría sólo la responsabilidad por actos ilícitos. Más tarde, la responsabilidad por actos no prohibidos por el Derecho Internacional sería inscrita en programa de la C.D.I. en 1978.

* En un primer momento, el estudio abarcaría solamente el origen, contenido, formas y grado de la responsabilidad, quedando para una fase ulterior la regulación de la solución de controversias y la puesta en práctica de la responsabilidad.

Ago, tras presentar siete informes anuales concluye en 1980 la elaboración de la primera parte del Proyecto, que se aprobó en primera lectura. Los quince artículos aprobados contenían ya en germen toda la problemática del proyecto que se adoptó en 1996.

7. Allain Pellet ha afirmado que el trabajo de Ago supuso una auténtica "revolución conceptual"¹⁰. En efecto, superando la ya clásica aportación de Anzilotti, Ago reconceptualiza la responsabilidad, para definirla en términos puramente objetivos. Según su propuesta de artículo 1, que sobrevivió las diferentes reelaboraciones,

⁹ H. HART: *The concept of Law*, Oxford, 1961.

¹⁰ A. PELLET. "Remarque Sur une revolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats", A.F.D.I. XLII, 1996, pág. 10

"todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste".

La definición prescinde del daño, del mismo modo que Anzilotti había prescindido de la culpa. Con ello, Ago se aleja así del elemento tradicional de la concepción positivista que, basada en la estructura de una sociedad de sujetos yuxtapuestos contraía la responsabilidad al binomio daño/reparación. Ahora bien, Ago no cae en el extremo conceptual opuesto, que como veremos representa la concepción de Kelsen (responsabilidad/sanción), sino que consagra una tercera vía que reconcilia la reparación y la sanción, dependiendo de la naturaleza de la obligación violada. De esta concepción mixta deriva la aparición del famoso artículo 19, que introduce el elemento penal en una regulación tradicionalmente centrada en la responsabilidad (civil) por daño.

Por tanto, para que exista la responsabilidad basta con que se den las condiciones establecidas del Proyecto: el acto ilícito es condición necesaria y además suficiente. Por su parte, el daño queda eliminado del origen de la responsabilidad definido en la Parte I, aunque no de sus consecuencias. La responsabilidad se define por un hecho objetivo: no ya necesariamente porque un Estado lesiona el derecho de otro sujeto internacionalmente protegido, sino por el interés de la Comunidad internacional por obtener el respeto de las normas, que ahora definen un intento de organizar la coexistencia y la interdependencia de los sujetos.

8. El proyecto de Ago se limitó a tratar el "origen" de la responsabilidad internacional. Su texto concreta las condiciones de la atribución de un hecho al Estado, es decir su elemento "subjetivo" (cap II) y la implicación de un Estado en el hecho ilícito de otro Estado (cap. IV). El elemento objetivo, es decir, la violación de una obligación internacional es tratada en el capítulo III (que incluye al artº. 19 y otros sobre diversos tipos de obligaciones). El capítulo V regula las circunstancias que excluyen la ilicitud.

La elección de Ago como juez del Tribunal Internacional de Justicia dio paso sucesivamente a dos nuevos Relatores especiales en materia de responsabilidad internacional: Riphagen (1981-1986), y Arangio-Ruiz (1987-1996) quienes concluyeron las partes II y III del proyecto que tratan, respectivamente, sobre "contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional" y sobre "solución de controversias". Ambos, cada uno en su estilo, confirmaron la filosofía de Ago, acentuando si acaso el carácter "comunitarista" del Proyecto, que fue aprobado en 1996 en primera lectura y tramitado a los Gobiernos por la Asamblea General, solicitando sus comentarios. El texto resultante había sido fuente de controversias y polémicas en el seno de la CDI y lo mismo puede decirse de las reacciones de los Gobiernos, pues no hay que olvidar que la conclusión se producía en circunstancias muy diferentes de las que vieron el inicio del trabajo: en 1996 el telón de fondo era la globalización, es decir, crisis del Estado, y su corolario en el Derecho internacional: relativización o "reblandecimiento" y fragmentación

9. No es de extrañar, por todo ello, que a la obra de tantos años le esperara una acogida crítica y que, previsiblemente, la segunda lectura del proyecto, iniciada en 1998, supusiera una tarea de revisión formidable. Esta sólo puede entenderse conociendo los reparos que se hicieron al Proyecto, tanto desde el punto de vista técnico como "ideológico".

En cuanto a las críticas basadas en razones técnicas, hay que destacar básicamente la referida al carácter desequilibrado de los artículos. En efecto, si es verdad que trataba suficientemente el origen y las consecuencias de la responsabilidad, es lo cierto también que omite casi completamente las condiciones de puesta en práctica de esas consecuencias, si omitimos la polémica propuesta de solución obligatoria de controversias (Parte III). Es decir: queda claro qué origina la responsabilidad y qué nuevas relaciones son consecuencia de ella, pero no qué sujetos adquieren derechos derivados de las relaciones ni cómo ponen en marcha su reclamación. Concretamente, se omitía regular el régimen más usual de puesta en práctica de la responsabilidad, es decir, la protección diplomática, lo que ha obligado a la C.D.I. a paliar esta laguna iniciando su estudio en 1998. Por la misma razón, hubo que incluir en la 2ª. lectura un capítulo 1 en la Parte III, que regula los "Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado", dedicado a la "invocación" de ésta.

Las críticas ideológicas del Proyecto se plantearon, a su vez, desde diferentes visiones del Derecho internacional y su papel en la regulación de las relaciones internacionales. Así, algunos comentaristas, especialmente en la doctrina consideraron que el proyecto no había avanzado suficientemente en la "vía comunitarista", especialmente en atención al escaso contenido de las consecuencias derivadas del concepto de "crimen de Estado". Por citar sólo a un autor, Jiménez Piernas analizaba entre nosotros el proyecto ya en 1988 (y recuérdese que Arangio-Ruiz se había hecho cargo de él desde 1987) y estimaba que este había entrado en una "crisis", debida a una serie de factores exógenos y endógenos, por lo que concluía su balance provisional situando al Proyecto, en su modelo progresivo entre las estructuras relacional, institucional y comunitaria, más cerca de la primera que de la última. El "bilateralismo" parecía imponerse al enfoque "comunitario"¹¹.

