



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.608/Add.8
20 de julio de 2001

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
53° período de sesiones
Ginebra, 23 de abril a 1° de junio
y 2 de julio a 10 de agosto de 2001

PROYECTO DE INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL SOBRE LA LABOR REALIZADA
EN SU 53° PERÍODO DE SESIONES

Relator: Sr. Qizhi HE

Capítulo V

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS
INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS

Adición

- E. Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (continuación)
2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios (continuación)

Capítulo III

VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES CONTRAÍDAS EN VIRTUD DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

1. El capítulo III de la segunda parte, que lleva por título "Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general", establece ciertas consecuencias de determinados tipos de violaciones del derecho internacional, en función de dos criterios: primero, entrañan violaciones de normas imperativas de derecho internacional general; segundo, las violaciones de que se trata son en sí graves, considerando su escala o su carácter. El capítulo III contiene dos artículos, el primero define su ámbito de aplicación (art. 40), y el segundo expone las consecuencias jurídicas derivadas de las violaciones incluidas en el ámbito del capítulo (art. 41).

2. La conveniencia de establecer una distinción cualitativa entre diferentes violaciones del derecho internacional ha sido objeto de un importante debate¹. La Corte Internacional de Justicia puso de relieve esta cuestión en el asunto de la *Barcelona Traction*, al afirmar que:

"... debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*."²

La Corte contrastaba aquí la posición de un Estado lesionado en el contexto de la protección diplomática con la posición de todos los Estados en relación con la violación de una obligación respecto de la comunidad internacional en su conjunto. Aunque en el asunto de que se trataba no estaba en juego una obligación de ese tipo, la declaración de la Corte indica claramente que, a los

¹ Se encontrarán bibliografías completas en M. Spinedi, "Crimes of States: A Bibliography", en J. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi (eds.), *International Crimes of States* (Berlín/Nueva York, De Gruyter, 1989), págs. 339 a 353, y N. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes* (Oxford, Oxford University Press, 2000), págs. 299 a 314.

² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, pág. 3, en pág. 32, párr. 33. Véase M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford, Clarendon Press, 1997).

efectos de la responsabilidad del Estado, ciertas obligaciones son debidas a la comunidad internacional en su conjunto y que habida cuenta "de la importancia de los derechos en cuestión" todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección.

3. La Corte ha afirmado ulteriormente en diversas ocasiones la noción de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto, aunque ha aplicado esa noción con precaución. En el asunto de *Timor Oriental*, la Corte dijo que "la afirmación de Portugal de que el derecho de los pueblos a la libre determinación, como se ha desarrollado a partir de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, es oponible *erga omnes* es irreprochable"³. En la fase de las objeciones preliminares del asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte afirmó que "los derechos y las obligaciones consagrados en la Convención eran derechos y obligaciones *erga omnes*"⁴: con arreglo a esta afirmación, concluyó que su competencia temporal respecto de la causa no se limitaba a la fecha a partir de la cual las partes estaban vinculadas *inter se* por la Convención.

4. Un aspecto que tiene relación directa con esta cuestión es el reconocimiento del concepto de normas imperativas de derecho internacional en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵. Esas disposiciones reconocen la existencia de un pequeño número de normas sustantivas de carácter fundamental, tal que no pueden ser derogadas ni siquiera por un tratado⁶.

5. Desde el primer momento se reconoció que esa doctrina tenía repercusiones para las normas secundarias de la responsabilidad del Estado que deberían reflejarse de algún modo en los artículos. Al principio se pensó que esto podría hacerse introduciendo una referencia a una categoría de "crímenes internacionales del Estado", en oposición a todos los demás casos de

³ *East Timor (Portugal v. Australia)*, I.C.J. Reports 1995, pág. 90, en pág. 102, párr. 29.

⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, I.C.J. Reports 1996, pág. 595, en pág. 616, párr. 31.

⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, U.N.T.S., vol. 1155, pág. 331.

