

LOS CONCEPTOS DE *OBLIGACIÓN ERGA OMNES*, *IUS COGENS* Y *VIOLACIÓN GRAVE* A LA LUZ DEL NUEVO PROYECTO DE LA CDI SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS ILÍCITOS

Alicia Cebada Romero*

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. LOS TRES CONCEPTOS Y LAS RELACIONES QUE SE ESTABLECEN ENTRE ELLOS. III. TÉRMINOS EN LOS QUE SE DEFINE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UN ESTADO QUE HA COMETIDO UNA VIOLACIÓN GRAVE DE UNA OBLIGACIÓN DERIVADA DE UNA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Como es sabido existe un alto grado de confusión en torno al contenido exacto que se debe dar a cada uno de estos conceptos. En primer lugar, desde distintos sectores de la doctrina se ofrecen diferentes definiciones del primero de ellos: obligación *erga omnes*, que se traducen en caracterizaciones necesariamente diversas de las relaciones entre tal concepto y el segundo de los que hemos mencionado en el título: *ius cogens*. Por otro lado, aunque en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, de 1969, se recoge una definición de *ius cogens* o derecho imperativo, lo cierto es que es una definición incompleta que se centra en las consecuencias derivadas del carácter imperativo de una norma en los supuestos de colisión con una norma internacional convencional. Como denuncia Schwelb, entre otros, la CV69 se limitaba a constatar la existencia de normas imperativas, pero no determinaba cuáles eran, es decir, no delimitaba el contenido del *ius cogens*, con lo que venía a plantear más que a resolver un problema¹. Finalmente, el último de los tres

* Profesora Ayudante Doctor. Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Carlos III de Madrid (acebada@der-pu.uc3m.es).

© Alicia Cebada Romero. Todos los derechos reservados.

¹ SCHWELB, Egon. *Some aspects of International Ius Cogens as formulated by the International Law Commission*. En: AJIL, 1967, Vol. 61, p. 963 y ss.

conceptos mencionados: *violación grave de una obligación derivada de una norma imperativa de Derecho internacional general*, tal y como aparece recogido en el artículo 40 del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, recoge con nuevos ropajes el desechado concepto de “crimen internacional” contestado vehementemente por determinados países y por ciertos sectores doctrinales por razones en las que más adelante profundizaremos². No obstante, se puede avanzar en este momento de la exposición que la racionalidad en la que reposaba el concepto ahora eliminado es la misma que inspira la nueva figura recogida en el artículo 40 del proyecto 2001³. Trataremos de determinar cuáles son los elementos que configuran este ilícito grave, cuáles son las consecuencias en las que se traduce la responsabilidad agravada del Estado que lo ha cometido, así como las posibles relaciones entre el concepto de *violación grave* y los de obligación *erga omnes* y *ius cogens*.

Son muchos los autores que se han adentrado en este territorio, tratando de desentrañar el entramado de relaciones que se establecen entre los tres conceptos, proponiendo definiciones en cada caso. Nosotros también nos proponemos emprender esta aventura, tomando como hilo conductor los recientes trabajos de la CDI que han desembocado en el Proyecto 2001.

II. LOS TRES CONCEPTOS Y LAS RELACIONES QUE SE ESTABLECEN ENTRE ELLOS

Con un criterio literal o, si se prefiere, etimológico y prescindiendo de cualquier intento de contextualización, cualquier obligación que se asume *frente a todos* es una **obligación *erga omnes***.

Ahora bien, cuando se habla de obligaciones *erga omnes* en el marco del Derecho internacional se suele utilizar como referencia el *obiter dictum* del TIJ en el asunto *Barcelona Traction*. En este pronunciamiento el TIJ caracteriza a la obligación *erga omnes* mediante la enumeración de dos elementos constitutivos que no están necesariamente presentes en un concepto exclusivamente etimológico.

² Comisión de Derecho Internacional: Título y texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en Segunda Lectura. A/CN.4/L.602/Rev.1, de 26 de julio de 2001 (En adelante nos permitimos utilizar la expresión Proyecto 2001 para referirnos a él). El documento se puede obtener en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/law/ilc/sessions/53/53sess.htm>. Otros documentos adoptados durante la trigésimoprimera sesión de la CDI se pueden encontrar en: <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001.report.htm>

³ En este sentido, Dinamarca – representando a los Estados nórdicos - declaró que la cuestión terminológica no era la fundamental. Aunque considera que la eliminación de la expresión “crimen internacional”, puede allanar el camino, lo importante es que se admita la existencia y las particulares consecuencias de algunas violaciones “que constituyen una afrenta de tal gravedad a la comunidad internacional en su conjunto que es preciso distinguirlas de otras violaciones” (Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, 19 de marzo de 2001, A/CN.4/515, p. 46). En el mismo sentido se pronuncia España: “La denominación de este régimen más agravado de responsabilidad internacional del Estado no es tan importante como su contenido jurídico” (Ibidem)

En opinión del TIJ, este tipo de obligaciones se caracteriza por dos rasgos esenciales, a saber:

- Se contraen ante toda la comunidad internacional.
- Incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (protegen derechos esenciales), siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento⁴.