Desde el punto de vista opuesto, las reservas no fueron menos significativas. Para numerosos Gobiernos críticos con el Proyecto, éste iba demasiado lejos en la vía del desarrollo progresivo. La ausencia del daño en el concepto de responsabilidad, la relevancia de instituciones como el crimen de Estado no avaladas por la práctica estatal, las limitaciones a las contramedidas: objeciones todas que habría que situar en el contexto del fin de la guerra fría, que permitía a los Gobiernos refugiarse en una concepción más clásica de la responsabilidad, que preferían ver reflejada en un texto limitado exclusivamente a

¹¹ C. JIMENEZ PIERNAS, La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988). XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales. Alicante 1990.

la codificación. En la doctrina, Prosper WEIL destacó como portavoz de esta posición "positivista": no en vano había criticado ya desde 1982 las tendencias "comunitaristas" del trabajo de la C.D.I.: las nociones de *ius cogens* y crimen de Estado, advertía, contribuían a la "relativización de la normatividad" del Derecho internacional, derivada de la distinción entre normas superiores (*ius cogens*, crimen de Estado) e inferiores y de la extensión excesiva de las obligaciones "*erga omnes*"¹².

II

10. Este es el panorama que encuentra James Crawford cuando en 1998 asume, como Relator especial, la tarea de dirigir la segunda lectura del Proyecto, que acaba de culminar hace pocos días. Aparte de los problemas que se habían detectado en el texto de 1996, se hacía necesario tomar en consideración como criterio de regulación, e incorporar en el Comentario a los artículos, la jurisprudencia más reciente del TIJ en sus aspectos relevantes para la responsabilidad. Así, los asuntos del *personal diplomático y consular en Teherán*, *actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, *ELSI*, el *proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, y, últimamente, el caso *La Grand*.

El primer informe del Relator especial, presentado en 1998¹³ recorre el panorama de las cuestiones más discutidas del texto de 1996, tanto en la doctrina, como, sobre todo, en las observaciones de Gobiernos, que habría que ir resolviendo en segunda lectura: crimen internacional; normas primarias y secundarias; *lex specialis*; contramedidas; arreglo de controversias; forma final del Proyecto. Dejando aparte la revisión de los primeros artículos, que quedan reordenados y mejorados en su redacción, el grueso del informe va dedicado, no obstante, al primero de los temas citados, centrado en el concepto de crimen de Estado del antiguo artículo 19, que era central para la filosofía del Proyecto. Crawford pasa revista a los argumentos a favor y en contra, basados en la práctica y en la doctrina. Por su importancia, conviene exponer ahora lo fundamental de esta discusión.

El "famoso" artículo 19 distinguía entre "delitos" (en la terminología anglosajona, "torts") y crímenes internacionales. Su párrafo 2 definía un tipo especial de hecho internacionalmente ilícito: el "resultante de la violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional que su violación esté reconocida como crimen por esa Comunidad en su conjunto ..." Por su parte, el párrafo 3 daba una serie de ejemplos, de modo no exhaustivo: "Un crimen internacional puede resultar, en particular ..." (obligaciones derivadas del mantenimiento de la paz y seguridad, libre determinación de los pueblos, salvaguardia del ser humano ...). Además, el capítulo IV de la segunda parte

¹² Prosper WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law?* AJIL, Vol. 77, 1983, págs. 413 y ss.

¹³ Documento A/CN.4/L.490

especificaba (artículos 51 a 53) las "Consecuencias del crimen internacional": aparte de las aplicables a todo acto ilícito constitutivo de delito, se suprimían las restricciones con las que el proyecto limitaba dos aspectos de la reparación: la restitución, (no suponer una carga desproporcionada y no comprometer gravemente la independencia política o estabilidad económica) y la satisfacción (no menoscabar la dignidad del Estado autor del ilícito). El artículo 53 imponía a todos los Estados la obligación de no reconocer la situación creada por el crimen, no prestar ayuda al Estado que lo ha cometido para mantener dicha situación y cooperar con otros Estados en la eliminación del ilícito. Finalmente, pero no menos importante, el proyecto permitía la adopción de contramedidas colectivas, dado que, como veremos, el proyecto consideraba a todos los Estados como "lesionados" en relación con un crimen internacional.

Esta regulación, como decía, fue objeto de opiniones fuertemente polarizadas. Robert Rosenstock es, por su apasionamiento, un representante expresivo de los detractores del artículo 19¹⁴. Su crítica parte de una consideración política: la propuesta de García Amador ya había sido rechazada por la C.D.I., y si resucita es sólo como efecto de la guerra fría: " el artículo 19 es reflejo del clima político de los 60 y 70 y poco más". La noción de crimen de Estado, sigue Rosenstock, no tiene base en la práctica estatal ni "*opinio juris*": es desarrollo progresivo puro. La práctica citada en los comentarios de 1996 al artículo 19, relacionada con el caso de las *Reservas a la Convención contra el Genocidio* se refiere claramente a responsabilidad de individuos y no es válida, por tanto, para el crimen de Estado. Los comentarios al artículo 19, por su parte, omiten mencionar la oposición de Estados importantes, conservada en sus observaciones (Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Grecia, Suiza). Pero aparte de estas objeciones, Rosenstock insiste con otras de mayor calado jurídico. El artículo 19.2 no define el crimen de Estado: su párrafo 2 es tautológico y el párrafo 3 presenta dos problemas graves desde el punto de vista de la técnica jurídica: para empezar, se separa de la estructura del Proyecto, que sólo trata las normas secundarias, pues ejemplifica el tipo de obligaciones sustantivas cuya violación constituye el "crimen". Y lo que es más grave, contrario al principio de legalidad, que en Derecho penal obliga a que se tipifiquen las conductas taxativamente: no caben los ejemplos ni la analogía.

El dictamen de la sentencia de la *Barcelona Traction* sobre obligaciones "*erga omnes*", continúa Rosenstock, no ofrece una apoyatura válida, pues trata únicamente del ámbito de aplicación personal de ciertas normas y no de la naturaleza (civil o penal) de las obligaciones. El concepto de "*ius cogens*" estaría más cerca de ofrecer una base para el crimen de Estado, pero presenta el mismo obstáculo de la indefinición: por eso, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados puede ser asumible sólo con la condición de que exista un recurso obligatorio al T.I.J. en caso de controversia.

¹⁴ Robert ROSENSTOCK, *an international criminal responsibility of States?*. En: *International Law on the Eve of the XXI Century*. United Nations, Nueva York, 1997.

Por lo que se refiere a las consecuencias del crimen, Rosenstock impugna además su carácter punitivo, que violaría el principio "imposibile est quod societas delinquat". La penalización de ciertas conductas sólo cabe en el marco de un sistema judicial con garantías procesales, defensa y pruebas¹⁵.

