

El *ius standi* de los Estados: Una crítica al artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI

JAMES CRAWFORD*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CAPACIDAD DE ACCIÓN Y TRATADOS MULTILATERALES: EL ARTÍCULO 60(2) DEL CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS. III. “LEGITIMACIÓN” Y RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. ¿UNA DEFINICIÓN GENERAL DE “ESTADO LESIONADO” EN EL DERECHO INTERNACIONAL? IV. LOS PRIMEROS PASOS EN LA RECONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 40.

I. INTRODUCCIÓN

Los abogados están acostumbrados a enfrentarse a cuestiones de legitimación activa en los ordenamientos internos. A menudo es objeto de litigio determinar quién puede oponerse a decisiones de una autoridad pública, bien sea con una apoyatura constitucional o a raíz de la violación de algún principio de Derecho administrativo. La tendencia general ha consistido en ampliar el espectro de personas que pueden considerarse afectados por tales decisiones. Por ejemplo, se han incluido organizaciones no gubernamentales que tuvieran un interés general

* Catedrático Whewell de Derecho Internacional, Universidad de Cambridge; Miembro y Relator Especial sobre Responsabilidad internacional de los Estados, Comisión de Derecho Internacional. Este trabajo fue originalmente escrito en inglés para el libro homenaje a Lord Slynn of Hadley (en prensa).

Traducción de Carlos Espósito, quien agradece la colaboración de Enrique Velásquez (alumno de licenciatura y becario de investigación de la UAM). Se ha respetado la versión oficial española de los textos oficiales cuando la misma existiere. En cuanto a los textos que carecen de una versión oficial española, como por ejemplo las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, se ha optado también por traducirlas al español con el objeto de dar coherencia a la traducción. Sin embargo, los lectores que deseen verificar las citas con sus textos oficiales, pueden dirigirse a www.icj-cij.org.

© James Crawford. Todos los derechos reservados.

en la cuestión controvertida¹; también a personas que hubieran tomado parte activa en el curso del proceso que conduce a la decisión; o incluso a personas con intereses más remotos o generales². El problema de identificar a la parte "lesionada" o "interesada" está menos presente en el ámbito del Derecho privado: la "legitimación activa" en un contrato, daño o restitución, es habitualmente sinónimo de derecho de acción, es decir, un derecho sustantivo en virtud del derecho sustantivo aplicable. Pero incluso en tales contextos pueden surgir problemas. Por ejemplo, en el derecho común de inmisiones, se dibuja una distinción entre el perjuicio público y el privado con referencia a criterios que podrían igualmente ser considerados como constituyentes de criterios (sustantivos) para determinar qué es un perjuicio público o como definatorios de las personas habilitadas para ejercitar una acción³.

En el ámbito del Derecho internacional, se había adoptado una postura que acostumbraba a pensar en la capacidad tal y como hacen los abogados privatistas en el Derecho interno, es decir, simplemente como una función del derecho sustantivo aplicable. Esto se debía a dos razones, tal vez, interrelacionadas. La primera es que el Derecho internacional comenzó y, al menos continuó, durante el siglo XIX anclado en la tradición de "los derechos de Estados", tras la cual descansaba la tradición medieval relativa a la teoría de los derechos naturales⁴. El Derecho internacional era, en otras palabras, el conjunto de derechos naturales de los Estados (comunidades independientes en un Estado de naturaleza, distintas de los miembros de algunas *civitas* en las cuales éstos pudieran tener derechos positivos). El sostén metafísico de esta postura ha sido abandonado hace tiempo, pero en algunos aspectos mantiene su vigencia, al menos por lo que hace a la idea de que el Estado tiene capacidad de acción si, y sólo si, éste dispone de un derecho individual. En segundo lugar, el Derecho internacional en su concepción clásica era, en gran medida, un conjunto de relaciones interestatales de carácter esencialmente bilateral. Esto puede apreciarse, por ejemplo, en el lento desarrollo de los tratados multilaterales. Los primeros tratados de paz, aun incluyendo la famosa Paz de Westphalia de 1648, eran bilaterales en la forma, y los intereses de terceros Estados se reflejaban mediante procedimientos de adhesión o por la

¹ Un ejemplo reciente es *R v Secretary of State for Trade & Industry ex parte Greenpeace Ltd*, no informado, Kay J, 5 de Noviembre de 1999, en donde se permitió a Greenpeace oponerse a una decisión de la Secretaría de Estado que concedía licencias de explotación petrolífera en alta mar en contra de las reglas de la Directiva de la UE sobre Habitats. La cuestión sustantiva en juego era determinar hasta que punto la Directiva podía aplicarse a la Zona Económica Exclusiva, y quedó patente que ninguna de las otras partes afectadas tenía argumentos para elevar esa cuestión.

² Véase, por ejemplo, Australian Law Reform Commission, *Standing in Public Interest Litigation* (ALRC 27, Canberra, 1985); HWR Wade & CF Forsyth, *Administrative Law* (7th edn, Oxford, 1994) cap. 19, y para un estudio comparativo P van Dijk, *Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of Interest to Sue* (Alphen an den Rijn, Rockville, 1980).

³ Véase 34 *Halsbury's Law of England* (4th revised edn, 1997), "Nuisance", párrafos 8, 61.

⁴ El primer capítulo de Grotius, *De Iure Belli et Pacis* (1636) se titula reveladoramente "Quid bellum, quid ius", traducido por Whewell como "What is war: what are rights?": W. Whewell (trad.), *Hugonis Grotii De Iure Belli et Pacis Libri Tres* (Cambridge, 1853) vol 1, 1. Sobre la tradición de la teoría de los derechos naturales en el siglo XVII, véase R. Tuck, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, Cambridge, 1979.

agregación de Estados aliados a cada una de las partes como “parte” única⁵. Incluso cuando en la segunda mitad del siglo XVIII comenzaron a concluirse verdaderos tratados multilaterales, nunca estuvo claro que las relaciones legales que emanaban de dichos tratados fueran multilaterales. El tratado bien podría haber sido un procedimiento de agregación de relaciones jurídicas bilaterales o de establecimiento de otras nuevas⁶.

Fue en parte por esta razón que el Derecho internacional se ha esforzado en desarrollar una noción de “capacidad de acción sobre la base de un interés público” en aquellas áreas en las que el Derecho no tenga como propósito la creación de derechos y obligaciones sinalagmáticos. Esto puede verse, por ejemplo, desde la decisión de la Corte Internacional en el caso *Sudoeste Africano* (Segunda Fase) en 1966. Ese caso conllevaba un supuesto paradigmático de reclamación “pública”, instada por Etiopía y Liberia contra Sudáfrica y relativa a la administración de este último Estado sobre África Sudoccidental (la actual Namibia) bajo el mandato de la Liga de Naciones. El mandato contenía una cláusula compromisoria que remitía a la jurisdicción de la Corte Permanente a las controversias surgidas en el ámbito del Mandato entre los miembros de la Liga de Naciones. La Corte Internacional de Justicia había sostenido en 1950 que la disolución de la Liga de Naciones en 1946 no extinguía el mandato, que aún definía los términos del título que permitía la administración territorial por parte de Sudáfrica⁷. Cuando Etiopía y Liberia iniciaron el procedimiento contra Sudáfrica (habiendo sido los tres Estados miembros de la Liga) invocando la cláusula compromisoria, la Corte en 1962 afirmó su jurisdicción⁸. El artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional resultó eficaz para transferir la jurisdicción de la Corte Permanente a la nueva Corte, y Etiopía y Liberia permanecieron habilitadas para invocar esa jurisdicción como miembros de la Liga, a pesar de su disolución. La mayoría en 1962 pareció no apreciar inconvenientes en el hecho de que Etiopía y Liberia reclamaran un interés público en la administración debida del Mandato y no se apoyaran en derechos individuales propios. Pero en 1966 las cosas cambiaron, debido en parte a los cambios en la composición del Tribunal. La Corte sostuvo, con el voto de calidad de su presidente (Spender), que la reclamación era inadmisibile, precisamente porque no hacía referencia a derechos individuales de los Estados reclamantes. De ahí que los Estados, de manera individual, no pudieran reclamar el derecho “público” o multilateral o el interés controvertido. Esto era un asunto de los

⁵ Los tres tratados que constituyeron la Paz de Westpahlia fueron: España-Países Bajos, Münster, 30 de enero de 1648: 1 CTS 1; Suecia-Imperio, Osnabruck, 14 (24) de octubre de 1648: 1 CTS 118, y Francia-Imperio, Münter, 12 (24) de Octubre de 1648, 1 CTS 271. Sobre la Paz de Westpahlia, véase, por ejemplo, A. Osiander, *The States System of Europe 1640-1990. Peace-making and the Conditions of International Stability*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 16-89; A.M. de Zayas, “Westpahlia, Peace of (1648)”, EPIL, vol. 7, 1984, p. 537.