De manera que la expresión “frente a todos” se traduce por “frente a toda la comunidad internacional”. Esto parecería descartar a las obligaciones contraídas sólo en relación con algunos Estados, es decir a las obligaciones que tienen única y exclusivamente una naturaleza convencional. Sin embargo, lo cierto es que el TIJ en su pronunciamiento introdujo un elemento generador de confusión al distinguir un doble origen de las obligaciones *erga omnes*, sosteniendo que algunas de ellas habían quedado incorporadas al Derecho internacional general, mientras que otras se proclamaban en tratados internacionales de carácter universal o cuasi-universal. Aunque más adelante tendremos que profundizar en la lógica de esta diferenciación, lo cierto es que el TIJ parece estar refiriéndose a la posible interacción entre costumbre y tratado internacional. Es decir estaría aludiendo al origen de la obligación *erga omnes* y no a la naturaleza de la misma.

Las obligaciones *erga omnes* incorporan valores esenciales para la comunidad internacional, por lo que no es relevante únicamente el tamaño o amplitud del grupo de sujetos internacionales frente al que se asume el compromiso en cuestión, sino el contenido material de dicho compromiso. Este es el *quid* de la diferenciación entre el concepto exclusivamente etimológico y el concepto manejado por el TIJ en el pronunciamiento analizado.

El *Ius cogens* o Derecho imperativo viene descrito en el artículo 53 de la CV69, tratado internacional que codifica por primera vez esta noción. La CV69 se refiere al *Ius cogens* desde la perspectiva de la relación entre el Estado y la norma misma, destacándose una característica específica de este Derecho, su carácter inderogable⁵. Al igual que las obligaciones *erga omnes*, el *ius cogens* incorpora valores fundamentales

⁴Sentencia TIJ, Reports 1970, p. 32, párrafos 33-34: "(...) In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character".

⁵ DOMINICÉ, Christian. *The International Responsibility of States for breach of multilateral obligations*. En: EJIL, Vol. 10, 1999, n° 2, pp. 358-359. Sólo se podría derogar por una norma de *Ius cogens* posterior.

para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho internacional condiciona la validez de las normas. En palabras de CASADO RAIGÓN: “Ante todo (...) las normas de *ius cogens*, al igual que en los ordenamientos internos, suponen un límite a la autonomía de la voluntad; como se ha señalado, constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos”⁶. De ahí que el *Ius cogens* no pueda ser derogado salvo por normas que tengan el mismo carácter, reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto, y de ahí que no se admita en el caso del Derecho internacional imperativo el argumento de la objeción persistente para sustraerse a la aplicación de la norma⁷. Por otro lado, las circunstancias excluyentes de la ilicitud no operan en relación con la violación de normas imperativas, lo cual refuerza también su carácter inderogable⁸. El Derecho imperativo, configurado con estas características, siempre origina obligaciones *erga omnes*⁹ que reúnen los dos elementos constitutivos a los que se refería el TIJ en el asunto *Barcelona Traction*.

Cuando en el artículo 40 del Proyecto 2001 de la CDI, sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, se habla de *obligaciones que emanan de una norma imperativa de Derecho internacional general*, se está haciendo referencia a obligaciones *erga omnes* que emanan de una norma imperativa, pues ya hemos dicho que de una norma imperativa siempre se derivan obligaciones *erga omnes*¹⁰. A la vista de la disposición mencionada nos podemos formular la siguiente pregunta, ¿existen obligaciones *erga omnes* que no provienen de una norma imperativa?¹¹

⁶ CASADO RAIGÓN, Rafael. *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*. Córdoba, 1991, p. 11.

⁷ HANNIKAINEN, establece, basándose en el artículo 53 de la CV69, los cuatro rasgos característicos del *ius cogens*: 1. Se trata de normas de Derecho internacional general; 2. Tienen que ser aceptadas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto; 3. Inderogabilidad; 4. Sólo pueden ser modificadas por nuevas normas imperativas. HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory norms (Ius cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, 781 p. 3. Vid. también: RAGAZZI, Maurizio. *The concept of International Obligations Erga omnes*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 58 y ss.

⁸ El artículo 26 del Proyecto CDI 2001 sobre responsabilidad internacional establece que "Ninguna disposición del presente capítulo (Primera Parte, Capítulo V: circunstancias que excluyen la ilicitud) excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general".

⁹ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho internacional*. En: Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, 1999, Vol. III, p. 339.

¹⁰ En los comentarios austriacos al proyecto presentado por el Sr. Crawford, el 19 de marzo de 2001, se establece que cuando el Capítulo III hablaba de violaciones graves de obligaciones esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, se estaba refiriendo a la violación de obligaciones *erga omnes*. A/CN.4/515, p. 45: Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, 19 de marzo de 2001.

¹¹ RAGAZZI, Maurizio. *The concept of International...* op. cit., p. 200, formula la pregunta en estos términos: “Do obligations *erga omnes* invariably derive from norms of *ius cogens*?”

Puede haber obligaciones contraídas frente a toda la comunidad internacional, de carácter general, que no se recogen en una norma imperativa¹², pero éstas no serían las obligaciones *erga omnes* de las que habla el TIJ en el asunto *Barcelona Traction*, pues les faltaría una característica: la de proteger un valor esencial para la comunidad internacional en su conjunto (*derechos esenciales*, en los términos del *obiter dictum*)¹³, sólo tendrían pues uno de los dos rasgos con los que el TIJ ha caracterizado este tipo de obligaciones.

Hay algunos autores que opinan que en el *obiter dictum* de la Sentencia de 1970, el TIJ se está refiriendo implícitamente a la noción de *Ius cogens*¹⁴. A mi juicio esto es

¹² Por ejemplo, la inmunidad de los Estados extranjeros, al menos la inmunidad restringida, tiene su base en el Derecho internacional general. Sin embargo, esta circunstancia no excluye la posibilidad de que el Estado potencial beneficiario de la inmunidad renuncie a la misma.

