

ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

2000

Volumen I

Actas resumidas de las sesiones
del quincuagésimo segundo período de sesiones
1.º de mayo-9 de junio y
10 de julio-18 de agosto de 2000

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2005



ADVERTENCIA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al Anuario de la Comisión de Derecho Internacional se hacen en forma abreviada, a saber: Anuario..., seguido del año de que se trate (por ejemplo Anuario... 1999).

El Anuario correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;

Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del Anuario, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

*

* *

El presente volumen contiene las actas resumidas del 52.º período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/SR.2612-A/CN.4/SR.2664) con las correcciones comunicadas por los miembros de la Comisión y los cambios de estilo y modificaciones editoriales que se han estimado necesarios.

A/CN.4/SER.A/2000

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Número de venta: S.03.V.6 ISBN 92-1-333330-7
Edición completa de dos volúmenes: ISBN 92-1-333333-1
ISSN 0497-9885

ÍNDICE

	Página		Página
Composición de la Comisión	vii	2618. ^a sesión	
Mesa	vii	Miércoles 10 de mayo de 2000, a las 10.00 horas	
Programa	viii	Protección diplomática (continuación)	
Abreviaturas y siglas	ix	Primer informe del Relator Especial (continuación)..	51
Asuntos citados en el presente volumen	x	2619. ^a sesión	
Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen	xviii	Jueves 11 de mayo de 2000, a las 10.00 horas	
Lista de documentos del 52.º período de sesiones	xxiv	Protección diplomática (continuación)	
		Primer informe del Relator Especial (continuación)..	61
ACTAS RESUMIDAS		2620. ^a sesión	
DE LAS SESIONES 2612.^a A 2664.^a		Viernes 12 de mayo de 2000, a las 10.00 horas	
Actas resumidas de las sesiones de la primera parte del 52.º período de sesiones celebrada en Ginebra del 1.º de mayo al 9 de junio de 2000		Protección diplomática (continuación)	
		Primer informe del Relator Especial (continuación) ...	70
2612. ^a sesión		2621. ^a sesión	
Lunes 1.º de mayo de 2000, a las 15.10 horas		Martes 16 de mayo de 2000, a las 10.05 horas	
Apertura del período de sesiones	1	Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Elección de la Mesa	1	Tercer informe del Relator Especial (continuación) ..	79
Aprobación del programa	1	2622. ^a sesión	
Organización de los trabajos del período de sesiones	1	Miércoles 17 de mayo de 2000, a las 10.05 horas	
Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto)	2	Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)	2	Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	88
2613. ^a sesión		Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)	97
Martes 2 de mayo de 2000, a las 10.10 horas		2623. ^a sesión	
Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)	2	Jueves 18 de mayo de 2000, a las 10.00 horas	
Responsabilidad de los Estados		Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Tercer informe del Relator Especial	2	Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	97
2614. ^a sesión		2624. ^a sesión	
Miércoles 3 de mayo de 2000, a las 10.05 horas		Viernes 19 de mayo de 2000, a las 10.00 horas	
Responsabilidad de los Estados (continuación)		Protección diplomática (continuación)	
Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	12	Primer informe del Relator Especial (continuación)..	103
2615. ^a sesión		Actos unilaterales de los Estados	
Jueves 4 de mayo de 2000, a las 10.05 horas		Tercer informe del Relator Especial	106
Responsabilidad de los Estados (continuación)		2625. ^a sesión	
Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	20	Martes 23 de mayo de 2000, a las 10.00 horas	
2616. ^a sesión		Protección diplomática (continuación)	
Viernes 5 de mayo de 2000, a las 10.05 horas		Primer informe del Relator Especial (continuación)..	111
Responsabilidad de los Estados (continuación)		2626. ^a sesión	
Tercer informe del Relator Especial (continuación) ..	29	Miércoles 24 de mayo de 2000, a las 10.00 horas	
Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)	39	Protección diplomática (continuación)	
2617. ^a sesión		Primer informe del Relator Especial (continuación)..	119
Martes 9 de mayo de 2000, a las 10.05 horas		2627. ^a sesión	
Protección diplomática		Jueves 25 de mayo de 2000, a las 10.00 horas	
Primer informe del Relator Especial.....	39	Protección diplomática (continuación)	
		Primer informe del Relator Especial (conclusión)	128

2628. ^a sesión		2638. ^a sesión	
Viernes 26 de mayo de 2000, a las 10.05 horas		Miércoles 12 de julio de 2000, a las 10.00 horas	
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)		Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Informe del Grupo de Trabajo	137	Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	221
Actos unilaterales de los Estados (continuación)		2639. ^a sesión	
Tercer informe del Relator Especial (continuación) ..	138	Jueves 13 de julio de 2000, a las 10.05 horas	
2629. ^a sesión		Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Martes 30 de mayo de 2000, a las 10.00 horas		Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	230
Actos unilaterales de los Estados (continuación)		2640. ^a sesión	
Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	144	Viernes 14 de julio de 2000, a las 10.00 horas	
2630. ^a sesión		Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Miércoles 31 de mayo de 2000, a las 10.00 horas		Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	237
Actos unilaterales de los Estados (continuación)		Las reservas a los tratados (continuación)	
Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	153	Proyecto de directrices aprobado por el Comité de Redacción	243
Las reservas a los tratados		2641. ^a sesión	
Quinto informe del Relator Especial	160	Martes 18 de julio de 2000, a las 10.05 horas	
2631. ^a sesión		Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) (continuación)	
Viernes 2 de junio de 2000, a las 10.05 horas		Tercer informe del Relator Especial	247
Las reservas a los tratados (continuación)		2642. ^a sesión	
Quinto informe del Relator Especial (continuación) ..	163	Miércoles 19 de julio de 2000, a las 10.00 horas	
2632. ^a sesión		Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) (continuación)	
Martes 6 de junio de 2000, a las 10.00 horas		Tercer informe del Relator Especial (continuación) ..	254
Las reservas a los tratados (continuación)		2643. ^a sesión	
Quinto informe del Relator Especial (continuación) ...	172	Jueves 20 de julio de 2000, a las 10.05 horas	
2633. ^a sesión		Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) (conclusión)	
Miércoles 7 de junio de 2000, a las 10.05 horas		Tercer informe del Relator Especial (conclusión)	263
Las reservas a los tratados (continuación)		Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Quinto informe del Relator Especial (continuación) ..	180	Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	267
Actos unilaterales de los Estados (conclusión)		2644. ^a sesión	
Tercer informe del Relator Especial (conclusión)	184	Viernes 21 de julio de 2000, a las 10.00 horas	
2634. ^a sesión		Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Jueves 8 de junio de 2000, a las 10.05 horas.		Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	271
Responsabilidad de los Estados (continuación)		2645. ^a sesión	
Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	189	Martes 25 de julio de 2000, a las 10.05 horas	
2635. ^a sesión		Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Viernes 9 de junio de 2000, a las 10.05 horas		Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	280
Responsabilidad de los Estados (continuación)		2646. ^a sesión	
Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	197	Miércoles 26 de julio de 2000, a las 10.00 horas	
Protección diplomática (conclusión)	202	Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Organización de los trabajos del período de sesiones (conclusión)	204	Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	291
Conferencia en memoria de Gilberto Amado	204	2647. ^a sesión	
Actas resumidas de las sesiones de la segunda parte del 52. ^o período de sesiones celebrada en Ginebra del 10 de julio al 18 de agosto de 2000		Jueves 27 de julio de 2000, a las 10.00 horas	
2636. ^a sesión		Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Lunes 10 de julio de 2000, a las 15.05 horas		Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	301
Responsabilidad de los Estados (continuación)		2648. ^a sesión	
Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	205	Viernes 28 de julio de 2000, a las 10.00 horas	
2637. ^a sesión		Responsabilidad de los Estados (continuación)	
Martes 11 de julio de 2000, a las 10.00 horas		Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	309
Responsabilidad de los Estados (continuación)			
Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	211		

	Página
Cooperación con otros organismos Declaración del observador del Comité Jurídico Interamericano	314
2649. ^a sesión	
Martes 1.º de agosto de 2000, a las 10.00 horas.	
Responsabilidad de los Estados (continuación) Tercer informe del Relator Especial (continuación) ..	317
2650. ^a sesión	
Miércoles 2 de agosto de 2000, a las 10.00 horas	
Responsabilidad de los Estados (continuación) Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	328
2651. ^a sesión	
Jueves 3 de agosto de 2000, a las 10.00 horas	
Responsabilidad de los Estados (continuación) Tercer informe del Relator Especial (continuación) ..	339
Las reservas a los tratados (conclusión) Quinto informe del Relator Especial (conclusión)	345
2652. ^a sesión	
Viernes 4 de agosto de 2000, a las 10.00 horas	
Responsabilidad de los Estados (continuación) Tercer informe del Relator Especial (continuación)...	349
2653. ^a sesión	
Martes 8 de agosto de 2000, a las 10.00 horas	
Responsabilidad de los Estados (continuación) Tercer informe del Relator Especial (conclusión)	359
2654. ^a sesión	
Jueves 10 de agosto de 2000, a las 12.10 horas	
Cooperación con otros organismos (continuación) Declaración del observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano	368
2655. ^a sesión	
Viernes 11 de agosto de 2000, a las 10.05 horas	
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones Capítulo I.—Organización de los trabajos del período de sesiones	371
Capítulo II.—Resumen de la labor de la Comisión en su 52.º período de sesiones	371
Capítulo V.—Protección diplomática	372
A. Introducción	372
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ..	372
Cooperación con otros organismos (continuación) Declaración del observador del Comité de Asesores Jurídicos sobre el Derecho Internacional Público ..	373
2656. ^a sesión	
Lunes 14 de agosto de 2000, a las 10.00 horas	
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación) Capítulo VI.—Actos unilaterales de los Estados	377
A. Introducción	377
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	377
1. Documentos de que dispuso la Comisión y sesiones dedicadas al tema	377
2. Presentación por el Relator Especial de su tercer informe	377
3. Recapitulación del debate	378
4. Establecimiento del Grupo de Trabajo	382

	Página
2657. ^a sesión	
Lunes 14 de agosto de 2000, a las 15.05 horas	
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación)	
Capítulo VI.—Actos unilaterales de los Estados (conclusión)	382
B. Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión)	382
4. Establecimiento del Grupo de Trabajo (conclusión)	382
2. Presentación por el Relator Especial de su tercer informe (conclusión)	383
3. Recapitulación del debate (conclusión) ...	383
Capítulo VIII.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)	383
A. Introducción	383
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ..	383
2658. ^a sesión	
Martes 15 de agosto de 2000, a las 10.00 horas	
Cooperación con otros organismos (conclusión) Visita del Presidente de la Corte Internacional de Justicia	388
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación)	
Capítulo V.—Protección diplomática (continuación) ...	395
B. Examen del tema en el actual período de sesiones (continuación)	395
2659. ^a sesión	
Martes 15 de agosto de 2000, a las 15.05 horas	
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación) .	397
Capítulo V.—Protección diplomática (continuación) B. Examen del tema en el actual período de sesiones (continuación)	397
Capítulo VII.—Las reservas a los tratados	400
A. Introducción	400
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	400
C. Texto de los proyectos de directrices sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura	401
1. Texto del proyecto de directrices	401
2. Texto de los proyectos de directrices aprobados en el 52.º período de sesiones de la Comisión con sus comentarios	401
Comentario a la directriz 1.1.8	401
Comentario a la directriz 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7]	402
Comentario a la directriz 1.4.7 [1.4.8]	402
Comentario a la directriz 1.7	402
2660. ^a sesión	
Miércoles 16 de agosto de 2000, a las 10.00 horas	
Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación Informe del Presidente del Grupo de Planificación ..	403
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación) Capítulo VII.—Las reservas a los tratados (conclusión)	403
C. Texto de los proyectos de directrices sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura (conclusión)	403
2. Texto de los proyectos de directrices aprobados en el 52.º período de sesiones de la Comisión, con sus comentarios (conclusión)	404

	Página		Página
Comentario a la directriz 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4].....	404	Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados (continuación)	434
Comentario a la directriz 1.7.2 [1.7.5]	405	B. Examen del tema en el actual período de sesiones (continuación)	434
Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados			
A. Introducción	405		
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	405		
2661.ª sesión		2664.ª sesión	
Miércoles 16 de agosto de 2000, a las 15.05 horas		Viernes 18 de agosto de 2000, a las 10.00 horas	
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación)		Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (conclusión)	
Capítulo V.—Protección diplomática (conclusión) ...	411	Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados (conclusión)	441
B. Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión)	411	B. Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión)	441
Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados (continuación)	411	Capítulo IX.—Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	443
B. Examen del tema en el actual período de sesiones (continuación)	411	A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	443
2662.ª sesión		B. Fecha y lugar de celebración del 53.º período de sesiones	444
Jueves 17 de agosto de 2000, a las 10.10 horas		C. Cooperación con otros organismos	444
Responsabilidad de los Estados (conclusión)		D. Representación en el quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General	444
Proyecto de artículos adoptado por el Comité de Redacción en segunda lectura	419	E. Seminario de derecho internacional	444
2663.ª sesión		F. Conferencia en memoria de Gilberto Amado ...	444
Jueves 17 de agosto de 2000, a las 15.05 horas		Capítulo III.—Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión	444
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación)		Capítulo II.—Resumen de la labor de la Comisión en su 52.º período de sesiones (conclusión).....	444
		Clausura del período de sesiones	445

COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN

Nombre	Nacionalidad	Nombre	Nacionalidad
Sr. Emmanuel Akwei ADDO	Ghana	Sr. Maurice KAMTO	Camerún
Sr. Husain AL-BAHARNA	Bahrein	Sr. James Lutabanzibwa KATEKA	República Unida de Tanzanía
Sr. João Clemente BAENA SOARES	Brasil	Sr. Mochtar KUSUMA- ATMADJA	Indonesia
Sr. Ian BROWNLIE	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	Sr. Igor Ivanovich LUKASHUK	Federación de Rusia
Sr. Enrique CANDIOTI	Argentina	Sr. Teodor Viorel MELESCANU	Rumania
Sr. James CRAWFORD	Australia	Sr. Djamchid MOMTAZ	República Islámica del Irán
Sr. Christopher John Robert DUGARD	Sudáfrica	Sr. Didier OPERTTI BADAN	Uruguay
Sr. Constantin ECONOMIDES	Grecia	Sr. Guillaume PAMBOU- TCHIVOUNDA	Gabón
Sr. Nabil ELARABY	Egipto	Sr. Alain PELLET	Francia
Sr. Giorgio GAJA	Italia	Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO	India
Sr. Zdzislaw GALICKI	Polonia	Sr. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO	Venezuela
Sr. Raul Ilustre GOCO	Filipinas	Sr. Robert ROSENSTOCK	Estados Unidos de América
Sr. Gerhard HAFNER	Austria	Sr. Bernardo SEPÚLVEDA	México
Sr. Qizhi HE	China	Sr. Bruno SIMMA	Alemania
Sr. Mauricio HERDOCIA SACASA	Nicaragua	Sr. Peter TOMKA	Eslovaquia
Sr. Kamil E. IDRIS	Sudán	Sr. Chusei YAMADA	Japón
Sr. Jorge ILLUECA	Panamá		
Sr. Peter KABATSI	Uganda		

MESA

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Primer Vicepresidente: Sr. Maurice KAMTO

Segundo Vicepresidente: Sr. Peter TOMKA

Presidente del Comité de Redacción: Sr. Giorgio GAJA

Relator: Sr. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO

El Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Václav Mikulka, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, actuó como Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General.

PROGRAMA

En su 2612.^a sesión, el 1.º de mayo de 2000, la Comisión aprobó el siguiente programa:

1. Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto).
2. Organización de los trabajos del período de sesiones.
3. Responsabilidad de los Estados.
4. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas).
5. Las reservas a los tratados.
6. Protección diplomática.
7. Actos unilaterales de los Estados.
8. Programa, procedimientos, métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación.
9. Cooperación con otros organismos.
10. Fecha y lugar de celebración del 53.º período de sesiones.
11. Otros asuntos.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACNUR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMI	Organización Marítima Internacional
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
OUA	Organización de la Unidad Africana

*

* *

C.I.J. Recueil	CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances
C.P.J.I., série A	CPJI, Recueil des arrêts (n.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
C.P.J.I., série A/B	CPJI, Arrêts, ordonnances et avis consultatifs (n.ºs 40 a 80, a partir de 1931)

*

* *

En el presente volumen, por «Tribunal Internacional para Rwanda» debe entenderse Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables del genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994; y por «Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia» debe entenderse Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

*

* *

NOTA

En las citas, las palabras en cursiva seguidas de un asterisco no están subrayadas en el texto original. Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

*

* *

La dirección en Internet de la Comisión de Derecho Internacional es www.un.org/law/ilc/index.htm.

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

Título abreviado del asunto	Tipo de decisión
Accord relatif aux services aériens	Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France, sentencia de 9 de diciembre de 1978, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 454.
Actions armées frontalières et trans-frontalières	(Nicaragua c. Honduras), competencia y admisibilidad, fallo, C.I.J. Recueil 1988, pág. 69. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 247.
Activités armées sur le territoire du Congo	(República Democrática del Congo c. Burundi), providencia de 21 de octubre de 1999, C.I.J. Recueil 1999, pág. 1018. (República Democrática del Congo c. Rwanda), providencia de 21 de octubre de 1999, C.I.J. Recueil 1999, pág. 1025. (República Democrática del Congo c. Uganda), medidas provisionales, providencia de 1.º de julio de 2000, C.I.J. Recueil 2000, pág. 111.
Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci	(Nicaragua c. Estados Unidos de América), fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1986, pág. 14. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 210.
Ahmadou Sadio Diallo	(República de Guinea c. República Democrática del Congo), providencia de 25 de noviembre de 1999, C.I.J. Recueil 1999.
Alabama	(Estados Unidos de América c. Gran Bretaña), sentencia del Tribunal Arbitral de Ginebra de 14 de septiembre de 1872, J. B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898, vol. I, pág. 572.
Alexander	Executors of R.S.C.A. Alexander v. The United States, J. B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898, vol. III, pág. 2529.
Ambatielos	Excepción preliminar, fallo, C.I.J. Recueil 1952, pág. 28. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 31.

Título abreviado del asunto	Tipo de decisión
Aminoil-Kuwait Arbitration	Government of Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil), <i>International Legal Materials</i> , vol. XXI, n.º 5 (septiembre de 1982), pág. 976.
Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	Medidas provisionales, providencia de 8 de abril de 1993, C.I.J. Recueil 1993, pág. 3; e <i>ibíd.</i> , providencia de 13 de septiembre de 1993, C.I.J. Recueil 1993, pág. 325. Excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1996, pág. 595. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), págs. 50, 65 y 123, respectivamente. Reconvenciones, fallo de 17 de diciembre de 1997, C.I.J. Recueil 1997, pág. 243. Providencia de 22 de enero de 1998, C.I.J. Recueil 1998, pág. 3. Providencia de 11 de diciembre de 1998, <i>ibíd.</i> , pág. 743. Providencia de 14 de septiembre de 1999, C.I.J. Recueil 1999, pág. 1015. Providencia de 27 de junio de 2000, C.I.J. Recueil 2000, pág. 108.
Barcelona Traction	Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1964, pág. 6. Segunda fase, fallo, C.I.J. Recueil 1970, pág. 3. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), págs. 93 y 104, respectivamente.
Cameroun septentrional	Fallo, C.I.J. Recueil 1963, pág. 15. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 91.
Canevaro	(Italia c. Perú), sentencia de 3 de mayo de 1912, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 397.
Carélie orientale	Statut de la Carélie orientale, opinión consultiva, 1923, C.P.J.I., série B n.º 5.
Carthage	(Francia c. Italia), sentencia de 6 de mayo de 1913, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. XI (n.º de venta: E/F.61.V.4), pág. 449.
Certaines terres à phosphates à Nauru	(Nauru c. Australia), excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1992, pág. 240. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 13.
Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis	Fallo, 1939, C.P.J.I., série A/B n.º 76, pág. 4.
Chrysostomos	Métropolitane Chrysostomos, Archimandrite Georgios Papachrysostomou et Titina Loizidou c. Turquie, Consejo de Europa, demandas n.ºs 15299/89, 15300/89 y 15318/89, <i>Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme</i> , 1991, vol. 34, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, págs. 35 a 60.