⁶ Véase el artículo 26 y su comentario.

hechos internacionalmente ilícitos ("delitos internacionales")⁷. Sin embargo, no se han desarrollado las consecuencias penales que entrañan para los Estados las violaciones de esas normas fundamentales. Por ejemplo, el otorgamiento de una indemnización punitiva no se reconoce en el derecho internacional ni siquiera en relación con violaciones graves de obligaciones que dimanen de normas imperativas. De conformidad con el artículo 34, la función de la indemnización es esencialmente compensatoria⁸. En suma, como dijo en 1946 el Tribunal Militar Internacional:

"Los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas, y únicamente pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional castigando a quienes cometen esos crímenes."⁹

6. Según este planteamiento, a pesar de que los tribunales militares de Nuremberg y Tokio juzgaron y condenaron a diversas personas por hechos criminales cometidos en su calidad de miembros o funcionarios del gobierno, ni Alemania ni el Japón fueron tratados como "criminales" en los instrumentos por los que se crearon esos tribunales¹⁰. En lo que se refiere a la práctica internacional más reciente, el establecimiento por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los tribunales especiales para Yugoslavia y Rwanda se basa en un

⁷ Véase *Anuario... 1976*, vol. II, parte 2, págs. 94 a 121, especialmente los párrafos 6 a 34. Véase también el comentario al artículo 12, párrafo 6).

⁸ En el asunto *Velásquez Rodríguez (Compensation)*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el derecho internacional no reconocía la idea de indemnización punitiva o ejemplarizante: *Inter-Am.Ct.H.R., Series C, N° 7* (1989), pág. 52. Véase también el asunto *Re Letelier and Moffit*, (1992), *I.L.R.*, vol. 88, pág. 727 relativo al asesinato por agentes chilenos que actuaban en Washington D.C. de un ex ministro de Chile; el convenio *arbitral* excluyó el otorgamiento de una indemnización punitiva a pesar de que esa posibilidad existía en las leyes de los Estados Unidos. Sobre la indemnización punitiva véase también N. Jørgensen, "A Reappraisal of Punitive Damages in International Law", *B.Y.I.L.*, vol. 68 (1997), pág. 247; S. Wittich, "Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages in the Law of the State Responsibility", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3 (1998), pág. 31.

⁹ Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra, sentencia de 1º de octubre de 1946, reproducida en *A.J.I.L.*, vol. 41 (1947), pág. 172, en pág. 221.

¹⁰ Esto a pesar de que en el Estatuto de Londres de 1945 se preveía la posibilidad de que un "grupo u organización" fuese declarado "criminal", véase Estatuto del Tribunal Militar Internacional, Londres, 8 de agosto de 1945, *U.N.T.S.*, vol. 82, pág. 279, arts. 9 y 10.

planteamiento análogo. Ambos tribunales se ocupan sólo del enjuiciamiento de personas¹¹. La jurisprudencia de los tribunales ha reconocido ese principio. En su decisión relativa a una *subpoena duces tecum* en el asunto *Fiscal c. Blaskić*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que "con arreglo al derecho internacional actual, no cabe duda de que los Estados, por definición, no pueden ser objeto de sanciones penales similares a las que se prevén en los ordenamientos penales nacionales"¹². En el Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, se establece también la competencia de la Corte sobre "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", pero limita esa competencia a las "personas naturales" (párrafo 1 del artículo 25). El mismo artículo especifica que nada de lo dispuesto en el Estatuto "respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional"¹³.

7. En consecuencia, en los presentes artículos no se reconoce la existencia de ninguna distinción entre "crímenes" y "delitos" del Estado a los efectos de la primera parte. Además, es necesario que los artículos reflejen que hay ciertas *consecuencias* que se derivan de los

¹¹ Véase, respectivamente, los artículos 1 y 6 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, 25 de mayo de 1993 (publicado originalmente como anexo al documento S/25704 y Add.1, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993); modificado el 13 de mayo de 1998 por la resolución 1166 (1998) y el 30 de noviembre de 2000 por la resolución 1329 (2000)); y los artículos 1 y 7 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos, 8 de noviembre de 1994, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 955 (1994).