⁶ Véase K Marek, “Contribution à l’étude de l’histoire de traité multilatéral” en *Festschrift für Rudolf Bindschieder*, Bern, Stämpfli, 1980, p. 17 y sigs., en las pp. 38-39.

⁷ Estatuto de Africa Sudoccidental, ICJ Reports 1950, p 128.

⁸ Caso Sudoeste Africano (Primera Fase) ICJ Reports 1962, p. 319.

órganos de supervisión y políticos de la Liga (que sin embargo, ya no existían) y no de la Corte⁹.

Fue, sin duda, en respuesta a la polémica causada por esta decisión que la Corte en 1970 emitió su tantas veces citado pronunciamiento sobre la cuestión de la “habilitación para demandar”. Ninguna cuestión relativa a un derecho o interés público surgió en el caso *Barcelona Traction*. Además, el caso *África sudoccidental* había traído a colación la interpretación de una cláusula compromisoria particular en un instrumento concreto y no una reflexión general sobre la definición de Estado lesionado o interesado. No obstante, la cuestión trascendía estas distinciones: se trataba de ver si el Derecho internacional era eficaz para crear institutos públicos justiciables y reglas que los Estados miembros pudieran hacer cumplir de forma individual. Sin lugar a dudas, la mayoría en 1966 no había negado tal posibilidad. Pero, al menos, sí que existía una considerable presunción en contra, tan fuerte que sólo la garantía más explícita de un derecho general de acción (*actio popularis*) podría haberlo permitido.

En consecuencia, en el caso *Barcelona Traction*, la Corte no formuló una regla sino, más bien, una categoría, una idea general, una forma alternativa de establecer relaciones jurídicas en el Derecho Internacional, en contraste con la relación bilateral clásica de derechos y obligaciones. Pero mientras se reorientaba el desequilibrio originado por la decisión de 1966, también se creaba una nueva incertidumbre. El pasaje que siempre se cita de esa Decisión es el siguiente:

“...debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado el ámbito de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; son obligaciones *erga omnes*.

Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la ilegalización de los actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección se han integrado en el Derecho Internacional general (Reservas a la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio, Opinión Consultiva, ICJ Reports 1951, pág. 23); otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal.

⁹ ICJ Reports 1966, p. 6.

Las obligaciones cuyo respeto debe asegurar la protección diplomática no pertenecen a la misma categoría. En efecto, si se considera una de ellas en particular en un caso determinado, no puede decirse que todos los Estados tengan un interés jurídico en que sea respetada. Un Estado no puede presentar una demanda de reparación por la violación de una de esas obligaciones antes de haber demostrado que tiene derecho a ello..."¹⁰

Pero al mismo tiempo continuó diciendo en un pasaje posterior y bastante menos discutido:

"... con relación en particular a los derechos humanos, a los cuales ya se ha hecho referencia en el párrafo 34 de esta decisión, ha de tenerse en cuenta que éstos también incluyen la protección contra la denegación de justicia. Sin embargo, en una dimensión universal, los instrumentos que contemplan los derechos humanos no confieren a los Estados la capacidad de proteger a las víctimas de la violación de tales derechos desconectada de su nacionalidad. Es por tanto en un nivel regional donde este problema ha de encontrar su solución; así, dentro del Consejo de Europa, del cual España no forma parte, el problema de admisibilidad que supone la reclamación en el presente caso ha sido resuelto por la Convención Europea de Derechos Humanos, que legitima a cualquier Estado parte en dicha Convención a presentar una reclamación contra cualquier otro Estado parte por la violación de esa Convención, independientemente de la nacionalidad de la víctima."¹¹

La remisión en este último párrafo a su afirmación anterior implica que la Corte no apreció ninguna inconsistencia entre ambos párrafos. Sin embargo, no queda claro como éstos deberían ser reconciliados. Una posibilidad consiste en que, al referirse a "los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana", la Corte se limitaba exclusivamente a aquellos principios y reglas claramente reconocidos en el Derecho Internacional general como obligaciones *erga omnes* en 1970. Esto era posiblemente cierto por lo que hace a la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial, pero no en lo relativo a la garantía contra la denegación de justicia. De acuerdo con esta opinión, sólo algunos aspectos del *corpus* de derechos de las personas darían lugar a obligaciones *erga omnes* (o al menos, sólo algunos lo

¹⁰ ICJ Reports 1970, p 3, en p. 32 (párrafos 33-35).

¹¹ ICJ Reports 1970, p. 3, en p. 47 (párrafo 91). *NT*: España es parte del Consejo de Europa desde el 24 de noviembre de 1977, véase BOE núm. 521, de 1 de marzo de 1978, y la enmienda publicada en el BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1981.

hicieron así). Una segunda posibilidad, sin embargo, es que la Corte hubiera previsto la existencia de obligaciones *erga omnes* en Derecho Internacional, pero sin conferir a los Estados ninguno de los “correspondientes derechos de protección”. Esto podría sugerir que las condiciones existentes relativas a la admisibilidad de reclamaciones (incluyendo la nacionalidad de las víctimas) seguirían aplicándose a las violaciones de obligaciones *erga omnes*. De hecho, tal interpretación privaría al primer pronunciamiento de la Corte de gran parte de su significado. El contraste sugerido en este párrafo entre los instrumentos universales y la Convención Europea resulta también incomprensible. La regla relevante del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 41) no aparece limitada por referencia a consideraciones sobre la nacionalidad de las reclamaciones más que lo que estaba entonces el artículo 24 del Convenio Europeo.¹²

Quizás una interpretación más razonable de estos dos párrafos reside en que la Corte procuraba distinguir entre los remedios disponibles para las reclamaciones elevadas dentro del marco de la protección diplomática y aquellas otras elevadas dentro del marco de los derechos humanos. Sobre esa base, la posibilidad de que el Derecho Internacional general reconociera una obligación (incluso una obligación *erga omnes*) de no denegar justicia a personas ante los tribunales nacionales no produciría ni el resultado de asimilar ambos ámbitos, ni el de equiparar los remedios disponibles para los Estados “interesados” por la violación de las obligaciones sobre derechos humanos con aquellos otros disponibles a Estados cuyos propios derechos hubieran sido infringidos por una denegación de justicia a sus nacionales. Pero cualquiera que sea la opinión preferida, permanecen incertidumbres en la interpretación, y el resultado es que *Barcelona Traction* es sólo el primer hito en la historia de la capacidad de acción en el Derecho Internacional¹³.

II. CAPACIDAD DE ACCIÓN Y TRATADOS MULTILATERALES: EL

¹² Es cierto que el Art. 48 (b) del Convenio Europeo prevé supuestos que puedan ser sometidos al Tribunal Europeo por una parte contratante “cuando la víctima haya sido un nacional suyo”. Pero esta no fue una regla exclusiva, y si los redactores del Convenio Internacional hubieran querido insertar una previsión similar, podrían haberlo hecho fácilmente. El asunto que suscitaba el Art. 48 no se plantea ahora bajo el Convenio, tal y como éste quedó redactado por el Protocolo 11 (que entró en vigor el 1 de Noviembre de 1998).

¹³ Aunque hay mucho debate sobre casos particulares (tanto el asunto *Africa Sudoccidental* como *Barcelona Traction* han generado abundante literatura), pocos autores han discutido estos asuntos de una manera sistemática. Véase, por ejemplo, K Sachariew, “State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the ‘Injured State’ and its Legal Status” (1988) 35 *NILR* 273; DN Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties” (1988) 59 *BYIL* 151; V Vadapalas, “L’intérêt pour agir en responsabilité internationale” (1993) 20 *Polish YBIL* 17; B Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law” (1994/VI) 250 *Recueil des Cours* 219; A de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States* (Kluwer, The Hague, 1996); DJ Bederman, “Article 40 (2) (e) & (f) of the ILC Draft Articles on State Responsibility: Standing of Injured States under Customary International Law and Multilateral Treaties” (1998) 92 *ASIL Proceedings* 291.