En las antípodas de Rosenstock, recurriré como ejemplo de defensores del concepto de crimen de Estado a otro miembro de la Comisión de Derecho Internacional, no menos enfático: Alain Pellet, quien en un trabajo de 1999 se preguntaba si un Estado puede cometer un crimen y se daba una respuesta tajante: "por supuesto que sí"¹⁶. Según Pellet, la distinción entre crimen y delito responde a una necesidad indiscutible: no se puede asimilar un crimen como el genocidio como una violación ordinaria del Derecho Internacional como puede ser la referente a una obligación derivada de un convenio comercial. Esta afecta únicamente a los Estados parte, mientras que el genocidio amenaza a la sociedad internacional en su conjunto. En cuanto a los reproches que se hacen a la definición de crimen contenida en el párrafo 2 del artículo 19 por tautológico, vago o subjetivo, observa nuestro autor que tampoco las normas consuetudinarias tienen siempre perfiles claros y no por ello son consideradas menos vinculantes para los Estados. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados ya consagró el concepto de normas de "*ius cogens*" del que el crimen de Estado no deja de ser la contrapartida, de modo que el art. 19 sería el precepto consagrado a la violación de aquellas normas. Si no se dijo así claramente en el proyecto de 1996 fue por no irritar a Francia y a otros Estados, objetores del concepto mismo de "*ius cogens*". El recurso a las obligaciones "*erga omnes*" no es válido para definir el crimen, pues si bien toda obligación derivada de "*ius cogens*" es al mismo tiempo "*erga omnes*", existen obligaciones de esta última categoría que no necesariamente entran dentro del concepto de "*ius cogens*". Pronto veremos cómo estas ideas alternativas para definir el crimen internacional, según las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto o en relación con las normas perentorias del Derecho Internacional, reaparecerán, respectivamente, en los proyectos aprobados por la CDI en 2000 y en 2001.

En cuanto a la objeción de Rosenstock en el sentido de que en la Convención de Viena el reconocimiento de "*ius cogens*" se justifica por la correspondiente aceptación de la jurisdicción obligatoria, Pellet se muestra dispuesto a aceptarla, si bien para extraer la conclusión contraria: es decir, como razón de más para que también en el proyecto sobre responsabilidad de los Estados se incluya una cláusula similar referente a los crímenes de Estado. En cuanto a las consecuencias, Pellet critica el proyecto por no plasmar un régimen suficientemente diferenciado de las que se derivan del crimen de Estado en relación con las que acarrea un simple delito. Estas últimas son ya de por sí excesivas y tienen en muchos casos carácter punitivo, por lo que poco había que añadir a la de

¹⁵ Sobre esta cuestión, v. Nina H.B. JORGENSEN, *The Responsibility for International Crimen*. Cap. 4: *The Criminal Responsibility of Corporation*. Oxford, ???

¹⁶ A. PELLET, *Can a State commit a crime? Definitely, yes!* EJIL (1999), Vol. 10 n° 2, pág. 425-434.

los crímenes. El enfoque de Ago, consistente en definir éstas como todas las que corresponden al delito con la adición de las consignadas en los artículos 52 y 53, produce como resultado la falta de una auténtica agravación de la responsabilidad por crimen de Estado.

Pellet, a pesar de su decidida defensa del concepto de crimen de Estado se muestra flexible, en cambio, en cuanto a la terminología empleada, cuyas reminiscencias penalistas considera inconvenientes al igual que, en general, la utilización excesiva de las analogías del Derecho interno en el ordenamiento internacional. Recordando una frase que ya había consagrado Kelsen¹⁷ en 1953, Pellet advertía: la responsabilidad internacional no es ni civil ni penal, es simplemente internacional.

11. La opinión del Relator Especial James Crawford sobre la cuestión del crimen de Estado pudo deducirse ya en 1998 de la exposición del tema que hizo en su primer informe, y fue expuesta muy claramente en un artículo donde resumía sus apreciaciones sobre la labor a realizar en la segunda lectura de la primera parte del proyecto¹⁸. Para Crawford, el artículo 19 tal como aparecía en el texto de 1996 había conducido a una excesiva polarización en las opiniones, por lo que su mantenimiento podría "destruir el proyecto en su conjunto". Las críticas, sin embargo, se han centrado sobre todo en la terminología y en la consiguiente connotación penal del crimen y sus consecuencias veladamente punitivas. La idea de obligaciones "*erga omnes*" consagrada por la sentencia de la Barcelona Traction, en cambio debe ser considerada un "*datum*" y el artículo 19 sólo trata de traducir esa idea en términos de responsabilidad. Considera Crawford, en consecuencia, que la idea según la cual la violación de ciertas obligaciones debidas a la Comunidad internacional en su conjunto y no a un Estado individualmente considerado deba acarrear ciertas consecuencias especiales es "importante y necesaria". Ello no quiere decir que en un proyecto sobre responsabilidad internacional pueda establecerse un régimen de criminalización plena de determinadas conductas: ello sólo es posible en un sistema que ofrezca una estructura organizativa con plenas garantías procesales y un sistema obligatorio de solución de controversias. Pero esto, no es posible, según Crawford, si no se consigue plasmarlo en un instrumento jurídico vinculante, lo cual está lejos de haber sido decidido aún. Sorprendente afirmación, ya que en el momento de hacerla se pensaba que la codificación en una Convención similar a las otras preparadas por la CDI (Tratados, relaciones diplomáticas y consulares ..) sería el destino natural del trabajo de codificación de la responsabilidad: Crawford ponía ya de manifiesto su preferencia por el modelo de un texto no vinculante que, como veremos, se impondría en último término.

¹⁷ H. KELSEN, "Theorie du Droit International public", RCADI, vol. 84, III (1953), pág. 87.

¹⁸ CRAWFORD, "The ILC'S Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: Completion of the Second Reading", EJIL (2001). Disponible en <http://www.ejil.org/journal/new/new0109.html>.

De acuerdo con estas ideas, el Relator Especial propuso a la CDI en su primer informe de 1998 "aparcarse" la cuestión del artículo 19 y propuso cinco alternativas para la consideración de los Gobiernos y de la propia Comisión. Son, evidentemente, opciones que se van autoexcluyendo y conducen inexorablemente a la adopción de la formulada en último lugar:

1. Mantener del artículo 19 y concordantes del proyecto de 1996.
2. Mantener el mismo régimen, sustituyendo la terminología: en lugar del crimen de Estado, "acto ilícito internacional excepcionalmente grave, contrario a las obligaciones *"erga omnes"*.
3. Criminalizar la responsabilidad del Estado con un régimen procesal completo y vinculante.
4. Suprimir el art. 19 y los art.52 y 53, dejando reducida la noción de crimen internacional únicamente a los cometidos por individuos.
5. Sustituir la terminología, de un modo similar al indicado en la alternativa 2, añadiendo un régimen agravado de responsabilidad, si bien privada de connotaciones penales o punitivas.