Título abreviado del asunto	Tipo de decisión
Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-387/97, sentencia de 4 de julio de 2000. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n.º C 302, de 21 de octubre de 2000, pág. 5.
Compétence en matière de pêcheries	(España c. Canadá), fallo, C.I.J. Recueil 1998, pág. 432.
Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn	Providencia de 17 de febrero de 1999, C.I.J. Recueil 1999, pág. 3.
Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes	(Nicaragua c. Honduras), providencia de 21 de marzo de 2000, C.I.J. Recueil 2000, pág. 6.
Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria	(Nigeria c. Camerún), excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1999, pág. 31.
Détroit de Corfou	Fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1949, pág.4. Determinación de la cuantía de la indemnización, fallo, ibíd., pág. 244. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), págs. 7 y 12, respectivamente.
Dickson Car Wheel Company	Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) c. United Mexican States, sentencia de julio de 1931, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 669.
Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme	Opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1999, pág. 62.
Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)	Fallo, C.I.J. Recueil 1994, pág. 6. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 72.
El Salvador c. Nicaragua	Corte de Justicia Centroamericana, dictamen de 9 de marzo de 1917, American Journal of International Law, vol. 11 (1917), pág. 674.
ELSI	Elektronika Sicula S.p.A. (ELSI), fallo, C.I.J. Recueil 1989, pág. 15. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 252.
Esphahanian	Esphahanian v. Bank Tejarat, sentencia n.º 157, de 29 de marzo de 1983, Rapports du Tribunal des différends américaino-iraniens, Cambridge, Grotius, 1984.
Essais nucléaires	(Australia c. Francia), fallo, C.I.J. Recueil 1974, pág. 253. (Nueva Zelandia c. Francia), ibíd., pág. 457. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), págs. 133 y 134, respectivamente.

Título abreviado del asunto	Tipo de decisión
F. c. R et Conseil d'État du canton de Thurgovie	Tribunal Federal de Suiza, decisión de 17 de diciembre de 1992, <i>Journal des Tribunaux</i> , 1995, pág. 523.
Flegenheimer	Decisión n.º 182 de 20 de septiembre de 1958, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. XIV (n.º de venta: 65.V.4), pág. 327.
Forêts du Rhodope central	Sentencia de 29 de marzo de 1933, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1405.
Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria	Excepciones preliminares, fallo, C.I.J. <i>Recueil</i> 1998, pág. 275. Providencia de 30 de junio de 1999, C.I.J. <i>Recueil</i> 1999, pág. 983. Providencia de 21 de octubre de 1999, <i>ibíd.</i> , pág. 1029.
Grand-Belt	Passage par le Grand-Belt (Finlandia c. Dinamarca), medidas provisionales, providencia de 29 de julio de 1991, C.I.J. <i>Recueil</i> 1991, pág. 12. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 276.
Île de Kasikili/Sedudu	(Botswana/Namibia), fallo, C.I.J. <i>Recueil</i> 1999, pág. 1045.
I'm Alone	S.S. «I'm Alone», sentencias de 30 de junio de 1933 y de 5 de enero de 1935, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1609.
Incident aérien du 3 juillet 1988	(República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), providencia de 13 de diciembre de 1989, C.I.J. <i>Recueil</i> 1989, pág. 132.
Incident aérien du 10 août 1999	(Pakistán c. India), competencia, fallo, C.I.J. <i>Recueil</i> 2000, pág. 12.
Indemnité russe	Decisión de 11 de noviembre de 1912 (Rusia c. Turquía), Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 421.
Interhandel	Fallo, C.I.J. <i>Recueil</i> 1959, pág. 6. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 64.
Irán-Estados Unidos, asunto n.º A/18	Decisión de 6 de abril de 1984, <i>Rapports du Tribunal des différends américaino-iraniens</i> , Cambridge, Grotius, 1985, vol. 5, pág. 251.
Kellett	Sentencia de 20 de septiembre de 1897, J. B. Moore, <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i> , vol. II, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898.
Klöckner	Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Republic of Cameroon, ICSID Reports, Cambridge University Press, Grotius, 1994, vol. 2, pág. 3.
LaGrand	(Alemania c. Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 3 de marzo de 1999, C.I.J. <i>Recueil</i> 1999, pág. 9.

Título abreviado del asunto	Tipo de decisión
Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires	Opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1996, pág. 226. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 111.
Licéité de l'emploi de la force	(Yugoslavia c. Bélgica), medidas provisionales, providencia de 2 de junio de 1999, C.I.J. Recueil 1999, pág. 124. (Yugoslavia c. Canadá), <i>ibíd.</i> , pág. 259. (Yugoslavia c. Francia), <i>ibíd.</i> , pág. 363. (Yugoslavia c. Alemania), <i>ibíd.</i> , pág. 422. (Yugoslavia c. Italia), <i>ibíd.</i> , pág. 481. (Yugoslavia c. Países Bajos), <i>ibíd.</i> , pág. 542. (Yugoslavia c. Portugal), <i>ibíd.</i> , pág. 656. (Yugoslavia c. España), <i>ibíd.</i> , pág. 761. (Yugoslavia c. Reino Unido), <i>ibíd.</i> , pág. 826. (Yugoslavia c. Estados Unidos de América), <i>ibíd.</i> , pág. 916.
Lockerbie	Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido), medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, C.I.J. Recueil 1992, pág. 3. (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América), <i>ibíd.</i> , pág. 114. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), págs. 1 y 7, respectivamente. (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido), excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1998, pág. 9. (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América), <i>ibíd.</i> , pág. 115. (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido), providencia de 29 de junio de 1999, C.I.J. Recueil 1999, pág. 975. (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América), <i>ibíd.</i> , pág. 979.
Loizidou	Loizidou c. Turquie, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Série A: Arrêts et décisions, vol. 310 (excepciones preliminares), fallo de 23 de marzo de 1995 (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1995) y fallo de 18 de diciembre de 1996 (fondo), Recueil des arrêts et décisions, 1996-VI (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1996).
Lotus	Fallo n.º 9, 1927, C.P.J.I., série A n.º 10.
Lusitania	Sentencia de 1.º de noviembre de 1923, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. VII (n.º de venta: 1956.V.5), pág. 32.
Manouba	(Francia/Italia), sentencia de 6 de mayo de 1913, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI (n.º de venta: E/F.61.V.4), pág. 463.
Mavrommatis	Concessions Mavrommatis en Palestine, fallo n.º 2, 1924, C.P.J.I., série A n.º 2.

Título abreviado del asunto	Tipo de decisión
McNeill	William McNeill (Great Britain) v. United Mexican States, Comisión de Reclamaciones Anglomexicana, decisión de 19 de mayo de 1931, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 164.
Mergé	Mergé Claim, Comisión de conciliación italo-americana, 10 de junio de 1955, International Law Reports, vol. 22 (1958), pág. 443.
Namibie	Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1971, pág. 16. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 107.
Naulilaa	Responsabilité de l’Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l’Afrique (Naulilaa), decisión arbitral de 31 de julio de 1928, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1011.
Nicaragua c. Honduras	Corte de Justicia Centroamericana, fallo de 17 de enero de 2000.
Nottebohm	Segunda fase, fallo, C.I.J. Recueil 1955, pág. 4. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 46.
Or monétaire	Or monétaire pris à Rome en 1943, fallo, C.I.J. Recueil 1954, pág. 19. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 42.
Paraguay c. États-Unis d’Amérique	Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 9 de abril de 1998, C.I.J. Recueil 1998, pág. 248.
Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran	Providencia de 15 de diciembre de 1979, C.I.J. Recueil 1979, pág. 7. Fallo, C.I.J. Recueil 1980, pág. 3. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), págs. 144 y 145, respectivamente.
Phares	Affaire relative à la concession des phares de l’Empire ottoman, sentencia de 24/27 de julio de 1956, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 155.
Phosphates du Maroc	Fallo, 1938, C.P.J.I., série A/B n.º 74, pág. 10.

Título abreviado del asunto	Tipo de decisión
Pinochet	Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (N.º 3), Reino Unido, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, <i>International Law Reports</i> , vol. 119.
Plates-formes pétrolières	(República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), excepción preliminar, fallo, C.I.J. Recueil 1996, pág. 803. Reconvencción, providencia de 10 de marzo de 1998, C.I.J. Recueil 1998, pág. 190.
Projet Gabčíkovo-Nagymaros	(Hungría/Eslovaquia), fallo, C.I.J. Recueil 1997, pág. 7.
Rainbow Warrior	Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior, laudo arbitral pronunciado por el Secretario General de las Naciones Unidas el 6 de julio de 1986, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIX (n.º de venta: E/F.90.V.7), pág. 197.
Réparation	Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1949, pág. 174. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 10.
Restricciones a la pena de muerte	Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención americana sobre derechos humanos), Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A: Fallos y Opiniones, n.º 3.
Saiga	Affaire du navire «Saiga» (n.º 2) (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), Tribunal Internacional del Derecho del Mar, fallo de 1.º de julio de 1999. <i>International Legal Materials</i> , vol. 38, n.º 5, septiembre de 1999, pág. 1323.
Selmouni	Selmouni c. France, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Recueil des arrêts et décisions 1999-V, fallo de 28 de julio de 1999, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1999.
Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan	(Indonesia/Malasia), providencia de 10 de noviembre de 1998, C.I.J. Recueil 1998, pág. 429.
Statut juridique du Groënland oriental	Fallo, 1933, C.P.J.I., série A/B n.º 53, pág. 22.
Sud-Ouest africain	Excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1962, pág. 319. Segunda fase, fallo, C.I.J. Recueil 1966, pág. 6. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), págs. 87 y 96, respectivamente.

Título abreviado del asunto	Tipo de decisión
Tadic	Prosecutor v. Tadic, caso n.º IT-94-1-A, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, fallo de 15 de julio de 1999, <i>International Legal Materials</i> , vol. 38 (noviembre de 1999), pág. 1518.
Temple de Préah Vihéar	Fondo, fallo, C.I.J. Recueil 1962, pág. 6. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 81.
Texaco	Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (1977), <i>International Law Reports</i> , vol. 53 (1979), pág. 389.
Timor oriental	(Portugal c. Australia), fallo, C.I.J. Recueil 1995, pág. 90. Véase también Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 90.
Usine de Chorzów	Competencia, fallo n.º 8, 1927, C.P.J.I., série A n.º 9. Fondo, fallo n.º 13, 1928, C.P.J.I., série A n.º 17.
Velásquez Rodríguez	Corte Interamericana de Derechos Humanos, indemnización compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989 (art. 63.1 de la Convención americana sobre derechos humanos), Serie C, n.º 7.
Wimbledon	Vapeur Wimbledon, fallos, 1923, C.P.J.I., série A n.º 1.
Zafiro	Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States (Zafiro), Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 160.

INSTRUMENTOS MULTILATERALES CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

Fuente

Arreglo pacífico de conflictos internacionales

- | | |
|--|---|
| Tratado General de Paz y Amistad (Washington D.C., 20 de diciembre de 1907) | H. Triepel, <i>Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international</i> . Continuation du grand recueil de G. F. de Martens, 3. ^a serie, vol. III, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1910, pág. 94. |
| Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (Pacto Kellogg-Briand) (París, 27 de agosto de 1928) | Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. XCIV, pág. 57. |

Relaciones de amistad y cooperación entre los Estados

- | | |
|--|--|
| Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (Río de Janeiro, 2 de septiembre de 1947) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 21, n.º 324, pág. 77. |
| Tratado del Atlántico Norte (Washington D.C., 4 de abril de 1949) | <i>Ibíd.</i> , vol. 34, n.º 541, pág. 243. |
| Tratado de Amistad, Cooperación y Ayuda Mutua (Tratado de Varsovia) (Varsovia, 14 de mayo de 1955) | <i>Ibíd.</i> , vol. 219, n.º 2962, pág. 3. |

Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas y consulares

- | | |
|--|---|
| Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1, n.º 4, pág. 15, y vol. 90, pág. 327 (corrección del volumen 1). |
| Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961) | <i>Ibíd.</i> , vol. 500, n.º 7310, pág. 162. |
| Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963) | <i>Ibíd.</i> , vol. 596, n.º 8638, pág. 392. |
| Convenio Europeo sobre Funciones Consulares (París, 11 de diciembre de 1967) | Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 61. |
| Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975) | Naciones Unidas, <i>Anuario jurídico 1975</i> (n.º de venta: S.77.V.3), pág. 91. |

Derechos humanos

- | | |
|---|--|
| Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n.º 1021, pág. 296. |
|---|--|

- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)
- Protocolo n.º 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994)
- Protocolo n.º 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 2000)
- Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961)
- Convenio de la OIT (n.º 119) relativo a la protección de la maquinaria (Ginebra, 25 de junio de 1963)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)
- Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 23 de marzo de 1976)
- Convenio europeo sobre la adopción de niños (Estrasburgo, 24 de abril de 1967)
- Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)
- Convenio sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Estrasburgo, 28 de enero de 1981)
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)
- Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español véase España, Boletín Oficial del Estado, n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
- Consejo de Europa, Série des traités européens, n.º 155. En español véanse España Boletín Oficial del Estado, n.º 152-1998, de 26 de junio de 1998, y n.º 223-1998, de 17 de septiembre de 1998.
- Consejo de Europa, ibíd., n.º 177.
- Ibíd., n.º 35.
- Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 532, n.º 7717, pág. 159.
- Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
- Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241, y vol. 1057, pág. 407.
- Ibíd., vol. 999, pág. 318.
- Consejo de Europa, Série des traités européens, n.º 58.
- Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
- Ibíd., vol. 1249, n.º 20378, pág. 70.
- Consejo de Europa, Série des traités européens, n.º 108.
- Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
- Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
- Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 49, resolución 45/158, anexo.

Carta europea de lenguas regionales o minoritarias (Estrasburgo, 5 de noviembre de 1992) Consejo de Europa, Série des traités européens, n.º 148.

Nacionalidad y apatridia

Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (La Haya, 12 de abril de 1930) Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. CLXXIX, pág. 89.

Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951) Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.88.XIV.1), pág. 295.

Protocolo sobre el estatuto de los refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967) Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 606, n.º 8791, pág. 288.

Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961) *Ibíd.*, vol. 989, n.º 14458, pág. 221.

Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades (Estrasburgo, 6 de mayo de 1963) *Ibíd.*, vol. 634, pág. 221.

Convenio europeo sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997) Consejo de Europa, Série des traités européens, n.º 166.

Comercio internacional y desarrollo

Convenio estableciendo una ley uniforme en materia de cheques (Ginebra, 19 de marzo de 1931) Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. CXLIII, n.º 3316, pág. 355.

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947) Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 55, pág. 187.

Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 18 de marzo de 1965) *Ibíd.*, vol. 575, n.º 8359, pág. 206.

Cuarta Convención concertada entre la Comunidad y los Estados miembros del Grupo de África, el Caribe y el Pacífico (Lomé, 15 de diciembre de 1989) *Ibíd.*, vol. 1925, n.º 32847.

Asuntos jurídicos

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998) A/CONF.183/9.

Derecho del mar

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)

El Derecho del Mar: Texto oficial de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y del Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 con un índice temático y pasajes del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.97.V.10).

Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (Nueva York, 4 de agosto de 1995)

Instrumentos relativos a la pesca internacional (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.98.V.11), secc. I; véase también A/CONF. 164/37.

Derecho aplicable a los conflictos armados

Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales (Convención Porter)

J. B. Scott, ed., Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907, Nueva York, Oxford University Press, 1916.

Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)

Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 75, págs. 31 y ss. En español véase CICR, Manual de la Cruz Roja Internacional, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)

Naciones Unidas, ibíd., pág. 31. En español véase CICR, ibíd., págs. 23 y ss.

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)

Naciones Unidas, ibíd., págs. 85 y ss. En español véase CICR, ibíd., págs. 47 y ss.

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)

Naciones Unidas, ibíd., págs. 135 y ss. En español véase CICR, ibíd., págs. 68 y ss.

- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)
Naciones Unidas, *ibíd.*, págs. 287 y ss. En español véase CICR, *ibíd.*, págs. 138 y ss.
- Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Ginebra, 8 de junio de 1977)
Naciones Unidas, *ibíd.*, vol. 1125, n.^{os} 17512 y 17513, págs. 214 y 642.
- Tratado de paz con el Japón (San Francisco, 8 de septiembre de 1951)
Ibíd., vol. 136, n.^o 1832, pág. 45.
- Tratado de Estado sobre el restablecimiento de una Austria independiente y democrática (Viena, 15 de mayo de 1955)
Ibíd., vol. 217, n.^o 2949, pág. 223.

Derecho de los tratados

- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n.^o 18232, pág. 443.
- Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)
Documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados. Viena, 4 de abril-6 de mayo de 1977 y 31 de julio-23 de agosto de 1978, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, n.^o de venta: S.79.V.10).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)
A/CONF.129/15.

Responsabilidad

- Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington D.C., 29 de marzo de 1972)
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 961, n.^o 13810, pág. 212.

Medio ambiente y recursos naturales

- Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1302, n.^o 21623, pág. 217. En español véase *Repertorio Cronológico de Legislación* 1983, Pamplona, Aranzadi, marginal 460.
- Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares (Viena, 26 de septiembre de 1986)
Naciones Unidas, *ibíd.*, vol. 1439, n.^o 24404, pág. 311.

- Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991) E/ECE/1250, 1991. En español véase Repertorio Cronológico de Legislación 1997, Pamplona, Aranzadi, marginal 1562.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992) Naciones Unidas, Anuario Jurídico 1992 (n.º de venta: S.97.V.8), pág. 415.
- Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997) Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49, vol. III, resolución 51/229, anexo.
- Derecho internacional general
- Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional (Washington D.C., 27 de diciembre de 1945) Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 2, n.º 20, pág. 39.
- Tratado Antártico (Washington D.C., 1.º de diciembre de 1959) *Ibíd.*, vol. 402, n.º 5778, pág. 87.
- Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial (La Haya, 1.º de febrero de 1971) *Ibíd.*, vol. 1144, n.º 17957, pág. 249.
- Convenio sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento (La Haya, 1.º de julio de 1985) *Ibíd.*, vol. 1664, n.º 28632, pág. 311.
- Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990) Consejo de Europa, Série des traités européens, n.º 141.
- Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (Maastricht, 7 de febrero de 1992) Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1755, n.º 30615, pág. 3.
- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957) tal como ha sido modificado por el Tratado de la Unión Europea Unión Europea, Recopilación de los Tratados, tomo I, vol. I, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1999, pág. 91.
- Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (Amsterdam, 2 de octubre de 1997) Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n.º C 340, de 10 de noviembre de 1997, pág. 1.
- Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (Amsterdam, 2 de octubre de 1997) *Ibíd.*, pág. 145.
- Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Amsterdam, 2 de octubre de 1997) *Ibíd.*, pág. 173.
- Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996) E/1996/99.
- Convenio de derecho penal sobre la corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999) Consejo de Europa, Série des traités européens, n.º 173.
- Convenio de derecho civil sobre la corrupción (Estrasburgo, 4 de noviembre de 1999) *Ibíd.*, n.º 174.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 52.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	Título	Observaciones y referencias
A/CN.4/502 y Add.1 y 2	Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto). Nota de la Secretaría	Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).
A/CN.4/503	Programa provisional	Ídem. El programa definitivo figura en la pág. viii supra.
A/CN.4/504 y Add.1	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, del debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo cuarto período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/505	Tercer informe sobre los actos unilaterales de los Estados, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial	Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).
A/CN.4/506 [y Corr.1] y Add.1	Primer informe sobre la protección diplomática, por el Sr. John Robert Dugard, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/507 y Add.1 [y Corr.1] y Add. 2 a 4	Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. James Crawford, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/508 y Add.1 a 4	Quinto informe sobre las reservas a los tratados, por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/509	Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas). Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/510	Tercer informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas), por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/511	Actos unilaterales de los Estados. Respuestas de los gobiernos al cuestionario	Ídem.
A/CN.4/L.590	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Mimeografiado. Véase el texto aprobado en Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/55/10). El texto definitivo figura en Anuario... 2000, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.591	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 52.º período de sesiones)	Ídem.
A/CN.4/L.592	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.593 [y Corr.1] y Add.1 a 6	Ídem: capítulo IV (Responsabilidad de los Estados)	Ídem.
A/CN.4/L.594	Ídem: capítulo V (Protección diplomática)	Ídem.
A/CN.4/L.595 y Add.1	Ídem: capítulo VI (Actos unilaterales de los Estados)	Ídem.
A/CN.4/L.596 y Add.1 a 4	Ídem: capítulo VII (Las reservas a los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.597	Ídem: capítulo VIII [Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)]	Ídem.
A/CN.4/L.598 y Add.1	Ídem: capítulo IX (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.