ARTÍCULO 60 (2) DEL CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS

Una tentativa para ubicarse más allá de la discusión sobre categorías generales fue realizada en el contexto de la codificación del Derecho de los tratados, contenida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Dicha Convención no aspira a abordar la totalidad del Derecho de los tratados. Obvia en gran parte la cuestión relativa a la ejecución de los tratados¹⁴, y en particular, no trata aspectos relacionados con la responsabilidad del Estado por su falta de ejecución.¹⁵ Así, no define qué Estados partes de un tratado están habilitados para exigir su ejecución, para protestar su falta de ejecución, para exigir una restitución o compensación por la violación de un tratado, etc. Sin embargo, fue necesario abordar una cuestión adyacente: ¿qué Estado o Estados están habilitados para invocar una violación grave de un tratado multilateral con el fin de extinguir las relaciones en el marco del tratado con el Estado infractor, o al menos suspenderlas? La Convención de Viena, al procurar establecer una serie de reglas para la terminación de las relaciones en el marco de un tratado¹⁶, no podía eludir esta cuestión. Además, este tema tiene importantes implicaciones para el asunto más general de la capacidad de acción: primero, porque los tratados multilaterales son el instrumento ordinario de reglamentación o regulación de intereses públicos en el Derecho Internacional actual y, segundo, porque es obvio que no todos los Estados parte de un tratado se ven igualmente afectados por la violación del mismo.

La norma relevante es el artículo 60. Es significativo que sea el único precepto de la Convención que traza una distinción entre tratados bilaterales y multilaterales. Si el Derecho Internacional tradicional había pretendido reducir las relaciones legales a un paradigma bilateral, entonces el paradigma de cualquier tratado era igualmente un tratado bilateral. Pero tan pronto como se acepta que al menos algunos tratados multilaterales crean relaciones jurídicas multilaterales (esto es, que las relaciones entre Estados no pueden ser reducidas a un ramillete de vinculaciones establecidas mediante tratados bilaterales), entonces se hace necesario recoger algunas distinciones entre ambos por lo que hace a los efectos de su violación. El artículo 60 (1) se ocupa del simple caso del tratado bilateral. Entonces, a continuación, dispone:

¹⁴ CVDT, Art. 26 dice que los tratados han de ejecutarse, pero no especifica como, sin duda, sobre la base de que esta cuestión está abierta a la interpretación y aplicación de cada tratado en particular y de que no existen (o hay pocas) reglas generales discernibles. Los Arts. 31-33 versan sobre la interpretación. Los Arts. 69-72 versan sobre la extensión de los derechos establecidos para aquellos Estados consecuentes para con la ejecución.

¹⁵ CVDT, Art. 73.

¹⁶ Tal como aparece en la CVDT, Art. 42 (2).

“2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

(a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea:

(i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o
(ii) entre todas las partes;

(b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;

(c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

...

4. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.”

El artículo 60 se limita a casos de “violación grave”. A menos que el tratado lo disponga de otra manera, una violación del tratado que no alcance el nivel de violación grave, no otorga un derecho de terminación o suspensión. De acuerdo con el artículo 60 (3):

"Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:

a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o
b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o el fin del tratado”

Esta definición está más cercana a la de violación repudiatoria en el derecho común de los contratos que a la de “violación grave”, y aunque ningún adjetivo (tal

como “serio” o “grave”) califica el término “violación” en el párrafo (b), se establecen límites bastante estrictos sobre el derecho a responder ante una violación por medio de la terminación o suspensión del tratado. La preocupación fundamental parece ser, pues, la estabilidad de los tratados, primando su continuidad a pesar de violaciones, frente a lo que sería su ejecución –lo cual enfatiza de nuevo el hecho de que las reglas relativas a la ejecución de los tratados se subsumen primordialmente en el Derecho de responsabilidad de los Estados y no tanto en el Derecho de los tratados.¹⁷

Por lo que hace a la violación grave de los tratados multilaterales, el Artículo 60 (2) distingue tres situaciones. En primer lugar, existirán Estados “especialmente perjudicados por la violación”. El concepto “especialmente perjudicados” no se define, y el comentario al Artículo 60 no profundiza en esta cuestión.¹⁸ Quizás del contraste entre “una parte” en el párrafo (2) (b) y “cualquier parte” en el párrafo (2) (c) pueda deducirse que sólo uno o pocos Estados podrían hallarse “especialmente perjudicados” por una violación. En otras palabras, un Estado sólo puede verse especialmente perjudicado si es perjudicado de una manera especial, más allá y por encima de la posición de otros Estados parte en el tratado.¹⁹ En el caso relativo a *Timor Oriental*, el Juez Weeramantry (discrepante) sugirió que las obligaciones *erga omnes* habían de equipararse a los derechos individuales de todos los Estados en la medida en que concierna a la capacidad de acción.²⁰ Sea esto o no verdadero para el derecho de la responsabilidad del Estado, desde luego no es la manera en la que el Derecho de los tratados se ocupa de las obligaciones *erga omnes partes*.

En cambio, esa situación se aborda sin ambages en el párrafo (2) (c). Los Estados que no se ven especialmente afectados por una violación grave están, sin embargo, habilitados para invocar la violación del tratado en una serie limitada de circunstancias explícitas, es decir, cuando “el tratado sea de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado”. De nuevo el énfasis se pone en la clasificación *a priori* del tratado o de sus preceptos, y no en la gravedad de la violación en sí. Pero, a diferencia del Artículo 60 (3) (b), el énfasis del párrafo (2) (c) está en la naturaleza

¹⁷ Un punto de vista similar fue el manifestado por la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, ICJ Reports 1997, p. 7, en la p. 68 (párrafo 114), en el que la Corte sostuvo que un tratado bilateral permanecía en vigor a pesar de violaciones graves por las partes, equivalentes incluso al rechazo de su intención inicial.

¹⁸ Véase *Anuario de la CDI*, 1966, Vol. II p 255, párrafo (7).

¹⁹ El supuesto más evidente en que un Estado podría verse “especialmente perjudicado” en este sentido, sería que sufriera algún daño real. Según Reuter, “desde que la responsabilidad internacional no sigue la senda de la responsabilidad criminal, daño y reparación son precisamente lo que hace posible definir a la entidad ‘especialmente perjudicada’ y sus derechos”. P. Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 2nd edn, London, Kegan Paul, 1995, p. 208.

²⁰ ICJ Rep 1995 p 90 a p 172. El párrafo en cuestión dice: “Un derecho *erga omnes* es, sobre decirlo, una serie de derechos separados *erga singulum*... Mediante la violación por cualquier Estado de la obligación que descansa sobre ese derecho, los derechos disfrutados *erga omnes* se convierten en oponibles *erga singulum* para el Estado que hubiera actuado de esa manera.

del tratado en su conjunto.²¹ Debe establecerse que su índole es tal, que una violación grave por una de las partes produce una modificación radical en la situación de las demás. Esto a cambio significa que el test ha de aplicarse en abstracto y con anterioridad: el tratado debe ser de tal índole que *cualquier* violación grave habrá de tener el efecto establecido. Hay muy pocos tratados de los cuales pueda predicarse esta característica. En la mayoría de los casos, sólo podrá ser una violación particular en unas circunstancias particulares la que radicalmente altere el Estado de las cosas. En estos supuestos se debería depositar la confianza en el cambio fundamental de las circunstancias: ocurre que, de acuerdo con el artículo 62, se puede invocar en esta fundamento con independencia del carácter del tratado en cuestión.²²

El tercer caso es residual, aunque es el primero entre los citados en el Artículo 60(2). Hace referencia a los Estados parte en un tratado multilateral como tal. En el párrafo (2) (a) sus derechos como parte están estrictamente limitados. No disponen de un derecho unilateral para suspender o extinguir un tratado: todo lo más, pueden intentar persuadir al resto de las partes (exceptuando únicamente al Estado parte que cometió la violación grave) para que se les unan con aquellos fines. Cualquiera de las otras partes puede vetar dicha propuesta dado que el acuerdo ha de ser unánime.²³ Además este acuerdo unánime es la *única* manera por la cual (en ausencia de una regla expresa)²⁴ un tratado multilateral puede ser terminado a causa de su violación grave por una de las partes. Todos los derechos de respuesta concedidos a una entidad inferior al conjunto total de Estados que se enfrentan a una violación, únicamente dan derechos de suspensión del tratado.