¹³ ARANGIO RUIZ en el cuarto informe presentado a la CDI defendió la tesis según la cual las obligaciones *erga omnes* no se caracterizaban por la importancia del valor protegido, pues ésta era una de las características del *ius cogens*. Esta tesis de Arangio Ruiz no es compatible con la definición de obligaciones *erga omnes* que el TIJ ofrece, pues – como hemos visto – dentro de esta definición un rasgo fundamental es la protección de derechos esenciales a través de este tipo de obligaciones. Así pues, un enfoque como el propuesto por ARANGIO RUIZ es un enfoque incompleto (Doc. A/CN.4/444/Add.1, párrafo 92. RAGAZZI, se pronuncia en este sentido también en relación con esta posición de Arangio Ruiz. RAGAZZI, Maurizio. *The concept of International...* op. cit., p. 202.

SIMMA opina que los conceptos de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes* son dos caras de la misma moneda. SIMMA, Bruno. *Bilateralism and Community Interest in the law of State Responsibility*. En: DINSTEIN, Yoram (Ed.) *International Law at a time of perplexity. Essays in honour of Shabtai Rosenne*. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff, 1989, p. 825 y p. 828.

¹⁴ CASADO RAIGÓN, Rafael. *Notas sobre el Ius Cogens...* op. cit., p. 37; DE HOOGH, Andre. *Obligations Erga omnes and International Crimes: A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*. The Hague; London; Boston: Kluwer International Law, 1996, p. 56; FROWEIN, Jochen. *Reactions by not directly affected States to breaches of Public International Law*. En: RCADI, 1994, IV, t-248, p. 364. En la página 409 el mismo autor se refiere a una Resolución del Instituto de Derecho Internacional (Anuario del IDI 63 II (1990), pp. 338-340, Resolución sobre la protección de los derechos humanos en la que se establece que cuando un Estado viola los derechos humanos podrá ser objeto de represalias por parte de Estados no directamente lesionados, con la única restricción referida a la prohibición del uso de la fuerza. Se califica a la obligación de respetar los derechos humanos como obligación *erga omnes*. Sin embargo, esta actuación por parte de terceros Estados no está exenta de limitaciones, así se matiza que tal intervención sólo estaría justificada en casos de violaciones especialmente graves, a gran escala o sistemáticas. Como criterio para identificar estos casos se hace referencia a la existencia de derechos que no pueden ser derogados bajo ninguna circunstancia.

Como se puede apreciar, en esta Resolución del IDI se refleja la confusión entre las distintas nociones. Se habla de obligaciones *erga omnes*, caracterizándose como tal el compromiso de respetar los derechos humanos en general. Después se acota que determinadas violaciones de derechos humanos conllevan unas consecuencias particulares en materia de responsabilidad del Estado infractor, es decir ya estamos en el plano de las normas secundarias y, por tanto, estamos hablando del ilícito cualificado. Evidentemente no todas las violaciones de una obligación *erga omnes* o, lo que es lo mismo, del Derecho imperativo, constituyen un crimen internacional. Para tratar de determinar si existe o no tal crimen habrá que determinar la intensidad de la violación.

En la Resolución se hace una diferenciación, implícita, entre las nociones de obligación *erga omnes* y de *Ius cogens*. Todos los derechos humanos estarían protegidos por obligaciones *erga omnes*, pero sólo algunos quedarían incorporados en normas inderogables y constituirían, por tanto, *Ius cogens*. Respecto a

indudablemente cierto en lo que se refiere a las obligaciones *erga omnes* que han quedado incorporadas al Derecho internacional general, de las que se puede decir que son, en todo caso, Derecho imperativo. No ocurriría lo mismo con las obligaciones *erga omnes* atribuidas por normas de naturaleza convencional (las también llamadas obligaciones *erga omnes inter partes*), a las que parece referirse el TIJ en la última parte de su *obíter dictum*. Las normas que tienen una naturaleza exclusivamente convencional no son imperativas, pues en nuestra opinión las normas imperativas tienen naturaleza consuetudinaria. En relación con este último aspecto conviene detenerse de nuevo en la definición que ofrece el artículo 40 del Proyecto 2001 de la CDI, en el que se habla de “obligaciones derivadas de normas imperativas de Derecho internacional general”. ¿Es que acaso existen normas imperativas que no son de Derecho internacional general, que no tienen una naturaleza consuetudinaria? En nuestra opinión esta cuestión se debe relacionar con la posible presencia de un *Ius cogens* regional. El artículo 40 del Proyecto se está refiriendo al *Ius cogens* universal, descartando pues a las normas imperativas no consuetudinarias. El *Ius cogens* regional normalmente será fruto de la interacción entre costumbre regional y tratado internacional y gran parte de la doctrina defiende la posibilidad de su existencia. En el contexto de la CE se ha llegado a defender la existencia de un *Ius cogens* comunitario, como un conjunto de valores esenciales para la propia supervivencia de la CE tal y como aparece hoy en día configurada¹⁵. El concepto de *Ius cogens* regional o particular, en cualquier caso, se debe diferenciar claramente del concepto de *Ius cogens* general. El primero no puede producir efectos más allá de aquellos Estados que han aceptado el carácter imperativo de la norma, es decir, carece del rasgo de la universalidad propio y definidor del auténtico *Ius cogens*. Además, puede resultar discutible si el *Ius cogens* regional está realmente por encima del consentimiento de los Estados que en principio aparecen vinculados por el mismo. La norma de *Ius cogens* regional podría ser derogada si los Estados interesados convienen en ello, sin que de esta circunstancia resulte una transformación radical de la comunidad internacional en su conjunto. En definitiva, en nuestra opinión el *Ius cogens* regional debería ser conceptualizado más propiamente como una especie de orden público regional, más que como *Ius cogens*, con el objeto de evitar cualquier riesgo de confusión.