Signatura	Título	Observaciones y referencias
A/CN.4/L.599	Las reservas a los tratados. Título y texto de los proyectos de directrices aprobados por el Comité de Redacción: directrices 1.1.8, 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7], 1.4.7 [1.4.8], 1.7, 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4], 1.7.2 [1.7.5]	Véase el acta resumida de la 2640. ^a sesión (párr. 61).
A/CN.4/L.600	Responsabilidad de los Estados. Proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura	Mimeografiado. Véase el texto en Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/55/10). El texto definitivo figura en Anuario... 2000, vol. II (segunda parte), cap. IV, anexo.
A/CN.4/SR.2612- A/CN.4/SR.2664	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2612. ^a a 2664. ^a	Mimeografiado. El texto definitivo figura en el presente volumen.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA PRIMERA PARTE DEL 52.º PERÍODO DE SESIONES

celebrada en Ginebra del 1.º de mayo al 9 de junio de 2000

2612.ª SESIÓN

Lunes 1.º de mayo de 2000, a las 15.10 horas

Presidente saliente: Sr. Zdzislaw GALICKI

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Apertura del período de sesiones

1. El PRESIDENTE SALIENTE declara abierto el 52.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y recuerda que, de conformidad con la decisión de la Comisión, el período de sesiones se dividirá en dos partes. A continuación da la bienvenida a todos los miembros de la Comisión y les da las gracias por su cooperación y el apoyo que le brindaron en el curso del período de sesiones anterior.

2. El Presidente saliente informa de que, de conformidad con su mandato, asistió a las sesiones de la Sexta Comisión de la Asamblea General, cuyos interesantes debates sobre el informe de la CDI sobre la labor realizada en su 51.º período de sesiones se reflejan en el resumen por temas (A/CN.4/504 y Add.1). Lamentablemente, en razón de sus obligaciones profesionales no pudo participar en las reunio-

nes de los órganos regionales con los cuales la Comisión mantiene relaciones. No obstante, a su solicitud, el Sr. Hafner representó a la Comisión en el 39.º período de sesiones del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, celebrado en El Cairo del 19 al 23 de febrero de 2000, donde se acogió con el más vivo interés su exposición sobre los trabajos de la Comisión.

Elección de la Mesa

Por aclamación, el Sr. Yamada queda elegido Presidente.

El Sr. Yamada ocupa la Presidencia.

3. El PRESIDENTE da las gracias a los miembros de la Comisión por la confianza que le han expresado al elegirlo Presidente. Hará todo lo posible por ser digno de esa confianza y confía en que podrá contar con el apoyo de los miembros de la Comisión y la ayuda de la secretaría para llevar a feliz término su tarea.

Por aclamación, el Sr. Kamto queda elegido primer Vicepresidente.

Por aclamación, el Sr. Tomka queda elegido segundo Vicepresidente.

Por aclamación, el Sr. Gaja queda elegido Presidente del Comité de Redacción.

Por aclamación, el Sr. Rodríguez Cedeño queda elegido Relator.

Aprobación del programa (A/CN.4/503)

4. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que apruebe el programa provisional (A/CN.4/503)

Queda aprobado el programa.

Organización de los trabajos del período de sesiones

[Tema 2 del programa]

5. El PRESIDENTE sugiere que se suspenda la sesión para que la Mesa Ampliada pueda reunirse y examinar la organización de los trabajos del período de sesiones.

Se suspende la sesión a las 15.40 horas y se reanuda a las 16.35 horas.

Provisión de vacantes imprevistas
(artículo 11 del estatuto) (A/CN.4/502 y Add.1 y 2)

[Tema 1 del programa]

6. El PRESIDENTE anuncia que por recomendación de la Mesa Ampliada la Comisión debe proceder a llenar dos vacantes. De conformidad con la práctica habitual, se suspende la sesión para proceder a las elecciones en sesión privada.

Se suspende la sesión a las 16.45 horas y se reanuda a las 17.00 horas.

7. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión ha elegido al Sr. Kamil Idris para llenar el puesto vacante por el fallecimiento de Doudou Thiam y al Sr. Djamchid Momtaz para llenar el puesto vacante por la elección del Sr. Awn Al-Khasawneh como miembro de la CIJ. En nombre de la Comisión, comunicará su nombramiento a las personas elegidas y las invitará a participar como miembros en la Comisión.

Organización de los trabajos del período
de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

8. El Sr. PELLET expresa una vez más su desaprobación por el hecho de que la Comisión comience sus trabajos un 1.º de mayo, día en que se celebra una fiesta laica e internacional mundialmente reconocida, salvo en Suiza y en las Naciones Unidas. Esto es anormal en la medida en que se imponen a las Naciones Unidas días feriados que nada tienen que ver con la Organización. Protesta también por el hecho de que se le haya entregado una tarjeta credencial en la cual figura la sigla en inglés de la Comisión, ILC, lo que es una práctica inadmisibles en una organización internacional con sede en un país de habla francesa como Suiza.

Se levanta la sesión a las 17.10 horas.

2613.ª SESIÓN

Martes 2 de mayo de 2000, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner,

Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Organización de los trabajos del período
de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

1. El PRESIDENTE recuerda que en su sesión anterior la Comisión ha adoptado su programa de trabajo para las dos semanas siguientes. Invita a los miembros a que comuniquen al Sr. Gaja, Presidente del Comité de Redacción, y al Sr. Kamto, Presidente del Grupo de Planificación, su interés en participar en cualquiera de esos órganos. El Comité de Redacción se ocupará inicialmente de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

Responsabilidad de los Estados¹
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), presentando el tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/507 y Add.1 a 4), dice que una reunión oficiosa celebrada a comienzos del año en Cambridge (Reino Unido) le ha permitido adelantar en el examen de varias cuestiones y expresa su agradecimiento a los participantes en esa reunión. La Asociación de Derecho Internacional ha establecido un grupo de estudio sobre la responsabilidad de los Estados, cuyo primer informe ha sido ya publicado. Ese grupo está integrado por algunos juristas eminentes, incluido el anterior Relator Especial sobre el tema, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz.

3. Con el tercer informe la Comisión inicia su nuevo examen de la segunda parte del proyecto de artículos, que incluirá dos nuevas adiciones. Una trata del contenido concreto de la reparación, la restitución y la indemnización y, en particular, habrá que determinar si los artículos sobre la indemnización deberían ser más detallados para atender a las críticas de los gobiernos. La otra trata de lo que puede calificarse de consecuencias de la responsabilidad, la posibilidad de que los Estados lesionados puedan ser varios y no sólo uno y cualquier otra cuestión que se plantee en el examen de las dos primeras secciones del

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

informe. Por su parte, reitera su compromiso —y espera que sea también el de la Comisión— de completar la segunda lectura del proyecto de artículos en el 53.º período de sesiones de la Comisión, en 2001. Con este objeto, el Comité de Redacción podría elaborar un texto a fines del actual período de sesiones, dejando de lado la cuestión de la solución de controversias, de manera que en su 53.º período de sesiones la Comisión pueda pulir el texto íntegro y su comentario. El programa es ambicioso pero de todos modos factible.

4. En la sección A del capítulo I del tercer informe se señalan cuatro cuestiones que están pendientes en relación con la primera parte: la responsabilidad del Estado por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto (art. 19), la formulación de un artículo sobre el agotamiento de los recursos internos (art. 22) y otro sobre las contramedidas (art. 30), y la posibilidad de incluir otra circunstancia excluyente de la ilicitud, la del incumplimiento por la otra parte. Estas cuatro cuestiones también guardan relación con la segunda parte y por lo tanto no se podrán finalizar mientras no se decidan ciertos aspectos de la segunda parte. En algunos casos, en particular en lo que respecta al párrafo 4 del artículo 42, se repiten en la segunda parte algunos textos de la primera. Esto no es necesario y plantea dudas acerca de si los principios de la primera parte sobre violación de las obligaciones internacionales son aplicables a las obligaciones internacionales enunciadas en la segunda parte. Sin embargo, se debe suponer que son aplicables.

5. El informe trata de dos cuestiones que se relacionan entre sí: el contenido del capítulo I de la segunda parte (Principios generales) y la estructura general y el enfoque del resto de los proyectos de artículo. Además de los principios generales, la segunda parte contiene disposiciones sobre los derechos del Estado lesionado, las contramedidas y las consecuencias de los crímenes internacionales. La tercera parte trata de la solución de controversias. Se ha decidido provisionalmente no establecer ningún vínculo entre la adopción de contramedidas y la solución de controversias. Por consiguiente, la tercera parte debe ser dejada de lado por el momento. Una vez aprobado todo el proyecto, la solución de controversias podrá examinarse de manera general, al igual que la forma que deberá adoptar el proyecto. Si éste no ha de presentarse a la Asamblea General como una convención, será manifiestamente inútil que se añadan disposiciones sobre solución de controversias. Por su parte, duda de que esas disposiciones sean aceptables dado que el texto cubre literalmente todas las obligaciones de los Estados.

6. Los apartados b y c del párrafo 7 del informe muestran las dificultades que ha experimentado el Relator Especial, en su calidad de abogado de common law, al abordar el contenido de fondo de la segunda parte. En el common law ello se considera parte del derecho de recurso y en gran medida se articula en términos de las atribuciones de los tribunales. En cambio el proyecto de artículos está formulado desde el punto de vista de las obligaciones y las prerrogativas de los Estados, en consonancia con el enfoque normalmente adoptado en el derecho internacional, en que el arreglo judicial depende del consentimiento de los Estados. Con arreglo a este enfoque, los artículos deben formularse en términos de derechos categóricos o, de lo contrario, se debe insertar a todo lo largo del texto la expresión «según sea apropiado».

Esta redacción tan torpe ha suscitado la crítica de los gobiernos de diferentes tradiciones jurídicas en razón de que los artículos son demasiado rígidos o bien tan vagos que carecen de contenido. El problema no puede resolverse ahora, pero se debe tener presente en la labor futura de redacción.

7. Los párrafos 8 y 9 del informe contienen algunas sugerencias, además de las razones que las motivan, para mejorar la estructura de la segunda parte. El título actual, «Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional», no es fácilmente comprensible para una mayoría de abogados de derecho internacional y podría sustituirse por un título más directo: «Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito de un Estado», que obedece a la concepción tradicional de la responsabilidad de los Estados como la consecuencia jurídica secundaria que dimana de una violación.

8. El capítulo I de la segunda parte se titula «Principios generales» pero no contiene ninguno. En consecuencia, se deberían añadir algunos, al igual que en el capítulo I de la primera parte. También debería haber un capítulo sobre las tres formas de reparación: restitución, indemnización y satisfacción. La cesación, de la que trata actualmente el capítulo II de la segunda parte, no es una forma de reparación y debería enunciarse en la primera parte como un principio general, junto con el principio general sobre la reparación. Así, en el capítulo II de la segunda parte se podría explicar qué son la restitución, la indemnización y la satisfacción, sin que sea necesario referirse a las modalidades de elección entre ellas. Tradicionalmente, según el fallo del asunto *Usine de Chorzów* (compétence), se considera que la obligación fundamental del Estado infractor es la obligación de dar reparación. El contenido de ese principio general varía según las circunstancias o la culpa concurrente del Estado víctima. Otra cuestión que se ha propuesto abordar en su informe es la de cómo enfocar los casos en que hay varios Estados responsables o varios Estados lesionados por un único hecho ilícito.

9. Se debería considerar la posibilidad de incluir dos partes adicionales. Es su firme convencimiento de que una debería ser una parte cuarta sobre disposiciones generales que incluya, entre otras cosas, la disposición sobre la *lex specialis*. Una propuesta más controvertida sobre una nueva parte es la de establecer una distinción entre las consecuencias jurídicas para el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito y el hecho de que la víctima primaria de la violación o, en ciertas circunstancias, otros Estados hagan valer esa responsabilidad. Esta distinción eliminaría parte de la confusión creada por el artículo 40. Por consiguiente, propone que se añada una segunda parte bis, titulada «Formas de hacer valer la responsabilidad de los Estados». En una etapa muy temprana de esta labor, un antiguo Relator Especial, Roberto Ago, había tenido la misma idea, y opinaba que esa parte podría abarcar también la protección diplomática, a la que consideraba como un método por el cual un Estado hacía valer la responsabilidad de otro Estado con respecto a la lesión causada a uno de sus nacionales.

10. El artículo 40 trata de la cuestión general de quién está facultado para hacer frente a la violación, pero lo hace de manera sumamente insatisfactoria. La Conven-

ción de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante denominada «Convención de Viena de 1969») trata de la pérdida del derecho a alegar una causa de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado. Si se razona en este mismo sentido, se debería añadir en una segunda parte bis un artículo sobre la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad. También en este caso las contramedidas podrían considerarse como una forma de hacer valer la responsabilidad. La razón de que se adopten contramedidas respecto de un Estado es que se ha negado a reconocer su responsabilidad y a cesar su comportamiento ilícito. De ahí que las contramedidas queden comprendidas dentro del epígrafe de las formas de hacer valer la responsabilidad y no de las formas de reparación. Además, las cuestiones de que trata el artículo 19 podrían considerarse en general como formas de hacer valer una responsabilidad con respecto de la comunidad internacional en su conjunto.

11. Por estas razones ha propuesto para los restantes artículos sustantivos la estructura que se señala en el párrafo 10. Esta propuesta no es en modo alguno definitiva y sólo tiene por objeto facilitar el debate. El artículo 40 agrupa demasiadas cuestiones y la estructura propuesta tiene por objeto separar esas cuestiones.

12. En lo que respecta a la segunda parte, que se titula «Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito de un Estado», está muy agradecido al Sr. Pellet por las propuestas que hizo en la reunión de Cambridge. En el capítulo I de la segunda parte se podrían enunciar cuatro principios generales: el principio de que un hecho internacionalmente ilícito entraña consecuencias jurídicas; el principio general de la reparación, que figura ahora en el artículo 42; la cuestión de la cesación; y las cuestiones planteadas en el artículo 40.

13. El párrafo 1 del artículo 36 es sencillamente una disposición introductoria formal de la responsabilidad de los Estados. Ningún gobierno ha objetado esa disposición y tampoco la han considerado inútil y, como ha señalado el Sr. Brownlie, a veces es necesario establecer ciertas vinculaciones entre los artículos. Sin embargo, la cuestión de la reparación es una cuestión más compleja, que se formula en todo el proyecto de artículos como un derecho del Estado lesionado. Francia ha sugerido que la disposición comience enunciando la idea de que toda responsabilidad es responsabilidad de un Estado infractor con respecto a un Estado lesionado³. El Relator Especial Ago había preferido considerar la responsabilidad como una emanación de la violación por un Estado de una obligación y tratar las consecuencias de la responsabilidad sólo después de haber definido la obligación⁴. En otros términos, el concepto de Estado lesionado puede enunciarse al comienzo mismo o al final de una construcción lógica, pero el artículo 40 lo hace exactamente al medio del proyecto, sin ningún razonamiento consecuente. Esto crea graves problemas.

14. Además, en el marco de la responsabilidad con respecto a varios Estados, o a la comunidad internacional en

su conjunto, la determinación de los derechos de un Estado lesionado supone que ese Estado es el único lesionado. La Comisión ha dicho que no se trata de hacer «bilaterales» obligaciones multilaterales, pero eso es precisamente lo que ha hecho al no atenerse a sus compromisos anteriores, y el resultado es un texto totalmente incoherente al respecto. El Relator Especial propone que esta cuestión se formule no «al modo de Francia» sino «al modo de Ago», esto es, manteniendo el concepto básico de la responsabilidad enunciado en el capítulo I de la primera parte, desarrollando ese concepto en la segunda parte y reservando la tercera parte a la cuestión de las formas de hacer valer la responsabilidad. Tal como están redactados, los proyectos de artículos no solucionan el problema que ellos mismos han creado al tratar en el artículo 40 de las obligaciones multilaterales y atribuirles individualmente a determinados Estados, lo que genera una situación intolerable. Con arreglo a la redacción actual del artículo 40, la víctima primaria de una violación de los derechos humanos podría aceptar una indemnización y dar por terminado el asunto; en cambio, otros Estados tendrían derecho a intervenir adoptando contramedidas. Como ya lo han señalado algunos gobiernos, esto no puede ser así. Por su parte, propone que se solucione el problema tratando de los principios generales en la segunda parte y del contenido de la reparación en el capítulo II y formulando el principio general como una obligación del Estado al que se refiere la primera parte, esto es, el Estado responsable. De este modo no se pierde nada del contenido y se gana aplazando para después la cuestión de quién podrá hacer qué en relación con ese Estado. Que esto se trate en una sección posterior de la segunda parte o en la segunda parte bis que ha propuesto, no tiene mayor importancia. El principio de lógica es fundamental: se debe ya sea comenzar enunciando el concepto de que la responsabilidad se plantea con respecto a otro Estado o bien atenerse al concepto de Ago de que en derecho la responsabilidad existe por la violación, concepto que reflejan los proyectos de artículo 1 y 3, y finalmente enunciar al menos las consecuencias inmediatas de la violación. Esto debe hacerse tanto con respecto a la obligación de reparación en términos generales como a la obligación de cesación.

15. Por su parte, considera que el principio general de la reparación debe formularse como la obligación del Estado que comete el hecho internacionalmente ilícito de dar reparación, en una forma apropiada, por las consecuencias de ese hecho. Se plantean varias cuestiones con respecto a la aplicación de ese principio general, que desde luego está contenido ya en el párrafo 1 del artículo 42, que establece el derecho del Estado lesionado. El primer problema es el de la relación causal. El Relator Especial Arangio-Ruiz tenía una muy clara opinión al respecto, que se expresa en el comentario al artículo 42, y argumentaba que si un hecho ilícito produce también determinadas consecuencias en razón de otras circunstancias que son causas concurrentes, el Estado debe ser responsable sólo hasta cierto punto por los perjuicios⁵. Por su parte, está en desacuerdo con esta opinión. Un Estado es responsable por las consecuencias directas o próximas de su comportamiento. Es cierto que es difícil determinar

³ Véase Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

⁴ Segundo informe (Anuario... 1970, vol. II, pág. 206, doc. A/CN.4/233).

⁵ Véase el párrafo 6 del comentario al antiguo artículo 6 bis [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), pág. 64].

el adjetivo preciso que se ha de utilizar en este contexto. Los distintos sistemas jurídicos usan distintos términos, pero todos establecen una diferencia entre las consecuencias que dimanar directamente de un hecho ilícito y las consecuencias secundarias a largo plazo, las consecuencias no previstas, que dimanar del comportamiento humano en general.

16. En su opinión, no existe ninguna razón para apartarse de la tradicional concepción de la causalidad, por lo que propone una redacción sencilla del proyecto de artículo, teniendo en cuenta la advertencia hecha por un traductor de que el problema no se solucionará mediante una determinada redacción sino sólo mediante la aplicación de determinadas normas a determinados hechos. Sin embargo, es claro que se plantea el problema de la relación causal lejana o directa con el daño o como quiera que se llame. Esta idea debe formularse de manera apropiada y también se debe modificar el comentario. Desde luego, habrá casos en que medie el derecho, en cierto modo, al disponer que en determinados casos de violación sólo se tendrán en cuenta algunas de sus consecuencias en tanto que en otros casos la norma podría ser mucho más estricta. Este concepto debe figurar en un artículo de carácter general, al menos en términos generales.

17. El párrafo 3 del artículo 42, que dispone que en ningún caso la reparación debe «tener por resultado privar a la población de un Estado de sus propios medios de subsistencia», se había incluido en el proyecto porque al anterior Relator Especial le preocupaba que las consecuencias penales para los Estados infractores fuesen excesivas. Esa preocupación se refleja en algunas disposiciones sobre la restitución. Por ejemplo, cuando la restitución es tan onerosa en comparación con los beneficios que obtendría el Estado lesionado, no puede haber una obligación de restituir. Así, se trataba de impedir en determinados artículos que la reparación entrañara una penalización excesiva. Sin embargo, el anterior Relator Especial había considerado que se requería también una disposición de carácter general. Los gobiernos han criticado fuertemente la redacción del párrafo 3 del artículo 42. Sólo un país, Alemania, ha expresado su apoyo, por razones históricamente comprensibles. La crítica parece justificarse. La forma que reviste la reparación, su oportunidad y los aspectos relativos a sus modalidades podrían verse afectados por la situación del Estado responsable. Es más, en casos extremos, como en el caso *Indemnité russe*, un Estado tal vez deba aplazar la indemnización hasta estar en condiciones de hacer esos pagos. Pero salvo el fiasco de los pagos por reparación tras la primera guerra mundial, ningún precedente histórico justifica una garantía como ésta. Además, el establecimiento de una garantía crearía graves problemas. En principio la reparación exigiría al Estado una restitución de algo que, por definición, no son sus propios medios de subsistencia, sino los de otros, esto es, el territorio o los bienes de otros. Las cuestiones que se plantean podrían tal vez solucionarse en el ámbito de las modalidades.

