

LAS CONTRAMEDIDAS DE ESTADOS "TERCEROS"
POR VIOLACIÓN DE CIERTAS OBLIGACIONES
INTERNACIONALES

Cesáreo Gutiérrez Espada*

I. Las Contramedidas cuando hay un Estado "lesionado"

1. En el marco de la elaboración del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad internacional del Estado, proceso concluido al fin en agosto de 2001 con la adopción del texto definitivo del Proyecto¹, el Relator Especial James CRAWFORD proponía que cuando el hecho ilícito quebrantaba una obligación internacional multilateral pero afectaba en particular a un Estado en concreto, la posibilidad de que Estados no lesionados desencadenaran contramedidas contra el Estado responsable sólo era admisible en determinados supuestos y en ciertas condiciones:

- En determinados supuestos, a saber, en los casos en los que los Estados terceros estuvieran "habilitados" para invocar la responsabilidad inter-

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia (España).

¹ Vid. infra nota 25.

nacional del culpable, es decir, Estados partes en un tratado para la protección de intereses colectivos quebrantado por el Estado autor del hecho ilícito y todos los Estados en el caso de la violación de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto². Se reparará que el Relator admite contramedidas de terceros no sólo en los casos de violación grave de las obligaciones internacionales fundamentales sino asimismo en los supuestos de violación (grave o no) de obligaciones multilaterales de otra naturaleza (las denominadas "colectivas"), y en los casos de violación (grave o no) de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto pero que no alcanzan carácter fundamental.

- Y con ciertas condiciones, que estriban en que los "terceros" se ven habilitados a tomar contramedidas pero sólo "en nombre del Estado lesionado, a su demanda, con su consentimiento y en los límites de su consentimiento"³.

² El Relator Especial propuso y la CDI ha acabado aceptando en su Proyecto definitivo de artículos (arts. 42 y 48) que en el caso de violación de determinadas obligaciones internacionales de carácter multilateral (convencionales o consuetudinarias) no sólo un Estado directa y particularmente afectado por la violación puede invocar la responsabilidad internacional del autor sino que asimismo pueden hacerlo (aunque no con el mismo alcance) otros Estados. En particular, cuando se trate de la violación de una obligación internacional establecida por un grupo de Estados para la protección de un interés colectivo, todos los Estados del grupo (por ejemplo, los Estados partes en un tratado internacional que establece un sistema regional de protección de los derechos humanos); y, en el caso de las obligaciones internacionales que se deben a la comunidad internacional en su conjunto, las que el TIJ (por ejemplo en el asunto sobre la Barcelona Traction en 1970, o en el caso de Timor Oriental en 1995) ha denominado *erga omnes* (como la prohibición de la agresión, del genocidio, las que consagran el respeto de los derechos humanos fundamentales o el derecho de los pueblos a su libre determinación (art. 48 del Proyecto de la CDI cit. [infra nota 25]).

³ J. CRAWFORD: *Troisième Rapport sur la responsabilité des Etats*. Doc.: A/CN.4/507/Add.4, 1 août 2000, pp. 1-34 (p. 21, párrafo 402). Asimismo en su p. 8 (párrafo 377), en la que el Relator se plantea la cuestión de que el Gobierno legal del Estado hubiera sido derrocado, hipótesis en la que sugiere deben aplicarse las normas internacionales en vigor sobre el reconocimiento de Gobiernos y las prácticas seguidas por las Organizaciones internacionales competentes, incluido el tema del reconocimiento de Gobiernos en el exilio (vid. ad ex. TALMOS, S.: *Recognition of Governments in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998).

El Relator propone así, en definitiva, una modificación del Proyecto (1996) en el sentido de limitar la posibilidad para Estados "terceros" (no

Pero el Relator aporta otras consideraciones de interés para precisar su pensamiento: "Bien entendido, tales contramedidas deberían respetar las condiciones puestas por el Estado lesionado mismo y su carácter 'colectivo' debería también ser reconocido (...). Además si el Estado responsable coopera con el Estado lesionado en la resolución de la diferencia, los demás Estados deberían respetar este proceso. Se puede alcanzar este resultado limitando la acción de los Estados 'terceros' a las contramedidas que hubieran sido legítimas si hubieran sido tomadas por el Estado lesionado mismo. Además (...) el comportamiento de cada uno de los Estados que toma tales medidas debería ser tenido en consideración en la estimación de la proporcionalidad" (doc.: A/CN.4/507/Add.4, p. 21, párrafos 401 y 402).

Estas ideas que CRAWFORD propone las conecta con cierta (y escasa desde luego) práctica internacional existente: "En fin (...) la reacción del Estado víctima parece haber sido considerada como jurídicamente pertinente, si es que no decisiva, para los demás Estados. Así, durante y la crisis de los rehenes en Teherán, los otros Estados (no el Reino Unido ni Estados Unidos) no han actuado sino a petición de éstos, las víctimas directas, y sólo en los límites de su papel. Cuando un Estado es víctima de una violación (y el interés de los demás en ésta, si existe, es sólo de carácter más general), parece apropiado que el Estado víctima se encuentre en posición de decidir si deben ser tomadas contramedidas y cuáles (...). Los Estados terceros no deberían poder, en efecto, intervenir en una diferencia adoptando contramedidas, si las partes principales desean resolverlas por otros medios" (doc.: A/CN.4/507/Add.4, p. 20, párrafo 400).

Y añade el Relator: "Hay aquí una analogía con la legítima defensa colectiva. En el asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (fondo), el Tribunal señaló que una acción en legítima defensa colectiva no podía ser emprendida por un Estado tercero, salvo a petición del primer beneficiario de la obligación (el Estado que sufrió el ataque armado) (...). El asunto de Nicaragua ha sido mencionado por el Tribunal en el asunto del proyecto Gabcikovo-Nagymaros como siendo pertinente en relación con las contramedidas; esta analogía, aunque no decisiva, parece al menos razonable. Si un Estado A no puede actuar en el marco de la legítima defensa colectiva del Estado B sin el consentimiento de éste, no parece apropiado considerar que el Estado A pueda adoptar contramedidas (colectivas) en los casos en que el Estado B es víctima de una violación, sin tener en cuenta los deseos del Estado B. Por otra parte, si el Estado A, miembro de la comunidad internacional a la que la obligación se debe, no puede recurrir a contramedidas proporcionadas en nombre del Estado B, víctima de la violación, a éste se le deja sólo frente al Estado responsable, y una relación jurídica basada en una obligación multilateral se convierte en realidad, en el momento de su puesta en práctica, en una relación bilateral. Esto no parece aceptable en principio (doc.: A/CN.4/507/Add.4, p. 20, párrafo 400).

Obsérvese que el Relator va más allá, valiéndose de la analogía, de lo que fue el TIJ (en el mismo sentido y con la misma interpretación que de la decisión de la Corte apunto,

directamente lesionados) de adoptar contramedidas en el caso de violaciones de una obligación multilateral⁴. Propone en concreto un nuevo art. 50-A, que titula “contramedidas en nombre de un Estado lesionado”, en el que se indica:

“Cualquier otro Estado habilitado para invocar la responsabilidad de un Estado en virtud del art. 40. bis. 2 puede tomar contramedidas a petición y en nombre de un Estado lesionado, bajo reserva de las condiciones puestas por este Estado y en la medida en que este mismo esté habilitado para adoptar contramedidas⁵.

Repárese de nuevo, lo repito, en que el Relator asigna un tratamiento a las contramedidas cuando hay un Estado directamente lesionado (lo que regula en el art. 50.A) que es diferente del previsto para supuestos en los que la violación no lesiona directamente en particular a ningún Estado, para lo que propone su art. 50.B, que examinaremos más tarde (infra párrafos 8-11); obsérvese también que el Relator, cuando hay un Estado lesiona-

OKOWA, PH.W.: “Defences in the jurisprudence of international tribunals”, *The reality of International Law. Essays in honour of Ian Brownlie*, edit. por G.S. Goodwin-Gill y S. Talmon, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 389-415 (pp. 408-409). Y es que la Corte se negó a admitir que los comportamientos de Estados Unidos en Nicaragua pudieran estar justificados como contramedidas contra este país por sus hechos contra El Salvador, puesto que “no podían justificar contramedidas de un tercer Estado, Estados Unidos” (la cursiva es mía; CIJ Recueil 1986, párrafo 127). El Relator James CRAWFORD da un paso más y, utilizando como analogía el concepto de legítima defensa colectiva, sugiere la conveniencia de permitir contramedidas de terceros (aunque sólo con el consentimiento del Estado directamente lesionado).

⁴ Troisième Rapport... Doc.: A/CN.4/507/Add.4 cit. (nota 3), pp. 14 ss. La intención declarada de limitar la adopción de contramedidas por Estados terceros vuelve a manifestarla el Sr. CRAWFORD tras la adopción por el Comité de Redacción del Proyecto de artículos en segunda lectura (doc.: A/CN.4/L.600 de agosto 2000), en su Cuarto Informe:

“(...) [Con todo] su efecto consiste en reducir [cursiva en el original] la medida en que se pueden adoptar contramedidas en interés de la comunidad, en comparación con el texto aprobado en primera lectura (art. 47 conjuntamente con el art. 40) (...)” (Cuarto Informe sobre la responsabilidad de los Estados. Doc.: A/CN.4/517, 2 abril 2001, pp. 1-31 (p. 23, párrafo 59), con un Apéndice de 16 pp. (con las enmiendas al Proyecto de artículos a la luz de las comentarios de los Gobiernos).

⁵ Troisième Rapport...doc.: A/CN.4/507/Add.4, pp. 26-27 (párrafo 413).

do, supedita las contramedidas de los Estados terceros a la decisión del Estado víctima sin distinguir ni diferenciar por tanto que el hecho internacionalmente ilícito afecte a una obligación multilateral sin más (colectiva o debida a la comunidad internacional en su conjunto) o, incluso, sea la violación grave de una obligación debida a la comunidad internacional y para la protección de sus intereses fundamentales. Si esta interpretación fuera correcta, el Estado tercero carecería, aún en esta última hipótesis, de voluntad propia para reaccionar, del modo siempre limitado por lo demás en que puede hacerlo, frente a la violación grave de obligaciones en cuyo respeto tiene un interés jurídico. No creo que sea coherente.