Acogiendo la propuesta de Crawford, la CDI decidió suspender el examen del asunto, a la espera de los comentarios de los Estados. Aquél resurgirá en el tercer informe de Crawford en el 2000 y recibirá su forma definitiva tras la discusión mantenida por la CDI en el verano del presente año de 2001. Más adelante veremos cuál fue el resultado de esta evolución.

12. Pero antes es conveniente revisar, aunque sólo sea muy someramente, la labor del Relator Especial en los años 1999-2000 en relación con la primera parte del proyecto y los artículos de la segunda parte relativos a la reparación. Para empezar, a lo largo de sus tres primeros informes, y dejando aparte las mejoras de redacción (así como la supresión de artículos meramente explicativos o de atribución negativa de un hecho ilícito), el Relator efectuó una reorganización general de la materia, con la mira puesta en responder a las críticas sobre el equilibrio del proyecto, que ya hemos adelantado¹⁹. En consecuencia, la antigua segunda parte se convierte en dos separadas, la primera de ellas (parte II) dedicada exclusivamente a las consecuencias del acto ilícito y la otra (parte III) a los "modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado". Esta última incluye las contramedidas, que ya aparecían en el proyecto de 1996, y se añade además, una serie de artículos sobre la invocación de la responsabilidad y sus formalidades, la admisibilidad de la reclamación, la renuncia al derecho a invocar la responsabilidad, etc.

Dejando aparte esta reorganización general, que supuso además la supresión de la parte III del proyecto de 1996 sobre solución de controversias, la revisión efectuada por James Crawford respetó en sustancia el contenido del proyecto de 1996. Sólo habría que reseñar algunas modificaciones significativas en el contexto de la nueva concepción del Relator, más clásica o tradicional que la que presidía el proyecto de 1996:

¹⁹ Vid Supra, párrafo 9.

* Crawford llevó aún más lejos que sus predecesores la limitación del proyecto a las normas secundarias. A ello responde la supresión de los artículos dedicados a la violación de una obligación internacional que incidían en el contenido de ésta: aparte del artículo 19, cuyo párrafo 2 incluía expresamente normas primarias cuya violación constituía crimen de Estado, suprimió también la distinción entre obligaciones de conducta y obligaciones de resultado (antiguos artículos 20 y 21) y lo mismo puede decirse de las antiguas normas que definían los actos ilícitos de carácter complejo (antiguo art. 25). Todas estas categorías quedan englobadas en el nuevo artículo 12, que considera que el ilícito internacional existe cuando se viola una obligación, con independencia de la "naturaleza" de ésta.

* En el mismo sentido puede entenderse la supresión del artículo 22, tal como había sido acogido en el proyecto de 1996, que trataba de la regla del agotamiento de los recursos internos. En la primera lectura, y así lo corroboraban los amplios comentarios aprobados por la CDI, aquélla era apreciada precisamente como condición para la existencia de una violación, sin la cual no existiría el hecho ilícito. De esta consideración "sustancialista", Crawford derivó decisivamente hacia una visión procesal, sin atender a las críticas de algunos Gobiernos y de numerosos miembros de la CDI: en consecuencia, su proyecto menciona la regla únicamente como un requisito para la admisibilidad de la reclamación (art. 44 b).

* De importancia no menor aunque menos llamativa puede considerarse el traslado del artículo 37 del proyecto de 1996 ("lex specialis") de los principios generales de la parte II a la nueva parte IV del proyecto (disposiciones generales, nuevo art. 55). La consecuencia de esta modificación es que en el proyecto final, los artículos en su conjunto pueden ser sustituidos por "normas especiales" de Derecho internacional, mientras que la misma exclusión solamente era válida para el proyecto aprobado en primera lectura en relación con el "contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional". Las normas relativas al origen de la responsabilidad tenían una vocación de aplicación universal que, por consiguiente, han perdido.

13. El año 2000 fue clave en la segunda lectura del proyecto. Crawford presentó su tercer informe, que abarcaba ya, con la nueva estructura antes mencionada, la regulación completa del proyecto de artículos, que tras ser discutido por la CDI fue remitido al Comité de redacción y hecho público, aún sin haber sido adoptado propiamente por la Comisión, para dar una última oportunidad de obtener observaciones gubernamentales y completar la segunda lectura en 2001. El trabajo realizado fue por lo tanto muy amplio y sustancial y obligó a la CDI a abandonar momentáneamente o bien tratar muy superficialmente el resto de los temas en estudio (reservas, protección diplomática y actos unilaterales) para concentrarse en el proyecto sobre responsabilidad. A las modificaciones menos polémicas aludidas antes habría que añadir aquí, en materia de consecuencias de la responsabilidad, la clarificación que supuso separar el concepto general de reparación de los modos concretos de su materialización, que el proyecto ahora jerarquiza (restitución, indemnización, satisfacción),

manteniendo como parte indispensable de la reparación la cesación del ilícito y la subsistencia en todo caso del deber de cumplir la obligación violada. Novedad importante fue también la introducción de un artículo específico sobre el pago de intereses en materia de indemnización, una carencia del proyecto de 1996 que había sido señalada por algunos Gobiernos y por los autores que, como Pellet, acusaban esta carencia en el proyecto de normas sobre la puesta en práctica de la responsabilidad²⁰.

14. Tres puntos fundamentales fueron el resultado del proyecto de Crawford presentado en el 2000, que constituyen su aportación personal más importante en el largo trabajo de la CDI sobre la responsabilidad: me refiero a la profunda revisión que el Relator Especial propuso y vió aceptada por la CDI en el concepto de "Estado lesionado", la solución final dada como compromiso al antiguo artículo 19 y, relacionadas con ambos, las repercusiones de estos dos puntos sobre la cuestión de las contramedidas y la solución de controversias.