18. Por estas razones propone que se suprima el párrafo 3 del artículo 42 y que los problemas planteados se aborden en el contexto de las formas específicas de reparación en el capítulo II. El principio básico, enunciado en el asunto *Usine de Chorzów*, es el de que el Estado res-

ponsable debe reparar las consecuencias de su hecho ilícito, y siempre que se entienda que esa expresión entraña una limitación al estilo de «directas y no muy remotas», no hay razones para temer que esa exigencia prive al Estado de sus medios de subsistencia. Todos los años, en el contexto de las disposiciones internacionales en materia de deuda se llega a acuerdo en asuntos que comprometen la responsabilidad de los Estados todavía más que en el ámbito de la indemnización. Por esas razones el párrafo 3 del artículo 42 crea más problemas que los que resuelve.

19. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 42, el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no puede hacer valer las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar íntegramente el daño causado. Sin embargo, esto ya se ha señalado en el artículo 4 del proyecto. Por ello, propone, en el párrafo 119 de su informe, que el principio general se enuncie en el capítulo I de la segunda parte, concretamente en los párrafos 1 y 2 del artículo 37 bis.

20. El principio general de la cesación aparece en dos formas ligeramente diferentes en el párrafo 2 del artículo 36 y el artículo 41. El Relator Especial está de acuerdo con la idea implícita en el proyecto de que ambas están relacionadas y deberían figurar en un solo artículo, pero prefiere una redacción algo diferente.

21. La primera cuestión es la consecuencia de la violación de la obligación primaria. La obligación de cesar un comportamiento no existe cuando la obligación primaria ha cesado de existir y, en ciertas circunstancias, manifiestamente en caso de violación grave de un tratado bilateral que el otro Estado invoca como motivo para la terminación del tratado, la cuestión de la cesación no se planteará. Este aspecto debe tratarse en una cláusula de salvaguardia, pero es importante.

22. En lo que respecta a la cuestión más positiva de la cesación (art. 41), pocos Estados han criticado esa disposición. Pero la doctrina considera que la cesación es en realidad la consecuencia de la obligación primaria, no una consecuencia secundaria de la violación y, por lo tanto, no corresponde que figure en el proyecto. En el párrafo 50 de su informe trata de explicar las razones por las cuales no comparte esa opinión. La cuestión de la cesación sólo puede plantearse después de cometida la violación. Tal vez no sea una consecuencia secundaria de la misma manera en que lo es la reparación, pero es una consecuencia de una obligación. Es más, existe una relación entre la cesación y otras consecuencias de la violación —por ejemplo pero no exclusivamente— con respecto a las contramedidas. En segundo término, y quizás más importante, en la mayoría de los asuntos relativos a la responsabilidad de los Estados en que se plantean cuestiones del ámbito del proyecto de artículos, el interés principal del Estado no radica tanto en la compensación monetaria por la violación sino en la cesación del hecho ilícito y la vuelta a la situación jurídica anterior a la violación. Esta es la razón por la cual remedios como las declaraciones han desempeñado un papel tan importante en asuntos que involucran la responsabilidad de los Estados. No incluir una disposición sobre la cesación

entrañaría distorsionar la realidad de la responsabilidad de los Estados.

23. Queda todavía la cuestión de la redacción. Francia ha propuesto una versión que figura en el párrafo 52. A los fines del debate, sugiere una redacción diferente, que tiene en cuenta el hecho de que la cuestión de la cesación sólo podrá plantearse si la obligación primaria sigue vigente. Esta idea se enuncia en el artículo 36 bis, en el párrafo 119 del informe. El principio general de la cesación debe señalarse en primer lugar porque, lógicamente, está antes de la reparación; habrá casos en los que la violación se señale a la atención del Estado responsable, que cesará de inmediato el comportamiento de que se trate y el problema no irá más allá. La obligación de cesación se ha formulado en referencia al concepto de hecho ilícito continuado, teniendo en cuenta que ese concepto, con toda razón, se mantiene en la primera parte del proyecto.

24. La segunda cuestión que debe debatirse es la de las seguridades y garantías de no repetición, que el anterior Relator Especial había enfocado como una especie sui generis de consecuencia de la violación, consciente de que no se trata precisamente de una cuestión de reparación porque, por definición, se está hablando del futuro y no del pasado. La enunciación separada de los conceptos de seguridades y garantías por parte del Sr. Arangio-Ruiz es extremadamente útil. Las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito son fundamentalmente dos, una orientada al futuro y otra al pasado. Las consecuencias orientadas al futuro son la cesación y las seguridades y garantías de no repetición, en el supuesto en ambos casos desde luego de que la obligación sigue existiendo. El otro aspecto es la reparación, esto es, el deshacer el daño causado por la violación. Esta es la manera coherente de enfocar la cuestión y también es correcto que las seguridades y garantías se traten en el artículo relativo a la cesación. Después de todo, un Estado que pide la cesación desea seguridades de que la relación jurídica afectada por la violación sea restablecida. Las condiciones son dos: en primer término, el fin de la violación y, en segundo término, si ha lugar, las garantías de que el hecho ilícito no se repetirá. De cumplirse ambas condiciones, la relación jurídica queda restablecida, sin perjuicio de la cuestión de la reparación debida por la violación.

25. En algunos casos, las seguridades y garantías exigidas serán extremadamente rigurosas y en otros, una mera promesa o compromiso serán suficientes. Pese a sus anteriores críticas de esta imprecisión, no divisa ninguna otra solución más que la de utilizar la palabra «adecuadas» y de agregar la expresión «a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición».

26. El Relator Especial comparte la opinión de Francia de que los artículos 37 y 39 son cláusulas de salvaguardia que pueden insertarse en una parte general, pero no así el artículo 38, que trata de otras consecuencias de un hecho ilícito y debe mantenerse donde está para que tenga algún significado. El artículo 38 implica que existen normas específicas, ya sea en el derecho convencional o en el derecho internacional consuetudinario, por las que se rigen las consecuencias de un hecho ilícito en un determinado caso de violación. Es evidente que estas normas son aplicables, pero lo son en virtud del principio de la *lex specialis* y no es necesario que el artículo 38 lo

diga. Sin embargo, otra razón de ser del artículo 38 es que existen otras consecuencias generales de una violación del derecho internacional que no están enunciadas en las disposiciones de esta parte. Es probable que la Sexta Comisión diga que si después de 40 años la CDI todavía no sabe cuáles son esas consecuencias, el artículo 38 tal vez no sea necesario. El comentario señala dos consecuencias de un hecho ilícito, pero ninguna de ellas guarda relación con el tema de la responsabilidad. Si la Comisión pudiera determinar otras consecuencias de un hecho ilícito internacional del ámbito de la responsabilidad de los Estados, tal vez podría entonces señalar cuáles son esas consecuencias. La única razón para mantener el artículo 38 es el principio general de derecho comprendido en la máxima *ex injuria ius non oritur*, según el cual, cuando un Estado ha cometido un hecho ilícito, no puede invocar ese hecho para eximirse de las consecuencias de una determinada situación. De este principio general del derecho se deducen consecuencias en situaciones diferentes. La CIJ ha invocado este principio en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* para deducir que Hungría no podía poner término a un tratado bilateral cuyas disposiciones había infringido. En este asunto, las consecuencias específicas que la Corte señaló pertenecían al ámbito de la terminación de los tratados y no de la responsabilidad, pero es concebible que en un contexto específico puedan surgir obligaciones jurídicas en razón del efecto generador del principio *ex injuria ius non oritur*. En consecuencia, podría haber razones para mantener el artículo 38 y dar una explicación más convincente en el comentario. No obstante, por el momento, propone insertar el artículo 38 entre corchetes, en la esperanza de que la Comisión lo elimine.

27. En lo que respecta al artículo 40, la expresión «Estado lesionado» sencillamente no puede definirse. Esa expresión debe examinarse en el contexto del proyecto en su conjunto para determinar qué consecuencias tiene su inclusión. Todo Estado lesionado tiene derecho a la restitución, la indemnización y la satisfacción y a adoptar contramedidas pero, por extraño que parezca, no tiene derecho a pedir la cesación; sin embargo, determinadas razones aconsejan distinguir entre cesación y reparación en caso de que haya varios Estados lesionados.

28. El artículo 40 da la impresión de presentar toda una serie de ideas sin tratar de establecer ninguna relación entre ellas. Por ejemplo, es extraño decir que todo Estado resulta lesionado por la violación de una obligación de derechos humanos en general para luego agregar los crímenes internacionales al final. Las disposiciones del párrafo 3, como ha señalado un Estado, son completamente innecesarias en el contexto del artículo 40 porque, en caso de un crimen internacional tal como se ha definido, se aplicarían ya otros párrafos del artículo 40.

29. El artículo 40 podría haberse enfocado fundamentalmente de dos maneras. La primera, propuesta por un ex miembro de la Comisión, el Sr. Balanda, se señala en una nota al párrafo 68 del informe⁶. Se trata de una defi-

⁶ Hizo la siguiente observación: «En lugar de examinar todos los casos en los que un Estado puede sufrir una lesión en relación con los derechos afectados, con el peligro de olvidar algunas posibilidades, la Comisión podría definir el Estado lesionado en el sentido de que es el que ha sufrido un perjuicio material o moral resultante de un hecho internacionalmente ilícito imputable a otro Estado». (Anuario... 1984, vol. I, 1867.ª sesión, pág. 332, párr. 9.)

nición muy sencilla y su efecto es el de remitir de nuevo a las normas primarias o a la aplicación general del derecho internacional todas las cuestiones inherentes a la identificación de personas lesionadas o afectadas. Tal vez eso sea una versión más bien extremada de la distinción entre normas primarias y secundarias, pero habría sido defendible. El otro camino es tratar de explicar más precisamente cómo opera la responsabilidad en caso de lesiones a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto. El problema con este artículo es que simplemente termina en un limbo entre ambas soluciones. Por su parte, propone básicamente la solución del Sr. Balanda cuando se trate de obligaciones bilaterales y una solución más refinada y articulada cuando se trate de obligaciones multilaterales. En lo que respecta a las obligaciones bilaterales el Sr. Balanda tiene toda la razón y las disposiciones bastante elaboradas que se enuncian en los apartados a, b, c y d del párrafo 2 del artículo 40 son innecesarias; el derecho internacional dirá cuándo entran en juego las obligaciones bilaterales. La Comisión puede sencillamente afirmar que si un Estado ha contraído una obligación con respecto a otro Estado, entonces ese otro Estado es el que resulta lesionado por la violación de esa obligación. El problema se plantea realmente en el ámbito de las obligaciones multilaterales, no tanto de algunas obligaciones contraídas con respecto a varios Estados que pudieran tener el mismo contenido sino de una sola obligación contraída con respecto a un grupo de Estados, todos los Estados o la comunidad internacional en su conjunto. Los apartados e y f del párrafo 2 y el párrafo 3 del artículo 40 tratan de esta categoría de conceptos sin hacer ninguna distinción entre ellos y los demás. Ninguno de estos conceptos ha sido delimitado.

30. La primera cuestión que cabe hacer notar es la de que hasta hace poco se habría podido perfectamente argumentar que, aun cuando las obligaciones pueden en cierto sentido haberse contraído con un grupo de Estados, en caso de violación, las consecuencias son siempre bilaterales. De ser así, el enfoque del Sr. Balanda con respecto a la definición contenida en el artículo 40 es correcto. Es sorprendente que aun el Sr. Ushakov había adoptado esa posición, pese al sistemático apoyo al concepto de crímenes de Estado de parte de la Unión Soviética⁷. Sin embargo, en su opinión, este enfoque ya no es posible, por diversas razones.

31. En primer lugar, en el asunto Barcelona Traction la CIJ señaló categóricamente que existían obligaciones contraídas con toda la comunidad internacional. Esas obligaciones no se contraen con ningún Estado considerado individualmente, aun cuando ese Estado sea parte de la comunidad internacional y tenga derecho a hacer valer responsabilidades. En cambio, esas obligaciones se contraen con respecto a un ente colectivo. El dilema fundamental es el de que, aun cuando las obligaciones en un cierto sentido se han contraído con un ente colectivo, ese ente no existe. En su opinión disidente en el asunto Namibia, Sir Gerald Fitzmaurice señaló que la comunidad internacional en su conjunto no constituía ninguna entidad jurídica separada y que ninguna persona estaba autorizada a actuar en su nombre en un sentido general. No hay ningún órgano que represente a la comunidad

internacional de la manera en que, por ejemplo, el fiscal general representa el interés público en los ordenamientos de common law.

32. Se trata de formular un concepto equivalente en un contexto en que los Estados no pueden actuar o no actúan válida y colectivamente. Con este fin es necesario distinguir, en primer término, entre la víctima primaria de la violación y el interés jurídico de otro Estado. En efecto, la Corte hizo precisamente esa distinción en el asunto Namibia, inmediatamente después de su fallo sobre el asunto Barcelona Traction, en el cual había señalado que la violación en ese caso, sobre el cual la Corte se había negado a fallar en 1966, era una violación que afectaba al pueblo del África sudoccidental y no a un Estado. En el asunto Sud-Ouest africano (deuxième phase), la Corte señaló que en las circunstancias del caso no podía declarar que otros dos Estados africanos tenían derecho a invocar la responsabilidad de Sudáfrica respecto de esa violación. Sin embargo, la Corte no dijo que era jurídicamente imposible que esos Estados lo hicieran; simplemente dijo que, conforme a la interpretación de una disposición jurisdiccional que databa de 1920, no se les había otorgado ese derecho. Por lamentable que sea, la decisión en ese asunto se limitó a interpretar una determinada disposición jurisdiccional. Así, y a la luz del desarrollo ulterior del derecho internacional, la cuestión jurídica planteada a la Corte en el asunto Sud-Ouest africano (deuxième phase) es totalmente unilateral. De las decisiones posteriores se desprende claramente que se reconocía que los Estados tenían un interés jurídico en el cumplimiento, es decir, el derecho a hacer valer responsabilidades, sin ser directamente las entidades perjudicadas por la violación. No se trata de una mera distinción teórica y la diferencia es enorme. La primera parte del fallo señala que la ilicitud queda excluida si se ha prestado un consentimiento válido. Pero es perfectamente claro que el consentimiento de Etiopía y Liberia no habría podido subsanar la ilicitud: ambos países habían estado actuando en cierto modo en nombre del interés público con respecto a una violación y no se trataba de que su derecho estuviera en juego. Todo sistema coherente de responsabilidad de los Estados que vaya más allá del «principio Balanda» y trate de abordar esas cuestiones en lugar de remitirse a otras disposiciones tendría que hacer esa distinción.

33. En lo que respecta a la nueva formulación del artículo 40, la Comisión debería basarse lo más posible en la experiencia convencional actual, cuyo elemento primordial es el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969; ese artículo refleja el anterior esfuerzo de la Comisión, primero, por distinguir entre los tratados bilaterales y multilaterales a los efectos de sus consecuencias jurídicas y, segundo, por establecer cuáles son las consecuencias de una violación en el ámbito de los tratados multilaterales. En este caso, la Comisión se ha ocupado no de las consecuencias de una violación a los efectos de la responsabilidad sino de las consecuencias en el sentido de dar a los Estados considerados individualmente el derecho de respuesta, por ejemplo, mediante la suspensión de la aplicación de un tratado. Esa Convención, adoptada antes del fallo del asunto Barcelona Traction, distingue entre dos tipos de casos: los casos en que un determinado Estado resulta especialmente afectado por una viola-

⁷ Véase Anuario... 1985, vol. I, 1929.ª sesión, pág. 310.

ción y aquellos en que la violación grave de sus disposiciones por una de las partes modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución del tratado, esto es, lo que el Relator Especial denomina «obligaciones integrales».

34. El artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 trata sólo de la violación grave, la que da lugar a la suspensión o terminación de los tratados. Ahora la Comisión se ocupa no sólo de las violaciones graves sino de cualquier violación. Cabe observar también que la violación de una obligación integral afecta a todos los Estados partes. Es claro que estas obligaciones pueden existir. Por ejemplo, de conformidad con un tratado regional de desarme, el compromiso de cada Estado de no adquirir determinadas armas está condicionado a que ninguno de los demás Estados lo haga. Si un Estado adquiere esas armas, todos los demás resultan afectados ipso facto, no de manera especial pero sí igual. Así el concepto de obligaciones integrales elaborado por Sir Gerald Fitzmaurice en su calidad de Relator Especial sobre el derecho de los tratados parece importante.

35. Un segundo aspecto de la formulación del artículo 40 es el caso de que todos los Estados partes en una obligación tengan un interés jurídico. La disposición pertinente del artículo 40 exige una estipulación expresa y se limita a los tratados multilaterales. Por su parte, no divisa la razón por la cual la estipulación deba ser expresa: debe ser clara, pero podría subentenderse claramente. Tampoco divisa ninguna razón por la cual no deba ser una obligación dimanante del derecho internacional general. El mismo interés exactamente puede reflejarse en una norma del derecho internacional general, por ejemplo, la relativa a la libertad en alta mar o en la disposición pertinente de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

36. Asimismo, en lo que respecta a las obligaciones bilaterales, sólo debería haber una disposición única que señale que, a los efectos del proyecto de artículos, un Estado resulta lesionado por el hecho ilícito de otro Estado si la obligación violada se ha contraído con ese Estado considerado individualmente. Este es, en realidad, el «principio Balanda» aplicado a las obligaciones bilaterales.

37. Cabe observar por lo demás que, aun en el caso de obligaciones consideradas normalmente como bilaterales, puede existir interés de parte de otros Estados. Por ejemplo, la inmunidad diplomática se considera normalmente como una relación estrictamente bilateral entre el Estado acreditante y el Estado receptor, Estados que pueden libremente modificar el contenido de la relación eliminando la inmunidad de sus diplomáticos si así lo desean. Sin embargo, existen casos que ilustran la preocupación expresada por otros Estado por violaciones graves de la inmunidad diplomática. No es pues necesario dejar de lado el concepto de violaciones puramente bilaterales del derecho internacional. Pero en el comentario se podría señalar que, aun el ámbito de una obligación bilateral, existe la posibilidad de un intercambio diplomático no oficial en el interés del cumplimiento de esa obligación.

38. En lo que respecta a las obligaciones multilaterales, que la Comisión ha abordado anteriormente en el párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, la suspensión de los tratados y la responsabilidad de los Estados son desde luego dos cuestiones muy diferentes. Sin embargo, sería muy extraño que un Estado especialmente afectado por la violación de una obligación internacional dimanante de un tratado en el cual es parte, o que es parte en una obligación integral violada, pudiera suspender el cumplimiento de la obligación y en cambio no pudiera exigir el cumplimiento, esto es, la cesación de la violación. La responsabilidad de los Estados entraña la exigencia del cumplimiento y la aceptación de las consecuencias del incumplimiento. Así, el alcance del artículo 40 no debería ser más reducido que el del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención, teniendo en cuenta que el concepto de violación «grave» es específico de esa Convención. Así, hay razones para establecer tres categorías diferentes de obligaciones multilaterales. La primera categoría es la del asunto Barcelona Traction, a saber, las obligaciones contraídas con respecto a toda la comunidad internacional. Lamentablemente, los tratadistas han tendido a trivializar esta categoría. En realidad, una obligación respecto de la comunidad internacional en su conjunto es una obligación única debida a esa comunidad y no un gran número de obligaciones individuales menores debidas a Estados considerados individualmente. Si una determinada obligación puede ser suspendida entre dos Estados, hay fuertes razones para considerar que no se trata de una obligación erga omnes. Esas obligaciones constituyen ciertamente una categoría muy restringida.

39. La segunda categoría, que suele confundirse con la primera, es la de las obligaciones contraídas con respecto a todas las partes en un instrumento determinado, erga omnes partes. Ejemplos en la materia se encuentran en al menos algunas de las obligaciones dimanantes del Tratado Antártico. Toda reivindicación de soberanía por cualquier Estado Parte en ese Tratado afectará necesariamente a los demás. Las obligaciones integrales son una subcategoría de las obligaciones erga omnes partes. Un tratado regional de derechos humanos relativo a un derecho humano que no sea tal que se deba a la comunidad internacional en su conjunto es presumiblemente una obligación erga omnes partes. Desde luego, la Comisión no necesita señalar —como hace, en su demérito, el artículo 40— las obligaciones que quedan comprendidas en esta categoría. Sólo debe decidir cuáles son las categorías, y a este respecto el derecho internacional actual es muy útil. Existen también obligaciones debidas a algunos o a muchos Estados en las que se considera que determinados Estados tienen un interés jurídico: por ejemplo, en los casos en que un determinado Estado resulta especialmente afectado en el sentido del artículo 60. En el cuadro 1 del párrafo 107 del informe figuran algunos ejemplos de esas categorías.