2. Cuando el Comité de Redacción adoptó en segunda lectura el Proyecto (agosto 2000) fundió en un solo artículo 54 los dos textos (arts. 50-A y 50-B) del Relator, ocupándose en el párrafo 1 del supuesto de las contramedidas de terceros siempre que haya un Estado directamente lesionado, y en el párrafo 2 de los casos en los que éste no aparece.

Así las cosas, el texto del art. 54 adoptado por el Comité pudiera interpretarse, creo, en el mismo sentido que el Relator había ya propuesto. Los Gobierno de Austria y Países Bajos así lo entendían (y criticaban) ⁶.

⁶ Países Bajos y Austria presuponen que de conformidad con el art. 54.1 del Proyecto (2000), siempre que hay un Estado lesionado, los terceros, en caso de violación de obligaciones para la comunidad internacional en su conjunto sean o no graves dependen de la decisión del Estado lesionado en lo que atañe a la adopción de contramedidas. Y esto no les parece, creo que con razón, "razonable" dado que al menos respecto de las violaciones graves de obligaciones erga omnes para la protección de los intereses esenciales de la comunidad internacional "todos" tienen un interés jurídico en verlas respetadas:

- Los Países Bajos, que califican las del art. 54 de "disposiciones (...) [de] naturaleza novedosa [que] respetan", "consideran que si el Estado responsable ha violado obligaciones erga omnes, el Estado directamente lesionado no puede frustrar el derecho de terceros Estados y/o de la comunidad internacional en su conjunto de adoptar contramedidas".

- Para Austria, "(...) los Estados que no sean Estados lesionados sólo podrán adoptar contramedidas a petición del Estado lesionado (véase el párr. 1 del art. 54). Normalmente les corresponderá sólo el derecho contemplado en el párr. 2.a del art. 49 de exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito y garantías de que no se repita. Por consiguiente, esos derechos se convierten en una simple exhortación sin consecuencias concretas. Austria duda de que sea ése el resultado que deba alcanzarse (Comentarios de los Gobiernos y observaciones de los Gobiernos. Doc.: A/CN.4/515, 19 marzo 2001, pp. 1-97 (p. 92)).

De modo que si no es así, y no lo es, pues el Presidente del Comité de Redacción lo dejó muy claro, hubiera debido corregirse oportunamente ⁷. El Sr. GAJA, en efecto, al presentar el Proyecto aprobado por el Comité lo expresó con toda claridad:

“En el texto que proponía esta cuestión particular, el Relator Especial había limitado esta posibilidad a los casos en que no había Estado lesionado en el sentido del artículo 43 (...). Los miembros del Comité de redacción estaban divididos (...). Según una opinión, cuando había un Estado lesionado en el sentido del art. 43, sus deseos debían ser decisivos sobre la cuestión de saber si había que adoptar contramedidas y las forma de esas medidas. Según otra opinión, en caso de violación grave de violaciones encaminadas a proteger intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, los deseos del Estado lesionado no tenían apenas que ser tomados en consideración, incluso no tenían que serlo en absoluto. El Comité de Redacción llegó a la conclusión de que, en el caso de estas violaciones, el Estado lesionado no tenía el mismo papel que en el párrafo 1 y que las palabras ‘en interés de los beneficiarios’ ⁸ se referían implícitamente a los intereses del Estado lesionado. Este punto se desarrollará en el comentario” ⁹.

⁷ El Reino Unido, con todo, interpretaba así también desde el principio el art. 54.2 del Proyecto: “(...) el texto actual permitiría a cualquier Estado tomar contramedidas incluso si el propio Estado lesionado optara por no hacerlo y ello puede constituir un importante factor de desestabilización en las relaciones convencionales” (Comentarios...doc.: A/CN.4/515, p. 94).

Pero que la cosa no está clara lo demuestra tanto al párrafo 1 del art. 54 como las interpretaciones que otros Estados hacían (supra nota anterior).

⁸ Contenidas en el párrafo 2 del art. 54 que se refiere, en las intenciones del Relator, a los supuestos en los que la violación grave no afectaba directamente a Estado concreto alguno.

⁹ Acta resumida provisional de la 2662ª sesión de la CDI. 52º período de sesiones (Segunda Parte). Celebrada en el Palacio de Naciones Unidas, Ginebra el jueves 17 de agosto de 2000 a las 10 h. Doc.: A/CN.4/SR. 2662, pp. 1-29 (p. 27); Statement of the Chairman of the Drafting Committee Mr. Giorgio Gaja at the 2662 nd. Meeting of the International law Commission, held on 17 august 2000, pp. 1-54 (pp. 50-51).

El Relator CRAWFORD parece asumir esta interpretación en su Cuarto y último Informe, posterior por tanto a la adopción del Proyecto en segunda lectura por el Comité de Redacción ¹⁰.

En suma, en el caso de la comisión de una violación grave de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto para la protección de sus intereses fundamentales (o de normas imperativas como más ágilmente expresa el art. 40.1 del Proyecto definitivo de 2001), cuando hay un Estado lesionado, terceros Estados pueden adoptar contramedidas, con independencia de la posición de este último ¹¹; por el contrario, si las contramedidas de terceros tuvieran que ver con la violación de una obligación "colectiva" o una violación ordinaria de una norma imperativa, la posición del Estado lesionado sería decisiva para el tercero ¹².

¹⁰ Allí, el Relator señala que "(...) dentro de los límites generales del Capítulo II un Estado de los comprendidos en el art. 49 puede adoptar contramedidas en apoyo de un Estado lesionado independientemente en el caso de una violación grave" (la cursiva es mía; Cuarto Informe...Doc.: A/CN.4/517 cit. (nota 4), p. 28, párrafo 70).

¹¹ Las contramedidas de los Estados terceros, sin tener que depender de la petición del Estado lesionado, claramente se imponen para pedir el cese del hecho ilícito y, en su caso, seguridades y garantías de no repetición, pues si esos Estados pueden llevar a cabo esas acciones es porque se les reconoce un "interés jurídico" a ver respetadas las normas básicas del Derecho internacional.

Me pregunto, sin embargo, y esta cuestión, de permanecer tal cual (que, como veremos, no ha sido así) el texto del art. 54 del Proyecto (2000), debería aclararse en los comentarios, si los Estados terceros que decidan adoptar contramedidas no están supeditados a los deseos del Estado lesionado al menos en este punto: La reparación en sentido estricto. Esta es un "derecho subjetivo del Estado lesionado" y si este renuncia a la misma, ¿pueden los Estados terceros desencadenar contramedidas para forzar a que se repare el derecho subjetivo del Estado lesionado?. Se me hace más difícil decir que sí (...).

¹² Como el Presidente del Comité decía, a propósito del párrafo 1 del art. 54, las contramedidas de los terceros sólo podrán serlo "a petición y por cuenta del Estado lesionado" y, además, si este está habilitado, él mismo, para tomar contramedidas. "Es decir [añadía el Sr. GAJA], que prevé una forma de cooperación con el Estado lesionado. Los deseos del Estado lesionado desempeñan pues un papel importante en la decisión de adoptar contramedidas y en la elección de los mismos" (doc.: A/CN.4/SR.2662... cit. [nota 9], p. 27; ID.: Statement...cit. [nota 9], p. 50).

A la misma interpretación ha llegado K. KAWASAKI: "The content and implementation of the international responsibility of States: Some remarks on the Draft

Queda evidentemente una importante cuestión: si todos los Estados pueden, en ese caso, hacer eso, resulta evidente la necesaria coordinación de tales contramedidas "colectivas". Ya el Relator CRAWFORD se pronunció con claridad a favor de que las contramedidas decididas por varios Estados debían respetar el requisito de la proporción entre la contramedida y el perjuicio sufrido. Y, en este sentido, el Comité de Redacción cerró el art. 54 del Proyecto (agosto, 2000) que recuérdese se refiere a las contramedidas tanto cuando hay un Estado lesionado como cuando no y sea cual sea la gravedad de la violación cometida, con un párrafo 3 en el que se establece para los Estados que adopten contramedidas una obligación, sin duda ¹³, de cooperar "a fin de que se cumplan las condiciones establecidas por el presente Capítulo para la adopción de contramedidas" (art. 54.3).

Obligación, sí, pero sumamente genérica: Si, digamos, seis Estados decidieran tomar contramedidas contra el Estado autor de una agresión contra otro que se niega a reparar, deben cooperar al hacerlo, sí; pero ¿cooperar cómo?, ¿con qué criterios?, ¿dónde cooperarán? (...). El Presidente del Comité de Redacción cuando presentó a la CDI el Proyecto (2000), dejó claramente expuestas las limitaciones y ambigüedades de la disposición, y en más, diría yo, de un sentido:

- Así, el Sr. GAJA proclamó abiertamente la decisión del Comité (y de la misma Comisión) de no tratar en detalle el tema de la necesaria coordinación de las contramedidas "colectivas", dependiendo toda decisión, en lo que respecta a la prioridad y la coordinación, de las circunstancias de hecho y de cierto número de otros factores.

- No se llegó a un acuerdo siquiera sobre lo que aparentemente parecía resuelto (y ahora parece que no), en un sentido permisivo, por el propio art.

Articles on State Responsibility adopted by the ILC'Drafting Committee in 2000", Hitotsubashi Journal of Law and Politics (The Hitotsubashi Academy, Hitotsubashi University, Kunitachi, Tokyo), vol. 29, february 2001, pp. 24-40 (p. 37).

¹³ "Cooperarán" y no "deberían cooperar" o "procurarán cooperar" o "cooperarán en lo posible".

54, esto es, si “el derecho a adoptar contramedidas debía limitarse a las medidas colectivas adoptadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de una organización regional o si debía ser sin perjuicio de tales medidas”¹⁴.

En todo caso, los trabajos preparatorios y la generalidad del texto no parecen prohibir a los Estados la adopción descentralizada, fuera por tanto del sistema de Naciones Unidas o de Organización regional alguna, de contramedidas, en el entendido de que lo deseable sería su coordinación por los órganos competentes de aquella organización universal¹⁵, y de que si no es así los Estados estarán obligados a cooperar para que las contramedidas fueran escrupulosamente respetuosas de los requisitos exigidos (el de la proporcionalidad entre ellos)¹⁶.