El *Ius cogens* propiamente dicho tiene una naturaleza consuetudinaria¹⁶, aunque no tiene por qué ser exclusiva. En este sentido puede haber normas que compartan una

esta diferenciación sólo quiero reiterar que para que una obligación *erga omnes*, en el sentido en que el TIJ empleó esta expresión en el asunto Barcelona Traction, no basta con que tal obligación haya sido contraída frente a la comunidad internacional en su conjunto, sino que también resulta imprescindible que la misma proteja derechos esenciales. Unos derechos que, según la propia norma que los proclama, se pueden derogar carecen, a mi juicio, de ese carácter esencial, entendiéndose como *esencia* aquello a lo que no es posible renunciar. Por lo tanto la obligación de respetar esos derechos derogables no sería una obligación *erga omnes*.

¹⁵ Sobre la base del Dictamen del TJCE 1/91, Rec. 1991, pp. I-6084-6113

¹⁶ Sobre la naturaleza consuetudinaria del *Ius cogens*, véase: BYERS, Michael. Conceptualising the relationship between *Ius cogens* and *Erga omnes* rules. En: Nordic Journal of International Law, 1997, nº 66, pp. 211-239.

naturaleza convencional y consuetudinaria, aquellas cuya formación se ha producido a través de la interacción entre costumbre y tratado. Sin embargo es la naturaleza consuetudinaria de la norma la que se corresponde con su carácter imperativo.

Volviendo a la pregunta que antes nos hemos formulado a la luz del artículo 40 del Proyecto 2001: ¿existen obligaciones *erga omnes* que no provienen de una norma imperativa?, habíamos adelantado una respuesta afirmativa en relación con las obligaciones *erga omnes* que tienen una naturaleza convencional. Esta distinción tiene una única base, proviene de una determinada interpretación del *obiter dictum* del TIJ en el asunto *Barcelona Traction*, interpretación que puede ser cuestionada y a la que se pueden ofrecer alternativas¹⁷. En efecto, si se entiende que el TIJ se está refiriendo a la existencia de normas imperativas convencionales, se descubre una cierta contradicción en la definición de obligación *erga omnes*. Pues si el Tribunal en un primer momento señala que uno de los rasgos de este tipo de obligación es que se adquiere frente a la comunidad internacional, después introduce esa referencia a lo que hemos denominado obligaciones *erga omnes inter partes*, en las que, por definición, el vínculo frente a la comunidad internacional en su conjunto no existe, pues sólo se asumirían frente a los demás Estados partes en el tratado que contiene la obligación. En definitiva, se puede dudar del carácter *erga omnes* de estas obligaciones, simplemente aplicando los criterios que el propio TIJ ha empleado para definir las. Esta aparente contradicción quedaría salvada si se entendiese que con esta alusión a las obligaciones *erga omnes* convencionales, el TIJ se está refiriendo únicamente a la posibilidad de que determinadas normas incorporadas a un tratado se conviertan en normas de Derecho internacional general o a la posibilidad de que un tratado codifique normas de Derecho internacional general. Esta idea sería coherente con la referencia al carácter universal o cuasiuniversal de tales tratados y reduciría la categoría de obligaciones *erga omnes* a una sola: las de naturaleza consuetudinaria. Es decir, como hemos tenido ocasión de adelantar, se puede defender que el TIJ se está refiriendo al diverso origen de las obligaciones *erga omnes*, pero no a la naturaleza de las mismas que en todo caso sería consuetudinaria¹⁸. En el Dictamen consultivo de 28 de mayo de 1951 sobre las reservas a la convención sobre el genocidio, el TIJ sostuvo que los principios que se extraían de la convención eran reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso en ausencia de una obligación convencional¹⁹. Es decir, el TIJ está admitiendo la posibilidad de una interacción entre costumbre o principios generales²⁰ y tratado en la configuración del Derecho imperativo, pero a nuestro juicio no está confirmando la posibilidad de que el *ius cogens* tenga una naturaleza exclusivamente convencional.

¹⁷ RAGAZZI, Maurizio. *The concept of International...op. cit.*, p. 203.

¹⁸ Aunque como también se ha dicho tal naturaleza se podría combinar con la convencional.

¹⁹ SCHWELB, Egon. *Some aspects of International Ius cogens as formulated by the International Law Commission*. En: AJIL, 1967, Vol. 61, p. 955.