40. La cuestión de cómo distinguir entre los diferentes Estados afectados de diferentes maneras por una violación se examina en los párrafos 108 y siguientes del informe. Tal como está redactada, la segunda parte hace ya esa distinción, aunque superficialmente dado que tratándose de la cesación no utiliza el término «Estado lesionado». El interés de parte de los Estados que piden la cesación es un interés más general en comparación, por

ejemplo, con la indemnización, dado que, en cuanto partes en el sistema, todos los Estados tienen interés en el cumplimiento.

41. Otro ejemplo, en el supuesto de que el proyecto trate de las contramedidas en la segunda parte o en la segunda parte bis y no en la primera parte, es el caso de un Estado que sea la víctima concreta de una violación. Se plantearía un grave problema si terceros Estados adoptaran contramedidas en circunstancias de que el Estado víctima no desea que se adopten contramedidas, al igual que se plantearían dificultades en un régimen de legítima defensa colectiva si terceros Estados actuasen en defensa de un Estado que no hubiera solicitado su asistencia. Todo examen de estas cuestiones muestra que se requiere una cierta diferenciación.

42. Como cuestión general, cabe observar que la segunda parte, y en particular el artículo 40, trata de la respuesta de los Estados a las violaciones del derecho internacional. En cambio, la primera parte se ocupa de la violación de sus obligaciones por los Estados. Así, existe una diferencia entre las partes primera y segunda. Las obligaciones a que se refiere la primera parte pueden ser, por ejemplo, obligaciones con respecto a una organización internacional o una persona y la segunda parte no trata de las consecuencias de la violación de esas obligaciones. Esto es sencillamente un corolario del concepto de responsabilidad adoptado por el Relator Especial Ago, según el cual la Comisión no abordaría la responsabilidad internacional como un concepto distinto de la responsabilidad de los Estados. Por ello propone una cláusula de salvaguardia que señale que la segunda parte debe entenderse sin perjuicio de los derechos a que pueda dar lugar la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por un Estado y que pueda hacer valer cualquier persona o entidad distinta de un Estado.

43. En cuanto a la cuestión de qué respuestas de los «Estados lesionados» son permisibles, en el cuadro 2 del párrafo 116 se señala uno de los posibles enfoques. Debe reconocerse que cuando la Comisión se ocupa de las obligaciones contraídas con respecto a la comunidad internacional, el Relator Especial entra de lleno en el terreno del desarrollo progresivo. Toda propuesta que haga será necesariamente de carácter provisional.

44. En el cuadro 2 se propone que en el contexto exclusivamente bilateral, el Estado lesionado tenga todos los derechos de respuesta enunciados en el texto actual. En el marco de las obligaciones multilaterales, por analogía con el párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 los Estados especialmente perjudicados serán tratados igual que los Estados lesionados por la violación de una obligación bilateral. En cuanto a las demás categorías, si un Estado es parte en una obligación erga omnes o si existe una obligación con respecto a la comunidad internacional en su conjunto, es razonable considerar que todos esos Estados tienen derecho a pedir la cesación. De lo que se trata es de saber en qué medida pueden ir más allá y exigir los derechos inherentes a la reparación. En el supuesto de que esos Estados no hayan sido más perjudicados que cualquier otro Estado del grupo, el Relator Especial considera que esos Estados no deberían poder exigir individualmente ninguno de esos derechos, salvo con el acuerdo de otros Estados del

grupo, excepto en el caso de una obligación erga omnes en que la violación sea una violación manifiesta.

45. El intento de poner orden en un conjunto desordenado y algo escaso de propuestas tiene por único objeto facilitar un debate lógico de esas cuestiones. El texto actual responde a cada una de las cuestiones que se plantean en el cuadro 2, pero las respuestas son insatisfactorias. ¿Puede un Estado parte en una obligación erga omnes pedir la restitución? En el texto actual la respuesta es «sí», en el comentario actual la respuesta es «no». ¿Puede un Estado parte en una obligación erga omnes partes pedir indemnización, aun cuando no resulte perjudicado? La respuesta también es «sí». ¿Puede algún Estado tomar contramedidas? La respuesta también es «sí». El Relator Especial no puede aceptar esas respuestas. La Comisión debe determinar los casos en que una respuesta afirmativa es aceptable. Este enfoque es compatible con el derecho internacional general en materias como la legítima defensa colectiva y permitiría a los Estados víctimas de violaciones de obligaciones erga omnes tener algún control de la situación sin estar aislados, como ocurriría en caso de un enfoque bilateral. La consecuencia es que ciertos aspectos del problema de que tratan actualmente los artículos 19 y 51 a 53 se resolverían en disposiciones posteriores. Lo que es claro es que el problema no debería resolverse agrupando en el artículo 40 todo el concepto de crímenes con otras muchas cuestiones.

46. El Relator Especial se pregunta también si es aconsejable seguir aplicando el concepto de Estado lesionado a todos los Estados incluidos en el cuadro 2 que tienen derecho de respuesta o si debe hacerse una distinción entre el Estado lesionado y otros Estados con un interés jurídico, un lenguaje que de hecho ha sido utilizado por la CIJ en el asunto Barcelona Traction, que se menciona en el párrafo 97 del informe. La cuestión de si se ha de adoptar o no es discutible. Otra cuestión es la ubicación del artículo 40 o del artículo 40 bis. Si se aprueba una nueva parte sobre la exigencia de responsabilidad, lo lógico sería que el artículo 40 bis se incluyera en esa parte. También en este caso ello dependerá de si la Comisión opta por esa distinción, pero nada obsta a que se debatan algunas cuestiones inherentes al propio artículo 40.

47. Por consiguiente, el Relator Especial propone un nuevo título para la segunda parte, aun cuando el capítulo I debería mantener su actual título y componerse de al menos tres artículos: el artículo 36, que es un artículo introductorio de carácter general; el artículo 36 bis, que trata de la cesación como principio general, y el artículo 37 bis, relativo a la reparación como principio general. Además, el proyecto de artículos debería contener la definición de «Estado lesionado», enunciada en el artículo 40 bis pero que podría ubicarse en alguna otra parte del texto. No es seguro que el artículo 38 sea necesario, pero se incluye a los fines del debate. Sobre esta base, habría un capítulo II relativo a la restitución, la indemnización, la satisfacción y las consecuencias de una falta concurrente del Estado lesionado, o del Estado de que se trate, junto con cualesquiera otras disposiciones que se consideren apropiadas a la luz del debate.

48. La introducción hecha por el Relator Especial plantea cuestiones fundamentales acerca de la estructura del proyecto en su conjunto. No parece que la Comisión pueda llegar a una conclusión razonada acerca del nuevo esquema propuesto sobre la base de los documentos que tiene ante sí, y tampoco puede debatir como es debido acerca de si debe haber una segunda parte bis separada. Por ello, propone aplazar el debate al respecto. Como no cabe duda de que los artículos 37 y 39 deben ubicarse en la cuarta parte, se podrían examinar en ese contexto. Evidentemente se debe debatir cada uno de los principios formulados en los artículos 36, 36 bis, 37 bis y 38, al igual que toda la gama de cuestiones inherentes al actual artículo 40 y su variante, de modo que puedan ser la base para del debate sobre el texto. Incumbe a la Comisión decidir si desea dividir esas cuestiones o tratarlas como un conjunto. Si la Comisión decide considerarlas en su conjunto, sugiere que se examinen primero los artículos 36, 36 bis, 37 bis y 38 antes de pasar a examinar las cuestiones inherentes al artículo 40, que son de carácter estructural. Este procedimiento permitirá remitir prontamente al Comité de Redacción los primeros cuatro artículos, junto con los títulos de la parte y del capítulo. El artículo 40 y sus consecuencias podrán examinarse a continuación.

49. El Sr. PELLET dice que el tercer informe es tan substancioso que es difícil escoger una cuestión determinada y, por su parte, hubiera preferido que el Relator Especial hubiese dividido la presentación en varias partes pues cada una habría dado ciertamente lugar a un debate fructífero. El Relator Especial ha preferido hacer una presentación general de lo que en realidad corresponde al capítulo I de la segunda parte del proyecto. Por ahora limitará sus observaciones a los párrafos 1 a 65 del informe y a los proyectos de artículo 36 a 38. Aun cuando está de acuerdo con la orientación general del informe, discrepa del Relator Especial en lo que respecta a ciertas cuestiones y en particular la introducción, que merece varias observaciones.

50. En el apartado a del párrafo 2 del informe, el Relator Especial plantea el concepto de obligaciones erga omnes, que define, como ha hecho en su presentación oral, como obligaciones contraídas con respecto a la comunidad internacional en su conjunto, de conformidad con la formulación empleada por la CIJ en el asunto Barcelona Traction. Sin embargo, en las obligaciones contraídas con respecto a todos los Estados se debe ciertamente hacer una distinción entre las obligaciones con respecto a todos los Estados, considerados individualmente, que constituyen la comunidad internacional, y las obligaciones con respecto a la comunidad en su conjunto. Su impresión es que el Relator Especial ha olvidado la primera categoría y se ha centrado demasiado en las obligaciones contraídas con respecto a la comunidad internacional en su conjunto. En cierto modo este hincapié le preocupa porque, por ejemplo, el derecho de paso inocente en aguas territoriales es una obligación contraída por cada Estado con respecto a todos los demás Estados y ciertamente se trata de una obligación erga omnes. De ahí que no sea una obligación con respecto a la comunidad internacional en su conjunto. Es importante que se tenga en cuenta de algún modo esta categoría de obligaciones. Si el Relator Especial no desea calificarlas de

obligaciones erga omnes, deberá encontrarles otro nombre. De todos modos son obligaciones que tienen cabida en las normas y obligaciones internacionales y que deben diferenciarse de las obligaciones con respecto a la comunidad internacional en su conjunto.

51. En cambio, parte de la doctrina considera que la prohibición del genocidio o la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales son obligaciones de carácter integral que un Estado contrae no con otros Estados considerados individualmente sino con la comunidad en su conjunto, y esta categoría de obligaciones se trata en efecto a fondo en todo el informe. Sólo en relación con esta segunda categoría de obligaciones se plantea la cuestión de los crímenes internacionales cometidos por un Estado, de la que el Relator Especial hace una breve mención en el apartado a del párrafo 2.

52. El Sr. Pellet está de acuerdo en que la cuestión de los crímenes no tiene ninguna importancia en el capítulo I de la segunda parte en su versión reestructurada, al menos hasta el artículo 38 inclusive, como señala el Relator Especial en el apartado d del párrafo 9 de su informe. No obstante, el problema se planteará necesariamente y tendrá que solucionarse cuando se aborde el artículo 40 y se examinen los capítulos II y III de la segunda parte. La Comisión sólo examinó la segunda parte casi al final de la primera lectura. El estudio de los artículos 51 a 53, esto es, las consecuencias del concepto de crímenes en el contexto de la responsabilidad de los Estados, se ha emprendido separadamente y, en su opinión, la Comisión ha echado a perder esos artículos. Varios Estados han expresado también reiteradamente esa opinión en sus observaciones. Confía en que el Relator Especial no repita el error de la Comisión. Antes de examinar el capítulo II de la segunda parte, la Comisión debería decidir si existe realmente algo que se asemeje al concepto de crimen.

53. Es claramente necesario limpiar el absceso de los artículos 19 y 51 a 53 antes de comenzar el examen de los capítulos II y III de la segunda parte. No obstante las promesas del Relator Especial, no está muy seguro de que se estén tomando medidas para lograrlo. Aun cuando toma nota con beneplácito de que en el párrafo 59 el Relator Especial reconoce, en relación con la no repetición, que se depende en buena medida de las circunstancias concretas, incluido el carácter de la obligación y de la violación, hubiera preferido una declaración en el sentido de que las violaciones particularmente graves de obligaciones esenciales no pueden ser tratadas de la misma manera que las violaciones ordinarias. Ello habría entrañado una referencia indirecta a los hechos que el artículo 19 considera constitutivos de crimen, sin añadir ninguna connotación penal a esa palabra, pese a la opinión expresada por el Relator Especial en el apartado d del párrafo 9 de su informe. Este intrínquilis no parece tampoco haber sido resuelto por el artículo 40, pero es fundamental que la Comisión reconozca que las violaciones graves de obligaciones esenciales deben ser objeto de un régimen especial a fin de poder alcanzar un consenso.

54. Le parece muy interesante la reestructuración propuesta del proyecto y está convencido en particular de que la tercera parte, sobre solución de controversias, debe dejarse de lado. Nada sería más perjudicial que hacer

dependen las normas sustantivas sobre responsabilidad de los Estados de la aceptación hipotética de los Estados de procedimientos obligatorios de solución de controversias, como sucede actualmente con las contramedidas. La actitud de la Comisión refleja su creencia de que logrará «vender» todo el proyecto a los Estados. Los escrúpulos de algunos miembros se salvan con el argumento de que no tiene importancia si el derecho a tomar contramedidas no está bien regulado porque siempre se podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias. Este enfoque es peligroso porque nada asegura que se acepte todo el proyecto.

55. Análogamente, el Relator Especial tiene razón al proponer que se añada un parte cuarta o lo que podría ser una parte introductoria que contenga cláusulas comunes de salvaguardia («sin perjuicio») así como otras definiciones que no sean la de la responsabilidad. De redactarse una parte general en este sentido, deberá incluir todas las disposiciones relativas a más de una de las partes del proyecto. Por ejemplo, el Relator Especial plantea dos cuestiones muy interesantes en el apartado a del párrafo 7, a saber, que el párrafo 4 del artículo 42 y el artículo 4 tienen idéntico contenido. Por su parte, no está seguro de ello, pero de ser así, se debería tratar de refundir esos artículos en una disposición única de la parte general. El grupo de trabajo creado en la sesión anterior podría ocuparse de esa cuestión en los próximos días. En el apartado a del párrafo 7 el Relator Especial señala también que la fuerza mayor puede ser una circunstancia excluyente de la ilicitud del no pago de indemnización. Más adelante, en su argumentación tan convincente con respecto al párrafo 3 del artículo 42, el Relator Especial parece opinar que, tal como está redactado, el proyecto está expuesto a la crítica. El Sr. Pellet comparte esta opinión porque desde el punto de vista jurídico el fundamento no es el de que una población no pueda ser privada de sus medios de subsistencia sino que existe un estado de necesidad, lo que tal vez guarda relación con un fundamento jurídico de carácter mucho más general que excluye la ilicitud.

56. De ser así, ¿no se deberían trasladar los artículos sobre las circunstancias excluyentes de la ilicitud a una parte general cuando se examine el artículo 35? Puede que sea una solución algo compleja, pero de no adoptarse esta vía será necesario que en alguna parte, probablemente en el capítulo I, se indique que las circunstancias que excluyen la ilicitud se aplican en caso de no respeto de las obligaciones enunciadas en la segunda parte, y deberá señalarse expresamente que las normas sobre las circunstancias excluyentes de la ilicitud se aplican a la obligación de reparación. Como ha señalado anteriormente, las obligaciones dimanantes de la responsabilidad de los Estados son obligaciones internacionales a las que se aplican las normas sobre responsabilidad. En cierto modo, las normas de la primera parte son normas primarias cuando se han de aplicar las normas de la segunda parte. El Relator Especial parece estar de acuerdo en que en ciertos casos las obligaciones dimanantes de la responsabilidad podrían no respetarse, dado que existen circunstancias que excluyen la ilicitud. Es necesario que esto se diga en el capítulo I.

57. En este contexto, se hace eco de una idea que parece complacer al Relator Especial, enunciada en el apartado b del párrafo 7, a saber, que el proyecto está

formulado desde el punto de vista de los derechos de las víctimas y no de las obligaciones del Estado responsable. Si bien el razonamiento del Relator Especial es muy convincente, puede pensar en algunos argumentos en contrario. El Relator Especial señala con toda razón que en un sistema como el derecho internacional, que depende muy poco de los tribunales, es mejor hablar en términos de obligaciones. Sin embargo, hay dos cuestiones que plantean problemas.

58. La primera, y la menos importante, es que una obligación seguirá siendo virtual si ningún Estado lesionado o miembro de la comunidad internacional en su conjunto exige su cumplimiento. Un Estado podrá tener la obligación de reparar pero no habrá ninguna consecuencia si nadie exige el cumplimiento. Sin embargo, así es como funciona todo el sistema de la responsabilidad internacional y, por su parte, no le preocupa demasiado. En cambio, más le preocupa que en ninguna parte se haga ninguna mención expresa de las lesiones. Desde luego, se puede afirmar que los artículos 40 o 40 bis hacen referencia implícitamente a las lesiones porque aluden a las víctimas, pero no es lo mismo. Aun cuando es un ferviente defensor de la posición del Sr. Ago en cuanto a la forma en que se incurre en responsabilidad, que excluye la lesión de la definición concreta de responsabilidad —criterio que quedó confirmado al adoptarse los artículos 1 y 3—, considera que el concepto de lesión debe mencionarse al señalar los efectos de la responsabilidad. Parecería necesario adoptar una disposición análoga al artículo 3 de la primera parte, que podría ser del siguiente tenor: «Un hecho internacionalmente ilícito entrañará la obligación de dar reparación cuando a) ese hecho haya causado una lesión, b) a otro sujeto de derecho internacional». No obstante, el Relator Especial ha señalado que no desea hacer referencia a las lesiones a otro sujeto de derecho internacional sino sólo a un Estado, en cuyo caso será necesario que en algún lugar se explique que el proyecto no es simplemente un proyecto sobre responsabilidad de los Estados sino un proyecto sobre responsabilidad con respecto a los Estados. En la actualidad, eso no queda totalmente claro. Es esencial que el concepto de lesión se vuelva a incorporar en algún lugar del proyecto, al igual que en el artículo 40. El supuesto es que se ha producido una lesión y que alguien ha sido lesionado, pero esas son dos cuestiones muy diferentes. Se requiere una simetría con el artículo 3. La disposición al respecto, indispensable, podría figurar muy bien en la segunda parte bis, sobre las formas de hacer valer la responsabilidad de los Estados.

59. Aun cuando la división del presente proyecto en una segunda parte y una segunda parte bis es una excelente idea, cabe formular algunas observaciones. El título de la segunda parte, «Consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado», no le satisface porque es también aplicable a la segunda parte bis. «Las formas de hacer valer la responsabilidad del Estado» (segunda parte bis), incluido el posible recurso a las contramedidas, son también una consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito. Un título de carácter enunciativo, como «Reparación y obligación de cumplimiento», sería tal vez preferible para la segunda parte.

60. La segunda parte bis habría debido contener artículos sobre la protección diplomática, que es una cuestión

fundamental a los efectos de hacer valer la responsabilidad de los Estados cuando las lesiones se causan a una persona distinta de un sujeto de derecho internacional, pero dado que la protección diplomática se está examinando como un tema separado, no procede que se vuelva a tratar en la segunda parte bis. No obstante, el Sr. Pellet insta al Relator Especial a que considere la posibilidad de proponer un proyecto de cláusula de salvaguardia («sin perjuicio») relativa a la protección diplomática. La ubicación natural para esa cláusula sería el capítulo I de la segunda parte bis.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2614.ª SESIÓN

Miércoles 3 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Idris, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507
y Add.1 a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar el examen del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4), pero antes da la bienvenida al Sr. Idris, que acaba de ser elegido miembro de la Comisión.

2. El Sr. IDRIS da las gracias al Presidente y dice que el papel de la Comisión en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional es todavía más importante que antes, debido al desarrollo espectacular de las tecnologías de la información y del comercio mundial.

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

3. En el curso de los últimos años, la Comisión ha estudiado temas importantes, en especial la creación de un tribunal penal internacional, el proyecto de código sobre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes o la responsabilidad de los Estados. La Comisión también ha realizado progresos notables en lo que se refiere a las reservas a los tratados, los actos unilaterales de los Estados, la prevención de los daños transfronterizos o la protección diplomática. El orador tiene la intención de participar activamente en los trabajos de la Comisión en todas las esferas del derecho internacional y considera que deberían abordarse nuevos temas, sobre todo el de las tecnologías de la información.