²¹ Véase CVDT, Art. 56 (1) (b) (denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro).

²² Además el Artículo 62 confiere un derecho unilateral para extinguir o retirarse de un tratado, incluyendo los multilaterales, mientras que, según el Artículo 60 (2) (c), el único derecho es el de suspensión de la relaciones en el marco del tratado, requiriendo la terminación el acuerdo unánime de todas las demás partes. Un cambio fundamental de las circunstancias es muy difícil de establecer como causa de terminación de un tratado (Cf. caso relativo al Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, ICJ Reports 1997, p. 7, pp. 64-65 (párrafo 104)), aunque en algunos aspectos ofrece una fundamentación *más* liberal que la que ofrece el Art. 60 (2) (c).

²³ Por contraste, en el derecho sobre responsabilidad estatal, una parte puede estar habilitada a suspender su propia ejecución vis-à-vis con otro Estado que hubiera violado el tratado (no exclusivamente una violación grave), por mor de la *exceptio inadimpleti contractus*. Véase el caso *relativo a la Fábrica de Chorzow (Jurisdicción)*, PCIJ, Ser. A, Nº 9, 1927, p. 31. La CDI aún no ha decidido si la *exceptio* debería ser reconocida en la codificación de derecho sobre responsabilidad estatal: véase J. Crawford, Segundo Informe sobre Responsabilidad de los Estados, A/CN.4/498/Add. 2, párrafos 314-329; Informe CDI, 1999, A/54/10, párrafos 334-347.

²⁴ Las reglas expresas relativas a las consecuencias de una violación son infrecuentes, aunque por ejemplo en el Tratado de Prohibición de Pruebas Nucleares, de 24 de septiembre de 1996, el Art. V (2), 35 ILM 1439 (1996), habilita a la Conferencia de Estados parte a emprender ciertas acciones contra el Estado que eluda cumplir con la recomendación relativa a “redirigir una situación que presentara dificultades por lo que hace al cumplimiento”; la Conferencia puede así mismo recomendar a los Estados parte la adopción de “medidas colectivas conformes al derecho internacional”: Art. V (3). Cf. las reglas similares recogidas en la Convención sobre Armas Químicas de 13 de enero de 1993, 32 ILM 800 (1993), Art. XII (2), (3).

En resumen, a pesar del hecho de que el Artículo 60 (2) traza una serie de distinciones entre los Estados especialmente perjudicados por la violación grave de un tratado multilateral, Estados con un interés *per se* en una violación grave y todos los demás Estados parte, el resultado es todavía un régimen muy restrictivo, con una tendencia muy pronunciada hacia la vigencia del tratado a pesar de su violación grave. Nada sugiere que las obligaciones *erga omnes partes* den lugar a derechos importantes de reacción ante las violaciones en el marco del derecho de los tratados.

Asimismo, en otros aspectos las distinciones establecidas por el Artículo 60 entre Estados “especialmente perjudicados” por una violación y otros Estados parte parecen ser excepcionales. No se establece una distinción similar en los preceptos relativos a las otras dos causas generales de terminación de un tratado. Así, el Artículo 64 contempla la terminación en el supuesto de oposición del tratado con una nueva norma imperativa. Al igual que el Artículo 53, el cual se refiere a la nulidad de un tratado incompatible con una norma imperativa existente, el Artículo 64 no requiere que el Estado que la invoca se vea especialmente afectado por la incompatibilidad (por ejemplo, porque la norma imperativa confiera derechos a ese Estado o a sus ciudadanos, o porque el Estado trate de evitar la ejecución de un tratado a la que, de lo contrario, se vería obligado, o que podría en todo caso afectarle). De acuerdo con la Convención, la incompatibilidad con una norma imperativa podría aparentemente ser invocada por cualquier parte de un tratado en cualquier momento, incluso en aquellas circunstancias en que las que la incompatibilidad fuera hipotética, es decir, donde no se hubiera dado aún la ejecución incompatible. Esto podría justificarse sobre la base de que existe un interés general de los Estados en asegurar la primacía de las normas imperativas. No obstante, de acuerdo con el Artículo 65, parece que sólo las partes de un tratado impugnado podrían invocar una norma imperativa como causa de nulidad o terminación del mismo. Las terceras partes (que pueden ser las “víctimas” iniciales, por ejemplo en el supuesto de un pacto de agresión) aparentemente no podrían hacerlo.

Otro ejemplo que ilustra la relativa falta de interés manifestada por la Convención en cuanto a la diferenciación entre Estados perjudicados surge en relación al Artículo 62, que trata del cambio fundamental en las circunstancias. Este artículo limita drásticamente las circunstancias en las que un Estado puede invocar un cambio fundamental como causa de terminación de un tratado. Pero curiosamente, parece mostrar poco interés por el efecto del cambio sobre el Estado invocante. El párrafo (1) (b) establece que el cambio fundamental no podrá alegarse a menos que “ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado”, pero nada dice acerca de quién ha de cumplir tales obligaciones. Se podría imaginar un caso en el que las obligaciones posteriores de un Estado A bajo un tratado multilateral se vieran radicalmente transformadas en su detrimento, mientras que los Estados B y C resultarían relativamente indemnes a estos cambios. Aunque las otras condiciones en el Artículo 62 fueran satisfechas, parecería que

cualquier Estado parte estaría legitimado para alegar un cambio fundamental, con independencia de la preferencia del Estado A por la continuación del tratado.²⁵

III. “LEGITIMACIÓN” Y RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. ¿UNA DEFINICIÓN GENERAL DE “ESTADO LESIONADO” EN EL DERECHO INTERNACIONAL?

Por estas razones, el Artículo 60 (2) suministra una orientación limitada a la hora de definir las diferentes categorías de Estados lesionados por la violación del Derecho Internacional, consuetudinario o convencional. Se hace necesario volver sobre un ulterior esfuerzo de clasificación, efectuado en su día por la CDI, pero no recogido aún en ningún Texto Final de manera definitiva. Tal y como se adoptó en primera lectura en 1996, el artículo 40 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados, establece lo siguiente:

Artículo 40. “Significado de Estado lesionado”

1. A los efectos de los presentes artículos, se entiende por "Estado lesionado" cualquier Estado lesionado en uno de sus derechos por el hecho de otro Estado, si ese hecho constituye, de conformidad con la primera parte de los presentes artículos, un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado.
2. En particular, se entiende por "Estado lesionado":
 - a) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado bilateral, el otro Estado parte en el Tratado;
 - b) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un fallo u otra decisión obligatoria dictada por una corte internacional de justicia o por un tribunal internacional de arbitraje para la solución de una controversia, el otro Estado parte o los otros Estados parte en la controversia y beneficiarios de ese derecho;
 - c) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de una decisión obligatoria de un órgano internacional que no sea una corte internacional de justicia ni un tribunal internacional de arbitraje, el Estado o los Estados que, de conformidad con el instrumento

²⁵ Este asunto es analizado en cierto modo por la Convención de Viena; según el Art. 65, un Estado A podría estar habilitado para objetar la notificación de la terminación. La Convención no dice que ocurriría en el supuesto de que persistiera un desacuerdo entre los Estados B y C. Cf. Art. 65(3).

constitutivo de la organización internacional de que se trate, sean beneficiarios de ese derecho.

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

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

i) El derecho ha sido creado o está reconocido en su favor.

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

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

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

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

El Comentario al Artículo 40²⁶ señala que la cuestión sobre qué Estado es responsable por un hecho internacionalmente ilícito es atendida en principio por la Parte Primera del Proyecto de Artículos y hace notar, bastante acertadamente, que esa primera parte define lo que es un hecho internacionalmente ilícito...

"exclusivamente en términos de obligaciones, no de derechos. Esto se hizo sobre la base de que a todas y a cada una de las obligaciones se corresponde *per definitionem* el derecho de, al menos, otro Estado."²⁷

²⁶ Adoptado en 1985 (véase *Anuario* CDI 1985, Vol. II (Parte Segunda) pp. 25-7), el Comentario al Artículo 40 no fue revisado cuando el borrador de Artículos en su conjunto fue aprobado en primera lectura en 1996. El único cambio fue un pie de página al párrafo 3, señalando que: "El término 'crimen' se emplea por coherencia con el Artículo 19 de la Parte Primera de estos artículos. Se señaló, no obstante que expresiones alternativas, tales como 'hecho ilícito internacional de una naturaleza grave' o 'hecho ilícito excepcionalmente grave' bien podrían sustituir al término 'crimen', evitando de esa manera, *inter alia*, las implicaciones penales del término".