Empezando por el concepto de "Estado lesionado", no cabe duda de que la revisión del artículo 40 del proyecto de 1996 puede considerarse la aportación más relevante de Crawford y, sin duda, la mejor acogida. El mencionado artículo 40, fruto del período de Riphagen y Arangio-Ruiz, definía tautológicamente al Estado lesionado como "cualquier Estado lesionado en uno de sus derechos por el hecho de otro Estado si ese hecho constituye, de conformidad con la primera parte, un hecho internacionalmente ilícito de su Estado". El párrafo 2 del artículo 40 enumeraba, "en particular", toda una serie de situaciones dispares que concretan el concepto de Estado lesionado²¹. Por último el párrafo 3, de gran importancia, consideraba que "todos los demás Estados tendría la calidad de lesionados si el hecho ilícito puede calificarse como crimen de Estado".

Este artículo fue acogido críticamente por doctrina y Gobiernos, tanto por sus deficiencias técnicas de detalle como por su influencia en la concepción general del proyecto. Antes de presentar sus propuestas de modificación, Crawford había concretado las críticas en ambos planos²². Por un lado, denunciaba la excesiva prolijidad y confusión en la enumeración contenida en el artículo: pensemos, por ejemplo, que la mención separada a obligaciones derivadas de Tratados, normas consuetudinarias, decisiones de un órgano judicial, etc., resultaba redundante una vez que el artículo 17 había aclarado la aplicación general del proyecto, con independencia del "origen" de las obligaciones violadas.

En un plano más general, el artículo 40 suponía reducir a una categoría única, la de "Estado lesionado", los diversos grados en que un Estado puede verse afectado por el acto ilícito de otro: el resultado inevitable sería asimilar toda

²⁰ A. PELLET: op. cit. en nota (10).

²¹ Ver anejo.

²² CRAWFORD, "El "ius standi" de los Estados: una crítica del artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI". Revista Electrónica de Estudios Internacionales n.º 1, 2000 (www.reei.org).

relación a una relación bilateral, en que todos los Estados afectados ostenten los mismos derechos subjetivos nacidos de la violación y todos ellos puedan, entre otras cosas, adoptar contramedidas.

Crawford subrayaba el carácter definitorio del artículo 40 en el Proyecto, al calificarlo como auténtica "bisagra" de toda la regulación, al ser el punto de conexión entre, por un lado, el origen y consecuencias teóricas del ilícito y, de otro, la determinación de los sujetos con los cuales surgen nuevas relaciones jurídicas derivadas de la responsabilidad. Su gran aportación, repito, fue la propuesta de modificación del artículo 40 para distinguir un régimen jurídico diverso para los diferentes Estados según que puedan considerarse directamente lesionados por el ilícito o bien que, aunque no afectados directamente, puedan tener un interés general en la violación de la obligación. Así pues, el proyecto, tal como fue presentado por la CDI en 2000, prescinde del artículo 40 y lo desglosa en dos artículos nuevos: en primer lugar, el artículo 43 (art. 42 en la versión de 2001), que define el concepto de Estado lesionado en términos similares a los del artículo 60.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, con lo que, en definitiva, "bilateraliza" la relación surgida de la responsabilidad. Son en este sentido Estados lesionados aquéllos en relación con los cuales la relación existe individualmente o aquéllos especialmente afectados o cuya situación se modifica radicalmente cuando la obligación existe en relación con un grupo de Estados o a la Comunidad Internacional. En segundo lugar, el artículo 49 (artículo 48 en la versión final) trata de aquellos Estados que, no siendo el Estado lesionado, puedan tener derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado en determinadas situaciones y con determinadas consecuencias. En efecto, si a los Estados "lesionados" del artículo 42 se les aplican en su totalidad las consecuencias previstas por la Parte II, en cambio los Estados del artículo 48 sólo pueden invocar la responsabilidad para exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, así como el cumplimiento de las obligaciones de reparación en relación con el Estado lesionado o con los beneficiarios de la obligación violada.

15. Este nuevo planteamiento de Crawford tuvo, evidentemente, consecuencias en el tratamiento que el Relator dio finalmente a los dos problemas principales del Proyecto: a saber, el artículo 19 y las contramedidas, así como en la interrelación de uno y otras.

Recordemos que el espinoso problema de crimen de Estado había quedado suspendido en 1998 a la espera de que los Gobiernos se pronunciaran sobre alguna de las cinco opciones identificadas por el Relator Especial. Pues bien, en su tercer informe (2000), Crawford formuló ya, y la Comisión aceptó, una solución basada, como era de esperar, en la quinta de las opciones previstas, es decir aquella que proponía reformular el artículo 19 eliminando la terminología del crimen de Estado, y, al mismo tiempo, complementar el proyecto de manera que existiera un régimen suficientemente agravado de responsabilidad para ciertas violaciones, diferenciado claramente del aplicable a lo que en el proyecto del 96 se denominó "delitos". En relación con el primer punto, tras suprimir el artículo 19, que figuraba

en la primera parte, se añade en la segunda un capítulo nuevo que trata, genéricamente, de las "violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto" y que sean "esenciales para la protección de sus intereses fundamentales" (entendiéndose por grave el "incumplimiento craso o sistemático de la obligación con riesgo de causar una transgresión sustancial a los intereses protegidos"). Se suprime, por consiguiente, con el artículo 19, la distinción entre delitos y crímenes, dando a todos los ilícitos la misma naturaleza (internacional) aunque dependiendo de las obligaciones violadas pueda establecerse una gradación entre los diferentes actos ilícitos.

Así pues, Crawford, de acuerdo con su propuesta de 1998, introdujo novedades en la regulación de las consecuencias de este tipo de violaciones graves, que resumidamente se concentran en los siguientes puntos. Por un lado y dado su carácter claramente punitivo, que el Relator quería evitar, se restablecen, incluso en caso de crimen de Estado, las limitaciones a la restitución y a la satisfacción que suprimía el antiguo artículo 52. En sentido contrario, por otro lado, en el artículo 42 párrafo 1 se permitía obligar al Estado responsable a pagar "daños y perjuicios que reflejen la gravedad de la violación". Además, el párrafo 3 del mismo artículo 42 dejaba abierta la posibilidad de otras posibles consecuencias que una violación grave "pueda generar según el Derecho internacional". En fin, el artículo 54 extendía a los Estados del artículo 49.1 (es decir, los no directamente lesionados) la posibilidad de tomar contramedidas colectivas, "en interés de los beneficiarios de la obligación violada". Se introducía, por tanto, una restricción respecto del proyecto de 1996 que conviene aclarar en el contexto más general de la cuestión de las contramedidas.