4. El Sr. PELLET para comenzar precisa, en respuesta a dos miembros de la Comisión para los que debería hablarse de perjuicio en lugar de daño, que en materia de derecho internacional los términos daño y perjuicio son intercambiables en francés.

5. Como continuación a sus observaciones (2613.ª sesión) sobre el tercer informe del Relator Especial, el orador estima que en su versión actual la segunda parte del proyecto de artículos es un fracaso en comparación con la primera que constituye indiscutiblemente un éxito. Además, el Relator Especial reconoce que debe volverse a examinar en profundidad esa parte. En el párrafo 8 de su informe, el Sr. Crawford dice que esta parte se ha redactado sobre la base de informes detallados y minuciosos del anterior Relator Especial. El orador no comparte esa apreciación. En efecto, a su juicio el anterior Relator Especial, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, había descuidado demasiado los aspectos técnicos de la reparación, por lo que desea vivamente que el actual Relator Especial presente, sobre todo en el capítulo II de la segunda parte, unos artículos mucho más precisos y detallados sobre las formas y las modalidades de la reparación, en especial por lo que se refiere a su objeto, y a ese respecto piensa en particular en la indemnización del *lucrum cessans*, los modos de calcular la indemnización y los intereses que eventualmente deban pagarse, a cuyo respecto en el proyecto actual no se dice nada. Los Estados necesitan en efecto saber cuándo deben pagar intereses y deben disponer de unas directrices generales para calcularlos. Así pues, las disposiciones más detalladas que el Relator Especial anuncia en el párrafo 19 del informe serán muy oportunas.

6. Por lo que se refiere a la cuestión de la reparación en caso de pluralidad, no de víctimas como se contempla en el artículo 40, sino de autores del hecho internacionalmente ilícito, cuestión de la que tratan los párrafos 31 a 37 del informe, el orador subraya varias insuficiencias. Por ejemplo, en el párrafo 37 se dice que el caso en que los actos concurrentes de varios Estados causan al mismo tiempo una lesión será examinado más adelante en mayor detalle. Pero no es cierto, la cuestión no se trata con mayor profundidad en la continuación del informe. Así pues, el orador espera que el Relator Especial se ocupará del importante problema de la responsabilidad solidaria o conjunta en derecho internacional. Se trata en efecto de un problema concreto esencial como se ha visto en los asuntos examinados recientemente en la CIJ, a saber, el asunto de Timor oriental o el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Es

indispensable, en un proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, responder con claridad, en los artículos mismos, a la cuestión de si existe en derecho internacional una diferencia entre la responsabilidad conjunta y la responsabilidad solidaria, por ejemplo.

7. Por último el orador señala que en los párrafos 39, 50 y 53 del informe el Sr. Crawford habla de obligación o de consecuencia «secundaria» en un sentido que no le parece exacto, pues sería más acertado hablar de obligación o de consecuencia «derivada». Todo el derecho de la responsabilidad está constituido por normas secundarias y las reglas aplicables a la responsabilidad son, por hipótesis, secundarias. Sin embargo, no tiene ninguna utilidad decir que las consecuencias de una violación son secundarias, pues se desprenden de normas secundarias, por lo que son derivadas. En aras de la claridad sería conveniente evitar, en los comentarios de los artículos, el empleo de un vocabulario que complique inútilmente las cosas.

8. El orador aborda el examen de los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial e indica que el artículo 36 no le plantea ningún problema. Sin embargo, como ya ha dicho el día anterior, a su parecer las cuestiones tratadas en la segunda parte bis del proyecto pertenecen también a las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos, salvo tal vez las contramedidas, que serían consecuencia de la ausencia de reparación, de la no cesación o de la no ejecución de una obligación. Se trata en cierto sentido de consecuencias derivadas. Por el contrario, la posibilidad de invocar la responsabilidad prevista en los capítulos I y III de la segunda parte bis forma precisamente parte de las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos. El problema que el orador ha evocado a propósito del título de la segunda parte bis vuelve por lo tanto a surgir en la redacción del artículo 36.

9. El artículo 36 bis está muy bien expuesto en el párrafo 50 del informe y el orador lo considera satisfactorio, sobre todo en vista del contenido del apartado c del párrafo 50. En efecto, un Estado no debe tener la posibilidad de «comprar» una ilicitud, pues sería un comportamiento contrario al derecho internacional.

10. Sin embargo, el orador se muestra algo escéptico por lo que se refiere a la obligación general de ofrecer seguridades y garantías de no repetición. Es muy difícil concretar esta idea que le parece extremadamente abstracta. No se opone a esa disposición, que por otra parte está fuertemente anclada en el derecho internacional, pero duda de que sea realista. De todas maneras, si la Comisión decidiese conservar el apartado b del párrafo 2 del artículo 36 bis, sería necesario entonces precisar bien cuáles son los casos en que esa pretendida obligación existe verdaderamente.

11. El artículo 37 bis parece en principio excelente, a condición sin embargo de que los artículos siguientes a los que reenvía indiquen con claridad los casos en los cuales la reparación se debe conjuntamente o solidariamente. La cuestión de la responsabilidad conjunta o solidaria debe tratarse en los artículos y no sólo en los comentarios.

12. En cuanto al artículo 38, el orador es menos escéptico por lo que se refiere a su utilidad que el Relator Especial. Como se desprende de los párrafos 60, 61 y 65 del informe, ninguna consecuencia general está ausente del proyecto, pero en el artículo 38 no se dice que sean las consecuencias generales no previstas en el proyecto de artículos las que sigan estando regidas por la costumbre; simplemente se dice que las normas consuetudinarias siguen siendo aplicables en el caso de situaciones que no hayan sido previstas en el proyecto de artículos. Es razonable en cualquier proyecto estipular el reenvío a la costumbre para demostrar sin ninguna duda que el proyecto tiene de todas formas un carácter supletorio. Por consiguiente, el orador estima que debe conservarse este artículo, tanto más cuanto que la segunda parte es muy insuficiente. El orador espera que el Relator Especial hará todo lo posible por corregir esas insuficiencias, pero duda que logre codificar y prever todo. Por lo tanto es prudente mantener el artículo 38. No obstante, piensa como el Sr. Crawford que debía figurar en la parte general pues el principio que se enuncia en el artículo es válido para el conjunto del proyecto.

13. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) pide a los miembros de la Comisión que limiten sus intervenciones a los cuatro primeros artículos. De esa manera, como lo ha hecho el Sr. Pellet, una vez acabado el examen de esos artículos sería posible transmitirlos rápidamente al Comité de Redacción.

14. El Sr. BROWNLIE dice que el tema de que trata el informe es extremadamente difícil, por lo que el trabajo del Sr. Crawford es muy útil en la medida en que permite establecer los parámetros y definir mejor los problemas. Quiere precisar primero que apoya la propuesta del Relator Especial por lo que se refiere al lugar de los artículos y a la necesidad de una cuarta parte.

15. Sin embargo, en el estado actual de la cuestión, la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados le plantea algunos problemas de orden general. A su juicio, tanto en el plano doctrinal como en el plano del funcionamiento del derecho, el contenido de los principios relativos a la reparación, bien se trate de la indemnización, de la restitución o del perjuicio indirecto, está necesariamente determinado por reglas primarias. Ese es el motivo de que sea necesaria una gran prudencia en la formulación del artículo 37 bis. Ello no quiere decir que deba evitarse la consideración de la reparación, sino que es preciso no tratar de formular reglas que parecerían de carácter general, cuando en realidad sólo se trata de enumerar las modalidades de reparación facultativa. Por ese motivo el orador estima, a diferencia del Sr. Pellet, que ha de evitarse profundizar esta cuestión. En el marco de la reparación en general, considera que la restitución, por ejemplo, no es evidentemente una consecuencia general de un acto ilícito, sino que constituye una reparación facultativa, cuya aplicabilidad dependerá del contexto considerado, que está a su vez determinado por las reglas primarias. A título de ilustración el orador evoca la cuestión de la legalidad o ilegalidad de la confiscación o expropiación de bienes extranjeros por un Estado. Una expropiación puede no ser ilegal que sub modo. Por ejemplo, una expropiación por causa de utilidad pública es a priori legal, pero puede llegar a ser ilegal a falta de la indemnización apropiada.

Además, la expropiación puede ser ilegal en sí, si por ejemplo está motivada por consideraciones abiertamente raciales o si constituye una violación de los principios fundamentales relativos a los derechos humanos. En este caso, la falta de indemnización sólo constituye una agravación de la ilegalidad y no una condición de ella. Es entonces probable que la restitución sea la reparación aplicable en el segundo caso, pero no en el primero. En otros casos, es perfectamente claro que la «geografía de las reglas primarias», es decir, el contexto jurídico preciso del asunto, permite determinar si la indemnización o la restitución constituyen la reparación adecuada. La Comisión no dispone de tiempo para establecer un catálogo de los casos en que la reparación deba verificarse mediante la restitución en lugar de la indemnización. Así pues, debe estudiar detenidamente la redacción del artículo 37 bis para ver si de ella se desprende que la restitución sea una forma de reparación generalmente aplicable. En caso necesario el comentario debería aportar la aclaración pertinente.

16. Una cuestión directamente vinculada al problema general de la reparación abordado en el artículo 37 bis es la de la cesación del hecho ilícito, que ha sido objeto del artículo 41 aprobado en primera lectura. El Relator Especial señala muy justamente en el párrafo 50 de su informe que la cesación de un hecho ilícito continuado puede ser considerada una función de la obligación de cumplir con la norma primaria. Según eso, no es una consecuencia secundaria de la violación de una obligación internacional y no corresponde que figure en el proyecto de artículos. Sin embargo, el Relator Especial expone a continuación toda una serie de razones prácticas que justifica el mantenimiento de esa noción en la segunda parte del proyecto. Desgraciadamente ello no resuelve el problema de fondo, a saber, que fuera de la esfera puramente judicial, donde el tribunal puede reclamar la «cesación» mediante una orden conminatoria (como en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), esta noción en derecho internacional general sólo puede vincularse a «las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito» a través de una construcción bastante artificial. Así pues, el orador estima que debería por lo menos evitarse hablar de «cesación de un hecho ilícito continuado». No sólo la noción de hecho ilícito continuado es en sí misma difícil de concretar y aplicar, sino que también es evidente que ante una serie de actos instantáneos se aplica igualmente la misma obligación de cesación.

17. A la cuestión de la reparación está igualmente unida la del vínculo de causalidad y la intención subyacentes al hecho ilícito. Es evidente que no se puede considerar que el grado de responsabilidad del Estado autor de la violación sea el mismo cuando la comisión del hecho ilícito es intencionada y cuando es consecuencia de una simple negligencia. Pero también en este caso se entra en relación directamente con la esfera de las reglas primarias y debe evitarse hacer afirmaciones que quisieran ser «universales».

18. Por último, en lo referente a las seguridades y garantías de no repetición, que el Relator Especial trata en los párrafos 53 a 59 de su informe, el orador quisiera saber cuál es verdaderamente el lugar que ocupan en la práctica actual de los Estados. En realidad esas nociones le parecen directamente heredadas de la diplomacia del

siglo XIX. Incluso si son aceptadas en principio, su pertinencia y su aplicabilidad en la época actual varían mucho en función del contexto jurídico. Ello no significa que esas cuestiones no deban ser abordadas en el marco de la reparación, pero es preciso tratar que las disposiciones pertinentes se formulen en términos muy flexibles y muy generales.

19. El Sr. SIMMA no quisiera que con el fin de acabar el examen en segunda lectura de los proyectos de artículos en el 53.º período de sesiones de la Comisión, en 2001, ésta apruebe apresuradamente unos textos redactados sin el debido detenimiento. Los proyectos de artículos de la segunda parte aprobados en primera lectura no han sido examinados, ni con mucho, con el mismo cuidado que los de la primera parte. En particular, la cuestión de la violación de obligaciones multilaterales debería ser objeto de un examen más detenido. En cuanto a la redacción de los comentarios, todavía se encuentra en un estado embrionario. Sería, sin duda, preferible ultimar el proyecto de artículos de forma auténticamente satisfactoria en el próximo quinquenio antes que repetir lo que ya sucedió en primera lectura. Si la Comisión desea terminar su labor en el próximo período de sesiones, tendrá que elaborar un proyecto completo para agosto, pues el quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General representará la última oportunidad para que la CDI tenga la reacción de la Sexta Comisión sobre una serie de problemas vitales que siguen todavía en suspenso, como el daño multilateral, las contramedidas y la solución de controversias. Se trata de cuestiones demasiado importantes como para pasar de puntillas sobre ellas. En la presentación de su informe el Relator Especial ha señalado de nuevo las correspondencias que existen entre los proyectos de artículos de la segunda parte y los de la primera parte, donde se establecen las reglas secundarias generales referentes a la responsabilidad de los Estados, hablando a ese efecto de artículos «espejo». Incluso cuando esa correspondencia es real y las dos series de artículos son semejantes es preciso evitar conclusiones que podrían resultar prematuras. Por ejemplo, si la Comisión decide incluir en el proyecto la excepción *inadimpleti contractus* —algo que, a su juicio, la Comisión no debería hacer— el carácter «reflexivo» de las normas podría llevar a que los Estados quedaran absoluta y recíprocamente liberados del respeto de las mismas.

20. En el plano del método, el orador comparte también la opinión del Sr. Pellet sobre la oportunidad de volver a examinar el sistema de adoptar sistemáticamente una segunda parte y una segunda parte bis que se repiten. En lo que concierne a los artículos propiamente dichos y las formulaciones propuestas por el Relator Especial, el artículo 36 no plantea a su juicio ningún problema y tampoco se opone a la supresión del párrafo 3 del artículo 42, incluso si es probable que toda esta cuestión vuelva finalmente a ser considerada de nuevo en el contexto de las contramedidas. En efecto, el problema de la proporcionalidad de las contramedidas o de los límites que el respeto de los derechos humanos les imponen deberá inevitablemente ser objeto de una reflexión más detenida. El orador piensa en especial a ese respecto en las consecuencias para la población iraquí de las sanciones que el Consejo de Seguridad ha impuesto contra el Iraq.

21. El orador hace suya igualmente la propuesta del Relator Especial de trasladar la noción de cesación en el

proyecto de artículos para incluirla entre los principios generales enunciados en el capítulo primero y para establecer un vínculo con las seguridades y las garantías de no repetición. A diferencia del Sr. Pellet y del Sr. Brownlie, que han expresado dudas acerca de la oportunidad de que esas dos últimas nociones figuren en el proyecto, el orador piensa que tales nociones pueden perfectamente tener su sitio en un contexto judicial y a ese respecto señala a la atención del Relator Especial la decisión del Grupo Especial de solución de diferencias de la OMC sobre el artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos³. Si la legislación de un Estado autoriza violaciones repetidas del derecho internacional, es bastante lógico que una instancia judicial internacional pueda conceder, entre las reparaciones ofrecidas al Estado o a los Estados lesionados, garantías de no repetición. El orador está de acuerdo en que la expresión «cuando ello sea necesario» puede resultar demasiado ambigua, abriendo escapatorias sobre todo en favor de referencias al derecho interno. Una solución podría ser, como ha propuesto la República Checa en la Sexta Comisión, sustituir en el artículo 46 las palabras «cuando proceda» por las palabras «si las circunstancias lo requieren».

22. El problema que plantea el artículo 38 respecto de la aplicación del derecho internacional consuetudinario podría, a su juicio, resolverse de dos maneras: podría conservarse el contenido general del artículo a condición de hacer referencia no sólo a las disposiciones de la segunda parte sino también a las de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Además, esa disposición estaría mejor situada en el preámbulo, como es el caso en otras convenciones. A diferencia del Relator Especial, el orador no piensa que no sea preciso añadir al artículo una cláusula de salvaguardia, que podría inspirarse, por ejemplo, en el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969.

23. A pesar de la recomendación del Presidente de dejar de lado por el momento el artículo 40, el orador quisiera hacer algunas observaciones preliminares acerca de ese artículo, por el temor de no tener ocasión de volver sobre la cuestión con posterioridad. El artículo 40 está relacionado con la cuestión del derecho a invocar las consecuencias de la responsabilidad del Estado. A título de observación preliminar, el orador experimenta considerables dificultades con el enfoque fragmentario adoptado por el Relator Especial a propósito del tema debatido, ya que resulta muy difícil examinar adecuadamente el contenido del artículo 40 sin saber de qué manera se propone abordar el Relator Especial la multilateralidad de la lesión al examinar la gama de recursos y, en especial, en lo que concierne a las contramedidas. En el cuadro 2, en el párrafo 116 de su tercer informe, el Relator Especial proporciona un esbozo de sistema, pero no se han resuelto sin duda todos los problemas. Por ejemplo, en el último elemento del cuadro, dice que podrían adoptarse contramedidas en ciertas condiciones mediante un acuerdo entre los Estados partes. El orador desafía a los miembros de la Comisión a que citen un solo ejemplo en el que todos los Estados del mundo estarían de acuerdo en adop-

tar sanciones o contramedidas como consecuencia de la violación de una obligación erga omnes. Asimismo, según dicho cuadro, en caso de violaciones flagrantes y sistemáticas, todos los Estados tendrían derecho a recurrir a contramedidas. La frase empleada por el Relator Especial recuerda una de la fórmula mágica de la resolución 1503 (XLVIII) de 27 de mayo de 1970 del Consejo Económico y Social, en cierto modo un precedente nada afortunado, ya que el procedimiento se reveló tan engorroso y políticamente teñido que equivalía virtualmente a un fraude.

24. El orador estima que el contorno del nuevo régimen que sustituye al artículo 19 del proyecto es satisfactorio, pero también en este caso sólo resulta visible el contorno. Para repetir la expresión acuñada por el Sr. Brownlie, los conceptos de jus cogens y de las obligaciones erga omnes se han quedado prácticamente en el garaje. A este respecto, no puede dejar de ceder a la tentación de considerar como reflejo de la justicia retributiva el hecho de que el Relator Especial, quien en el asunto Timor oriental había tratado, por así decir, de cerrar la puerta del garaje, está ahora encargado de defender estas nociones y de darles aplicación en el contexto de la responsabilidad de los Estados.

25. La vaguedad de los conceptos de jus cogens y de obligaciones erga omnes podría resultar tolerable en el derecho de los tratados, donde sus consecuencias están aisladas y en el que existen algunas garantías procesales. En realidad, por esa razón el coche sigue estando hasta ahora en el garaje. Sin embargo, la responsabilidad del Estado es un vehículo mucho más peligroso y, en cierto modo, representa la hora de la verdad para ambas nociones. El orador está personalmente de acuerdo con el sentido general del informe; el Relator Especial parece que mantiene su nave lejos de la Caribdis que representa postular la responsabilidad multilateral como algo frente a una «comunidad internacional» que carece de legitimación activa, y de la Scylla que representa distribuir con excesiva generosidad legitimaciones en favor de todos sin atender a su proximidad a la violación del derecho internacional.

26. El artículo 40 del proyecto constituye la puerta de acceso a este difícil terreno. Como el Relator Especial criticó con mordacidad el artículo 40 aprobado en primera lectura, el orador se permite ahora ser un poco crítico con el artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial. El nuevo proyecto de artículo presenta diversas deficiencias. La primera es estructural. No sólo el título, «Derecho de un Estado a exigir responsabilidad de otro Estado», no corresponde realmente al contenido del artículo, sino que tampoco existe un vínculo lógico entre los dos primeros párrafos que se ocupan sucesivamente de definir el «Estado lesionado» y las condiciones en que un Estado tiene «interés legítimo» en el cumplimiento de una obligación internacional de la que es parte. Ahora bien, los conceptos de Estado lesionado y de Estado titular de un interés legítimo no son verdaderamente intercambiables. Ambos pertenecen a categorías diferentes. El concepto de «interés legítimo» debe entenderse en un sentido más amplio que el del Relator Especial: si el interés está protegido por el ordenamiento jurídico, entonces se trata de un derecho. Así pues, su interpretación del fallo de la CIJ en el asunto Barcelona Traction difiere sustancialmente de la del Relator Especial. No hay nada

³ Véase OMC, informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto «Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974» (doc. WT/DS152/R de 22 de diciembre de 1999).

en la página 32 (párr. 97) de dicho fallo que autorice la lectura del Relator Especial.