¹² Asunto IT-95-14-AR 108 *bis*, *Prosecutor v. Blaskić*, *I.L.R.*, vol. 110, pág. 688 (1997), en pág. 698, párr. 25, véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 595, en que ninguna de las partes consideraron que el procedimiento tuviera carácter penal. Véase el comentario al artículo 12, párr. 6.

¹³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, A/CONF.183/9, art. 25 4). Véase también artículo 10: "Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto".

conceptos básicos de normas imperativas de derecho internacional general y de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado. Sean o no las normas imperativas de derecho internacional y las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto aspectos de una idea básica única, hay por lo menos una coincidencia sustancial entre ellas. Los ejemplos que la Corte Internacional ha dado de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto¹⁴ se refieren todos a obligaciones que, según se acepta generalmente, dimanen de normas imperativas de derecho internacional general. Asimismo, los ejemplos de normas imperativas que dio la Comisión en su comentario a lo que luego fue el artículo 53 de la Convención de Viena¹⁵ entrañan obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto. Pero hay al menos alguna diferencia en cuanto a la importancia que se les asigna. Mientras que las normas imperativas de derecho internacional general se centran en el alcance y la prioridad que han de darse a un pequeño número de obligaciones fundamentales, en el caso de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los países en su cumplimiento -es decir, desde el punto de vista de los presentes artículos, en tener derecho a invocar la responsabilidad de un Estado que cometa una violación. Teniendo en cuenta esa diferente orientación conviene reflejar las consecuencias de

¹⁴ Según la Corte Internacional de Justicia, hay obligaciones *erga omnes* que "demanan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial": *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, pág. 3, en pág. 32, párr. 34. Véase también el asunto *East Timor (Portugal v. Australia), I.C.J. Reports 1995*, pág. 90, en pág. 102, párr. 29; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, en pág. 258, párr. 83; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1996*, pág. 595, en pág. 615 y 616, párrs. 31 y 32.

¹⁵ La Comisión de Derecho Internacional dio los siguientes ejemplos de tratados que violarían el artículo debido a un conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general, o una norma de *jus cogens*: "a) un tratado relativo a un caso de uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta, b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en derecho internacional, y c) un tratado destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio, en cuya represión todo Estado está obligado a cooperar... también se citaron como posibles ejemplos los tratados que violen los derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de la libre determinación": *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 271.

los dos conceptos de dos maneras distintas. En primer lugar, las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general pueden tener consecuencias adicionales, no sólo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados. En segundo lugar, todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto. La primera de esas proposiciones es el objeto del presente capítulo; la segunda se trata en el artículo 48.

Artículo 40

Aplicación de este capítulo

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

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

Comentario

1) El artículo 40 sirve para definir la importancia de las violaciones a que se refiere el capítulo. Establece dos criterios para distinguir las "violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general" de otros tipos de violaciones. El primero se refiere al carácter de la obligación violada, que debe emanar de una norma imperativa de derecho internacional general. El segundo califica la importancia de la violación, que debe haber sido de carácter grave. El capítulo III sólo se aplica a las violaciones del derecho internacional que cumplen ambos criterios.

2) El primer criterio se refiere al carácter de la obligación violada. Para dar lugar a la aplicación de este capítulo, una violación debe referirse a una obligación contraída en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶, una norma imperativa del derecho internacional general es una norma...

¹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, *U.N.T.S.*, vol. 1155, pág. 331.

"aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

El concepto de norma imperativa de derecho internacional general se reconoce en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica¹⁷.

3) No es apropiado dar ejemplos de las normas imperativas a que se hace referencia en el texto del propio artículo 40, como tampoco se hizo en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena. Evidentemente, esas normas no tienen nada que ver con los supuestos sistémicos del ordenamiento jurídico internacional tales como el principio de *pacta sunt servanda* o el principio de la buena fe¹⁸. Esas normas se refieren a las prohibiciones sustantivas de comportamiento que han llegado a considerarse intolerables porque representan una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales.

4) Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa. Esto lo corroboran, por ejemplo, el comentario de la Comisión a lo que luego fue el artículo 53¹⁹, las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena²⁰, las exposiciones de ambas partes en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares* y la posición de la propia Corte en ese asunto²¹. También parece haber

¹⁷ Para el examen de los requisitos que determinan si una norma es imperativa, véase el comentario al artículo 26, párr. 5, con referencias escogidas a la jurisprudencia y la literatura.

¹⁸ Estos son normas o principios "impuestos por necesidad lógica o jurídica": véase G. Abi-Saab, "The Uses of Article 19", *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), pág. 339, en pág. 349.

¹⁹ *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 271.

²⁰ Durante la Conferencia de Viena, diversos gobiernos declararon imperativas las prohibiciones de la agresión y del uso ilegal de la fuerza: véase *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, primer período de sesiones, A/CONF.39/11, págs. 294, 296 y 297, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 311, 312, 318, 320, 322, 323 y 324, 326.

²¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits*, I.C.J. Reports 1986, pág. 14 en págs. 100 y 101, párr. 190. Véase también Presidente Nagendra Singh, *ibíd.*, en pág. 153.

un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la Comisión al artículo 53: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio y la discriminación racial y el *apartheid*. Esas prácticas han sido prohibidas en tratados y convenciones internacionales que han gozado de amplia ratificación y que no admiten excepciones. En la Conferencia de Viena hubo acuerdo general entre los Gobiernos en cuanto al carácter imperativo de esas prohibiciones. En lo que se refiere al carácter imperativo de la prohibición del genocidio, cuenta con el apoyo de diversas decisiones tomadas por los tribunales nacionales e internacionales²².

5) Aunque no se menciona específicamente en el comentario de la Comisión al artículo 53 de la Convención de Viena, también parecer ser aceptado generalmente el carácter imperativo de ciertas otras normas. Esto se aplica a la prohibición de la tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 16 de diciembre de 1984²³. El carácter imperativo de esta prohibición ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales²⁴. Teniendo presente que la Corte Internacional ha definido las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados como "inconculcables", parecería estar justificado que se considerasen también imperativas²⁵. Por último, merece ser mencionada la obligación de respetar el derecho a la libre determinación. Como lo señaló la Corte Internacional en el asunto

²² Véase por ejemplo la Corte Internacional de Justicia en *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, I.C.J.R. Reports 1993*, pág. 325, en págs. 439 y 440; *Counter-Claims, I.C.J. Reports 1997*, pág. 243; el Tribunal de Distrito de Jerusalén en el asunto *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann, I.L.R.*, vol. 36, pág. 5 (1961).

²³ *U.N.T.S.*, vol. 1465, pág. 145.

²⁴ Véase Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, en *Siderman de Blake v. Argentina* (1992), *I.L.R.*, vol. 103, pág. 455, en pág. 471; Tribunal de Apelaciones del Reino Unido en *Al Adsani v. Government of Kuwait* (1996), *I.L.R.*, vol. 107, pág. 536, en págs. 540 y 541; Cámara de los Lores del Reino Unido en *R. v. Bow Street Metropolitan Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Nº 3)*, [1999] 2 *W.L.R.* 827, en págs. 841, 881. Véase el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, en *Filartiga v. Pena-Irala* (1980), *I.L.R.*, vol. 77, pág. 169, en págs. 177 a 179.

²⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1966*, pág. 226, en pág. 257, párr. 79.

relativo a *Timor Oriental*, "el principio de la libre determinación... es uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo", que da lugar a la obligación de la comunidad internacional en su conjunto de permitir y respetar su ejercicio²⁶.

6) Hay que destacar que los ejemplos que se han dado no pueden ser exhaustivos. Además, el artículo 64 de la Convención de Viena prevé la posibilidad de que lleguen a crearse nuevas normas imperativas de derecho internacional general a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como se menciona en el artículo 53. Estos ejemplos se dan, pues, sin perjuicio de que existan o se desarrollen normas de derecho internacional que cumplan los criterios de las normas imperativas a tenor del artículo 53.