16. Las contramedidas, como hemos visto ya, constituyen en principio la institución probablemente más importante de la responsabilidad, clásica y característica en el contexto de un ordenamiento descentralizado, hasta el punto de que Kelsen, manteniendo la terminología tradicional de las "sanciones", veía en ellas el rasgo que consagraba el carácter plenamente jurídico del Derecho Internacional²³. Ago, por su parte, al plasmar en el proyecto su concepción ecléctica de la responsabilidad como "reparación más sanción", introdujo a las contramedidas en el proyecto aunque desde una perspectiva coherente con la concepción tradicional del Derecho Internacional, es decir, como una de las circunstancias que excluyen la ilicitud de un hecho internacional. Según su definición:

"La ilicitud internacional de un acto que no es conforme con lo que de otro modo se requeriría de un Estado de acuerdo con una obligación internacional hacia otro Estado, queda excluida si el acto fue cometido como la aplicación legítima de una sanción contra el otro Estado como consecuencia de un acto internacional ilícito cometido por ese otro Estado"²⁴.

²³ V. Supra, párrafo 5.

²⁴ Cit. J. CRAWFORD, "The Relationship between sanctions and Countermeasures"

La presencia de las contramedidas en el proyecto, sin regulación alguna de su régimen jurídico y, por lo tanto, dejadas al libre arbitrio de los Estados, no podía menos que causar aprehensión entre aquéllos, más débiles, que denunciaban la posibilidad dependiendo de la correlación de poder entre el Estado lesionado y el supuesto autor del acto ilícito, teniendo en cuenta sobre todo la inexistencia de un órgano con autoridad para juzgar sobre la existencia de dicho ilícito, que corresponde, a su propio riesgo, al autor de la contramedida, y la justificación o no de ésta. Estas son las razones por las que Riphagen y Arangio-Ruiz diseñaron en la segunda parte del proyecto un régimen detallado de cautelas y limitaciones, abandonando de paso la terminología tradicional (represalias de connotación bélica) y reservando el término "sanciones" para las medidas coactivas adoptadas por organizaciones internacionales. La contribución de los Relatores Especiales consistió, en someter las contramedidas a una serie de controles estrictos, fundados en una filosofía precisa: por un lado, las contramedidas no constituyen un derecho sino únicamente la suspensión permisible del cumplimiento de ciertas obligaciones por parte del Estado lesionado. Por otro lado, las contramedidas son transitorias, por lo que su aplicación no anula la existencia de la obligación, cuyo cumplimiento vuelve a ser exigible en cuanto haya cesado el hecho ilícito.

Con ello se trataba, por tanto, de evitar que las contramedidas tuvieran un carácter punitivo. A este fin, el proyecto de 1996 establecía las siguientes restricciones (artículos 48 a 50): en primer lugar, se establecía una prohibición absoluta de suspender determinado tipo de obligaciones (básicamente las derivadas de normas de "*ius cogens*") a título de contramedida. Se establecía, además, el principio de proporcionalidad de la medida adoptada en relación con la gravedad del ilícito. Por último, se sometía a determinadas condiciones procedimentales la adopción de contramedidas, empezando por la obligación de negociar con el Estado autor del hecho ilícito antes de adoptar las contramedidas (salvo aquéllas que se denominaron "medidas transitorias de protección"). Sobre todo, el proyecto incluía una parte III sobre solución de controversias, aplicable a las que pudieran crearse por la adopción de contramedidas y que tenían carácter obligatorio a petición del Estado objeto de las mismas.

Al iniciar el trabajo de la segunda lectura, el Relator Especial Crawford respetó el planteamiento básico contenido en el proyecto de 1996, resistiendo igualmente a las dos posturas extremas contrarias a las contramedidas: tanto la de los Gobiernos que las rechazaban frontalmente en atención a los hipotéticos abusos a que podrían dar lugar, como la de los que, desde la óptica contraria, reclamaban el retorno al modelo de Roberto Ago, es decir la mera mención de las contramedidas sin restricciones, como mera circunstancia excluyente de la ilicitud (25). Los Estados que se situaban en esta línea consideraban que las limitaciones inscritas en el proyecto de 1996, especialmente en lo relativo a la solución de controversias, constituían normas de desarrollo progresivo de Derecho internacional inaceptables y no mera codificación. Al iniciar su revisión, el Relator

²⁵ Ver Tercer Informe del Relator Especial, documento A/CN.4/507, Add 3.

se sentía autorizado por la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso de la *presa Gavcikovo-Nagimaros*, de 25 de septiembre de 1997: las contramedidas pueden considerarse legítimas pero sólo si tienen como único propósito inducir al Estado autor del ilícito a cumplir con sus obligaciones y si tienen carácter reversible. Crawford, sin embargo, introdujo algunas modificaciones que responden a una concepción más permisiva y "bilateralista" que la defendida por los anteriores Relatores Especiales. Así, suprime la obligación de negociar que establecía el antiguo artículo 54, sustituyéndola por una obligación de notificar al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas, ofreciéndole la posibilidad de negociar. En cuanto a las contramedidas colectivas, ya hemos visto cómo su formulación del artículo 54 seguía permitiéndolas a los Estados no estrictamente "lesionados", pero con determinados límites: "a petición y por cuenta de cualquier Estado que haya sido lesionado por la violación" y en interés "de los beneficiarios de la obligación violada". Finalmente, Crawford adoptó una modificación de la máxima trascendencia: propuso suprimir del texto aprobado en 2000 toda la regulación relativa a solución de controversias (Parte III del Proyecto de 1996). Las razones dadas por Crawford para esta última iniciativa son de dos órdenes. En primer lugar, y como objeción de fondo, el Relator Especial se hacía eco de las críticas de numerosos Gobiernos al antiguo artículo 48 párrafo 3: se le achacaba contener una regulación desequilibrada, dado que ponía únicamente en manos del Estado autor del ilícito la posibilidad de desencadenar el procedimiento vinculante de solución de controversias. Aún más, y claramente indicativo de la filosofía con la que el Relator Especial enfocaba su trabajo, del citado artículo y el sistema de solución de controversias constituiría, teniendo en cuenta el carácter general de la responsabilidad internacional, un salto cuantitativo que los Estados no estarían dispuestos a dar. Podría llevar, en efecto, a la posibilidad de someter a un arbitraje o jurisdicción obligatoria toda controversia que pudiera suscitarse entre Estados derivada del incumplimiento por uno de ellos de una obligación internacional.