27. El orador quiere concluir sus observaciones sobre el proyecto de artículo 40 con una propuesta constructiva. ¿Por qué no cortar el nudo gordiano y prescindir del concepto de «lesión» como desencadenante jurídico de la exigencia de la responsabilidad del Estado? A su juicio, ese concepto de «lesión» como elemento desencadenante es tan inservible y desprovisto de sentido como el de «daño». Pasar del «daño» al «daño jurídico» ha ido unido al ensanchamiento paralelo de la «lesión» hasta un punto en que todo el mundo sufre algún tipo de lesión a causa de toda infracción del derecho internacional, es decir, hasta el absurdo. Por tanto, sugiere que se conserve el título propuesto por el Relator Especial para el artículo 40 bis, pero que las palabras introductorias del párrafo 1 se sustituyan por el texto siguiente: «A los efectos del presente proyecto de artículos, un Estado tendrá derecho a exigir la responsabilidad de otro Estado si...», de modo que los apartados a y b del párrafo 1 podrían aprobarse con el tenor de la propuesta del Relator Especial.

28. El párrafo 2 podría empezar con las palabras siguientes: «Además, a los efectos del presente proyecto de artículos, un Estado podrá invocar ciertas consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos de conformidad con los artículos siguientes», y a continuación irían los apartados a y b del párrafo 2 con el tenor propuesto por el Relator Especial.

29. El texto del artículo 41 podría modificarse en consecuencia. El orador presentará una versión escrita de su propuesta para su examen en la próxima sesión sobre el tema.

30. El Sr. BROWNLIE plantea una cuestión de orden y señala que el Sr. Pellet y él mismo se han abstenido, a petición del Presidente, de abordar la cuestión del artículo 40, bien que uno y otro tengan mucho que decir a ese respecto. Comprobando que el Sr. Simma ha hecho caso omiso de esa recomendación, pide al Presidente que abra el debate sobre el artículo 40 o bien que reitere con mayor firmeza su recomendación de no hacer observaciones sobre ese artículo por el momento.

31. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) señala que en efecto el artículo 40 no ha sido nunca objeto de un debate de fondo.

32. El PRESIDENTE indica que los miembros de la Comisión tendrán ocasión, cuando sea oportuno, de discutir ese artículo con profundidad pero les invita a ocuparse por el momento de los artículos 36, 36 bis, 37 bis y 38.

33. El Sr. GAJA felicita al Relator Especial por su excelente tercer informe, que aprueba en lo esencial, especialmente en lo concerniente a la reorganización que ha propuesto del contenido de un nuevo proyecto. Hace suya la propuesta del Relator Especial de aprobar en la segunda parte, como se ha hecho en la primera, la perspectiva del Estado que incurre en una responsabilidad en lugar de la del Estado lesionado. Sin embargo estima que el proyecto de artículos debería llegar más lejos y examinar todos los casos en los que el Estado es responsable y no únicamente los casos en que la responsabilidad de un Estado es invocada en relación con otros Estados. Teniendo en cuenta su

volumen de trabajo, la Comisión podría tener la tentación de limitarse únicamente a esa hipótesis. Pero si se adopta el punto de vista del Relator Especial según el cual las violaciones de los derechos humanos o del principio de la autodeterminación no interesan sólo a los Estados sino también a los individuos o a los pueblos, la situación de estos últimos no podría silenciarse en el proyecto de artículos. Ello afecta a las obligaciones mismas que incumben al Estado responsable como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito. Así, por ejemplo, si un individuo cuyos derechos fundamentales han sido violados pide una indemnización en lugar de una restitución en especie, convendría que los Estados no pudiesen insistir en que se le imponga una restitución. En la descripción de las consecuencias del hecho ilícito, no podría evitarse tener en cuenta la situación de todos aquellos que han sido lesionados según el derecho internacional, se trate de Estados, de organizaciones internacionales, de otras entidades o de particulares. No es necesario preocuparse de definir con precisión si es un individuo u otra entidad distinta de un Estado quien ha sido lesionado. Esa es una cuestión que depende de las reglas primarias y que no es necesario resolver detalladamente en el proyecto de artículos.

34. En lo concerniente al artículo 36 bis, el orador se inclina a compartir la propuesta ingeniosa de asociar las seguridades y garantías de no repetición a la cesación. El Relator Especial sugiere, en materia de seguridades y garantías, que debe llegarse más lejos que en el primer proyecto y admitir que la naturaleza de la obligación violada reviste una determinada importancia. El Sr. Pellet ha hecho suya esa sugerencia que figura igualmente en las observaciones de la República Checa⁴. En ciertos casos, las seguridades de ese tipo tal vez no sean necesarias porque no existe ningún riesgo de repetición, pero en otros casos ese riesgo puede existir en relación con hechos ilícitos de menor importancia. Por ejemplo, en el caso de un gobierno que haya cometido un genocidio y que continúa en el poder puede razonablemente suponerse que hay una gran probabilidad de que se perpetren de nuevo actos de genocidio. Esa razón sería pertinente para exigir seguridades o garantías de que ese gobierno no repetiría su comportamiento. Pero también puede ocurrir que dicho gobierno sea sustituido por otro que reúna todas las garantías necesarias en materia de respeto de los derechos humanos. El Estado habría en efecto cometido el hecho ilícito, pero no serviría de nada pedirle garantías porque el riesgo habría desaparecido. Por otra parte, podría existir un riesgo de repetición en lo concerniente a las violaciones menores. Tal vez podría establecerse en el texto un vínculo entre las seguridades o garantías de no repetición y el grado de probabilidad de una reincidencia, ilustrándolo en el comentario mediante el ejemplo dado por el Sr. Simma a propósito de una legislación que siguiese en vigor después de que el hecho ilícito dimanante de la aplicación de esa legislación hubiese sido perpetrado. Si se corre el riesgo de que la legislación se aplique de nuevo, dando lugar a un hecho ilícito, es razonable que los Estados insistan en que sea abrogada esa legislación que no es en sí la causa del hecho ilícito.

35. En cuanto al artículo 37 bis, convendría enunciar en su texto la idea, ya presente en el comentario y evocada por el Relator Especial en su exposición, de que todas las

⁴ Véase 2613.ª sesión, nota 3.

consecuencias de una infracción no deberían dar lugar a una reparación integral. Únicamente deben surtir ese efecto las consecuencias directas o inmediatas. Como ha sugerido el Sr. Brownlie, tal vez fuese necesario tener también en cuenta otro elemento, el de la intención. El artículo 37 bis sería el lugar adecuado para incluir ese elemento, pues afectaría a todas las consecuencias posibles del hecho internacionalmente ilícito.

36. En lo concerniente al artículo 38, el hecho de que figure entre corchetes es de mal augurio para el futuro que le espera. Se podría modificar esa disposición en un sentido positivo mediante la indicación, por ejemplo, de alguna de las consecuencias jurídicas que no se han considerado antes en lugar de, como ha propuesto el Sr. Pellet, tratar de tener en cuenta todas las consecuencias previstas por el derecho consuetudinario e incluir una cláusula de salvaguardia en caso de que se hubiese olvidado algo. Es posible que sea necesario hacer referencia en alguna parte del proyecto de artículos a las consecuencias que no forman verdaderamente parte del derecho de la responsabilidad de los Estados. Sería preferible no hacerlo en la segunda parte sino en una cuarta parte, junto a la referencia a las reglas referentes específicamente a las consecuencias de algunos hechos ilícitos (*lex specialis*). Al concebir el artículo 38, la Comisión tenía en mente determinadas cuestiones relativas a la validez o la extinción de los tratados. Ahora bien, si se comete un hecho ilícito que representa una violación sustancial de un tratado, sus consecuencias están enunciadas en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, que también es de aplicación. Tal vez sea necesario precisar que no existe ningún inconveniente en declarar que la violación de una obligación de un tratado puede tener determinadas consecuencias que van más allá de la clase de consecuencias correspondientes al derecho de la responsabilidad de los Estados. No se trata de consecuencias directas, en el sentido de que el hecho ilícito no daría lugar a la extinción de un tratado, pero en esas circunstancias existiría el derecho de poner fin al tratado. Añadir una disposición en ese sentido podría tener utilidad. De la misma manera, convendría tal vez mencionar el caso difícil de las situaciones ilícitas dimanantes de hechos ilícitos. En el caso de la ocupación de un territorio por la fuerza, se presenta un conjunto de consecuencias que son claramente de la responsabilidad de los Estados, pero otras consecuencias pueden desprenderse del hecho de que el Estado ocupante tal vez no esté, durante todo el tiempo que ocupa el territorio, en situación de valerse de las prerrogativas que van unidas a la posesión de un territorio. El orador comparte la opinión de que debería mantenerse en alguna parte del texto un artículo 38 reformado.

37. El Sr. KAMTO encomia el trabajo que ha hecho el Relator Especial para reorganizar la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados con el fin de darle mayor coherencia y contenido. Por su parte, siempre ha abrigado algunas dudas sobre la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias, distinción que es intelectualmente atractiva pero de difícil aplicación en la práctica. Diversas consideraciones expuestas por el Relator Especial, tanto en el segundo informe⁵ como en el tercero, así como por deter-

minados miembros en sus intervenciones orales muestran con evidencia que esa distinción es algunas veces inoperante. Dicho esto, como todo el trabajo de redacción se funda en esa base, tal vez no sea necesario insistir demasiado sobre esa dificultad.

38. El orador está de acuerdo con el Relator Especial acerca de la necesidad de modificar el título de la segunda parte, sin embargo se pregunta si la expresión «consecuencias jurídicas» es apropiada, en la medida en que no parece reflejar de forma totalmente satisfactoria el contenido de los artículos de esa segunda parte. Tal vez fuese más indicado hablar de implicaciones jurídicas. En efecto, la palabra «consecuencias» evoca el conjunto de efectos inmediatamente ligados al hecho ilícito en sí mismo, mientras que en la manera de tratar la cuestión en la segunda parte puede verse en realidad la reacción que suscita el hecho ilícito, es decir, lo que implica, y no su consecuencia en el sentido estricto, jurídico, como se entiende habitualmente.

39. En la versión francesa del artículo 36, la fórmula est engagé par un fait debería sustituirse por la fórmula est engagé à raison d'un fait, pues el hecho en sí mismo no puede dar nacimiento a la responsabilidad del Estado.

40. En cuanto al apartado b del párrafo 2 del artículo 36 bis es conveniente mantener la necesidad de ofrecer seguridades y garantías apropiadas, incluso si ello no es posible en todos los casos. La garantía de no repetición sería útil en el caso de una violación cometida con recurso a la fuerza, en la medida en que ello tranquilizaría a la parte víctima de esa violación. El término «garantía» tal vez sea un poco pretencioso pues el que un Estado diga que no volverá a reincidir no es razón suficiente para que efectivamente no lo haga. En todo caso, desde un punto de vista jurídico, el hecho de dar esa garantía sería un elemento suplementario. En el fondo se trataría de un nuevo compromiso respecto del inicialmente contraído y violado. Psicológicamente puede tranquilizar más a la otra parte. Las formas en que esa garantía puede darse son variadas. Puede ser un compromiso contraído ante una jurisdicción o un acto de carácter diplomático del Estado que es culpable del hecho internacionalmente ilícito.

41. El párrafo 2 del artículo 37 bis plantea un problema de formulación. La reparación integral elimina tal vez las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito, pero sus consecuencias materiales o fácticas pueden subsistir, pues es indudable que la reparación no tiene por finalidad en todos los casos la eliminación de las consecuencias del hecho, sino sólo en determinados casos procura compensarlas. Tal vez fuese necesario modificar las palabras «eliminará las consecuencias». Según el orador en ese párrafo se debería conservar la presentación clásica consistente en decir que la reparación puede hacerse por medio de la restitución en especie y si esta última no es posible la reparación debe hacerse por medio de la indemnización o de la satisfacción. La frase final donde se estipula que es también posible combinar las dos formas de reparación estaría entonces en su sitio. Pero en la formulación actual se tiene la impresión de que se colocan en el mismo plano la restitución en especie y las otras formas de reparación, es decir, la indemnización y la satisfacción.

⁵ Anuario... 1999, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/498 y Add.1 a 4.

42. Por último, en lo referente al artículo 38, el orador comparte la opinión de los miembros que estiman que ese artículo es útil. Su título podría mejorarse: *autres conséquences* sería preferible a *conséquences diverses* porque incluso las consecuencias evocadas antes pueden incluirse en las consecuencias diversas, expresión que podría abarcar lo que se ha evocado ya en el artículo 36 bis o en el artículo 37 bis.

43. El Sr. KUSUMA-ATMADJA conviene con el Sr. Kamto en que la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias es muy artificial y difícil de aplicar. A propósito de la responsabilidad de los Estados evoca el caso de la nacionalización de los bienes de una potencia colonial por la antigua colonia que ha logrado su independencia. En ese caso, la antigua colonia tiene derecho a corregir la discriminación practicada por la antigua potencia colonial entre extranjeros y autóctonos rechazando las reglas de una indemnización pronta, efectiva y adecuada. Por otra parte, lo que ha dicho el Sr. Gaja a propósito del artículo 38 parece muy razonable y el orador acoge favorablemente su propuesta de tratar las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito en una cuarta parte especialmente dedicada a ese efecto. En cuanto al artículo 40, encierra una gran dificultad y necesitaría una consideración particular y un examen separado.

44. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que para facilitar los trabajos de la Comisión responderá inmediatamente y con brevedad a las observaciones hechas a su tercer informe. Como principio está de acuerdo en que, cualquiera que sea la concepción de la noción de «crimen», son las consecuencias de las violaciones más graves las que deben retener la atención.

45. En cuanto a la propuesta del Sr. Pellet de que se elabore acerca del perjuicio una disposición que sea paralela a la del artículo 3 de la primera parte, el Relator Especial la estudiará a fondo en el marco de los trabajos del Comité de Redacción. Sin embargo, quiere precisar desde ahora que esa noción debería considerarse en la segunda parte del proyecto de artículos, en diversos contextos, por ejemplo, en el contexto de la restitución y la indemnización, al que indudablemente está ligada. Acerca del título actual de la segunda parte, el Relator Especial admite que abarca aspectos que deberían figurar en la segunda parte bis y señala con satisfacción a ese respecto que parece haberse alcanzado un acuerdo sobre la necesidad de hacer una distinción entre las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito y su invocación. Respecto de la cuestión de si las disposiciones correspondientes serán incluidas en partes separadas o en capítulos distintos de una misma parte, ulteriormente se procederá a su examen.

46. En lo que concierne a la cuestión de la elaboración de disposiciones detalladas, el Relator Especial la evoca en el informe, en particular en el contexto de la indemnización, porque es en ese lugar donde adquiere su pleno sentido. A ese propósito, pedirá a la Comisión, durante la parte en curso del período de sesiones, que le dé sus instrucciones, en vista sobre todo del desacuerdo existente entre el Sr. Brownlie y el Sr. Pellet en la materia. El Relator Especial tiene la intención de proponer en la sección B del capítulo I de su informe un artículo separado sobre los intereses, pues se distinguen de la indemniza-

ción en sí misma. En cuanto a la oportunidad de entrar en los detalles de la cuantía de la indemnización o de los principios subyacentes, el Relator Especial necesitará en ese caso también orientaciones de la Comisión, por tratarse de una cuestión muy compleja que exige una larga labor de investigación y que, por otra parte, no carece de relación con la cuestión de la protección diplomática.

47. El Relator Especial tratará también en la sección B del capítulo III de su informe de la importante cuestión de la responsabilidad conjunta y solidaria, que ha evocado el Sr. Pellet.

48. Acerca de la cuestión general de las seguridades y garantías de no repetición, el Relator Especial declara que se ha contentado con ordenar las disposiciones entremezcladas de los artículos 19 y 40. Reconoce que en el siglo XIX, en particular en la historia de la responsabilidad, ha habido ejemplos de peticiones de garantías y seguridades formuladas en ese sentido y aplicadas de manera forzosa, lo que explica en parte las reacciones suscitadas. Pero más numerosos son los ejemplos de peticiones de garantías de no repetición hechas sin coacción y bajo la forma de declaración ante un tribunal. Por su parte, el Relator Especial comparte a ese respecto la posición del Sr. Gaja y considera que sería útil precisar las nociones de seguridades y garantías de no repetición y de exponer en el comentario la cuestión de la gravedad de la violación y el riesgo de repetición. Se trata de una cuestión muy delicada en la que entran en juego el derecho internacional y el derecho interno. Cabe a ese propósito señalar que la simple existencia en el derecho interno de un texto legislativo que pueda dar lugar a una violación en determinadas circunstancias no constituye en sí una violación del derecho internacional, a condición de que ese texto se aplique de una manera que esté en conformidad con el derecho internacional. En un plano general ese principio parece justo.

49. El Relator Especial comprueba que parece existir un acuerdo general en el mantenimiento, bajo una forma u otra, del artículo 38. Corresponderá al Comité de Redacción examinar si ese artículo debe figurar en la segunda parte o en la cuarta parte. Personalmente prefiere la segunda opción y una reformulación de la disposición.

50. El Relator Especial está de acuerdo con el Sr. Brownlie en que la aplicación de la noción de «perjuicio indirecto» depende indudablemente del contexto jurídico considerado, pero también depende de los hechos mismos. Considera que sobre ese punto la Comisión no debería perderse en los detalles y que sería mejor evitar el mantenimiento de la formulación clásica que descansa sobre la analogía con el derecho interno. En cuanto a la cuestión de si la restitución es una reparación facultativa, el Relator Especial señala que en el artículo 37 bis no se da la preferencia ni a la restitución ni a la indemnización, mientras que en el artículo 43, en su redacción actual, se concibe la restitución como la forma de reparación principal. Volverá a abordar esta cuestión cuando se examine el artículo 43. Por otra parte, el Relator Especial agradece al Sr. Brownlie la argumentación que ha desarrollado en favor del mantenimiento de la noción de cesación en el proyecto de artículos. Comprueba con interés que esa posición encuentra una aceptación general. Considera

además como el Sr. Brownlie que esa noción no está vinculada exclusivamente a la de hecho internacionalmente ilícito continuo. En efecto, es posible encontrarse en presencia de una serie de violaciones individuales que no son calificadas individualmente de hechos internacionalmente ilícitos pero que no dejan de exigir una demanda de cesación, sin que hagan precisa sin embargo una demanda de seguridades y garantías de no repetición. El Comité de Redacción deberá examinar ese punto.

51. En vista de que el Sr. Simma, lo mismo que el Sr. Pellet, se interroga sobre el método seguido, el Relator Especial estima que el Comité de Redacción deberá abordar esta cuestión y, como consecuencia, examinar el mantenimiento o la supresión de determinadas disposiciones. Además, piensa, como el Sr. Simma, que la Comisión deberá volver a estudiar, con ocasión del examen de las contramedidas, la cuestión de los límites previstos en el párrafo 3 del artículo 42.

52. El Relator Especial señala que el Sr. Gaja está de acuerdo en profundizar el examen de la cuestión del perjuicio directo o inmediato en el artículo 37 bis. En cuanto a sus observaciones sobre la colocación del artículo 38 su examen está justificado.

53. El Relator Especial cree que preocupa más a la Comisión la cuestión de la cesación de la reparación que las cuestiones subyacentes de la validez de los actos jurídicos. Ahora bien, la primera de las cuestiones plantea problemas específicos desde el punto de vista de los efectos.

54. El Relator Especial comparte la mayoría de las observaciones de forma del Sr. Kamto. Por lo que se refiere a la distinción entre las reglas primarias y las reglas secundarias, a su juicio no debería abandonarse a pesar de que la aplicación de muchas reglas secundarias esté influida por las reglas primarias.

55. El Sr. PELLET quisiera que el Relator Especial citase ejemplos de asuntos en los cuales los tribunales han dado seguridades o garantías de no repetición. Por su parte no conoce ninguno, a no ser una vaga garantía judicial de no repetición mediante la cual la CIJ, en el fallo pronunciado en el asunto *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, ha indicado que el demandante podría pedir un examen de la situación en caso de que esta última se modificase. Pero no se trata aquí de un problema de responsabilidad. La Corte no ha condenado a Francia en este asunto ni ha dicho que hubiese cometido un hecho internacionalmente ilícito. Además, su conclusión no parece ser verdaderamente una garantía de no repetición. En el mismo sentido, el orador no está tampoco convencido por el ejemplo que cita el Sr. Simma: no tiene la impresión de que el órgano de apelación considerado haya dado la menor garantía de no repetición. Es favorable sin duda alguna al desarrollo progresivo del derecho internacional, pero también es preciso saber en qué sentido orientarlo.