7) Aparte de su limitado alcance, considerando el número comparativamente pequeño de normas que pueden considerarse imperativas, el artículo 40 aplica otra limitación a los efectos del capítulo, es decir, que la violación en sí debe haber sido "grave". Una violación "grave" se define en el párrafo 2 como aquella que implica "el incumplimiento manifiesto o sistemático de la obligación" de que se trate. La palabra "grave" significa que se precisa una cierta magnitud de la violación para no trivializarla y no quiere sugerir que alguna violación de esas obligaciones no sea grave, o sea de algún modo excusable. Pero cabe pensar en casos relativamente menos graves de violación de normas imperativas y por ello es preciso limitar el alcance de este capítulo a las violaciones más graves o sistemáticas. Esa limitación se observa en la práctica de los Estados. Por ejemplo, cuando reaccionan ante las violaciones del derecho internacional, los Estados han destacado con frecuencia su carácter sistemático, manifiesto o burdo. Del mismo modo, los procedimientos internacionales de denuncia, por ejemplo en la esfera de los derechos humanos, atribuyen diferentes consecuencias a las violaciones sistemáticas, por ejemplo en lo que se refiere a la no aplicabilidad de la norma del agotamiento de los recursos internos²⁷.

²⁶ *East Timor (Portugal v. Australia)*, I.C.J. Reports 1995, pág. 90, en pág. 102, párr. 29.

²⁷ Véase el asunto *Ireland v. United Kingdom*, E.C.H.R., serie A, N° 25 (1978), párr. 159; véase, por ejemplo, el procedimiento establecido en virtud de la resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social, que requiere un "cuadro persistente de violaciones manifiestas... de los derechos humanos".

8) Para ser considerada sistemática, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada. En cambio, el término "*gross*" se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos; corresponde a violaciones de naturaleza manifiesta que equivalgan a un ataque directo y abierto contra los valores que protege la norma. Esos términos no son, por supuesto, mutuamente excluyentes; las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y manifiestas. Entre los factores que permiten establecer la gravedad de una violación estarán la intención de violar la norma; el alcance y el número de violaciones individuales; y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas. También hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala²⁸.

9) El artículo 40 no define ningún procedimiento para determinar si se ha cometido o no una violación grave. Los artículos no tienen por objeto establecer nuevos procedimientos institucionales para tratar los casos individuales, ya se planteen en relación con el capítulo III de la segunda parte o de cualquier otro modo. Además, es probable que las violaciones graves a que se refiere este capítulo sean objeto de la atención de las organizaciones internacionales

²⁸ En 1976, la Comisión propuso los siguientes ejemplos como casos de violaciones graves de obligaciones fundamentales:

- "a) Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
- b) Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;
- c) Una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*;
- d) Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares."

(*Anuario... 1976*, vol. II, segunda parte, pág. 94.)

competentes, incluidos el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. En el caso de la agresión, la Carta atribuye una función específica al Consejo de Seguridad.

Artículo 41

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

1. Todos los Estados colaborarán para poner fin por medios lícitos a toda violación grave en el sentido del artículo 40.
2. Ningún Estado reconocerá como lícita la situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.
3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional.

Comentario

- 1) El artículo 41 enuncia las consecuencias particulares de las violaciones del tipo y escala a que se hace referencia en el artículo 40. Consta de tres párrafos. Los dos primeros describen las obligaciones jurídicas especiales de los Estados ante la comisión de "violaciones graves" en el sentido del artículo 40, mientras que el tercero constituye una cláusula de salvaguardia.
- 2) Según el párrafo 1 del artículo 41, los Estados tienen el deber positivo de colaborar para poner fin a toda violación grave a tenor del artículo 40. Dada la diversidad de circunstancias que cabe imaginar, la disposición no prescribe de manera detallada qué forma deberá adoptar esa colaboración. Ésta podrá organizarse en el marco de una organización internacional competente, en particular las Naciones Unidas. Sin embargo, el párrafo 1 también prevé la posibilidad de una colaboración no institucionalizada.
- 3) Tampoco prescribe el párrafo 1 qué medidas deben adoptar los Estados para poner fin a las violaciones graves en el sentido del artículo 40. Esa colaboración debe recurrir a medios lícitos, cuya elección dependerá de las circunstancias de la situación de que se trate²⁹. Sin embargo, está claro que la obligación de colaborar se aplica a los Estados independientemente de que resulten o