²⁷ Comentario, párrafo (2).

Esto es indudablemente correcto. El Relator Especial Ago, arquitecto de la Primera Parte, afirmó en su segundo Informe que existía siempre “una correlación entre una obligación legal, por un lado, y un derecho subjetivo, por el otro”. Así pues, era “perfectamente legítimo en el Derecho Internacional considerar la idea de la violación de una obligación como el equivalente preciso a la idea de frustración de un derecho subjetivo de terceros”.²⁸ Esta “precisa” equivalencia es lo que se persigue expresar con un puñado crucial de palabras en el Artículo 40 (1).²⁹ A partir de ahí, la Parte Segunda del Proyecto de Artículos se ocupa con más profusión de los derechos de los Estados lesionados que de las obligaciones de los Estados responsables por un hecho internacionalmente ilícito.

El Artículo 40 opera, pues, como la bisagra de todo el Proyecto, el elemento conectivo entre el tratamiento de las obligaciones recogido en la Parte Primera y el de los derechos en la Parte Segunda. Habiendo anunciado en su párrafo primero la precisa correlación entre obligaciones y derechos, el párrafo segundo identifica, de una manera ejemplificativa, supuestos en los que un Estado o Estados pueden considerarse titulares de un “derecho subjetivo”. Estos casos varían desde la diádica relación deber-derecho de un tratado bilateral o una decisión de una corte internacional, hasta supuestos en los que el derecho nace de una norma general de Derecho Internacional o de un tratado multilateral, cuando todos o muchos de los Estados sujetos a la regla o parte en el tratado pueden considerarse “lesionados”. También establece que en el caso de “crímenes internacionales”, *todos* los demás Estados se entenderán lesionados y tendrán un derecho “subjetivo” de acción.

Tal y como revela el Comentario, el extenso y confuso catálogo del párrafo (2) es meramente presuntivo. Un tratado particular o una regla podrían por sí mismos estipular las entidades (Estados u otras personas) habilitadas para exigir responsabilidades por su violación, tanto sobre una base incluyente como excluyente. De acuerdo con el principio *lex specialis*, dicha estipulación prevalecería.³⁰ Pero el Artículo 40 desempeña, claramente, un papel central en el Proyecto de Artículos, pues es infrecuente que un tratado multilateral disponga de sus propias normas explícitas de legitimación y, aún más infrecuente, que lo hagan las reglas de Derecho Internacional general. En la mayoría de los casos, la identificación de “Estado lesionado” recogida en el Artículo 40 se aplicará por defecto.

La dificultad inicial que presenta el artículo 40 es, precisamente, la identificación que establece entre responsabilidad, por un lado, y derechos subjetivos de un Estado (o Estados) lesionado por el otro. Ago había anunciado

²⁸ Ago, Segundo informe sobre Responsabilidad de los Estados, Anuario CDI 1970 Vol. II Parte I, 192.

²⁹ Curiosamente, sin embargo, el Artículo 40 (1) con su uso del condicional “si”, aparentemente contempla que un acto que infrinja el derecho de un Estado podría no ser ilícito. Esto podría ser simplemente un lapsus de redacción, o podría estar dirigido a cubrir supuestos en los que se infrinja un derecho pero la ilicitud del hecho estuviera excluida en función de la Parte Primera, Capítulo V.

³⁰ Comentario, párrafos (5)-(6).

esa correlación precisa en los primeros estadios de su trabajo, y estaba firmemente enraizada en las primigenias teorías sobre responsabilidad de los Estados (especialmente en la de Anzilotti), basadas precisamente en el paradigma de las relaciones bilaterales como patrón del Derecho Internacional. Pero al tiempo de su segundo informe (entregado el mismo año que *Barcelona Traction*), Ago acababa de empezar a formular la idea de responsabilidad frente al conjunto de la comunidad internacional. A estos efectos, poco importa que hablemos de esa responsabilidad en los términos de la noción controvertida de “crimen internacional” o que empleemos el lenguaje propio de la Corte y nos refiramos a una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto (*erga omnes*). En cualquier caso, existe un problema en la identificación inmediata de esa responsabilidad con los "derechos subjetivos" de todos o muchos Estados.

El término “subjetivo” tiene, por supuesto, una gran variedad de significados. Cuando se contrasta con el término “objetivo” (por ejemplo en la expresión “decisión subjetiva”), connota un elemento de parcialidad y discreción, un amplio margen de apreciación. La idea de A sobre asuntos de arte o belleza no puede oponerse a la de B, excepto sobre la base de criterios subjetivos y debatibles: la opinión de una persona sobre los méritos de, por ejemplo, Tolstoy y Dostoyevsky es subjetiva en el sentido de que otros pueden legítimamente disentir de ella. Hay ámbitos de la actividad humana en los cuales (pese a que cuenten con el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad) los juicios son en última instancia subjetivos y los desacuerdos irreductibles.

Pero el derecho (si ha de funcionar como tal) no es uno de esos ámbitos. No es una cuestión subjetiva que Albania violara los derechos de Gran Bretaña al permitir que sus barcos navegaran por las recién minadas aguas al Norte del Estrecho de Corfú³¹, que la plataforma continental en el Golfo de Maine fuera dividida de una determinada manera por una Sala de la Corte Internacional de Justicia en 1985³², o que el Tratado de 1977 fuera sucedido por Eslovaquia *vis-à-vis* Hungría³³. Por lo que hace al Derecho internacional, se establecen esas conclusiones. La función del Derecho es, a un determinado nivel y en algún momento, aseverar las relaciones jurídicas de las personas, lo cual es igualmente cierto del Derecho internacional.

Pero más bien, el termino “subjetivo” se emplea para enfatizar que las relaciones jurídicas “secundarias” que nacen de la violación de una obligación internacional son, necesariamente, relaciones jurídicas entre el autor de la violación y otras personas o entidades. No existe algo así como “responsabilidad en el aire”, no más, desde luego, que lo que pueda ser en el derecho civil la negligencia en abstracto –la responsabilidad es siempre responsabilidad hacia personas y, en ese sentido tan elemental, es "subjetiva".³⁴ Nos apoyamos aquí implícitamente en el

³¹ *Caso del Estrecho de Corfú*, ICJ Reports 1949, p. 4.

³² *Caso relativo a la delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine*, ICJ Reports 1984, p. 246.

³³ ICJ Reports 1997, p. 7.

³⁴ En mi opinión, sin embargo, la posible confusión entre un sentido muy infrecuente de “subjetivo” y su significado más habitual es razón suficiente para abandonar el término del todo.

trabajo de W.N. Hohfeld y sus correlativos jurídicos.³⁵ Sin embargo, Hohfeld puso el acento en la variedad de relaciones legales que podrían abarcarse por sus ocho partículas elementales y, mientras se afanó en la disección de nociones legales, no pretendió, seguramente, reconducir todas las relaciones legales a una única forma, por ejemplo, esa forma que se entiende a través del concepto de relación bilateral derecho-deber entre dos Estados en el Derecho internacional. El uso implícito de su forma de análisis para alcanzar tal resultado es ilegítimo.

Esto puede verse a través de un sencillo ejemplo. Etiopía y Liberia no eran ellas mismas beneficiarias del derecho que invocaron en el caso *África Sudoccidental* (Segunda Fase). El beneficiario era, desde luego, el propio pueblo de África Sudoccidental; lo que estaba en juego era su derecho “subjetivo” a tener el territorio administrado en su nombre e interés. Etiopía y Liberia reclamaron un derecho adjetivo o procedimental, con el fin de lograr que Sudáfrica cumpliera con sus obligaciones hacia las gentes del territorio. No hay razón analítica o de otro tipo para rechazar esa relación legal, y Hohfeld no encontraría dificultades para incardinarla en su esquema. Un sistema legal que pretenda reducir las relaciones jurídicas entre Sudáfrica, el pueblo del territorio y los dos Estados accionantes a un esquema bilateral es claramente defectuoso. Sin embargo, eso es precisamente lo que hace el Artículo 40 con sus “precisas” equivalencias”.³⁶

Otro ejemplo es el del tratamiento de las obligaciones en el ámbito de los derechos humanos. Según el Artículo 40 (2) (e) (iii), cualquier Estado vinculado por una obligación relativa a la protección de los derechos humanos se entiende lesionado por su violación.³⁷ De hecho, por lo visto, cada Estado se considera igualmente lesionado, incluso por la violación individual y comparativamente menor del derecho fundamental de una persona (no sus nacionales). Según el Comentario, “queda claro que no todos y cada uno de los derechos enumerados en estos instrumentos, ni cada acto u omisión atribuible a un Estado que pudiera ser considerado incompatible con respecto a tales derechos... debe necesariamente ser

En su único sentido relevante, no puede haber obligación o derecho “no subjetivos”; el término es por ello innecesario así como potencialmente distorsionador.