Por lo demás, siempre hubiera sido posible una clara mejora de esta párrafo 3 del art. 54, en la línea de las propuestas que se hicieron en la Sexta Comisión y en los comentarios escritos de algunos Gobiernos, para establecer expresamente en el art. 54.3. La “exigencia a los Estados que previeran adoptar contramedidas que convinieran mutuamente en ellas antes de adoptarlas”¹⁷, esto es, “la obligación de todos los Estados de negociar previa-

¹⁴ Doc.: A/CN.4/SR. 2662, pp. 27-28; Statement..., pp. 51-52.

¹⁵ En los comentarios de la CDI al art. 53 del Proyecto de 1996, en el que se determinaban las consecuencias adicionales de los crímenes y en particular la de que la comisión de un crimen genera para todos los demás Estados la obligación de cooperar con otros en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen (art. 53.d), la Comisión señala, y puede ser pertinente su cita aquí, que “en la práctica esta reacción colectiva será verosimilmente coordinada por los órganos competentes de la ONU”, aunque el mismo comentario reconoce que, más allá de esa hipótesis, “una cierta reacción mínima se impone por parte de todos los Estados cuando un crimen internacional se ha cometido” (Informe de la CDI 48º período de sesiones...doc.: A/51/10, p. 188-194 [en p. 194 sobre todo*]).

¹⁶ Según Alain PELLET, “tal vez no es posible en la actualidad ser más preciso, a no ser que queramos entrar en la generosa pero políticamente discutible y jurídicamente inasumible problemática del ‘deber de injerencia’” (“Remarques sur une révolution inachevée. Le Projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des Etats”, *Annuaire Français de Droit International*, XLII (1996), pp. 7-32 (p. 26, párrafo 26 y nota 100 de aquella)).

¹⁷ Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su 55º período de sesiones (2000)...doc.: A/CN.4/513, 15 febrero 2001, p. 35 (párrafo 177).

mente la adopción de contramedidas conjuntas”¹⁸. No comparto, pues, la opinión del Relator sobre la dificultad de precisar esta disposición¹⁹.

3. La hostilidad de algunos miembros de la Comisión a la posibilidad reconocida por ésta de que Estados no lesionados pudiesen desencadenar contramedidas contra el Estado responsable, pese a que el Relator y el texto adoptado por el Comité de redacción en segunda lectura limitaban, restringían, respecto al Proyecto de 1996, esa posibilidad²⁰, fue notoria²¹, como

¹⁸ Austria (Responsabilidad de los Estados. Comentarios y observaciones...doc.: A/CN.4/515 cit. [nota 6], 19 marzo 2001, p. 94).

¹⁹ El Sr. CRAWFORD, en su Cuarto Informe, responde a los Gobiernos que expresaron sus dudas acerca de la efectividad del art. 54.3 por su carácter vago y genérico, y que instaron a una formulación más explícita del mismo (como Chile [doc.: A/C.6/55/SR. 17, párrafo 48]; Austria [SR.17, párrafo 79] o Jordania [SR.18, párrafo 17]), que “(...) en el plano normativo es difícil ver qué más puede decirse” (Doc.: A/CN.4/517... cit. [nota 7], p. 30, párrafo 73). ¡Hombre!, pues por ejemplo recoger la propuesta austriaca antes citada (supra nota 18).

²⁰ El Relator CRAWFORD destaca pesaroso, en su último Informe, posterior al Proyecto del Comité de agosto de 2000, cómo algunos Gobiernos no se han percatado de ello:

“su efecto consiste [se refiere al art. 54 del Proyecto del Comité] en reducir [cursiva en el original] la medida en que se pueden adoptar contramedidas en interés de la comunidad, en comparación con el texto aprobado en primera lectura (art. 47 conjuntamente con el art. 40). Es posible que la separación del art. 47 respecto del 40 y el carácter complicado de la definición de ‘Estado lesionado’ en el art. 40 hayan impedido que los Gobiernos no se centraran en el problema. Ya no ocurre así” (Cuarto Informe...doc.: A/CN.4/517 cit. [nota 4], p. 23, párrafo 59).

²¹ Así, “se expresó la opinión de que (...) los intentos prematuros de crear normas acerca de las contramedidas colectivas podían perjudicar el proyecto de artículos y el desarrollo gradual de los nuevos conceptos a que se había hecho referencia” (Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones... Asamblea General. Documentos oficiales, 55º períodos de sesiones. Suplemento nº 10 [A/55/10], Naciones Unidas, Nueva York, 2000, pp. 1-124 [p. 97, párr. 365]).

“También se preguntó en qué medida la cuestión atañía a la responsabilidad de los Estados y no al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (...)” (doc.: A/55/10, p. 97, párrafo 366).

“Se expresó también la opinión de que el análisis de la práctica de los Estados no demostraba ni justificaba la existencia de un grupo de medidas jurídicas aceptadas por todos los Estados, en las que pudieran basarse las ‘contramedidas colectivas’ como una nueva institución jurídica” (doc.: A/55/10, p. 97, párrafo 367).

lo fue asimismo la de varios Gobiernos en la Sexta Comisión ²². Bástenos citar, concretamente, como botón de muestra los comentarios del Japón, China o Polonia ²³, y, sobre todo, la de México, que merece la pena reproducir literalmente en el texto:

Otros querían limitar el número de Estados implicados: “se expresó el deseo de ver circunscrito el grupo de posibles Estados con derecho a adoptar contramedidas colectivas, a fin de que abarcara tan sólo al grupo de Estados de la misma región” (Doc.: A/55/10, p. 98, párrafo 369).

²² “Algunos oradores manifestaron que tenían problemas para aceptar la idea de que el derecho de reacción se podía delegar a un grupo de países que actuase fuera de todo tipo de marco institucional. Se sugirió que las contramedidas colectivas sólo podían ser legítimas en el contexto de una intervención de instituciones internacionales o regionales competentes y que la situación prevista en el Proyecto en artículo 54 se encaraba adecuadamente en los arts. 39 a 41 de la Carta de Naciones Unidas” (Doc.: A/CN.4/513 cit. [nota 17], p. 35, párrafo 177).

O, respecto del art. 54.2 (Proyecto de 2000): “No resulta adecuado alterar los principios de la Carta permitiendo la adopción unilateral de contramedidas colectivas, sin la participación del organismo central de la comunidad internacional y dejando a los Estados decidir por cuenta propia si se ha producido una violación grave, qué tipo de contramedida se debería aplicar y en qué circunstancias se la debería levantar (...)” (doc.: A/CN.4/513, p. 35, párrafo 181).

²³ De Japón, tanto al art. 54.1 (contramedidas cuando hay un Estado lesionado) como al párrafo 2 (si el hecho ilícito no perjudica directamente a Estado concreto alguno): “se trata, en esencia [por lo que al art. 54.1 se refiere] de autorizar a un ‘Estado interesado’ a subrogar el derecho de un Estado lesionado a adoptar contramedidas (...), este sistema de subrogación de contramedidas carece de base en Derecho internacional (...). También puede suponer mayores posibilidades de abuso que de beneficio. El párrafo 2 del art. 54 es otra reminiscencia del crimen (...). El derecho de cualquier Estado a tomar contramedidas tal como se estipula en el párrafo 2 del art. 54 va mucho más allá del desarrollo progresivo del Derecho internacional. Más bien debería calificarse de evolución ‘innovadora’ o ‘revolucionaria’ del Derecho internacional” (Comentarios y observaciones...doc.: A/CN.4/515 cit. [nota 6], pp. 83, 93).

Para la República Popular de China: “(..) las ‘contramedidas colectivas’ podrían convertirse en un pretexto más para instaurar una política de fuerza en las relaciones internacionales ya que solo los Estados y los bloques de países más poderosos están en condiciones de tomar contramedidas contra Estados más débiles (...) Por último, (...) proponemos que se supriman en su totalidad los proyectos de artículos 49 y 54 del texto revisado” (doc.: A/CN.4/515, p. 72).

Polonia, más suave: Vid. Comentarios y observaciones recibidas de los Gobiernos. Doc.: A/CN.4/515/Add.2, 1 mayo 2001, pp. 1-21 (pp. 19-20).

“En concepto del Gobierno de México el enfoque plasmado en el art. 54 no encuentra sustento en el Derecho internacional y plantea serias dificultades, pues alienta a los Estados a aplicar, de manera unilateral, contramedidas cuando no han sufrido una afectación concreta y objetiva a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito. La multiplicidad de contramedidas que podrían imponerse de conformidad con este artículo tendría efectos descriptivos y daría lugar a una serie de complejas relaciones. El Gobierno de México considera que el art. 49 así como el inciso c) del párrafo 2 del art. 42, es suficiente para determinar los derechos de los Estados que no son Estados lesionados y que el art. 54 debe ser eliminado (...).

Las consecuencias de la existencia de la violación grave, por un Estado, de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto y esencial para la protección de sus intereses fundamentales parecería ser, en principio, un asunto que se ubica en el ámbito del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La respuesta a una violación grave de esa naturaleza ya está definida en un orden constitucional establecido en la propia Carta. No es legítimo introducir, en un sistema de responsabilidad de los Estados, un mecanismo que reforma el sistema de seguridad colectiva consagrado en la Carta, permitiendo la adopción de contramedidas colectivas, decididas de manera unilateral, sin intervención del órgano central de la comunidad internacional, y dejando al arbitrio de cada Estado establecer cuando se ha producido una violación grave, cuál es la naturaleza de la contramedida que se aplicará y cómo habrá de terminar la imposición de una contramedida. La latitud (sic) que propicia un sistema de este género no es compatible con un sistema institucional creado a partir de 1945, cuyas normas y procedimientos requieren un necesario cumplimiento, por lo que no es admisible implantar indebidas cláusulas de escape, como la que se proponen a través de las contramedidas colectivas”²⁴.

²⁴ Comentarios y observaciones recibidas de los Gobiernos. Adición. Doc.. A/CN.4/515/Add.1, 3 abril 2001, pp. 1-12 (pp. 10-11).

4. La CDI, finalmente, se ha decantado²⁵ por la opción más conservadora de todas. Las propuestas que CRAWFORD hiciera como disposiciones de lege ferenda razonables²⁶ y que en esencia el Comité reproducía en el art. 54 del Proyecto (2000) han caído, como Troya cayó, finalmente.