²⁹ Véase también el artículo 54 y su comentario.

no afectados por la violación grave. Lo que se pide es que ante una violación grave todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esa violación. Puede discutirse si en la actualidad el derecho internacional ya prescribe un deber positivo de colaboración, y a este respecto el párrafo 1 puede reflejar el desarrollo progresivo del derecho internacional. Pero, de hecho, esa colaboración, especialmente en el marco de organizaciones internacionales, ya existe en respuesta a las violaciones más graves del derecho internacional y es con frecuencia el único modo de aplicar un remedio eficaz. El párrafo 1 trata de reforzar los mecanismos de colaboración existentes al exigir que todos los Estados respondan por lo menos de algún modo a las violaciones graves en el sentido del artículo 40.

4) Conforme al párrafo 2 del artículo 41, los Estados tienen un deber de abstención, que comprende dos obligaciones: la primera no reconocer como lícita ninguna situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, y la segunda no prestar ayuda ni asistencia para mantener esa situación.

5) La primera de esas dos obligaciones se refiere a la obligación de no reconocimiento colectivo por la comunidad internacional en su conjunto de la legitimidad de situaciones resultantes directamente de violaciones graves en el sentido del artículo 40³⁰. La obligación se aplica a las "situaciones" creadas por esas violaciones, por ejemplo el intento de adquirir la soberanía sobre un territorio mediante la denegación del derecho de los pueblos a la libre determinación. No sólo se refiere al reconocimiento formal de esas situaciones sino que también prohíbe cualquier acto que implique ese reconocimiento.

6) La existencia de una obligación de no reconocimiento en respuesta a violaciones graves de obligaciones dimanantes de normas imperativas ya cuenta con apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia. El principio de que las adquisiciones territoriales conseguidas con el uso de la fuerza no son válidas y no deben ser reconocidas halló una clara expresión durante la crisis de Manchuria en 1931-1932, cuando el entonces Secretario

³⁰ Esto se ha descrito como "un arma jurídica esencial en la lucha contra las graves violaciones del derecho internacional": C. Tomuschat, "International Crimes by States: An Endangered Species?", en K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practices: Essays in Honour of Eric Suy* (La Haya, Nijhoff, 1998), en pág. 259.

de Estado de los Estados Unidos, Henry Stimson, declaró que los Estados Unidos, junto con una amplia mayoría de los Miembros de la Sociedad de las Naciones,

"... no admitirían la legalidad de ninguna situación *de facto* ni... reconocerían en ningún tratado o acuerdo concluido entre esos gobiernos, o sus agentes, que pudiera menoscabar... la soberanía, la independencia o... la integridad territorial o administrativa de la República de China;... [ni] reconocerían ninguna situación, tratado o acuerdo a que se llegara por medios contrarios a las cláusulas y obligaciones del Pacto de París de 27 de agosto de 1928."³¹

La Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas afirma ese principio declarando inequívocamente que los Estados no reconocerán como legal ninguna adquisición territorial derivada del uso de la fuerza³². Como afirmó la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares*, el consentimiento unánime de los Estados a esa declaración "puede entenderse como la aceptación de la validez de la norma o del conjunto de normas proclamados por la resolución"³³.

7) Un ejemplo de la práctica del no reconocimiento de los hechos realizados en violación de normas imperativas lo da la reacción del Consejo de Seguridad ante la invasión de Kuwait por el Iraq en 1990. Tras la declaración por el Iraq de una "fusión total y eterna" con Kuwait, el Consejo de Seguridad, en su resolución 662 (1990), decidió que la anexión carecía "de validez jurídica y ha de considerarse nula y sin valor", y exhortó a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento directo o indirecto de la anexión. De hecho, ningún Estado reconoció la legalidad de la pretendida anexión, cuyos efectos quedaron posteriormente sin efecto.