³⁵ Véase W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale UP, 1964.

³⁶ En el propio caso *Barcelona Traction*, la Corte señaló que la “responsabilidad es el corolario necesario de un derecho” (ICJ Reports 1970, p. 3, en p. 33 (párrafo 36)). Pero lo hizo después de dibujar una distinción entre los derechos de los Estados frente a otros Estados (por ejemplo, en el ámbito de la protección diplomática) y las obligaciones *erga omnes* respecto de las que todos los Estados tiene un interés jurídico en su protección. No se dijo que los únicos casos de responsabilidad fueran casos en los que se infringieran los derechos individuales de un Estado.

³⁷ Realmente, el párrafo (e) (iii) está redactado de manera extraña: se aplica a cualquier “derecho...creado o... reconocido para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Se hace raro hablar acerca de un derecho reconocido para la protección de un derecho, aunque esto parezca ser un problema de redacción. En este contexto, debería enfatizarse que la Parte Primera se aplica a todas las obligaciones internacionales de los Estados, sin importar de qué traten o de si nacen de un tratado o de una norma de Derecho Internacional general o de si los beneficiarios son los demás Estados, organizaciones internacionales, seres humanos o “la comunidad internacional en su conjunto”. Véase el Artículos 1, 16, y J. Crawford, *Primer Informe sobre Responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/490 Add. 4, párrafos 117-118, 123-129; *Segundo Informe ...*, A/CN.4/498, párrafos 16-34.

considerado motivo de aplicación de este precepto”.³⁸ Pero esta protesta no se refleja en el texto del párrafo (e) (iii). Ni tampoco se hace ninguna distinción (por ejemplo, en referencia a la noción de violaciones sistemáticas o graves) para distinguir entre supuestos donde todos los Estados se ven lesionados y aquellos otros en los que se lesiona al beneficiario individual del derecho fundamental, teniendo los Estados parte obligados por la protección de los derechos humanos un interés general en su cumplimiento.

Incluso en el caso de una violación grave y bien acreditada o de una violación sistemática de los derechos humanos, debería establecerse una distinción entre los derechos de las víctimas y las respuestas de los Estados. De lo contrario, el efecto del Artículo 40 (2) (e) (iii) sería el de reducir los derechos humanos a derechos de los Estados, lo cual no está más justificado cuando nos enfrentamos a violaciones sistemáticas que cuando se trata de violaciones individuales. ¿Por qué han de ser los individuos o los colectivos unos beneficiarios legales o titulares de derechos disminuidos con relación a un derecho fundamental sistemáticamente violado, en comparación con uno cuya violación sólo les afecta a ellos? Pudiera ser que a otros (terceros) Estados se les considerara como titulares de unos derechos más extensivos de intervención o respuesta en caso de violaciones sistemáticas y no tanto en casos de una violación individual — aunque los Pactos Internacionales de 1966 no dicen tal cosa.³⁹ Pero, aun en el supuesto de que sus derechos fuesen más extensivos, no parece que éstos cambien de carácter. Los Estados interesados pueden representar a las víctimas, pero no tienen por qué identificarse con ellas, y tampoco se convierten en titulares de los derechos simplemente por haberseles reconocido un interés legal en el cumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos humanos. Esto es verdadero, exista ese interés especial en algunas o todas las obligaciones de protección de derechos humanos.

El párrafo (2) (e) (iii) plantea también la cuestión de por qué los derechos humanos se singularizan como categoría merecedora de un tratamiento especial. De acuerdo con el Comentario:

“Los intereses protegidos por las normas (de derechos humanos) no son atribuibles a un Estado en particular. De ahí la necesidad de considerar en primera instancia a todos los Estados parte de un convenio multilateral, o vinculados por la norma relevante de derecho consuetudinario, como Estados lesionados”.⁴⁰

La noción de intereses “atribuibles” a un Estado en particular se refiere aparentemente a ese Estado como obligado específico. Pero, precisamente porque las obligaciones de protección de derechos humanos fruto de tratados multilaterales o de normas de Derecho Internacional general no son debidas a un

³⁸ Comentario al Artículo 40, párrafo (22).

³⁹ Véase, sin embargo, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Irlanda contra Reino Unido*, TEDH Serie A, No 25 (1978) 64 (párrafo 159), lo que significa que existen reglas diferentes si se trata de demandas interestatales que impliquen violaciones sistemáticas o se trata de demandas individuales.

⁴⁰ Comentario al Artículo 40, párrafo (20).

Estado particular, no es necesario que todos los Estados afectados deban ser considerados obligados y, desde luego, no “en primera instancia”.

Además, las obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos no son la única clase de obligaciones internacionales cuyo cumplimiento no puede ser considerado en el sentido de afectar a cualquier “Estado en particular” tomado individualmente. Esto sería así respecto de obligaciones tales como las relativas al desarrollo humano, al patrimonio de la Humanidad y a la protección medioambiental. Por nombrar sólo dos ejemplos, ningún Estado individualmente se ve más afectado que otro por la emanación de los CFCs que afectan a la capa de ozono, o por las contribuciones al calentamiento global más allá de los límites pactados. Por esta razón, el hecho de que las obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos se hayan establecido para proteger de alguna manera un interés general común, no justifica su particularización en el marco del Artículo 40. Bien podrían haberse mencionado otro tipo de obligaciones.

Lo que realmente tienen de particular las obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos, lo que las distingue de, por ejemplo, la protección de los mamíferos marinos, de los bosques milenarios o de la capa de ozono, es que las primeras están específicamente formuladas en términos de derechos individuales mientras que, en aquellos otros ámbitos, los instrumentos relevantes de protección se refieren a obligaciones de los Estados. Incluso normas de Derecho Internacional anteriores, relativas al tratamiento de extranjeros en el ámbito de la protección diplomática, se habían articulado deliberadamente para dar cabida a los derechos de los Estados, tal y como enfatizó la Corte Permanente en el asunto de las *concesiones Mavrommatis en Palestina*.⁴¹ El empleo del lenguaje de los derechos humanos en la Carta y en tratados sobre derechos humanos desde 1945 ha supuesto un cambio considerable en esta terminología. La distinción en el lenguaje del Derecho Internacional entre los derechos humanos y otros ámbitos como el medio ambiente ha sido permanente desde 1945. Esto ha de tener algún tipo de relevancia jurídica. Pero no justifica que las obligaciones sobre derechos humanos se hayan considerado “atribuibles” a los Estados “en primera instancia”.