El Presidente, en el 2001, del Comité de Redacción nos ha permitido saber que la desaparición del art. 54 del texto de agosto (2000) formaba parte, junto con la eliminación de los daños que algunos calificaron de punitivos y el mantenimiento de la distinción entre Estados lesionados y habilitados, de un compromiso alcanzado en el Comité a fin de poder mantener en el Proyecto el mensaje del crimen, es decir, el Capítulo III (arts. 40 y 41) que suponía la distinción, en orden a sus consecuencias, entre la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general y las demás²⁷.

De una situación en la que se distinguía, de una parte, entre contramedidas de terceros supeditadas a la decisión del Estado lesionado (para los casos de violación de obligaciones multilaterales en general, esto es colectivas y erga omnes [con excepción de las violaciones graves de éstas]) y, de otra, contramedidas en caso de violaciones graves de normas imperativas, es decir, de obligaciones para con la comunidad y para la protección de sus intereses fundamentales, en el que los terceros podían tomar contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación violada (Es-

²⁵ Texto del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales, 56º período de sesiones. Suplemento nº 10 (A/56/10), Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 21-396.

²⁶ "Su opinión personal es que, si bien todavía subsisten problemas de redacción de los artículos (...), el equilibrio esencial logrado en el Capítulo II es razonable de lege ferenda" (Cuarto Informe...doc.. A/CN.4/517 cit. [nota 4], p. 30, párrafo 76). A mí, como a otros autores (por ejemplo, K. KAWASAKI: "The content..." cit. [nota 12], p. 37), también me lo parece.

²⁷ Statement of the Chairman of the Drafting Committee. Mr. Peter Tomka, pp. 1-70 (pp. 42, 63 y 54).

tados lesionados o no) pero sin supeditarse a la decisión de éstos ²⁸; de una situación así (art. 54.1 y 2 del Proyecto 2000), en la que se exigía asimismo a los Estados que adoptaban contramedidas a respetar todos los requisitos del Capítulo y a que cooperaran entre sí, digo, se ha pasado a otra terriblemente distinta en la que la Comisión ha renunciado a regular en absoluto la posibilidad de contramedidas de terceros Estados en el caso de la violación de obligaciones multilaterales.

¿Las prohíbe entonces?: En realidad no. ¿Las admite pues?: Tampoco puede afirmarse tajantemente. La CDI viene a decir: No entro en el tema, yo no; si según el Derecho internacional del momento los Estados que no son directamente lesionados por un hecho ilícito pueden adoptar contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación pues que lo hagan; si no es así no podrán hacerlo; pero yo no me pronuncio, no "me mojo", que lo haga el Derecho internacional sea cual sea.

Esto, en mi opinión, es lo que nos dice el art. 54 del texto adoptado provisionalmente en segunda lectura en mayo-julio de 2001 y que finalmente figura en el Proyecto definitivo de artículos de la CDI ²⁹:

"Art. 54. Medidas tomadas por Estados que no sean lesionados.

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

En suma, la CDI ha sustituido su intento (agosto 2000) por ofrecer de lege ferenda una regulación razonable que intentara un equilibrio entre la

²⁸ Pero, obsérvese, no se permitían contramedidas (no habiendo un Estado lesionado) cuando la obligación violada no era esencial para la comunidad internacional o siéndolo no había sido violada gravemente.

El profesor Kyoji KAWASAKI ha sugerido permitir también contramedidas de terceros en el caso de la violación grave de obligaciones "colectivas" ("The content..." cit. [nota 12], pp. 37-38).

²⁹ Doc.: A/CN.4/L.602/Rev.1; y texto definitivo del Proyecto cit. (supra nota 25), loc. cit., pp. 386-393

conveniencia de no desarrollar demasiado progresivamente el Derecho internacional de la responsabilidad y la necesidad de asumir que las consecuencias de la violación de obligaciones multilaterales, en especial de las debidas a la comunidad internacional en su conjunto, no pueden ser las mismas que las que se derivan de la conculcación de una obligación bilateral, ha sustituido, digo, ese intento por una cláusula "sin perjuicio", con lo que la Comisión, como Poncio Pilatos hizo, se lava vergonzosamente las manos. Y que esto es así puede "seguirse", en mi opinión como si se tratase de un sendero empapado de fósforo en una noche oscura, en el Cuarto Informe del Relator; en él se relata la "crónica de esta muerte anunciada". ¿O no?:

- El Relator advierte, tras el debate del Proyecto del Comité de Redacción (2000) y en concreto de su art. 54 tanto en el seno del Comité como en la Sexta Comisión, que en relación con las contramedidas por Estados terceros, "el Derecho internacional general (...) todavía está en embrión", y que ante esta situación no pocos Gobiernos rechazan tratarlas en el Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados: Unos, parece decir, porque consideran más prudente esperar a ver cómo evoluciona el Derecho y "no congelar[lo] mientras se halla en proceso de desarrollo"; otros porque abiertamente rechazan el fondo mismo del art. 54, que consideran plantea "cuestiones muy discutibles" y "reabre además las cuestiones relativas al vínculo entre las medidas adoptadas por un Estado determinado y las colectivas con arreglo a la Carta o a acuerdos regionales"³⁰.

- A continuación observa cómo otro grupo de Gobiernos que, en principio, no veía en el art. 54 "un efecto desestabilizador" proponen un vínculo más claro entre él y el Capítulo VII de la Carta, conexión que, en mi opinión valiente y acertadamente, el Relator no desea establecer³¹.

³⁰ Cuarto Informe...doc.: A/CN.4/517 cit. (nota 4), p. 29 (párrafo 71).

³¹ Pues destaca que "las medidas adoptadas con arreglo a la Carta no corresponden al ámbito de los artículos" o que "sin duda sería posible subordinar las medidas adoptadas con arreglo al párrafo 2 del art. 54 a las medidas adoptadas debidamente con arreglo al Capítulo VII de la Carta, pero esto no se ocuparía de todas las situaciones" (Doc.: A/CN.4/517, p. 29, párrafo 73).

- Otros Gobiernos, en fin, parecen rechazar (lo que el art. 54 permite, en cuanto admite la posibilidad de contramedidas por todo Estado lesionado [y de terceros a su petición] que forme parte de un tratado que proteja intereses colectivos o de cualquier Estado cuando se viola [y no hace falta que sea gravemente] una obligación para la comunidad internacional en su conjunto) el que terceros Estados puedan lanzar contramedidas cuando no se trate de violaciones graves para con la comunidad internacional en su conjunto ³² .

A la vista de todo, el Relator, que no descarta la supresión del art. 54, con lo que en rigor la regulación de las contramedidas por el Proyecto optaría por una alternativa conservadora que dejaría sólo en manos de los Estados directamente lesionados por el hecho ilícito y fuese bilateral o multilateral la obligación violada, la posibilidad de adopción de contramedidas, apunta que en tal caso “habría al menos la necesidad de alguna forma de cláusula de salvaguardia” ³³ , pues pese a la incertidumbre

³² Vid. ad ex. en este sentido las intervenciones en la Sexta Comisión de España (doc.: A/C.6/55/SR.16, párrafo 13), Italia (SR.16, párrafo 28), Costa Rica (SR.17, párrafo 63) o Rusia (SR.18, párrafo 51).

³³ Cuarto Informe...doc.: A/CN.4/517, p. 30 (párrafo 76). Las opciones que el Relator barajó, en definitiva, tras comprobar que persistían críticas muy duras de Estados importantes respecto de la regulación de las contramedidas, fueron las tres siguientes:

- Eliminar toda regulación de las contramedidas en la Segunda y Tercera Parte del Proyecto, dejando únicamente, al hablar de las causas de exclusión de la ilicitud, el art. 23 (es el 22 del texto de la Comisión de 2001) y ampliándolo ligeramente. Puede advertirse que el Reino Unido, partidario de esta solución, propuso una versión revisada de ese artículo del tenor siguiente :

“1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con sus obligaciones internacionales quedará excluida en la medida en que el hecho constituya una contramedida lícita dirigida al Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducir a ese Estado a que cumpla sus obligaciones con arreglo a los presentes artículos.

2. Las contramedidas serán proporcionadas.

3. Las contramedidas no implicarán la amenaza o el uso de la fuerza en forma contraria a la Carta de las Naciones Unidas ni ninguna otra violación de una norma imperativa de Derecho internacional general” (reproducido en el Cuarto Informe del Relator, doc.. A/CN.4/517, p. 24, en nota 77).

- Mantener la regulación de las contramedidas tal cual se adoptó en agosto de 2000 por el Comité de Redacción con aclaraciones y mejoras de redacción.

del Derecho internacional en este tema el Relator piensa, y tiene razón, que los Estados, al menos un grupo de ellos, no desean renunciar a la posibilidad de adoptar individualmente medidas adecuadas ante la violación grave de normas consideradas de importancia para la comunidad internacional en su conjunto³⁴. Puede añadirse que la idea de sustituir el art. 54 por una "cláusula sin perjuicio" fue apuntada ya en la Sexta Comisión por el representante del Reino Unido³⁵.

Si, pese a todo lo dicho, quedara al lector alguna duda, permítaseme el que reproduzca las palabras expresas con que Peter TOMKA, Presidente en el año 2001 del Comité de Redacción, presentara a la Comisión el art. 54 del texto revisado:

"es una cláusula de salvaguardia que reserva la posición de todas las partes, a saber, la de quienes creen que el derecho a tomar contramedidas debería garantizarse a Estados no directamente lesionados con relación a la violación de obligaciones para la protección de intereses colectivos y, por otra parte, la de los que consideran que sólo los Estados lesionados deberían tener el derecho de tomar contramedidas (...). Con esta cláusula de salvaguardia la Comisión no toma posición alguna sobre el problema abandonando la materia al [futuro] desarrollo del Derecho internacional"³⁶.

- Y mantener esa regulación pero asumiendo directamente el Proyecto sólo la adopción de contramedidas por los Estados directamente lesionados por un hecho internacionalmente ilícito y, en cuanto a las contramedidas de terceros en ciertos casos adoptar una cláusula de salvaguardia (...) (Doc.. A/CN.4/517, p. 24, párrafo 60).

El Relator considera que se trata de "una cuestión esencialmente normativa" o "de política general" que la Comisión debe decidir (doc. cit., p. 24, párrafo 60 y p. 30, párrafo 76).