²⁰ JUSTE RUIZ, Jose. *Las Obligaciones erga omnes en Derecho Internacional Público*. En: Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Mijaja de la Muela, I, Madrid: Tecnos, 1979, p. 224

En cualquier caso, podemos estar seguros de que la violación grave de una obligación *erga omnes* de naturaleza consuetudinaria, o en otros términos, de una norma imperativa de Derecho internacional general supone la comisión de un ilícito que conlleva un régimen agravado de responsabilidad internacional²¹. Es a este ilícito al que el artículo 19 del Proyecto 1986 denominaba “crimen internacional” y al que ahora se rebautiza en los términos del artículo 40 del nuevo Proyecto 2001 de la CDI. Ya hemos adelantado que la noción de *crimen* era rechazada desde cualificados sectores doctrinales y por buen número de Estados. En consecuencia, muchos Estados han recibido con júbilo la supresión de la noción de “crimen” y su sustitución por la de *violación grave*. Es el caso de Austria, Dinamarca o España.²² En cambio otros Estados no satisfechos con la desaparición de la noción de “crimen internacional”, trataron de lograr también la eliminación del Capítulo III de la segunda Parte del proyecto de artículos que regulaba las “violaciones graves”. En este grupo se situaban países tan importantes como Japón, que afirmó que el *fantasma del crimen internacional* todavía rondaba el nuevo texto, o los Estados Unidos.²³

El argumento principal que manejaba tanto la doctrina como los Estados que se oponían a la categoría de “crimen internacional” se basaba en que admitir dicha noción podría conducir a una *criminalización* de los Estados en los casos de violación del Derecho internacional, cuando las connotaciones penales debían quedar al margen del Derecho internacional sobre la responsabilidad.²⁴

²¹ El agravamiento se produce por una ampliación de las consecuencias que se derivan de la comisión del ilícito y por una ampliación del ámbito de sujetos legitimados para invocar la responsabilidad del Estado infractor.

²² A/CN.4/515, p. 46.

²³ Ibidem, pp. 51-52.

²⁴ Entre los autores que defendieron la eliminación de la noción de “crimen internacional” se encontraban, entre otros,: CRAWFORD, James. *Revising the Draft Articles on State responsibility*. En: EJIL, 1999, Vol. 10, nº 2, p. 442; DOMINICÉ, Christian. *The International Responsibility of States for breach of multilateral obligations*. En: EJIL, Vol. 10, 1999, nº 2, pp. 358-359; también Dupuy abogaba por la supresión para evitar las connotaciones penales: DUPUY, Pierre-Marie. *Implications of the Institutionalization of International Crimes of States*. En: WEILER, Joseph H.H; CASSESE, Antonio; SPINEDI, Marina. *International Crimes of State. A critical analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1989, pp. 170-185

ABI-SAAB, en cambio, se opuso a la eliminación de la noción de crimen internacional. Admitir, en su opinión, la diferenciación entre crímenes y delitos no debía llevar a exigir una responsabilidad de tipo penal en el primer caso, siendo el único objetivo de la distinción el de asociar consecuencias más graves a las violaciones que constituían crímenes y poner el acento en el hecho de que las mismas no podían ser reducidas a una mera relación bilateral entre la víctima y el autor del acto. ABI-SAAB, Georges. *The uses of Article 19*. En: EJIL, 1999, Vol. 10, nº 2, p. 344. Vid. también: ABI-SAAB, Georges. *The concept of "International Crimes" and its place in contemporary International Law*. En: WEILER, Joseph H.H; CASSESE, Antonio; SPINEDI, Maria. *International Crimes of State. A critical analysis...* op. cit., p. 146; En la misma obra, se puede encontrar también otra opinión favorable a la noción de crimen: GRAEFRATH, Bernhard. *International Crimes - A specific regime of international responsibility of States and its legal consequences*, pp. 161-169. PELLET, Alain. *Can a State commit a crime? Definitely yes!* En: EJIL, 1999, Vol. 10, nº 2, pp. 425-434, también se mostró partidario del mantenimiento de la diferenciación entre crímenes y delitos.

Para hablar de la *violación grave* a la que se refiere el artículo 40 del nuevo Proyecto de artículos sobre responsabilidad y de sus consecuencias nos tenemos que situar en el plano de las normas secundarias: debe haber una violación de una norma internacional con características especiales (imperativa) y además tal violación debe ser, en los términos del artículo 40 antes mencionado, *grave*.²⁵ La gravedad de la violación implica, en virtud del párrafo segundo del artículo 40, un incumplimiento *flagrante* o *sistemático*. En ciertos supuestos, la gravedad derivará exclusivamente de la importancia suprema del valor protegido. Ocurre así cuando se incumple la obligación de abstenerse del uso de la fuerza. En este caso basta con una única vulneración del principio para que el ilícito sea calificado como grave. Otras veces, en cambio, junto a la esencialidad del valor protegido se exige una particular intensidad de la violación para que esta pueda definirse como *grave*. Esto es lo que ocurre en relación con la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales²⁶.

En la definición que el artículo 40 del Proyecto CDI 2001 ofrece de "violación grave" no aparece ninguna referencia a la necesidad de que la misma haya sido reconocida como tal por la comunidad internacional en su conjunto²⁷, requisito que sí se recogía, en cambio, en el artículo 19 del anterior Proyecto. Con esta omisión desaparece uno de los factores en los que se podría basar una diferenciación entre una vulneración grave de una norma imperativa y un ilícito cualificado, pues de acuerdo con el antiguo artículo 19 para que la primera pudiese ser calificada como crimen era necesaria una decisión de la comunidad internacional al respecto, por lo que, en teoría, era posible imaginar violaciones, incluso serias, de normas imperativas que no fuesen calificadas como crímenes. A la luz del artículo 40 esta *decisión* de la comunidad internacional ya no es necesaria, la intervención de la comunidad se produce en el ámbito de las normas primarias, cuando se reviste a una norma internacional de carácter imperativo.

²⁵ GAJA, G. *Obligations erga omnes... op. cit.*, p. 157.