Otra dificultad con el párrafo (e) (iii) es el contraste evidente con los demás supuestos de reconocimiento de “derechos” multilaterales en el Artículo 40. Cualquier Estado puede, en suma, ser aparentemente lesionado por cualquier violación de una norma de derechos humanos que obligue tanto al Estado autor como al Estado víctima. Pero, en virtud del Artículo 40 (3) y de la “definición” de crímenes internacionales de un Estado en el Artículo 19 (3) (c), cualquier Estado puede verse también lesionado por “por 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”. Es evidente que hay una disparidad en un texto en el que una de sus previsiones

⁴¹ CJP, Serie A, No 2, 1924, p. 12. El mismo principio fue afirmado por la Corte Internacional en *Reparaciones por las lesiones sufridas al servicio de Naciones Unidas*, ICJ Reports 1949, p. 174, en pp. 181-182, y también en *Barcelona Traction (Segunda Fase)*, ICJ Reports, p. 3, en pp. 32-33.

califica de lesionados a todos los Estados por la violación de todas o la mayoría de las obligaciones sobre derechos humanos, mientras que otra regla requiere que la violación sea “grave”, “en gran escala” y se refiera a una obligación de “importancia esencial”. (¿Qué obligaciones sobre derechos humanos no derogables, se pregunta uno, no son de esencial importancia?). Al menos, el Artículo 40 (2) (e) (iii) convierte este aspecto de la definición de crimen internacional en algo redundante. Pero la disparidad va más allá, y plantea preguntas acerca de la cobertura del párrafo (e) (iii), al menos, si no se trazan más distinciones entre las consecuencias de ser un Estado lesionado por cada uno de los dos propósitos diferentes. Una cosa es, desde luego, estar habilitado para protestar por la violación de los derechos humanos, o para poder llamar la atención sobre el Estado relevante con el fin de que ceje en su actuación ilícita y, otra muy diferente, asumir la responsabilidad de la reclamación del derecho en cuestión, decidiendo las contramedidas y demás. Así incluso, tal y como veremos en un momento, el Artículo 40 trata a todos los Estados lesionados de la misma manera, y no hace distinciones entre distintos grados de lesión.⁴²

Al margen de los “crímenes internacionales”, se dan otros dos casos en el Artículo 40 de reconocimiento de derechos multilaterales. De acuerdo con el Artículo 40 (2) (e) (iii), cualquier Estado parte en un tratado multilateral u obligado por una norma de Derecho internacional consuetudinario, se entiende lesionado por una violación que “afecte necesariamente al disfrute de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones” de los demás Estados. El Comentario no ofrece ningún ejemplo de este supuesto. De hecho, añade poco más, para decir que el párrafo “se ocupa de una situación de hecho reconocida como especial en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados por lo que se refiere a los tratados multilaterales (véase, por ejemplo, el Artículo 41, párrafo 1 (b) (i), el Artículo 58, párrafo 1 (b) (i) y, en un contexto y redacción algo diferentes, el Artículo 60, párrafo 2 (c))”.⁴³ Sin embargo, estos tres preceptos de la Convención de Viena tratan diferentes problemas y no aplican los mismos criterios. El Artículo 41 (1) (b) se ocupa de la modificación *inter se* de un tratado multilateral por sólo algunas de sus partes. Se permite tal modificación si no está prohibida por el tratado y “no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones”. El test de adecuación es aquí meramente contextual: depende de si la enmienda en concreto afecta a la posición de las demás partes del tratado. No es un test *a priori*, tal como el que parece aplicar el Artículo 40 (2) (e) (ii). No se circunscribe a modificaciones que “afecten necesariamente” a los demás Estados partes sino que se extiende a aquellas que, de hecho, les afecten. Además, no se exige que afecte a todos las partes: una modificación que afectara a bastantes o, si quiera, a algunos estaría excluida. El Artículo 58 (1) (b) se refiere a la suspensión de la aplicación de un tratado multilateral por acuerdo entre alguna de las partes únicamente: de

⁴² Es cierto que los Artículos 51-53 tratan sobre otras consecuencias del crimen internacional. Tal y como están formulado en la actualidad, sin embargo, éstos no alcanzan a demasiado (ni siquiera a una responsabilidad por daños punitivos); véase Crawford, *Primer Informe...*, A/CN.4/490/Add. 1, para 51. La consecuencia más significativa del Proyecto de Artículos sobre los “crímenes internacionales” es que todo los Estados se ven lesionados como consecuencia de los mismos.

⁴³ Comentario al Artículo 40, párrafo (19).

manera acertada, este Artículo aplica el mismo test que aplica el artículo 41 de la Convención de Viena para las modificaciones *inter se*. De los tres preceptos mencionados en el Comentario, sólo el Artículo 60 (2) (c) se encarga realmente de cuestiones referentes a violaciones de tratados (es decir, de responsabilidad). Tal y como se ha visto, se refiere a cualquier tratado que sea “de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones“. Esto es más estricto que el borrador del Artículo 40 (2) (e) (iii): además de imponer un test *a priori* sobre los efectos en los demás Estados parte, se aplica al tratado en su conjunto, y no a la obligación en concreto violada, requiriendo que la violación afecte a cada una de las otras partes.

Luego está el Artículo 40 (2) (f), que se aplica sólo a derechos que nacen de tratados multilaterales, y define como lesionado a cualquier otro Estado parte en el tratado “si el derecho lesionado... ha sido estipulado expresamente en ese tratado para la protección de los intereses colectivos de los Estados partes”. El Comentario ofrece como ejemplo “el concepto de ‘patrimonio común de la humanidad’, recientemente aceptado con relación a los recursos minerales de los subsuelos marino y terrestre más allá de la jurisdicción nacional”.⁴⁴ Esto sugiere que la noción de estipulación expresa debe ser interpretada con cierta flexibilidad. No obstante, el Comentario señala que, “en la presente fase de desarrollo de la comunidad internacional de Estados como conjunto, el reconocimiento o establecimiento de intereses colectivos de éstos se encuentra limitado en su aplicación”, y está textualmente circunscrito a estipulaciones expresas en tratados multilaterales.⁴⁵

De hecho, ambos párrafos (e) (ii) y (f) del Artículo 40 (2) tratan la misma situación esencial: la de las obligaciones integrales, es decir, obligaciones cuyo cumplimiento o incumplimiento implica un comportamiento que necesariamente afecta los derechos o intereses de todos los otros Estados partes.⁴⁶ Tras reconocer esta posibilidad en dos ocasiones, el Artículo 40 (2) visiblemente ignora el supuesto del Estado o Estados “especialmente lesionados” por la violación de una obligación multilateral. En este sentido, no sigue la lógica (limitada) del Artículo 60 (2) de la Convención de Viena. Sería muy extraño que un Estado especialmente lesionado por culpa de una violación estuviera habilitado para suspender la obligación subyacente pero no para intentar su ejecución. Ciertamente, la suspensión de la obligación podría ser realmente *conveniente* por lo que hace al Estado infractor. Incluso si no lo libera de la obligación debida⁴⁷, tendrá el efecto de liberarlo de cualquier obligación de cesación (en la medida que interese a las

⁴⁴ Comentario al Artículo 40, párrafo (23).

⁴⁵ Comentario al Artículo 40, párrafo (24). Esto se dice, sin embargo, para “no excluir el desarrollo de reglas consuetudinarias de Derecho Internacional con el mismo propósito”: *ibid.*, párrafo (25). Presumiblemente, dicha norma sería *lex specialis*, protegida por el Artículo provisional 37.

⁴⁶ La noción de obligaciones “integrales” fue desarrollada por Fitzmaurice como Relator Especial sobre Derecho de los Tratados: véase *Anuario CDI*, 1957, Vol. II, 54, y véase también Sachariew, *supra* nota 13, pp. 276, 281.

⁴⁷ Cf. CVDT, Artículo 72 (1).

relaciones con el Estado que ejerce la suspensión) y de cualquier consecuencia jurídica de lo que, de otra manera, podría ser un hecho ilícito continuado. La suspensión de las relaciones del tratado es una sanción muy rara y esporádica, y no es un sustituto de un régimen adecuado de responsabilidad del Estado.

Hasta el momento me he concentrado en las dificultades planteadas por el Artículo 40 en su identificación de “Estado lesionado” en un contexto multilateral. Las consecuencias de tal identificación plantean dificultades correlativas. *Cada* Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito está habilitado para solicitar el cese y la reparación⁴⁸, y para adoptar contramedidas si el cese y la reparación no son satisfechos.⁴⁹ Esto puede ser apropiado allí donde se hace referencia a los derechos subjetivos o individuales de los Estados; un Estado cuyo derecho haya sido violado o ignorado está habilitado para protestar, para insistir en la restitución -si es posible-, o (incluso donde fuera posible la restitución), decidirse por la compensación. Puede insistir en la reivindicación de su derecho o decidir, según las circunstancias, pasar por alto y perdonar la violación. La situación puede ser muy distinta si nos enfrentamos a una obligación multilateral. Por ejemplo, el beneficiario principal de una obligación sustantiva (e.g., la persona individual cuyo derecho ha sido violado en contra de las obligaciones de protección de derechos humanos, el pueblo cuyo derecho a la auto-determinación ha sido negado, o incluso el Estado lesionado primariamente por la violación de una obligación *erga omnes*) puede preferir la compensación antes que la restitución. ¿Con qué derechos podrían los otros, incluso con un interés jurídico en el cumplimiento, revocar esa preferencia?