³⁴ "Las obligaciones para con la comunidad internacional, o el interés colectivo, dicho de otra manera, no son obligaciones 'de segunda clase' en comparación con las obligaciones en virtud de tratados bilaterales. Si bien cabe esperar que las Organizaciones internacionales puedan resolver las crisis humanitarias (...) los Estados no han abdicado sus atribuciones de tomar medidas individualmente" (Doc.: A/CN.4/517, p. 30, párrafo 74).

³⁵ Doc.: A/C.6/55/SR.14, párrafo 32.

³⁶ Statement...cit. (nota 27), p. 63.

Y, por último, sólo tres comentarios adicionales sobre el artículo 54 del texto revisado de 26 de julio de 2001 y, a la postre, del Proyecto definitivo de artículos que la CDI ha adoptado el pasado agosto:

- En su actual redacción, el texto adoptado no parece excluir la posibilidad de contramedidas de terceros Estados en casos que el art. 54 del Proyecto del Comité de Redacción (agosto 2000) sí excluía³⁷. Luego, en principio, es más generoso y comprensivo con las contramedidas de terceros.

- Repárese que el nuevo texto no sólo parece referirse a las "contramedidas" sino asimismo también a otro tipo de acciones (de "retorsión" por ejemplo). ¿Cómo se explica si no que se eluda el término "contramedidas" y se utilice el más genérico de "medidas"? Si este apunte es correcto, sería coherente con la práctica, pues ésta no permite siempre distinguir con claridad si los terceros adoptaron contramedidas o simples medidas de retorsión³⁸.

- Y, en fin, en el texto de 26 de julio de 2001³⁹, el eventual derecho de Estados terceros "habilitados" para invocar la responsabilidad (ex art. 48) a tomar contramedidas, se canaliza "en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada"; se añade así, al art. 54 previsto en el texto de 31 de mayo (doc.: A/CN.4/L.602), la mención, junto a la de los "beneficiarios", del "Estado lesionado"

5. La decisión de posponer, en una oportunidad crítica como ésta, después de tantos años de trabajo, el paso adelante, tan necesario, capaz de arrojar luz sobre el tema de las contramedidas de terceros en casos de las

³⁷ Así, en el caso de que no hubiese un Estado lesionado las contramedidas de terceros sólo se permitían en casos de violación grave de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto para protección de sus intereses fundamentales (art. 54.2) (no en relación con la violación de obligaciones colectivas ni tampoco respecto de las violaciones no graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto).

³⁸ El Presidente del Comité de Redacción, Sr. TOMKA, explicó que el empleo, en vez del término "contramedidas", de "medidas" fue deliberado "a fin de no perjudicar ninguna posición" (Statement... cit. [nota 27], p. 63). En el mismo sentido, el comentario n° 7 al art. 54 del Proyecto definitivo de artículos... cit. supra (nota 25), loc. cit., p. 393.

³⁹ Doc.: A/CN.4/L.602/Rev.1 y Corr.1.

violaciones más graves del Derecho internacional, ya para un Estado ya en relación con víctimas no estatales, como los seres humanos y sus derechos, me parece lamentable; y criticable por tanto.

¿No era posible decir en un texto de esta naturaleza lo que hace más de diez años reconoció el Instituto de Derecho Internacional?, esto es, que, por ejemplo, en el supuesto de violaciones gravísimas por un Estado de los derechos humanos, otros pueden adoptar contramedidas no armadas?⁴⁰ ¿No era posible, dicho esto, exigir una mínima coordinación?. ¿Es mejor callar, y que una situación incierta, no cuajada sea la que regule los hechos? (como no se trate de lo de “a río revuelto...”).

Seguramente es cierto que la práctica existente no es definitiva. Como ya apuntara, en 1987, el profesor CONFORTI⁴¹, el examen de la práctica, que el Relator lleva a cabo minuciosamente, sobre la adopción de “medidas” que Estados no directamente lesionados desencadenan contra un Estado al que se considera culpable de violar obligaciones internacionales para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad en su conjunto⁴², lleva a una valoración cautelosa y prudente, básicamente por tres razones, que el Relator recoge⁴³: primera, que esta práctica está dominada por un grupo de Estados (el occidental); segunda, porque es selectiva dado que en casos similares a los que provocaron la “intervención”, nada se hizo; y, en tercer lugar, no siempre es posible entender o justificar las “medidas” de los Estados terceros como “contramedidas”, siendo en ocasiones actos

⁴⁰ Resolución de Santiago de Compostela de 13 de septiembre de 1989 sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, art. 2, párrafos 2º y 3º (Annuaire de l'IDI. Résolutions 1957-1991, Pédone, París, 1992, pp. 207-212).

⁴¹ B. CONFORTI: “In tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionale”, *Le Droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milán, III, 1987, pp. 99-111 (pp. 110-111).

⁴² CRAWFORD: *Troisième Rapport...doc.: A/CN.4/507/Add.4 cit. (nota 4)*, pp. 14-23, párrafos 391-406).

⁴³ Doc.: A/CN.4/507/Add.4 cit., p. 19 (párrafo 396). También la reproduce la CDI en sus comentarios: Comentario nº 3 y 4 al art. 54, Proyecto definitivo vit., loc. cit. (nota 25), pp. 387-392.

de mera "retorsión" o, incluso, cobijándose bajo el principio del "cambio de circunstancias" como causa de denuncia, terminación o suspensión de los tratados ⁴⁴.

Para la CDI, en sus comentarios, esta práctica "es limitada y bastante embrionaria" (sic), es "incierta", "escasa y concerniente a un número limitado de Estados". De ahí que la Comisión concluya entendiendo que "en la actualidad no parece reconocerse claramente el derecho de los Estados mencionados en el art. 48 a adoptar contramedidas en interés colectivo", por lo que "en consecuencia no es apropiado incluir en los presentes artículos (...)" ⁴⁵.

Personalmente, lamento que la CDI se haya lavado las manos en este tema:

- Es verdad que la práctica existente es por las razones apuntadas incierta: medidas de Estados Unidos contra Uganda por violación masiva de los derechos humanos (1978), de Estados occidentales y Estados Unidos contra Polonia tras el golpe militar del General Jaruzelswky (1981), de Estados Unidos y la Unión Europea contra Argentina con motivo de la "Guerra de las Malvinas" (1982), de Estados Unidos contra África del Sur por la política de apartheid (1986), de la Coalición de Estados "amigos de Kuwait" con motivo de la "Guerra del Golfo" contra Irak, aunque en el marco (dicho

⁴⁴ Esta fue la justificación esgrimida por Países Bajos en las "medidas" contra Surinam (1982); asimismo, cuando la Comunidad Europea adoptó un reglamento en el que se decidía determinadas medidas de sanción contra Yugoslavia (1991), el TJ de la Unión, ante el que el asunto se presentó, dio por válido el reglamento en cuestión con apoyo en el Derecho de los tratados más bien que en el de la responsabilidad (vid. s. de 16 junio 1998, as. C 162/96, A. Racke GmbH & Co. C. Hauptzollent Mainz, párrafos 53-59).

No obstante, como el Relator señala, las estrictas condiciones y requisitos con que el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 reguló el "cambio de circunstancias" (vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: Derecho Internacional Público, Trotta, Madrid, 1995, pp. 485-488 [párrafos 22-24]), como el TIJ ha reconocido en el asunto Gabcíkovo-Nagymaros (sentencia de 25 de septiembre de 1997, CIJ Recueil 1997, p. 65, párrafo 104 in fine), permiten "dudar que esta doctrina sea aplicable en muchos casos" (Troisième Rapport...doc.: A/CN.4/507/Add.4, p. 19, en la nota 789).

⁴⁵ Comentarios 3 y 6 a su art. 54 (Proyecto definitivo de artículos cit. loc. cit. [nota 25], pp. 387 y 392-393).

sea en general) de la Carta de Naciones Unidas (1990-1991), o de la Unión Europea contra Yugoslavia con ocasión de "lo de Kosovo" (1998).

- Y, sin embargo, creo que la tendencia es clara⁴⁶ y la conveniencia de regular de lege ferenda esta zona gris parecía razonable. Dado que en relación con las crisis humanitarias más graves no podemos ver, y no lo digo con alegría, en la ONU un "socio fiable", el cese de genocidios o limpiezas étnicas pudiera encontrar en una regulación de las contramedidas un arma considerable, capaz acaso incluso de jugar como un saludable aguijón que pinchado en la adecuada parte pudiera provocar la reacción institucional, preferible sin duda, de la ONU.

Hay, sí, una cierta contradicción entre defender la existencia de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y no imponer, en caso de violación grave de las mismas, un sistema de contramedidas "centralizadas", "colectivas de verdad", a cargo, dicho sea sin más, de la ONU, sino, por el contrario, dejar las cosas sueltas, permitiendo contramedidas individuales y descentralizadas; como si se desconfiase de la existencia de una genuina comunidad, de su capacidad para ser justa y solidaria (temor a la política, al veto...). Pero más contradicción habría en defender la existencia de esas obligaciones para con la comunidad, no permitir contramedidas descentralizadas para que luego nada se haga (veto y política); ¿dónde estaría esa comunidad internacional en su conjunto en tal caso?⁴⁷ Y si, tanto en una hipótesis como en otra, la idea de una comunidad

⁴⁶ De "tendencia" habla también FROWEIN, J.A.: "Reactions by not directly affected States to breaches of Public International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 248 (1994-IV), pp. 345-438 (p. 422, como conclusión de su análisis en pp. 416-422). Y, asimismo, incluso Gobiernos hostiles a aceptar la idea de contramedidas de terceros, como Polonia, reconocía que "en el Derecho internacional contemporáneo hay cierta tendencia en esa dirección..." (doc.: A/CN.4/515/Add.2... cit. [nota 23], p. 20).