²⁶ Ver: GAJA, Giorgio. *Should all references to... op. cit.*; DOMINICÉ, Christian. *The International Responsibility of States... op. cit.* En el caso de las normas que protegen los derechos humanos hay que acotar también que no todas tienen un carácter imperativo. El profesor Fernando MARIÑO dice al respecto que "Es también generalmente aceptado que establecen situaciones jurídicas subjetivas erga omnes cada una de las normas jurídicas internacionales generales que obligan a los Estados (y a los demás sujetos del ordenamiento internacional) a respetar el núcleo o estándar mínimo e inderogable de derechos humanos fundamentales y protegen a éstos en cada caso de violación pero especialmente contra violaciones graves: el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida; el derecho a no ser torturado, [...]; el derecho a no ser sometido a esclavitud, (que incluye verosímilmente el derecho a no ser privado de la personalidad jurídica, a no ser sometido a discriminación racial (en especial en su forma agravada de apartheid) y el derecho a un debido proceso". MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Situaciones jurídicas subjetivas... op. cit.*, p. 337.

²⁷ Sobre la polémica suscitada por la determinación del significado exacto de la expresión "comunidad internacional en su conjunto", véase HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory norms (Ius cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, 781 pp. 210 y ss.

La *violación grave* a la que se refiere el artículo 40 del Proyecto 2001 puede serlo de cualquier norma de *Ius cogens*.²⁸ Así pues, la dificultad para determinar si se ha cometido un ilícito cualificado no proviene de la necesidad de identificar cuáles son las normas de Derecho imperativo cuya violación da lugar a tal ilícito. En otras palabras, el hecho de que la violación de una norma de *ius cogens* se califique como *violación grave* depende tan solo de la intensidad de tal violación y no de cuál sea la norma concreta violada²⁹. Ahora bien, a la hora de determinar si se cumple el requisito de la gravedad sí es relevante determinar cuál es el valor concreto protegido por la norma. En este sentido todavía puede seguir siendo razonable hablar de un *Ius cogens* reforzado, pero no definiéndolo como aquel cuya violación puede dar origen a una violación grave/crimen internacional, sino como el integrado por aquellas normas que protegen un valor tan esencial que la determinación de la gravedad de la violación no suscita problemas³⁰. No obstante, habría que decir que sólo las normas que prohíben la agresión armada y el genocidio integrarían con claridad ese cuerpo normativo denominado *Ius cogens* reforzado.

III TÉRMINOS EN LOS QUE SE DEFINE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UN ESTADO QUE HA COMETIDO UNA VIOLACIÓN GRAVE DE UNA OBLIGACIÓN DERIVADA DE UNA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

En el artículo 41 del Proyecto de artículos se establece que la comisión de una *violación grave* origina obligaciones especiales a cargo de la comunidad internacional. Así se establece (en el párrafo primero de dicho artículo) una obligación de cooperar para poner término a la violación, así como (en el párrafo segundo) una obligación de

²⁸ Sobre la base de la definición de “crimen internacional” que ofrecía el antiguo artículo 19, sí se podía sostener la existencia de un *ius cogens* reforzado integrado por aquellas normas de *Ius cogens* cuya violación constituía un crimen. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho Internacional Público, Parte General*, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 75; DE HOOGH, Andre. *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*. The Hague; London; Boston: Kluwer International Law, 1996, pp. 58 y ss.

²⁹ Para una opinión diferente, vid: JORGENSEN, que opina que un factor de diferenciación entre *ius cogens* y crímenes internacionales es que, según lo establecido en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, una norma de *ius cogens* puede ser modificada por otra norma posterior de igual rango. En cambio la autora sostiene que sería impensable la modificación de los crímenes, la despenalización de los mismos. Esta opinión sugiere por tanto que, según esta autora, se trata de dos categorías distintas, siendo la del crimen internacional más restrictiva y situándose en la cúspide de la pirámide normativa del Derecho internacional. En su opinión el crimen internacional no resulta de la violación de cualquiera de las normas de *ius cogens*. JORGENSEN, Nina H. B. *The Responsibility of States for International Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 90 y ss, en especial p. 92. PELLET, en cambio, reclama una identificación entre la noción de crimen y la violación de una norma de Derecho internacional imperativo. PELLET, Alain. *Can a State commit a crime?...* op. cit., p. 428. DOMINICÉ, Christian. *The international responsibility...* op. cit., p. 360, reconoce la importancia del elemento cuantitativo, de la intensidad de la violación en relación con los crímenes internacionales

³⁰ Algunos Estados criticaron la expresión “grave” alegando que ésta no era siempre necesaria pues había casos en que la gravedad iba de suyo, como los de genocidio o agresión. Véase el Cuarto Informe del Relator especial, cit. p. 19.

no reconocer “como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40” y de no prestar “ayuda o asistencia para mantener la situación”.

En el Capítulo III titulado “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general”, no se señalan más especificidades, únicamente se añade en el 41.3 que “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”.

Un ilícito cualificado tiene, por tanto, las mismas consecuencias que cualquier otro ilícito en lo que concierne al contenido de la responsabilidad del infractor: obligaciones de cesación y no repetición (artículo 30), y de reparación (artículo 31). No obstante no nos podemos quedar en este punto, pues el artículo 33.1 establece que “las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación”.

De este conglomerado de disposiciones podemos deducir que el contenido de la responsabilidad de un Estado que ha cometido una *violación grave* es el mismo que el que se derivaría de la comisión de un ilícito común, lo que varía es el alcance de las obligaciones internacionales a cargo del Estado responsable que, en el primer caso, existen frente a toda la Comunidad internacional. Adicionalmente, y más allá de la responsabilidad del Estado infractor, el ilícito cualificado genera nuevas obligaciones a cargo del resto de Estados que integran la Comunidad internacional.