³¹ Nota del Secretario de Estado a los Gobiernos chino y japonés, en Hackworth, *Digest*, vol. I, pág. 334; hecha suya por la Asamblea en las resoluciones de 11 de marzo de 1932, *League of Nations Official Journal*, marzo de 1932, suplemento especial N° 101 pág. 87. Para un examen de la práctica anterior respecto al no reconocimiento colectivo, véase J. Dugard, *Recognition and the United Nations* (Cambridge, Grotius, 1987), págs. 24 a 27.

³² Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, primer principio, párr. 10.

³³ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits*, I.C.J. Reports 1986, pág. 14, en pág. 100, párr. 188.

8) En lo que respecta a la denegación por un Estado del derecho de los pueblos a la libre determinación, la opinión consultiva de la Corte Internacional sobre el asunto *Namibia* es igualmente clara por cuanto exhorta a que no se reconozca la situación³⁴. Las mismas obligaciones se reflejan en las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General relativas a la situación en Rhodesia³⁵ y en los bantustanes de Sudáfrica³⁶. Esos ejemplos reflejan el principio según el cual cuando de una violación grave en el sentido del artículo 40 se ha derivado una situación, que de no ser así podría requerir un reconocimiento, ese reconocimiento deberá no obstante retirarse. El no reconocimiento colectivo parecería ser un requisito previo de cualquier respuesta concertada de la comunidad a esas violaciones y representa la respuesta mínima necesaria por parte de los Estados a las violaciones graves a que se hace referencia en el artículo 40.

9) La obligación de no reconocimiento se aplica a todos los Estados, incluido el Estado responsable. Ha habido casos en que el Estado responsable de una violación grave ha tratado de consolidar la situación mediante su propio "reconocimiento". Conforme al párrafo 2 del artículo 41, "ningún Estado reconocerá como lícita la situación creada por una violación grave". En consecuencia, incluso el propio Estado responsable tiene la obligación de no mantener la situación ilícita, obligación que corresponde al artículo 30 sobre la cesación de la violación y queda reforzada por el carácter imperativo de esa norma.

³⁴ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, I.C.J. Reports 1971, pág. 16, en pág. 56, párr. 126, en que la Corte afirmó que "la terminación del mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia son oponibles a todos los Estados en el sentido de hacer ilegal *erga omnes* una situación que se mantiene en violación del derecho internacional".

³⁵ Véase la resolución 216 (1965) del Consejo de Seguridad.

³⁶ Véase, por ejemplo, la resolución 31/6A (1976) de la Asamblea General, que el Consejo de Seguridad hizo suya en su resolución 402 (1976); las resoluciones 32/105N (1977) y 34/93G (1979) de la Asamblea General; véase también las declaraciones formuladas por los respectivos presidentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en relación con la creación de Venda y Ciskei: S/13549, de 21 de septiembre de 1979, y S/14794, de 15 de diciembre de 1981.

10) No obstante, la obligación de no reconocimiento va acompañada de ciertas reservas. En la opinión consultiva sobre el asunto de *Namibia*, la Corte, aun afirmando que la ilegalidad de la situación era oponible *erga omnes* y no que esa situación podía ser reconocida ni siquiera por Estados que no fueran miembros de las Naciones Unidas, dijo que:

"... el no reconocimiento de la administración sudafricana en el territorio no debería tener por efecto privar al pueblo de Namibia de cualquier ventaja derivada de la cooperación internacional. En particular, aunque las medidas adoptadas oficialmente por el Gobierno de Sudáfrica en nombre de Namibia o en lo que se refiere a Namibia después de la terminación del mandato son ilegales o nulas, esa nulidad no puede hacerse extensiva a actos como, por ejemplo, el registro de los nacimientos, fallecimientos y matrimonios, cuyos efectos no pueden pasarse por alto salvo en detrimento de los habitantes del territorio."³⁷

Tanto el principio del no reconocimiento como esta reserva a dicho principio han sido aplicados, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos³⁸.