⁴⁷ El principal obstáculo que veo a la insistencia en hacer de la autorización o coordinación del Consejo de Seguridad un requisito condicionante de la validez de contramedidas individuales (por ejemplo, BESNÉ MAÑERO, R.: *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 196-197) es éste: ¿Está asegurado que el Consejo de Seguridad responderá?

internacional organizada se tambalea, la tentación sería la de negar su realidad y suprimir la figura de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general (...). ¡Vade retro...!, porque con o sin instituciones el bebé está en su cuna (en el plano normativo); favorezcamos su futuro crecimiento dejándolo, como primera medida, que en ella siga reposando. Personalmente prefiero la incoherencia de contramedidas descentralizadas a tener que esperar sin seguridad de éxito a que las centralizadas se lleven a cabo. Y es que en cierto modo, como Ch. TOMUSCHAT ha mantenido, las contramedidas descentralizadas en casos de hechos ilícitos graves “representan no obstante un estado intermedio hacia una comunidad internacional mejor organizada. A falta de una autoridad ejecutiva internacional investida con poderes amplios, se elige la segunda mejor solución, a saber conferir a todo Estado el poder de actuar como un guardian de la legalidad internacional con relación a normas particularmente de alto standing”⁴⁸

Hubiera sido una saludable contribución al desarrollo progresivo regular las contramedidas de terceros (haya o no haya un Estado directamente lesionado). Lejos de ello, la CDI ha optado, parece, por dejar todo como está, y, por ende, por no tocar una situación “de tendencias”, incierta e imprecisa. La cláusula “sin perjuicio” del art. 54 provocará, sin duda, muchas cuestiones de interpretación que habrá que resolver en su momento.

¿Es ésta la contribución que los Estados y los Tribunales esperan (y aún merecen) de la Comisión tras medio siglo de trabajos?.

Me parece entender que el profesor FROWEIN, J.A. también cree ver en el reconocimiento del derecho de terceros Estados a adoptar contramedidas la consecuencia lógica de la admisión de normas para con la comunidad internacional en su conjunto (“El reconocimiento de reglas fundamentales del Sistema carecería de sentido si no existiesen procedimientos especiales para aplicarlas...”): “Reactions...” cit. (nota 46), pp. 422-433 (la cita textual en la p. 422); y en sentido similar J.A. CARRILLO SALCEDO: “Droit international et souveraineté des Etats. Cours Général de Droit International Public”, Recueil des Cours, 257 (1996), pp. 34-221 (pp. 204-207).

⁴⁸ “International Law: Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General Course on Public International law”, Recueil des Cours, 281 (1999), pp. 9-438 (p. 377, párrafo 25).

6. Aunque bien pensado, yo me pregunto si por una vía indirecta e implícita el Proyecto de artículos no ha, al menos, legitimado (si es que no ha impuesto) las contramedidas no armadas de terceros en una determinada y concreta situación: si el art. 41.1 impone a todos los Estados el deber de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a una violación grave (la de obligaciones, además, emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general a las que se refiere el art. 40), cuando ésta no cese y el Estado autor no se avenga a hacer frente a su responsabilidad ¿qué otra cosa cabría que adoptar contra él, por todos los medios lícitos, medidas coercitivas? ¿no tendrían entonces todos los Estados, Estados "terceros" pues, que adoptar contramedidas no armadas?

7. En tanto en cuanto las contramedidas tienen por objeto que el Estado autor del hecho ilícito cese en su conducta, preste, en su caso, garantías y seguridades de no repetición y repare el perjuicio causado, y en tanto en cuanto parece claro que las contramedidas no armadas, en ciertos supuestos, no pueden detener la continuación del hecho ilícito (por ejemplo, es dudoso, como la práctica demuestra, que contramedidas de carácter económico puedan acabar por sí solas con un genocidio), es obligado cuestionarse si en ciertos casos de excepcional gravedad terceros Estados, a título de contramedidas, podrían llevar a cabo un uso temporal, proporcional y limitado de la fuerza armada, más allá, se entiende, del sistema de la Carta y sin contar con ésta.

Naturalmente, la comunidad internacional ha previsto y reconocido a todo Estado el derecho a usar la fuerza armada en caso de la comisión de violaciones graves de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Un Estado agredido, y mientras lo sea, puede luchar en legítima defensa (individual o colectiva, recuérdese). Puede hacerlo, por ejemplo, para que la situación se asemeje al tema de las contramedidas, durante todo el tiempo que su territorio siga ocupado por el agresor a fin de que este cese en su ilícito. Pero ¿y respecto de otras violaciones graves de normas imperativas, como el genocidio o el desconocimiento por la fuerza del derecho de un pueblo, que lo tenga, a su libre determinación? ¿cabe utilizar la fuerza armada a título de contramedidas?. Sabido es que algunos autores consideran que el tema sigue abierto y que la

utilización de la fuerza armada puntual, proporcional y limitada para detener un genocidio o una situación de violación gravísima y generalizada de los derechos humanos no debería considerarse contraria al Derecho internacional contemporáneo ⁴⁹. Entre nosotros, por ejemplo, el profesor CARRILLO SALCEDO sigue pensando que acaso ese uso de la fuerza pueda ser uno de los “usos menores” que el TIJ no considera contrario a la Carta ni al núcleo imperativo de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada⁵⁰, y que, en todo caso, el tema está abierto, aunque el profesor de Sevilla considera que un requisito sine qua non de la validez de estas contramedidas armadas sería el de que Naciones Unidas no pudiese actuar por el bloqueo de su Consejo de Seguridad ⁵¹.

¿Qué “dice” al respecto el Proyecto definitivo de artículos de la Comisión? No es fácil encontrar en él apoyo a esta idea: de una parte, al regularse las contramedidas como hemos visto, se prohíbe que estas afecten a la obligación de abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza regulado en la Carta de Naciones Unidas (art. 51 del Proyecto). De otra, el nuevo texto del art. 54, en cuya virtud nada de lo regulado en el Proyecto afecta al derecho

⁴⁹ FROWEIN, J.A.: The present state of research carried out by the english-speaking section of the Centre for Studies of the Hague Academy. The legal aspects of international terrorism (1988), Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, pp. 55-96 (pp. 64 ss).

⁵⁰ CIJ Recueil 1986, p. 127, párrafo 249. Sobre este párrafo véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ ESPADA, C.: El uso de la fuerza y el Derecho internacional después de la descolonización, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988, p. 34 (párrafo 3); ID.. “La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (La conformación del hecho ilícito internacional)”, Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1989, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1990, pp. 183-310 (pp. 302-304).

⁵¹ Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 124-130; y, antes, en Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d’Etudes et de Recherche de l’Académie. Les aspects juridiques du terrorisme international. Centre d’Etudes... (1988), Dordrecht. M. Nijhoff, 1989, pp. 19-53 (en pp. 28 ss). En el mismo sentido, BESNÉ MAÑERO cit. (nota 47), pp. 127-128 y ss.

Sobre un eventual uso de la fuerza armada como respuesta a un “crimen internacional” véase DE HOOGH, A.: Obligations erga omnes and international crimes. A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1996, pp. 286-339.

de los Estados partes en un tratado internacional violado que proteja un interés colectivo o todo Estado ante la violación de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto de tomar medidas contra el Estado autor para que cese en la violación y repare a los beneficiarios de la obligación violada, se especifica que esas medidas que el tercero puede tomar deben ser "lícitas", legales, conforme a Derecho por tanto, lo que parece apuntar a la exclusión de medidas de fuerza armada.

Cabría, con todo, razonar del modo siguiente: si todo Estado, en el caso precisamente de la violación grave de normas imperativas tiene la obligación de "cooperar para poner fin (...) a toda violación grave a las que se refiere el art. 40", ¿cabría pensarse que, con esta finalidad, y de ser preciso para poner fin a la misma, se admitieran las contramedidas armadas? Estaría personalmente tentado a responder que el Proyecto no prohíbe pues este tipo de medidas en tales casos, de no ser porque el texto del art. 41.1 adoptado por la Comisión añade (lo que no ocurría en el texto del art. 42 del Proyecto adoptado por el Comité de Redacción en agosto de 2000 [ni en el 53 del Proyecto de 1996]) que esa obligación de cooperar para poner fin a la violación grave se efectuará "mediante medios lícitos", legales, conforme a Derecho (...).

Por lo demás, ni en los comentarios al art. 54 ni al 41 la CDI aclara en modo alguno el calificativo de "lícitas"⁵²; en mi opinión este era un punto que merecía consideración expresa.

En suma, no creo que en el actual texto del Proyecto de la Comisión encuentre cobertura la tesis de la legalidad de contramedidas armadas en ciertos supuestos de violación grave de normas imperativas⁵³. Posiblemente ésta es una cuestión clave y de enorme alcance político y jurídico, que debe, porque debe en mi opinión afrontarse, resolverse fuera del marco

⁵² Véase el Proyecto definitivo de artículos cit., loc. cit. (nota 25), pp. 309-311 y 381-393.

⁵³ ¿Y en otras bases jurídicas tampoco, como, acaso, el estado de necesidad o una nueva causa de exclusión de la ilicitud (que permita, como se hace con la legítima defensa, las intervenciones de humanidad...)? No puedo abordar aquí una cuestión que no sería de rápido tratamiento; pero podrá hacerlo, si Dios lo quiere, en otro momento y lugar.

más concreto y técnico de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional de la responsabilidad, para, resuelto, ser tenido en cuenta por éste. Dicho en román paladino, la comunidad internacional debiera afrontar de una vez y resolver (y en el sentido de que no pueden consentirse ya a ningún precio atrocidades que todos conocemos) el dilema de o seguir fieles a un sistema en que el órgano clave, la ONU, actúa o no a golpe de tambor de las intereses de los miembros permanentes de su Consejo de Seguridad sea cual sea el horror que nos contempla o satisfacer las demandas de salvaguardar la dignidad, los derechos y libertades del ser humano allí donde se encuentre ⁵⁴.

II. Contramedias sin Estado lesionado.

8. El Relator CRAWFORD dejó claro que en ciertos supuestos de obligaciones internacionales multilaterales, entre ellas las obligaciones para la protección de intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, en los que la obligación violada no afectase directamente a un Estado sino a otros beneficiarios, como un pueblo, seres humanos o al conjunto de todos ellos, la humanidad, la comunidad internacional debía apoyar a esos beneficiarios que difícilmente podrían, en condiciones de igualdad, enfrentarse al Estado autor del hecho ilícito ⁵⁵. De ahí que se propusiera, y el Comité de Redacción aceptara (Proyecto de agosto de 2000, art. 49; luego art. 48 del texto definitivo), que en ciertos casos y con determinados requisitos Estados terceros podrían invocar la responsabilidad internacional del Estado responsable “en interés” de esos beneficiarios.