La objeción formal opuesta por Crawford al procedimiento obligatorio de supresión de controversias era lógica, aunque al mismo tiempo se convertía en una de esas profecías que acarrear su propio cumplimiento: según él, la forma final que habría de adoptar el proyecto no había sido aún decidida definitivamente por la Comisión ni por los Estados y sería incongruente el mantenimiento de la Parte III del proyecto en un texto que no fuera una Convención vinculante sino, como propugnaba el propio Crawford, una serie de directrices para la práctica de los Estados adoptada como tal por la Asamblea General. Al decantarse en su primer informe por esta solución pragmática que, a la vez era el máximo que parecía aceptable para determinados Gobiernos, Crawford inclinaba la balanza no sólo hacia el abandono de la aspiración a obtener un producto de codificación y desarrollo progresivo como norma vinculante, sino también hacía la supresión de uno de los elementos más avanzados del proyecto de 1996, es decir, el condicionamiento de las contramedidas a un sistema de solución de controversias. En el primer aspecto, terciaba así en la discusión entre dos posturas opuestas: la de quienes, de un lado, consideraban que la responsabilidad, como institución internacional nuclear, debería a través de una Convención obligatoria aportar

estabilidad en el ordenamiento internacional, del mismo modo que lo había hecho, entre otras, la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados; y, de otro, la de los opositores de la idea de una Convención²⁶. Estos últimos sostenían que el contenido del proyecto de 1996 abundaba excesivamente en aspectos de desarrollo progresivo sobre los que hubiera sido difícil, si no imposible, conseguir un consenso suficiente de los Estados en el seno de una conferencia diplomática; y que en todo caso prevenían contra el peligro de que una Convención obtenida en estas condiciones obtuviera escasas adhesiones y produjera un posible efecto "descodificador". Frente a ese peligro, llamaban la atención sobre la utilidad que había tenido ya el proyecto de 1996 como orientación de la práctica estatal e incluso de la jurisdicción de los Tribunales internacionales.

La cuestión de la forma del proyecto, íntimamente relacionada con la de la solución de controversias e indirectamente con las contramedidas, se convirtió en la discusión más trascendente que había de tener lugar tanto en el seno de la Comisión como en la VI Comisión de la Asamblea General en el 2001. Hay que recordar que esta discusión se iba a producir bajo la presión del tiempo, dado que en 2001 terminaba el quinquenio de la CDI, con renovación de todos sus miembros; que, además, existía el propósito de terminar durante ese período el trabajo sobre la responsabilidad internacional de los Estados.

17. En su sesión del verano del 2001, la Comisión de Derecho Internacional llegó al final del camino en su trabajo sobre la responsabilidad de los Estados. El Relator Especial Crawford presentó un cuarto informe en el que, dando prácticamente por terminada su labor, que había quedado reflejada en el proyecto provisional del año 2000, se limitaba a reseñar los escasos comentarios escritos que los Gobiernos habían presentado a este texto y las manifestaciones de las Delegaciones ante la VI Comisión²⁷. Consideraba que, en general, eran favorables al proyecto tanto en su nueva estructura básica como en la gran mayoría de sus disposiciones consideradas de forma individual. Las cuestiones que, según Crawford, seguían pendientes de resolución, eran sometidas a la decisión de la CDI con comentarios que defienden los puntos de vista del Relator, tal como se habían ido elaborando en sus tres primeros informes. Sorprendentemente, los párrafos 45 a 67 del informe anual de la Comisión revelan una revisión sustancial del proyecto de Crawford en relación con tres de las cuestiones pendientes, centrales en la filosofía del proyecto.

En materia de "violaciones graves", la Comisión mantuvo el Capítulo III de la segunda parte, pero nuevamente volvió a cambiar la terminología. Según la nueva formulación, el capítulo trata de las "violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho Internacional". En cambio, se mantiene en el artículo 48 la formulación del proyecto del 2000 (obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto) cuando se trata de la invocación de

²⁶ La idea no era nueva: la defendía ya en 1983 Brownlie, apoyándose en las tesis de Sir Gerald Fitzmaurice como Relator de la CDI en materia de Tratados. Ver op. cit. en Nota 2, págs. 18 y ss.

²⁷ Ver documento A/CN.4/517

la responsabilidad por un Estado que no sea el Estado "lesionado". En cuanto al régimen jurídico de las violaciones graves, resalta la decisión de la Comisión de suprimir el párrafo 1 del artículo 2 del 2000 que permitía la exigencia de "daños y perjuicios que reflejen la gravedad de la violación". Varios Gobiernos y miembros de la Comisión consideraron, frente a la opinión de Crawford, que esta norma introducía un matiz punitivo incompatible con el carácter "civil" de la responsabilidad internacional²⁸.

Por lo que se refiere a las contramedidas, la Comisión de Derecho Internacional aceptó el mantenimiento de las mismas en el proyecto y su regulación, tal como había propuesto Crawford y los anteriores Relatores Especiales. Introdujo, no obstante, dos modificaciones significativas: en primer lugar, suprime el concepto de contramedidas provisionales que contenía el artículo 53 y asimismo el impedimento impuesto en el párrafo 4 del mismo artículo para tomar contramedidas "mientras se estén celebrando de buena fe negociaciones y éstas no sufran una demora injustificada". Más importante aún, la Comisión decidió suprimir el artículo 54, que permitía a los Estados no lesionados contemplados en el artículo 49 adoptar contramedidas a petición y por cuenta de un Estado lesionado o bien, en el caso de violación de una obligación "*erga omnes*" (artículo 41) adoptar contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación violada. Este artículo es sustituido por una ambigua cláusula de salvaguardia que da derecho a cualquier Estado que pueda invocar la responsabilidad según el artículo 48.1 "a tomar medidas lícitas contra el Estado autor de la violación para asegurar la cesación de ésta y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada".

Por fin, también modificó la Comisión de Derecho Internacional la propuesta de Crawford sobre el régimen de solución de controversias y, en relación con éste, sobre la forma que debería tomar el proyecto. Adoptando una solución salomónica, la CDI recomienda, como el Relator Especial, que los artículos sean publicados y transmitidos a los Estados en forma de Anejo a una Resolución de la Asamblea General. Sin embargo, atendiendo a la tesis de los partidarios de un instrumento vinculante, dejó abierta la posibilidad de que la Asamblea General considere en el futuro la conveniencia de convocar una Conferencia Diplomática para la negociación de un convenio. Esta debería contener las normas sobre la solución pacífica de controversias que de momento quedaron suprimidas.

18. Estas recomendaciones, junto con el Proyecto en su redacción final, acorde con las decisiones de la CDI, fueron hechas públicas el 26 de julio y posteriormente aparecieron en el informe anual, que incluye además los comentarios a los artículos. Fueron además discutidos una última vez por los Gobiernos en la VI Comisión y finalmente adoptados por la Asamblea General en su Resolución N.º. 56/83 de 12 de diciembre de 2001.