Precisamente, en íntima conexión con el alcance ampliado de la responsabilidad internacional del infractor en los supuestos de *violaciones graves*, se encuentra la cuestión de la invocación de la responsabilidad.

Del artículo 42³¹ del proyecto de artículos se infiere que un Estado tendrá derecho a invocar la responsabilidad en condición de *Estado lesionado*, si la obligación violada existe frente a la Comunidad internacional en su conjunto³² y tal violación afecta especialmente a ese Estado.

³¹ Artículo 42 “Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

- a) con relación a este Estado individualmente, o
- b) con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forma parte, o en relación a la Comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación:
 - i) afecta especialmente a ese Estado; o
 - ii) es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta”.

³² Algunos Estados habían solicitado que la expresión “la comunidad internacional en su conjunto” fuese sustituida por “la comunidad internacional de Estados en su conjunto”. Por ejemplo, Eslovaquia

Como se puede apreciar, los términos en los que aparece redactado el artículo 42, no coinciden exactamente con los utilizados en el artículo 40. Así pues, la solución arbitrada por el primero no se circunscribe a los supuestos de *violaciones graves*, sino que – por el contrario – en relación con cualquier violación de una obligación asumida con respecto a la comunidad internacional en su conjunto, y sin necesidad de que la misma se derive de normas imperativas, el Estado especialmente afectado podrá invocar la responsabilidad como Estado lesionado. Evidentemente en este supuesto tendrían también cabida las *violaciones graves*.

Más problemas plantea el artículo 48 en el que se regula la invocación de la responsabilidad por parte de un *Estado distinto del lesionado*. En esta disposición se establece que tal invocación resulta posible cuando “la obligación violada existe con relación a la Comunidad internacional en su conjunto”. Se utiliza, pues, la misma fórmula del artículo 42. Tal y como el artículo 48 aparece formulado, sería posible sostener que se puede invocar la responsabilidad por parte de un Estado diferente del lesionado en un supuesto en que no se haya violado una obligación derivada de una norma imperativa (por ejemplo, en materia de inmunidades). En este planteamiento, por tanto, la ampliación del alcance de las obligaciones internacionales derivadas para el Estado infractor a raíz del incumplimiento, no sería una consecuencia exclusiva de la comisión de una *violación grave* en los términos en que ésta aparece definida en el artículo 40.

El artículo 48.1.b) se sirve de un concepto de obligación *erga omnes* exclusivamente literal o etimológico. Nos podemos preguntar si la intención que subyace en el proyecto de artículos es realmente la de asociar esta ampliación del alcance de la responsabilidad a la violación de una obligación caracterizada únicamente por su alcance y no por su contenido (protección de valores esenciales) y sin tener en cuenta la intensidad o gravedad de la infracción.

La posición del relator especial en este punto no es del todo clara. Francia había solicitado que se hiciera referencia a las *violaciones graves*, en vez de a una violación de una obligación cuyo único requisito es la existencia frente a toda la comunidad internacional, y el Sr. Crawford admitió, por un lado, que tal sugerencia podría ser razonable en los casos de reclamaciones de reparación, pero que no lo era con respecto a las reclamaciones de cesación: “No parece desproporcionado permitir que todos los

(A/CN.4/515, p. 46). En este punto, sin embargo ha prevalecido el punto de vista del relator especial, Sr. Crawford, que se negaba sobre la base de que “la comunidad internacional incluye entidades además de los Estados: por ejemplo, la Unión Europea, el Comité Internacional de la Cruz Roja, las Naciones Unidas mismas. La Corte Internacional utiliza la oración “comunidad internacional en su conjunto” en el asunto de la Barcelona Traction, y se ha utilizado en tratados multilaterales posteriores, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, en el párrafo 1 del artículo 5. El uso de la oración, sin embargo, no tiene por objeto implicar que la comunidad internacional es una persona jurídica. Claramente no es así.” (Cuarto Informe sobre la responsabilidad de los Estados, preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial, A/CN.4/517, p. 15).

Estados insistan en la cesación del incumplimiento de una obligación que se debe a la comunidad internacional en su conjunto. Esto parecería ser una consecuencia directa de la resolución de la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*. Que un Estado reclamante pueda procurar reparación en los intereses de otro Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada es, tal vez, menos claro. En particular, esto es algo que el Estado lesionado, si lo hay podría razonablemente esperar hacer por sí mismo”.³³ El razonamiento del relator patina en lo que concierne a la remisión que hace al *obiter dictum* del TIJ, pues como ya hemos tenido ocasión de señalar, en el mismo el TIJ no caracteriza a las obligaciones *erga omnes* únicamente por su asunción frente a la comunidad internacional, sino que añade otro elemento: la protección de derechos o valores esenciales, elemento en el que aparece enraizado el interés jurídico de cualquier Estado en el cumplimiento de la obligación. En cualquier caso, lo cierto es que en el Proyecto de artículos no se introdujo ninguna modificación al respecto, ni siquiera una matización para el supuesto de reclamación de reparación.

A nuestro modo de ver, una lectura contextualizada del artículo 48.1.b), en la que el artículo 33 ocuparía un lugar destacado, descarta esta interpretación. En efecto, el artículo 33.1 liga con claridad el alcance de la responsabilidad con la “naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación”.