El Relator también consideró, en el tratamiento de las contramedidas, que en el caso en que el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito no cesase en la violación o se negase a reparar el perjuicio causado a un Estado lesionado o a otros beneficiarios, terceros Estados (en ciertos su-

⁵⁴ Vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (La “Guerra de Kosovo)””, Anuario de Derecho Internacional, XVII (2000), pp. 93-132 (pp. 119 ss., 122 ss., 125 ss).

⁵⁵ Ad ex. Troisième Rapport...doc.. A/CN.4/507/Add.4...cit. (nota 3), p. 9 (párrafo 379).

puestos y con ciertas condiciones) podrían adoptar contramedidas contra el Estado autor de la violación ⁵⁶.

9. El Comité de Redacción, al adoptar en segunda lectura (agosto de 2000) el Proyecto de artículos, endosó este planteamiento en el art. 54. En él distinguía dos situaciones: en la primera, se refería a las contramedidas de terceros cuando hay un Estado lesionado (art. 54.1), cuestión a la que ya me he referido (supra párrafos 1-7); en la segunda (art. 54.2), el Proyecto se refiere, en particular, al art. 41, esto es, a las contramedidas de terceros Estados en el caso de violación grave de obligaciones para la protección de intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto.

En el art. 54.2., los Estados terceros pueden adoptar contramedidas “en interés de los beneficiarios de la obligación violada”. Al mencionar dicho texto sólo el término de “beneficiarios” (contrapuesto habitualmente al de “Estado directamente lesionado”) hubiera podido pensarse que el Proyecto de artículos adoptado por el Comité de Redacción (2000) se refería en este párrafo únicamente al supuesto en que la violación de la obligación (una obligación grave ex art. 41) no lesionaba directamente a Estado alguno sino a otros beneficiarios (un pueblo, seres humanos, la humanidad...), y que el supuesto de violación grave en el que se perjudica directamente a un Estado caía bajo la regulación del párrafo 1 antes mencionado del art. 54. Ya sabemos que no es así, sin embargo, y debo repetirlo ahora. El Presidente del Comité de Redacción aclaró que en el término “beneficiario” debía entenderse incluido también, si fuera el caso, un “Estado directamente lesionado”, de modo que quedara claro que en los supuestos de violaciones graves de obligaciones esenciales para la comunidad internacional en su conjunto (arts. 54.2 y 41), tanto si había Estado directamente lesionado como si se tratase de otros beneficiarios, los terceros adoptaban contramedidas, siempre, desde luego, “en interés de aquellos”, motu proprio, sin estar supeditados a la voluntad del beneficiario (aunque se tratase de un Estado “directamente lesionado” y pese a lo dispuesto por el art. 54.1).

⁵⁶ Ad ex. en su Troisième Rapport...doc.: A/CN.4/507/Add.4 cit., pp. 15-23 (párrafos 391-406).

El resultado que arroja esta interpretación del Proyecto del Comité (2000) y en particular de su art. 54 sobre las contramedidas de terceros es el siguiente:

- En el caso de violaciones graves de obligaciones (multilaterales pues) esenciales para la comunidad internacional en su conjunto (arts. 41 y 42 del Proyecto), Estados terceros pueden desencadenar contramedidas contra un Estado autor que se niega a cesar en su violación o a reparar el perjuicio causado ya a un Estado directamente lesionado ya a otros beneficiarios, por su propia cuenta, es decir, sin depender del consentimiento o de la posición que adoptara ese Estado o esos beneficiarios; eso sí, las contramedidas se tomarán "en interés" de los mismos, esto es, para que el culpable les repare, "a ellos" (art. 54.2).

- En el supuesto de violación de una obligación bilateral, o de una obligación multilateral para la protección de intereses colectivos o de la violación ordinaria (no grave) de una obligación esencial para la comunidad internacional en su conjunto, el Proyecto sólo ha previsto contramedidas de terceros supeditadas a los deseos de un Estado directamente lesionado (art. 54.1), ergo cuando la violación perjudique a otros beneficiarios no caben contramedidas de Estados terceros.

10. Aclarado esto, lo importante es reseñar que el Proyecto del Comité (2000) ha previsto que Estados terceros puedan, aunque no haya Estado lesionado alguno (y si lo hay también) desencadenar contramedidas contra Estados que violan gravemente una obligación esencial para la comunidad internacional en su conjunto en perjuicio de los beneficiarios de la misma, como un grupo humano al que se intenta eliminar o cuyos derechos humanos básicos se vulneran gravísimamente, o a un pueblo colonial en su lucha por la autodeterminación.

Se trata, naturalmente, de una manifestación valiente pero al mismo tiempo contenida de desarrollo progresivo que debe destacarse ⁵⁷ en mi

⁵⁷ "Contenida" porque del art. 54.2 se deduce que las contramedidas de terceros, en casos en los que no haya un Estado directamente perjudicado (si lo hay, este decide siempre), sólo se permiten en supuestos de especial gravedad.

opinión⁵⁸. En todo caso, las contramedidas de los terceros Estados debían regirse por los mismos requisitos exigibles en el caso de una relación bilateral de Estado autor a Estado lesionado y, por tanto, los Estados terceros debían cooperar para que las contramedidas se adecuen a lo estipulado en el Capítulo (art. 54.3), tanto en lo referente a la finalidad de las contramedidas, a sus límites y condiciones, así como a la regla de la proporcionalidad.

Por lo demás, parece claro que, de acuerdo con el Proyecto del Comité de Redacción (2000), los terceros Estados que tomen contramedidas han debido antes haber invocado la responsabilidad del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito (art. 49)⁵⁹.

Esta interpretación se confirma acudiendo a las intenciones del Relator, que hace hincapié en sus Informes en que la práctica, en casos en los que las víctimas son no otros Estados sino pueblos o seres humanos, sólo conecta las contramedidas con violaciones de especial gravedad de los derechos del ser humano (véase los casos citados por el Sr. CRAWFORD en su Tercer Informe: doc.: A/CN.4/507/Add.4, pp. 15-17, párrafo 391, y pp. 19-20, párrafo 399). Añade el Relator que en tales supuestos graves, deben autorizarse contramedidas de terceros a modo de presión saludable, no refiriéndose a “intervenciones de humanidad” sino a medidas coercitivas no armadas (doc. cit., pp. 22-23, párrafo 405). “En términos de política [afirma el Relator], las dudas y preocupaciones sobre las contramedidas colectivas (en particular, el cuidado de un procedimiento equitativo para el Estado presentado como responsable, el problema de la intervención en una diferencia y el riesgo de agravar esta última) se reducen sustancialmente si la violación en cuestión es grave, bien establecida, sistemática y continuada (...)” (doc. cit., p. 22, párrafo 405).

⁵⁸ No, desde luego, en la del Gobierno del Japón: “El párrafo 2 del art. 54 es otra reminiscencia del crimen internacional (...). El derecho de cualquier Estado a tomar contramedidas tal como se estipula (...) va mucha más allá del desarrollo progresivo del Derecho internacional, Más bien debería calificarse de evolución ‘innovadora’ o ‘revolucionaria’ del Derecho internacional” (doc.: A/CN.4/515... cit. [nota 6], p. 93).

Ni tampoco de la de algún otro Estado que intervino en la Sexta Comisión de la Asamblea General: “No resulta adecuado alterar los principios de la Carta permitiendo la adopción unilateral de contramedidas colectivas, sin la participación del organismo central de la comunidad internacional y dejando a los Estados decidir por cuenta propia si se ha producido una violación grave, qué tipo de contramedida se debería aplicar y en qué circunstancias debería levantarse (...)” (doc.: A/CN.4/513... cit. [nota 17], p. 35, párrafo 181).

⁵⁹ Austria tenía dudas de si en caso de violaciones graves, los Estados terceros podían tomar contramedidas pese a no haber invocado previamente la responsabilidad del autor. Y

11. Sabemos, en fin, que al revisar el texto que adoptara su Comité de Redacción en agosto de 2000, la Comisión ha preferido no comprometerse en la regulación de las contramedidas de terceros y ha optado, en el Proyecto definitivo por una cláusula "sin perjuicio" (art. 54) aplicable en general a toda hipótesis de contramedidas por Estados terceros, es decir, tanto en los supuestos en los que hay un Estado lesionado como en aquellos en los que no. A los comentarios efectuados ya sobre la misma me remito (supra párrafos 4-7), bastando con añadir aquí dos ideas:

- Que con ella la "legalidad" de las contramedidas que Estados terceros adopten en interés ya de un Estado lesionado ya de los beneficiarios de la obligación violada dependerá de la práctica internacional del momento, práctica que como se señaló no es, hoy por hoy, definitiva⁶⁰ y que, con su negativa a asumirla expresamente como desarrollo progresivo, la CDI ha debilitado tanto su auctoritas como su dignitas, es decir, ha contribuido a hacerla más provisional e insegura normativamente hablando.

pidió, a fin de despejarlas, una conexión expresa entre el art. 54.2 y el 49.2.b: "En el texto actual del párrafo 2 del art. 54 no hay una conexión clara con el párrafo 2-b) del art. 49, lo que podría crear la impresión de que un Estado puede adoptar contramedidas sin haber hecho anteriormente una reclamación de conformidad con el párrafo 2-b) del art. 49. Cabría argüir que tal interpretación queda excluida indirectamente a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 53, pero en opinión de Austria, se debería hacer más evidente la conexión mediante una referencia expresa" (doc.: A/CN.4/515, p. 93).

Posiblemente, el párrafo 3 del art. 49 sea base suficiente para entender, y estamos en una "fase anterior" a la de las contramedidas, que todo Estado no directamente lesionado también está obligado a invocar la responsabilidad del autor del hecho, Acaso, entonces, las dudas austríacas eran excesivas.

⁶⁰ Es verdad que "(...)frente a las vulneraciones de las normas sobre derechos humanos los Estados han considerado, al menos en algunos casos, que, ante la inactividad de la estructura institucional, y si dejamos de lado el recurso al uso de la fuerza (...), el único medio de presionar y obligar al Estado infractor recalcitrante para que ponga fin al hecho ilícito consiste en la utilización de mecanismos de retorsión y represalias. No existe otra alternativa (...)" (FERRER LLORET, J.: Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos, Tecnos-Universidad de Alicante, Alicante, 1998, p. 239; en general 235-244, 149-204).