11) La segunda obligación contenida en el párrafo 2 prohíbe a los Estados prestar ayuda o asistencia para mantener una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40. Esto va más allá de las disposiciones relativas a la ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, de las que trata el artículo 16. Se refiere al comportamiento *a posteriori* que presta asistencia al Estado responsable para mantener una situación contraria a una obligación "oponible a todos los Estados en el sentido de hacer ilegal *erga omnes* una situación que se mantiene en violación del derecho internacional"³⁹. Más allá de la comisión de la violación grave propiamente incluye el mantenimiento de la situación creada por esa violación, y se aplica independientemente de que la violación continúe o no. En cuanto a los elementos de "ayuda o asistencia", el artículo 41 ha de leerse en relación con el artículo 16. En particular, el concepto de ayuda o asistencia según el artículo 16 presupone que el Estado conoce "las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito". No hay necesidad de

³⁷ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, I.C.J. Reports 1971, pág. 16, en pág. 56, párr. 125.

³⁸ *Loizidou v. Turkey, Merits, E.C.H.R. Reports 1996-IV*, pág. 2216. *Cyprus v. Turkey* (Application N° 25781/94), sentencia de 10 de mayo de 2001, párrs. 89 a 98.

³⁹ *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, en pág. 56, párr. 126.

mencionar ese requisito en el párrafo 2 del artículo 41 porque difícilmente puede imaginarse que un Estado no esté al corriente de la comisión de una violación grave por otro Estado.

12) En algunos aspectos, la prohibición contenida en el párrafo 2 puede verse como una prolongación lógica del deber de no reconocimiento. Sin embargo, su ámbito de aplicaciones es distinto en la medida en que se refiere a acciones que no implicarían reconocimiento de la situación creada por violaciones graves en el sentido del artículo 40. Su existencia independiente está confirmada, por ejemplo, en las resoluciones del Consejo de Seguridad que prohíben la prestación de cualquier tipo de ayuda o asistencia para el mantenimiento del régimen ilegal de *apartheid* en Sudáfrica o en dominio colonial portugués⁴⁰. Lo mismo que en el caso del deber de no reconocimiento, esas resoluciones parecerían expresar una idea general aplicable a todas las situaciones creadas por violaciones graves en el sentido del artículo 40.

13) Conforme al párrafo 3, el artículo 41 se entiende sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en la segunda parte y de toda otra consecuencia que una violación grave a la que se aplique el artículo 40 pueda generar. La finalidad de este párrafo es doble. En primer lugar, deja claro que una violación grave en el sentido del artículo 40 entraña consecuencias jurídicas estipuladas para todas las violaciones en los capítulos I y II de la segunda parte.

En consecuencia, una violación grave en el sentido del artículo 40 da lugar a una obligación para el Estado responsable de cesar el hecho ilícito, seguir el cumplimiento de su obligación y, en caso apropiado, dar garantías y seguridades de no repetición. Del mismo modo, entraña el deber de dar reparación de conformidad con las normas expuestas en el capítulo II de esta parte.

La incidencia de estas obligaciones se verán sin duda alguna afectadas por la gravedad de la violación de que se trate, pero este aspecto se expresa en la reacción efectiva de los artículos pertinentes.

14) En segundo lugar, el párrafo 3 prevé toda otra consecuencia que la violación grave pueda generar según el derecho internacional. Esto puede hacerse en virtud de la norma primaria individual, como en el caso de la prohibición de la agresión. Así pues, el párrafo 3 prevé que el derecho internacional puede reconocer consecuencias jurídicas adicionales derivadas de la

⁴⁰ Véase, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad 218 (1965) sobre las colonias portuguesas y 301 (1971), 418 (1977) y 569 (1985) sobre Sudáfrica.

comisión de una violación grave en el sentido del artículo 40. El hecho de que esas otras consecuencias no se mencionen expresamente en el capítulo III no prejuzga su reconocimiento en el derecho internacional actual, o su desarrollo ulterior. Además, el párrafo 3 refleja el convencimiento de que el propio régimen jurídico de las violaciones graves está en estado de desarrollo. Al mencionar ciertas consecuencias jurídicas básicas de las violaciones graves en el sentido del artículo 40, el artículo 41 no trata de excluir el futuro desarrollo de un régimen más elaborado de las consecuencias que entrañan esas violaciones.