²⁸ V. a este respecto Nina H.B. JORGENSEN. "A Reappraisal of Punitive Damages in International Law", *BYIL* (1997) vol. XLVIII págs. 247 y ss.

A pesar de que el informe anual fue presentado a los Gobiernos por la CDI como un "paquete" acabado, las conclusiones de la CDI dieron lugar a variadas reacciones por parte de los Gobiernos en las sesiones de la VI Comisión que tuvieron lugar en Nueva York del 29 de octubre a 2 de noviembre pasado. En relación con la forma, una amplia mayoría de las Delegaciones aceptó la propuesta de la CDI y su enfoque en dos fases, de modo que, en la Resolución citada, la Asamblea señala los artículos "a la atención de los Gobiernos" y decide incluir provisionalmente en el programa de su quincuagésimo noveno periodo de sesiones (2004) una nueva discusión sobre el proyecto. Muy contadas Delegaciones propusieron, con escaso eco, que se suspendiera el tratamiento de toda la cuestión hasta la sesión del próximo año²⁹.

En cuanto al fondo de los cambios y de la regulación del proyecto en general, la mayor parte de las declaraciones se limitaron a reiterar posiciones anteriormente defendidas o simplemente a saludar el proyecto como un primer paso para una futura regulación convencional. Algunas entraron en una crítica a fondo de los cambios sustanciales decididos por la CDI en relación con el proyecto del 2000. Destaquemos la intervención del Profesor Koskenniemi el día 29 de octubre³⁰. Como representante de Finlandia y en nombre de los países nórdicos, el recién elegido miembro de la CDI, que se presentaba ante la VI Comisión como candidato, puso de manifiesto en primer lugar las complicaciones que acarrea el cambio de terminología para definir las violaciones graves del artículo 41. La violación de normas perentorias de Derecho Internacional está sometida a un régimen en el artículo 41 (obligación de cooperar para poner fin al ilícito, no reconocimiento) que no siempre va a coincidir con el régimen de consecuencias previsto por el artículo 48 para la violación grave de una obligación para la comunidad internacional en su conjunto. La "gravedad" sólo se exige en el primer caso y no en el segundo (en el caso de que fuera concebible una violación no grave de una norma perentoria). Además, dado que no siempre tienen por qué coincidir los conceptos de obligación "*erga omnes*" y obligación derivada de una norma perentoria, pueden darse situaciones paradójicas: así, si una violación en el ámbito del artículo 48 ("*erga omnes*") no coincide con las previstas en el artículo 41, no se le aplicaría la obligación de no reconocimiento, con lo que podría hipotéticamente consolidarse como legítima. La supresión del artículo 54 no es menos problemática. La cláusula de salvaguardia que lo sustituyó en el 2001 parece dejar la cuestión de las contramedidas colectivas en la indefinición y así lo reconoció el propio Crawford ante la VI Comisión, atribuyendo este insatisfactorio resultado a la falta de consenso entre los Estados sobre este punto. Lo cierto es que las "medidas legítimas" que ahora permite el proyecto o bien deberán entenderse como medidas de retorsión, en cuyo caso la cláusula sería innecesaria, o

²⁹ Reino Unido, apoyado por Australia y Alemania. La Delegación de Estados Unidos ni siquiera mencionó la cuestión, limitándose a su habitual crítica a los artículos por contener elementos de desarrollo progresivo.

³⁰ El texto fue distribuido a las Delegaciones en la VI Comisión por la Misión Permanente de Finlandia ante las NN.UU., el 29 de octubre de 2001.

bien serían auténticas contramedidas (teniendo en cuenta que el art. 22 elimina la ilicitud de éstas) y en tal caso no existiría variación respecto del discutido texto propuesto por Crawford en el 2000.

19. La conclusión de todo este largo proceso resulta implícita en la intervención de Konniemi y de otras Delegaciones. No podían, en efecto, dejar de constatar que las decisiones de última hora de la CDI suponían dar un paso más en la revisión emprendida por Crawford en 1998 para aligerar el proyecto de 1996 de sus rasgos más salientes inspirados en un enfoque progresivo y "comunitarista" de la responsabilidad. El texto desdibuja los avances principales conseguidos por los tres primeros Relatores Especiales e incluso, supone un retroceso respecto a las propuestas de Crawford como lo demuestra la ausencia de un sistema de solución de controversias limitador de la libertad de los Estados al adoptar contramedidas o la práctica desaparición de un régimen agravado de responsabilidad para las violaciones "graves" del artículo 41.

En su intervención ante la VI Comisión, la Delegación española, en consecuencia con sus anteriores participaciones, defendió los aspectos más novedosos de la regulación del Derecho de la responsabilidad de los Estados. El énfasis en esta línea era lógico en un país de las características del nuestro que, como potencia intermedia, se manifiesta siempre en favor del imperio del Derecho en las relaciones internacionales. No hay que olvidar, por otro lado, que sobre la actitud española ante el trabajo de la CDI ejerció influencia también la práctica unanimidad de la doctrina internacionalista española en la defensa del enfoque "comunitario". Esta influencia había sido incorporada expresamente por mi antecesor, el Profesor Pastor Ridruejo, en sus intervenciones como representante del Gobierno español ante la VI Comisión e indirectamente la asumió también quien les habla, contando con la ayuda desinteresada de diversos especialistas en la formulación de las observaciones de España al proyecto en su segunda lectura³¹.

En estos cuatro años, en efecto, y ante el embate generalizado que sufrió el proyecto de 1996, la Delegación española ha tratado de sostener en lo posible una obra de muchos años que ha estado a punto de sucumbir. A pesar de la decepción por el desarrollo de la segunda lectura, el realismo, que en su momento había aconsejado aceptar el compromiso propuesto por Crawford en relación con los antiguos crímenes de Estado, aconsejaba asimismo abrir la vía a la adopción de un instrumento provisional no vinculante, a la espera de circunstancias más propicias para insistir en la incorporación de la materia en una convención internacional. A pesar de sus carencias, el proyecto en su versión final reafirma, a través del artículo 41, el concepto de "*ius cogens*" y mantiene, al fin y al cabo, aunque sin las debidas garantías, una regulación restrictiva de las contramedidas.

³¹ Quiero mencionar y agradecer las valiosas indicaciones de Carlos Jiménez Piernas, Jaume Ferrer, Rosario Huesa y Carlos Espósito. Sobre la doctrina española, véase Carlos Espósito Massicci, "Review of the Spanish Literature on State Responsibility", *SYL*, vol. 5, 1997, pp. 83-101.