Sí, pero de práctica de ¿cuántos Estados hablamos? ¿actúan siempre, como del elemento material de la costumbre se exige, "de manera constante y uniforme"? (...).

- Recuérdese en fin (supra párrafo 4), que en la medida en que el nuevo art. 54 conecta las contramedidas de terceros con los Estados habilitados del art. 48 (que pueden ser los Estados implicados en obligaciones establecidas para la protección de intereses colectivos o todos ellos en el caso de obligaciones para con la comunidad internacional), parece admitir la posibilidad de las contramedidas de terceros, cuando no haya Estado lesionado⁶¹, en los supuestos de violación de esas obligaciones colectivas o respecto de violaciones no graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, lo que en absoluto estaba claro según el Proyecto del Comité de Redacción (2000).

III. Contramedidas y arreglo de controversias.

12. Las contramedidas, tanto por su naturaleza misma como por las regulaciones que de ellas se hace en el Proyecto de artículos de la CDI, parecen invocar su control por un procedimiento de arreglo obligatorio, imparcial y vinculante. Esto es, parecen reclamar que una jurisdicción internacional, en un supuesto dado en que un Estado lesionado o habilitado para invocar la responsabilidad internacional de otro comprueba que éste se niega a aceptarla, por lo que considera la adopción contra el mismo de contramedidas, se pronuncie sobre si éste se encuentra legitimado o no para hacerlo, a la luz de las normas de Derecho internacional en vigor, y en qué condiciones.

Por su naturaleza, digo, puesto que las contramedidas constituyen una concesión del Derecho a la Política, lo que, siempre peligroso, debe controlarse estrictamente⁶². Asimismo, la conexión con un sistema fiable de arreglo de controversias viene también de la mano de las disposiciones concretas que las regulan tal y como han sido adoptadas por la CDI en su Pro-

⁶¹ De existir éste, el texto de agosto ya admitía contramedidas de terceros en estos supuestos, pero supeditadas a los deseos de ese Estado.

⁶² Vid. International Law Association (ILA): First Report of the ILA Study Group on the law of State responsibility (submitted by the chair of the study Group to the Special Rapporteur and the Chairman of the United Nations International Law Commission and the ILA Director of Studies), Peter Malanczuk, Chairman, La Haya, 8 junio 2000, pp. 1-55 (pp. 22-23, párrafos 70-71) (fuente: <http://www.ila.hq.org>).

yecto de artículos, y que pueden generar desacuerdos interpretativos; y en varios sentidos: naturaleza puramente “instrumental” de las contramedidas, condiciones de su ejercicio, ámbitos materiales en los que se excluyen, regla de la proporcionalidad, contramedidas de terceros Estados en ciertos supuestos (...).

Item más. El Proyecto de la CDI no excluye, aunque él no las regula, que Estados no lesionados directamente, en los casos de violación grave de normas imperativas (y aún en otros supuestos), puedan adoptar contramedidas contra el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito. Este caso, por su indeterminación tal y como ha quedado y, también, por referirse a violaciones muy graves del Derecho abunda en la necesidad de esa conexión a la que antes me refería entre contramedidas y un sistema de arreglo obligatorio, imparcial y vinculante, conexión, por lo demás, que interesa a los Estados cuanto más débiles sean, pues ellos serán normalmente las víctimas de las contramedidas ⁶³.

13. La CDI, en su Proyecto de 1996, entendió perfectamente semejante planteamiento. Según su texto, las controversias sobre aplicación o interpretación del Proyecto pueden acabar, si las partes no han podido resolverla por negociación, mediación o buenos oficios, mediante el recurso obligatorio a una Comisión de Conciliación que termina con una decisión no vinculante (arts. 54-57 y Anexo I). Pero, en el caso en el que un Estado decida adoptar contramedidas contra otro, al que acusa de no hacer frente a su responsabilidad, éste, es decir, el Estado acusado del hecho internacionalmente ilícito puede unilateralmente llevar el caso ante un arbitraje (art. 58 y Anexo II). Así, este órgano se pronunciará sobre el conflicto, incluido naturalmente la legitimidad del desencadenamiento de las contramedidas; por otra parte, y salvo las medidas provisionales para la preservación de sus derechos, la sumisión al arbitraje implicaría la imposibilidad de llevar a cabo (o en su caso de continuar) las contramedidas (art. 48). Aunque este

⁶³ Son, por el contrario, otros, los Estados “grandes”, los que “viven muy confortablemente sin la ayuda de tales instituciones de la comunidad internacional organizada (...)” (CH. TOMUSCHAT: “International law: Ensuring...” cit. [nota 48], p. 368, párrafo 13).

sistema no estaba en principio pensado para su aplicación a los "crímenes", como finalmente no se regula de manera específica para éstos ni en relación con las contramedidas ni respecto del sistema de arreglo de controversias, parece lógico pensar que el mismo es aplicable a aquellos.

La instauración de la jurisdicción obligatoria sobre las contramedidas, lo que implicaba en términos generales una paralización de éstas hasta el desenlace del asunto, fue alabada como una importante contribución, pues eso era, al desarrollo progresivo, y criticada por entender que era un desarrollo "demasiado progresivo" y, por tanto, absolutamente inaceptable para la mayoría de los Estados:

- En mi opinión, desde luego, el someter la toma de contramedidas al control y supervisión de una jurisdicción internacional constituye un avance y debe aplaudirse en principios; en la línea, por ejemplo, del sistema de la OMC en el que no se permiten contramedidas unilaterales sin más (...)⁶⁴.

- Para otros, el sistema de 1996 era "quimérico", "utópico", "extremadamente coactivo", primando además indirectamente el desencadenamiento de contramedidas⁶⁵. El mismo Relator CRAWFORD se opuso tajantemente al sistema⁶⁶.

⁶⁴ Vid. ad ex. CH. TOMUSCHAT cit., pp. 373-374 (párrafo 20).

En esta línea, por ejemplo, Karl ZEMANEK ha considerado también estas disposiciones positivas, por establecer un equilibrio entre los derechos de los Estados que legítimamente lesionados quieren una reparación y los derechos de un Estado considerado responsable injustamente por una autodenominada víctima ("The legal foundations of the international system. General Course on Public International Law", *Recueil des Cours*, 266 [1997], pp. 9-336, en p. 326, párrafo 696; o FERRER LLORET para el que el sistema "merece una valoración positiva" (Las consecuencias del hecho ilícito internacional [El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la CDI en 1996]), Universidad de Alicante, Alicante, 1998, p. 256).

⁶⁵ PELLET, A.: "Remarques..." cit. (nota 16), pp. 29-30 (párrafos 31-33).

⁶⁶ "El Relator Especial consideró que no sería posible establecer un vínculo automático entre la adopción de contramedidas y la solución de controversias, sino que los artículos deberían adaptarse a los sistemas de solución existentes o que se estaban desarrollando (...)" (Informe de la CDI...doc.. A/55/10 cit. [nota 21], pp. 83-84, párrafo 312).

14. El Proyecto adoptado por el Comité de Redacción en segunda lectura (agosto de 2000) eliminó toda referencia al sistema de arreglo de controversias; y lo mismo ha hecho el Proyecto definitivo de artículos adoptado por la Comisión en agosto de 2001.

15. Que el sistema de control de las contramedidas por medio de la jurisdicción obligatoria es una propuesta de lege ferenda: nadie lo discute; seguramente, el Derecho internacional consuetudinario no obliga a un Estado que desee adoptar contramedidas sino, antes de hacerlo, a cumplir determinadas exigencias mínimas de tipo procesal (requerir el cumplimiento y al acaso advertir de las contramedidas)⁶⁷; acaso ni siquiera a ofrecer negociaciones como el Proyecto de la CDI establece finalmente.

Pero si los Proyectos de la CDI tuvieran que limitarse siempre a codificar normas ya existentes tan sólo ¿qué habría sido del progreso del Derecho internacional? Dada la naturaleza de las contramedidas y su regulación es muy conveniente que su desencadenamiento y realización se vean sometidos a un sistema obligatorio de apreciación por un tercero imparcial. Que lo ideal es que, además, éste sea una Corte o tribunal que finalice su labor con una decisión jurídicamente obligatoria me parece asimismo indiscutible⁶⁸; comparto pues la opinión que se expresó por uno de los Gobiernos en la Sexta Comisión, debatiendo el Proyecto del Comité de Redacción (2000), de que resulta peligroso separar la cuestión de las contramedidas de las del

⁶⁷ Sentencia de 9 de diciembre de 1978 en el asunto sobre el Acuerdo relativo a los servicios aéreos concluidos entre Estados Unidos y Francia el 27 de marzo de 1946, Report of International Arbitral Awards/Recueil des Sentences Arbitrales, XVIII, pp. 415-493, en párrafos 90-96; sentencia de 25 septiembre 1997, asunto sobre el Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, CIJ Recueil 1997, pp. 7 ss., párrafo 84.

Vid. ad ex. OKOWA, PH.W.. "Defences..." cit. (nota 3), pp. 407-408; CONDORELLI, L.: "La règlement des différends en matière de responsabilité internationale des Etats: Quelques remarques candides sur le débat à la CDI", European Journal of International Law, 5 (1994), n° 1, pp. (pp. 111-113); CARRILLO SALCEDO, J.A.: "Droit international..." cit. (nota 47), pp. 197-198; ILA: First Report... cit. (nota 62), pp. 22-23 (párrafos 70-72) y 26-27 (párrafos 88-89).

⁶⁸ Indiscutiblemente "cándido" acaso, sí (pero "¿por qué la Comisión no debería encargarse (...) de enriquecer, completar –en suma, desarrollar- este mecanismo?": CONDORELLI: "Le règlement..." cit., p. 111).

arreglo pacífico de controversias, por lo que ese Gobierno reclamaba “la inclusión de disposiciones sobre procedimientos vinculantes de arreglo de controversias (por ejemplo, en un artículo separado, inmediatamente después del art. 50) (...)”⁶⁹.

Si los Estados, hoy, se empeñaran en no aceptar en ningún caso esta idea y puesto que en sus manos está elevar o no el Proyecto a Convenio, al menos un sistema obligatorio de Conciliación permitiría que un tercero ajeno a las partes se pronunciara sobre tan crucial cuestión.

⁶⁹ Doc.. A/CN.4/513... cit. (nota 17), p. 30 (párrafo 147).