De nuevo, hay un contraste con el Artículo 60 (2) de la Convención de Viena, que establece los pasos que un Estado “especialmente perjudicado” o “integralmente perjudicado” pueden dar frente al Estado infractor. Estos pasos se limitan a las relaciones del Estado afectado frente al Estado responsable, y sólo permiten la suspensión de las relaciones convencionales. Medidas más drásticas requieren el consenso unánime del resto de Estados parte.

IV. LOS PRIMEROS PASOS EN LA RECONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 40

Por las razones ya expuestas, el Artículo 40, tal y como aparece redactado, no ofrece una base aconsejable para la codificación y posterior desarrollo del derecho de responsabilidad de los Estados. Es defectuoso por una serie de aspectos:

⁴⁸ Véase Artículos 41, 42.

⁴⁹ Véase el Artículo 47. La única (indirecta) calificación es la que suministra el Artículo 49, con su requisito de que las contramedidas “no deberán ser desproporcionadas en relación con el grado de gravedad del hecho internacionalmente ilícito o los efectos de éste sobre el Estado lesionado”.

- Por su aparente presunción de que todas las relaciones de responsabilidad de los Estados han de asimilarse a relaciones bilaterales clásicas de derecho-obligación;
- Por su igualación de todas las categorías de Estado lesionado, teniendo todas ellas los mismos derechos independientes;
- Por su definición de “Estado lesionado” con respecto a las obligaciones multilaterales;
- Por su redacción circular y prolija.

En relación con la redacción, no hay, por supuesto, ninguna dificultad en reconocer como Estado lesionado a cualquier Estado que fuera el beneficiario directo de la obligación violada: esto es, el Estado que tiene un derecho sustantivo correspondiente a esa obligación. El Artículo 40 (2) (a)-(d) simplemente suministra supuestos de tales casos, aunque esto no parece necesario. Las normas primarias del Derecho Internacional pueden encargarse de determinar los derechos sustantivos de los Estados, tal y como se encargan de determinar las obligaciones sustantivas de los Estados en el marco de la Parte Primera del Proyecto de Artículos.

El problema más interesante y difícil es el que afecta a las obligaciones multilaterales. Con relación a éstas, parece que el Artículo 40 no necesita tanto una reescritura como un replanteamiento. No hay aquí espacio suficiente para una completa evaluación del tema pero sí pueden hacerse un número de consideraciones preliminares.

1. Parece esencial trazar una distinción entre el obligado principal de una obligación multilateral y otros Estados copartícipes en la misma que puedan tener un interés legal en su cumplimiento. Es cierto que, en determinados casos no hay o no puede haber un obligado principal. Este es probablemente el caso, por ejemplo, con relación a la obligación de no emitir CFC's a la atmósfera.⁵⁰ Pero hay otras obligaciones multilaterales en las que existe, claramente, un obligado principal. Por ejemplo, entre las obligaciones *erga omnes*, la libre determinación⁵¹ es, en primer lugar, un derecho del pueblo en cuestión; pero se trata también de una obligación *erga omnes* de los Estados y, en particular, de aquellos Estados responsables de la administración de esos territorios no autónomos. La obligación de no emplear la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado es una obligación *erga omnes*, pero el obligado principal es el Estado contra el que se emplea la fuerza armada.

⁵⁰ Véase la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, 22 de marzo de 1985, 26 ILM 1529 (1987); Protocolo de Montreal sobre Sustancias que reducen la Capa de Ozono, 16 de septiembre de 1987, 26 ILM 1550 (1987).

⁵¹ Ratificada como una obligación *erga omnes* por la Corte Internacional en el *Caso de Timor Oriental*, ICJ Reports 1995, p. 90, en p. 102 (párrafo 29).

Podrían darse más ejemplos, tanto de supuestos en los que el obligado principal es un Estado como donde no lo es.

2. Allí donde existe un obligado principal, la posición de los Estados “interesados” debe ser, hasta cierto punto, auxiliar o secundaria. Por ejemplo, si el obligado principal consiente validamente en conducirse de una manera que, de no hacerlo así, constituiría una violación de una obligación multilateral, ese consentimiento excluye la ilicitud.⁵² Otros Estados bien podrían tener un interés jurídico en el cumplimiento y, como consecuencia, pueden tener una preocupación legítima sobre la validez con la que se otorga ese consentimiento (por ejemplo, sin coerción u otros vicios). Pero su propio consentimiento no excluiría la ilicitud—no más que el consentimiento de Etiopía y Liberia podría haber excluido la ilicitud de la conducta de Sudáfrica frente al pueblo del territorio bajo el mandato. De manera similar, en el *Caso Nicaragua (Fondo)*, la Corte Internacional de Justicia señaló que el ejercicio de legítima defensa colectiva no podía realizarse por parte de un tercer Estado a menos que existiera la solicitud del principal obligado (el Estado víctima de un ataque armado).⁵³ No obstante, por supuesto, las reglas relativas al uso de la fuerza dan pie a obligaciones *erga omnes*. Esto sugiere la necesidad de distinguir entre Estados concretos cuyos derechos son infringidos por la violación de una obligación multilateral y aquellos Estados con un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Este último grupo no tendrá los mismos derechos que el primero, y la equiparación de ambos en la versión actual del Artículo 40 es bastante insatisfactoria.
3. No parece haber problemas o motivos de conflicto para reconocer a todos los Estados “interesados” el derecho a protestar ante un hecho internacionalmente ilícito, y el de solicitar el cese y la reparación del daño (tanto como si el daño se ha causado a esos Estados como si no). Por otro lado, no está tan claro que esos Estados, simplemente por el hecho de verse reconocidos como titulares de un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, puedan ser capaces de exigir compensaciones o tomar contramedidas por su propia cuenta.
4. Exista o no un obligado principal, tal vez fuera apropiado, sobre la base de la analogía del Artículo 60 (2) (b) de la Convención de Viena, conceder algunos derechos a cualquier Estado que resultase “especialmente perjudicado” por la violación de una obligación multilateral, en particular, el derecho a exigir compensación por el daño sufrido.
5. La analogía sobre la legítima defensa colectiva sugiere la necesidad de establecer algún tipo de régimen de “contramedidas colectivas”. Por ejemplo, allí donde los Estados tomen contramedidas respecto de algún interés colectivo y no tanto para reivindicar sus propios derechos

⁵² Véase el Artículo 29 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado.

⁵³ ICJ Reports 1986, p. 14, en p. 105 (párrafo 199).

individuales, se debería aplicar a la acción colectiva el principio de proporcionalidad. En supuestos en los que un Estado sea el principal obligado (y en conformidad con la opinión de la Corte sobre la legítima defensa colectiva en *Nicaragua*), las contramedidas sólo podrían ejercitarse a petición de ese Estado. Esto contrasta con las reglas actuales de la Parte 2, las cuales permiten a cada Estado individualmente considerado ejercer contramedidas en nombre del interés colectivo, sin tener en cuenta la situación de ningún otro Estado lesionado, o el efecto acumulativo de tales contramedidas sobre el Estado destinatario de las mismas.

6. En los supuestos de obligaciones integrales (es decir, aquella obligación que no se corresponde a un derecho sustantivo de ningún Estado o persona, sino que todos los Estados parte se deben considerar tanto poseedores de un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación como legalmente afectados por su violación) claramente, todos los Estados deberían ver reconocido un interés jurídico, lo que los habilitaría para exigir la cesación y la reparación. Pero el cauto enfoque otorgado a las obligaciones integrales en el Artículo 60 (2) (c) de la Convención de Viena –en particular el requisito de efecto “radical”- sugiere que los derechos de acción individual o unilateral en tales casos pueden precisar una limitación, y que las contramedidas u otras respuestas serían normalmente un asunto de competencia de una organización internacional, o del conjunto de Estados interesados actuando coordinadamente.

Si el Artículo 40 se enmienda de acuerdo con estas sugerencias, la cuestión será entonces saber si estos cambios responden de manera suficiente a aquellos supuestos en los que el conjunto de los Estados del mundo se enfrente a la violación de ciertas obligaciones fundamentales. Un problema, que el artículo 19 no resolvió, es que la entidad de la violación de una obligación no necesariamente se corresponde con el carácter fundamental de la obligación en sí. Pero sean cuales fueren las soluciones que puedan ser sugeridas con posterioridad, parece evidente que, al menos, un arranque imprescindible ha de ser una aproximación al asunto más refinada y matizada.