A la vista de estos elementos resulta acertado sostener que un *Estado distinto del lesionado* sólo podría invocar la responsabilidad del infractor en los casos de *violaciones graves*. La invocación se concretaría en la posibilidad de reclamar, al Estado responsable, la cesación del ilícito y el ofrecimiento de garantías de no repetición, así como el cumplimiento de la obligación de reparación. En este último caso, el artículo 48 2 b) acota que se deberá actuar siempre en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada (contemplándose con este último inciso la eventualidad de que no haya un Estado lesionado, lo que ocurre en los supuestos en que un Estado viola los derechos humanos de sus propios nacionales).

Las posibles reacciones de Estados diferentes del lesionado ante una violación grave no se detienen en este punto, porque en relación con las contramedidas, el artículo 54 admite (aunque en términos poco claros) la posibilidad de su imposición por parte de estos Estados. La regulación detallada de la adopción de contramedidas por parte de Estados distintos del lesionado suscitaba innumerables problemas y críticas por parte de muchos Estados, por ello al final se optó por establecer una cláusula de salvaguardia, una solución de compromiso para calmar los ánimos de aquellos que preferían la

³³ Cuarto informe del relator especial, cit., p. 17. Para Crawford, las expresiones “obligación *erga omnes*” y “obligación que se debe a la Comunidad internacional en su conjunto”, son equivalentes. Pero para definir a las obligaciones *erga omnes* se remite al *obiter dictum* del TIJ en *Barcelona Traction*, con lo que parece no limitarse al significado meramente literal de la expresión latina. En cuanto a las relaciones entre los conceptos de obligación *erga omnes* y normas imperativas, admite que se trata de esferas que se superponen en gran medida, aunque no se pronuncia terminantemente a favor o en contra de considerarlas como dos aspectos diferentes de una misma idea básica (página 20 del informe citado).

eliminación de cualquier referencia a este tema. El Sr. Crawford se manifestó a favor de este arreglo: “El estado actual del derecho internacional relativo a las medidas adoptadas en interés general o común es indudablemente incierto. Pero (...) no puede ocurrir que las contramedidas en ayuda del cumplimiento del derecho internacional estén limitadas a las violaciones que afecten los intereses de algunos Estados poderosos o sus aliados. (...) si se suprimiera el artículo 54 habría al menos necesidad de alguna forma de cláusula de salvaguardia”.³⁴

Desde algún sector de la doctrina se trata de establecer límites a la facultad de Estados distintos del lesionado de adoptar contramedidas en el supuesto de *violación grave*. Así, se defiende, acertadamente a nuestro juicio, que en los casos en que resultase posible identificar a un Estado lesionado, las contramedidas sólo se podrían adoptar a solicitud de éste³⁵. Otros, sostienen que en todo caso la reacción de los Estados debería realizarse siempre en el marco del sistema de seguridad colectiva, es decir, bajo la coordinación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

En definitiva, no se ha aclarado definitivamente, y el Proyecto de artículos no añade nada nuevo al respecto, si es posible la adopción unilateral de contramedidas. En nuestra opinión tal posibilidad se debería establecer al menos en los casos en que el Consejo de Seguridad quedase bloqueado³⁶. En este supuesto habría que ser especialmente cuidadosos a la hora de establecer la gravedad de la violación³⁷.

³⁴ Cuarto Informe del Relator especial, p. 30.

³⁵ La adopción de contramedidas sería, en este caso, una manifestación de la solidaridad en sentido estricto y no de una solidaridad lato sensu, en los términos empleados por HUTCHINSON, D.N. Véase de este autor: *Solidarity and breaches of multilateral treaties*. En: *The British Yearbook of International Law*, 1988, pp. 196 y ss.

³⁶ El Profesor Fernando MARIÑO es más categórico al respecto: “[...] De acuerdo con el Derecho Internacional general, los miembros de la Comunidad Internacional, unilateral o multilateralmente, directamente o a través de organizaciones internacionales, son titulares del poder de adoptar (contra)medidas de coerción no militar dirigidas a obtener: i) la cesación de la conducta ilícita. ii) El sometimiento de la posible controversia a medios pacíficos de solución de controversias. Y, iii) La reparación íntegra de la lesión causada. [...] El poder general de aplicar esta clase de contramedidas no armadas frente a hechos ilícitos de tal gravedad no necesita ciertamente la autorización previa del Consejo de Seguridad y en la práctica se ha impuesto una interpretación restrictiva del concepto de acción regional coercitiva empleado por el artículo 53.1 de la Carta de las Naciones Unidas”. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Situaciones jurídicas subjetivas... op. cit.*, p. 345

³⁷ CRAWFORD, James; BODEAU, Pierre; PEEL, Jacqueline. La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États de la Comisión du Droit International. En: *RGDIP*, Vol. 104, n. 4, 2000, p. 933-934: Cuando no hay Estado lesionado se derivan problemas del hecho de que las partes lesionadas no disponen de órganos representativos que les permitan expresar sus puntos de vista en el plano internacional. Por otro lado, existe el riesgo no desdeñable de que la situación se agrave si se reconoce a los Estados terceros un derecho a intervenir discrecionalmente, según su propio criterio. Al mismo tiempo, es difícil admitir que los Estados terceros no puedan intervenir ni siquiera en los casos de violaciones graves y persistentes. El criterio propuesto para resolver esta encrucijada pasa por permitir únicamente las contramedidas en los casos de violaciones graves y manifiestas.