56. En cuanto a la cuestión de la restitución, el orador está de acuerdo en principio con el Relator Especial en que ese problema debería examinarse en relación con el artículo 43. A ese respecto, no está de acuerdo con el Sr. Brownlie, pues estima en efecto que a partir del momen-

to en que se admite el principio enunciado en el fallo relativo al asunto *Usine de Chorzów*, la lógica exige que se dé prioridad a la reconstrucción. La reparación tiene por objeto borrar al máximo las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito. Si no se aplicase en primer lugar ese principio, los Estados, y en especial los Estados ricos, tendrían la posibilidad de cometer un hecho internacionalmente ilícito. Esa idea no es aceptable: la restitución *in integrum* debe ser la primera modalidad de la reparación. La restitución es la regla.

57. El orador manifiesta su inquietud por las referencias del Sr. Brownlie y el Sr. Kusuma-Atmadja a las nacionalizaciones. Esa cuestión no tiene nada que ver con el problema de la responsabilidad. En derecho internacional, la nacionalización es un acto lícito y el derecho a nacionalizar está acompañado de determinadas condiciones, entre ellas la obligación de indemnizar y de no hacer discriminaciones. Sólo en el momento en que un Estado no cumple esas obligaciones comete un hecho internacionalmente ilícito y nace su responsabilidad. La indemnización por nacionalización no es una indemnización por un hecho internacional ilícito.

58. Respecto del carácter directo de la lesión, el orador señala que la cadena de la causalidad, o de la «transitividad», debe ser directa e ininterrumpida. Por el contrario, la causa puede no ser inmediata. El orador no está seguro de que deba hablarse, a propósito de la causalidad, de «proximidad». Entre el hecho internacionalmente ilícito y el daño puede producirse toda una serie de hechos, y la cadena de la transitividad hace que el daño sea reparable sobre la base de la responsabilidad por omisión, por hecho ilícito. Esa idea debe reflejarse en un artículo en lugar de en un comentario.

59. El Sr. SIMMA deduce del debate que las seguridades y garantías de no repetición parecen estar en función de dos parámetros, a saber, la gravedad de la violación considerada y la probabilidad de su repetición. No puede admitir que los casos de violación grave exigen más seguridades y garantías de no repetición que los demás casos. En efecto, lo que importa, por ejemplo en un caso de ocupación ilegal de un territorio, es que un tribunal declare que esa ocupación es ilegal. Así pues, deben darse también seguridades y garantías de no repetición en los casos en que la legislación de un Estado y su aplicación conducen a violaciones graves, que incluso si no son continuas tienen un carácter recurrente. Es perfectamente normal entonces que un tribunal internacional declare que es preciso dar seguridades y garantías de no repetición sin llegar necesariamente hasta pedir la abrogación de las disposiciones legislativas consideradas.

60. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) verdaderamente no recuerda ningún ejemplo de decisión judicial relativa a la concesión de seguridades y garantías de no repetición. Pero en la práctica de los Estados, esas seguridades y garantías las da por ejemplo frecuentemente el Estado acreditado al Estado acreditante por lo que se refiere a la seguridad de los locales de las misiones diplomáticas.

61. El Sr. TOMKA señala que las garantías de no repetición no sólo existen en la práctica judicial. Algunos autores han considerado que determinadas disposiciones

de los tratados de paz firmados después de la segunda guerra mundial contenían garantías de no repetición.

62. El Sr. KAMTO observa que puede indudablemente considerarse que las garantías de no repetición pertenecen al desarrollo progresivo del derecho internacional, pero no por ello dejan de ser útiles. Queda pendiente la cuestión de saber quién las da: ¿es la jurisdicción ante la cual se plantea el asunto o el Estado que resulta culpable del hecho internacionalmente ilícito? El orador saca del debate la impresión que corresponde a esa jurisdicción dar las garantías. Pero no es ese el caso: es el Estado el que debe darlas. Se plantea entonces la cuestión de saber si debe darlas ante el tribunal, durante el proceso, o al margen del procedimiento contencioso. Los dos medios son viables. Volviendo al ejemplo de la violación del derecho internacional mediante el recurso a la fuerza que ha evocado con anterioridad, el orador dice que es en ese caso en el que las garantías de no repetición son más necesarias. Pueden darse en el marco de una declaración ante el tribunal, o integradas o no en el fallo del tribunal, o bajo la forma de declaración diplomática que no sería necesariamente hecha en el marco del procedimiento contencioso. En cualquier caso, las garantías de no repetición sólo constituyen un compromiso suplementario respecto del compromiso inicial que ha violado el Estado considerado. Cuando se pide al Estado que ponga fin a su comportamiento ilícito, se le pide en realidad que respete su compromiso internacional, es decir, que dé una garantía de no repetición. Así pues, parecería que el efecto jurídico de las garantías de no repetición sólo pueda ser fundamentalmente psicológico. Salvo en algunos casos, materialmente nada garantiza de manera definitiva que el Estado no violará su compromiso en el futuro. El Sr. Kamto pone como ejemplo el caso de un Estado A que alberga en su territorio un campo de entrenamiento militar situado cerca de la frontera con un Estado B. Si nacionales del Estado A o extranjeros en formación en el campo cruzan de vez en cuando la frontera para perpetrar actos criminales o emprender acciones militares en el territorio del Estado B, la responsabilidad internacional del Estado A puede ser invocada. Al tomar medidas para poner fin a tales actos, el Estado A pone término al hecho internacionalmente ilícito que le es imputable. Pero puede asimismo dar garantías de no repetición consistentes, por ejemplo, en comprometerse a desmantelar el campo de formación militar o alejarlo de la frontera en cuestión. Una disposición sobre las garantías de no repetición tiene indudablemente su lugar en el proyecto de artículos que se estudia.

63. El Sr. GAJA (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que el Comité de Redacción sobre el tema de la responsabilidad de los Estados está compuesto por los siguientes miembros: Sr. Crawford (Relator Especial), Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock y Sr. Rodríguez Cedeño (ex officio).

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2615.ª SESIÓN

Jueves 4 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Idris, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. HAFNER dice que centrará su atención en las cuestiones más sobresalientes de que trata el tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4) antes de referirse al proyecto de artículos 36 a 38. Reserva su posición acerca de los artículos 40 y 40 bis.

2. Comparte la mayoría de las opiniones expuestas por el Relator Especial en el informe. Por ejemplo, en el párrafo 6 se pone claramente de manifiesto el nexo entre la forma del proyecto de artículos y la solución pacífica de controversias y el párrafo 7 versa sobre el carácter reflexivo de las disposiciones y la cuestión de las normas secundarias. Personalmente, no comprende por qué esta calificación plantea problemas, pues es evidente que la función de una norma en un contexto concreto determina si es de carácter primario o secundario. Del mismo modo, podría plantearse la cuestión de si se aplica la Convención de Viena de 1969 a la misma Convención. La dificultad que plantea responder a esta pregunta resulta de la disposición sobre no retroactividad, cláusula que no se aplica de ningún modo en el contexto presente; de otro modo no habría problema en aplicar la Convención a sí misma. Por ello hay que dar por supuesto que la responsabilidad de los Estados equivale a una suma de las obligaciones dimanantes de una violación del derecho internacional. Si no se cumple una de estas obligaciones, la responsabilidad de los Estados surge de los motivos de incumplimiento de dicha regla de la responsabilidad de los Estados. En un caso de esta índole, las reglas sobre la responsabilidad de los Estados se aplican a estas mismas reglas sobre la responsabilidad de los Estados. La regla violada es de aplicación como norma sustantiva o prima-

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

ria y las reglas aplicables a la violación son normas secundarias o metanormas. Por ejemplo, si un Estado comete una infracción de carácter instantáneo y no cumple con los deberes dimanantes de ello de conformidad con el régimen sobre la responsabilidad de los Estados, habrá una nueva infracción de carácter continuo. El orador no considera necesario exponer esta idea en los artículos; bastará un comentario.

3. Como se indica con acierto en el párrafo 9, en el primer proyecto se han pasado totalmente por alto los casos concretos en los que interviene una pluralidad de Estados. Ahora bien, la Comisión ha de ocuparse de este asunto, pues la integración cada vez mayor de la comunidad de Estados tiene como resultado que un grupo más amplio de Estados sufre los efectos de una sola violación del derecho internacional. En el caso de una multiplicidad de Estados lesionados, es necesario identificar los Estados que tienen derecho a reaccionar, el tipo de reacción que será apropiado y la relación entre estos Estados. En el caso de una multiplicidad de Estados autores de una infracción, es necesario determinar cuáles son los Estados a los que incumbe una obligación, en qué medida (responsabilidad mancomunada o responsabilidad solidaria) y cuál es la relación entre ellos; por ejemplo, podría darse el caso de que uno de ellos tuviera derecho a percibir una indemnización de otro.

4. Hace suya la nueva estructura del proyecto propuesta por el Relator Especial en el párrafo 10. El único punto discutible es saber si el capítulo III de la segunda parte debe figurar en la segunda parte bis. Tal vez se podrían dividir las reglas sobre pluralidad de Estados. El capítulo II versa sobre las obligaciones del Estado autor de una infracción, es decir, que la cuestión de la pluralidad debe tratarse en este capítulo. El capítulo II bis se refiere a los derechos de los Estados lesionados, es decir, que las reglas sobre pluralidad de estos Estados deben figurar en dicho capítulo. Otra posibilidad sería enumerar todas las reglas en materia de pluralidad en un capítulo separado.

5. Ha habido debate sobre las cuestiones que deben quedar comprendidas en el proyecto de artículos o que deben ser omitidas en vista de la brevedad del tiempo restante. La Comisión no debe proponerse una tarea imposible, pero debe procurar que su obra quede terminada en el 53.º período de sesiones, pues los Estados necesitan ahora con urgencia los artículos y aplican ya algunos de los artículos del proyecto existente de la primera parte. Además, se ha operado una modificación en los paradigmas de las relaciones internacionales y el derecho internacional que va acompañada por la emergencia de diferentes clases de responsabilidades, entre ellas la responsabilidad de las organizaciones internacionales y hacia éstas, la responsabilidad individual y la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos, todas las cuales tienen características específicas que no pueden ser tratadas detalladamente en un futuro previsible. Por ello, el orador es partidario de limitar la materia objeto de estudio a la responsabilidad de los Estados en tanto que responsabilidad de Estado a Estado y, por esta consideración práctica, no suscribe la propuesta del Sr. Pellet (2613.ª sesión) de referirse a los sujetos de derecho internacional. No es tampoco partidario de considerar el daño como un elemento constitutivo de la responsabilidad de los Estados, aunque es indudablemente un criterio que se

ha de tener presente cuando se decide la cuantía de la reparación. Otra cuestión que se ha de excluir es la validez de los actos que dan origen a responsabilidad por parte de los Estados. Es menester hacer una lista de las cuestiones susceptibles de estudio.

6. Es necesario encontrar un término medio entre los criterios con que el Sr. Brownlie y el Sr. Pellet abordan las reglas detalladas en materia de reparación. Conviene recordar que cuanto más detalladas sean las reglas, menos probable será que las reparaciones se ajusten plenamente a ellas, lo que a su vez dará lugar a otros casos de responsabilidad de los Estados. Como el objetivo de la Comisión no es crear las condiciones que den lugar a más violaciones del derecho internacional, sino resolver la cuestión, es necesaria cierta flexibilidad en las reglas en materia de reparación. Sin embargo, hay que tener presente el objetivo final que se puso de manifiesto en el asunto *Usine de Chorzów*. Por supuesto, los asuntos relativos a la responsabilidad de los Estados serán por lo común objeto de negociaciones en vez de ser decididos por un tribunal internacional. Por consiguiente, aun cuando es necesario dar a un Estado lesionado orientaciones sobre las reparaciones que puede esperar, las disposiciones detalladas no favorecerán la resolución de dichas cuestiones. El verdadero objeto de estas negociaciones no es normalmente la cuantía de las reparaciones debidas a un Estado, sino determinar si ha habido un hecho ilícito. Si se acusa a un Estado de haber cometido un hecho ilícito y el Estado queda confrontado con esta situación, será más fácil que este Estado admita que ha obrado ilícitamente cuando exista un margen de discreción para evaluar las reparaciones.

7. La nueva formulación del artículo 36 no plantea problemas de importancia. El párrafo 3 del antiguo artículo 42 no se puede aplicar a la reparación íntegra, pero se puede aplicar a la indemnización. Análogamente, a la luz de estas consideraciones, es evidente que la existencia del artículo 4 priva de objeto al párrafo 4 del artículo 42. Acepta la separación del artículo 36 y el artículo 36 bis y la estructura de este último. El deber de cesación no es un deber separado que sea consecuencia de una violación del derecho internacional. Si los tribunales declaran que existe el deber de cesación, el principal elemento de esta conclusión no es afirmar que existe el deber de abstenerse de actividades ilícitas, sino más bien reconocer que la actividad es ilícita y, únicamente como consecuencia, que se han de observar las normas del derecho internacional. Ahora bien, el orador acepta que se incluya este derecho en la esfera de la responsabilidad de los Estados si se emplea la formulación utilizada en el proyecto de artículo y siempre que quede claro que el deber no se refiere únicamente a la reiteración de hechos ilícitos.

8. La obligación de dar seguridades y garantías de no repetición no debe figurar en la misma disposición que el deber de cesación. Comparte la opinión del Sr. Kamto (2614.ª sesión) según la cual hay una diferencia de importancia entre estas obligaciones, a pesar de que el Relator Especial se ha referido al carácter anticipador de ambas obligaciones. Las nuevas obligaciones adicionales de los Estados autores impuestas por las seguridades y garantías resultan de la violación; en cambio, la obligación de interrumpir actividades ilícitas no es nueva y no resulta de la violación. Concorre al mismo tiempo con el

Relator Especial en que, como la obligación de ofrecer seguridades apropiadas no pertenece a la esfera de las reparaciones, procede tratar de ella separadamente, tal vez en un artículo a continuación del artículo 37 bis.

9. Aun cuando se han expresado dudas acerca de la necesidad de este artículo, la práctica lo justifica y de hecho el Relator Especial se ha referido a asuntos de inmunidad diplomática en los que se han hecho peticiones frecuentes para la obtención de dichas seguridades. Un artículo de esta índole es particularmente necesario cuando la legislación nacional obliga a los órganos de un Estado a violar el derecho internacional. Como la infracción se habrá cometido solamente en aplicación de la legislación nacional, esta legislación no constituye por sí misma una infracción. Una declaración según la cual el Estado ha violado el derecho internacional no tendrá repercusión sobre la ley nacional. Por consiguiente, es necesario instituir un mecanismo que obligue al Estado a poner la ley interna en armonía con el derecho internacional. El ejemplo más elocuente de esta situación se encuentra en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Los derechos de visita previstos en dicho artículo han sido denegados con frecuencia con el resultado de que ha sido necesario pedir seguridades y garantías. En cambio, no se debe mantener el carácter categórico del nuevo texto. Es partidario de la formulación «si las circunstancias lo exigen» propuesta por la República Checa y por el Sr. Simma (2614.^a sesión), que atenderá a la observación hecha por el Sr. Gaja.

10. Queda todavía por discutir la posición del artículo 37. Suscribe la idea reflejada en el artículo 37 bis según la cual se debe considerar la reparación como un deber u obligación del infractor en lugar de un derecho del Estado lesionado. Esta redacción dejaría abierta la cuestión de la posición jurídica del Estado lesionado y de los terceros Estados con relación al hecho ilícito. La cuestión de la causalidad y de las causas remotas es un asunto extremadamente delicado. Los derechos penal y civil nacionales abordan el asunto de modos distintos. Más tarde o más temprano la Comisión habrá de hacer un estudio general de la causa próxima, la causa remota, la causa causans y la causa sine qua non, así como de la causa concurrente, complementaria y supletoria. Como hay pocos precedentes en el derecho internacional, cada caso ha de ser apreciado independientemente. A este respecto, comparte la opinión expresada en el comentario del artículo 44³, que se expone en el párrafo 32 del informe. En cuanto a la propuesta del Sr. Kamto (ibíd.), destinada a reemplazar el término «eliminar» en el párrafo 2 del artículo 37 bis por una expresión diferente, de lo que se trata es de eliminar las consecuencias del hecho ilícito y no el mismo hecho, lo que evidentemente es imposible, y la nueva fórmula no sería una expresión del significado original.

11. El artículo 38 figura entre corchetes, pero ello es necesario, pues el proyecto no puede tratar de todas las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos. Si se afirma que así ocurre, ¿cuál sería la posición con respecto a la responsabilidad individual, la posibilidad de oponer

hechos ilícitos y la sucesión en la responsabilidad? ¿Acaso no sería prudente hacer una referencia expresa al artículo 73 de la Convención de Viena de 1969, pues el comentario no lo menciona? A juicio del orador, una referencia a dicho artículo debería figurar en el comentario.

12. El Sr. ECONOMIDES dice que tratará sobre todo de los artículos 36, 36 bis, 37 bis y 38, pero comenzará con algunas observaciones generales. Comparte totalmente la opinión expuesta por el Relator Especial en el párrafo 3 del informe y cree que será posible presentar a la Sexta Comisión de la Asamblea General el texto completo del proyecto en su quincuagésimo quinto período de sesiones, a condición de que la CDI trabaje con tesón y constancia.

13. Con referencia al párrafo 6 del informe, la única forma que el texto puede tener es la de un convenio internacional, lo que evidentemente requerirá un sistema general y detallado para la solución de las controversias que puedan surgir de la interpretación o aplicación del proyecto en su conjunto. Ahora bien, si la introducción de este sistema resulta difícil, será necesario volver a la idea de instituir un procedimiento para la solución de controversias, por lo menos para las controversias suscitadas por contramedidas.

14. Encomia los esfuerzos desplegados por el Relator Especial para hallar una solución de transacción para el artículo 19. La definición que figura en el párrafo 2 del artículo 19 ha de ser adoptada por el Relator Especial, pues es esencial para esta transacción. La definición, que sitúa en primer plano el concepto de comunidad internacional, marca un progreso considerable para el desarrollo del derecho internacional y de una comunidad internacional.

15. Como señala el Relator Especial en el párrafo 17, el proyecto se refiere a todas las obligaciones internacionales del Estado y no sólo a las obligaciones con otros Estados. Por consiguiente puede servir de base jurídica cuando otros sujetos de derecho internacional, entre ellos las organizaciones internacionales, entablen una acción contra Estados y planteen cuestiones de responsabilidad internacional. Esta cuestión merece cuidadoso examen. Personalmente, no se opone en absoluto a hacer extensiva la responsabilidad de los Estados a las relaciones con las organizaciones internacionales.

16. En lo que se refiere al apartado a del párrafo 7 y al párrafo 42 del informe, si lo que se pretende es que las circunstancias que excluyen la ilicitud, expuestas en la primera parte, se apliquen también a las obligaciones dimanantes de la segunda parte, este hecho se ha de mencionar expresamente en el proyecto. Una referencia a ello en el comentario es inadecuada y al respecto coincide plenamente con el Sr. Pellet (2613.^a sesión). Por su parte, no cree que la cuestión deba ser regulada; procede remitirse al derecho internacional consuetudinario. En cambio, debe mantenerse el párrafo 3 del artículo 42, que estipula que en ningún caso debe privarse a la población de sus medios de subsistencia. Como el artículo 4 no parece abarcar los casos referidos en el párrafo 4 del artículo 42, será prudente mantener este último, según el cual no se puede invocar el derecho interno como justificación de que no se haga una reparación completa, una

³ Véase el párrafo 13 del comentario al antiguo artículo 8 [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), pág. 76].

disposición que sigue el ejemplo del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969. Por lo demás, es posible ampliar el alcance del artículo 4 a fin de tratar expresamente de estos casos.

17. A su juicio, el título de la segunda parte debe ser «Consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional». En pura lógica, el hecho internacionalmente ilícito se sitúa primero y da lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Una vez que ésta empieza a existir, ello entraña cierto número de consecuencias, que se describen en realidad en la segunda parte. Por consiguiente, como se indica claramente en el artículo 36, las consecuencias de que se trata derivan de la responsabilidad internacional y no del hecho ilícito.

18. En cuanto al artículo 36, no considera totalmente satisfactorio el título, que debiera ser revisado por el Comité de Redacción. Las seguridades y garantías de no repetición mencionadas en el artículo 36 bis habrán de ser exigidas cuando ocurran las violaciones más graves, en especial las mencionadas en el artículo 19. A causa de las consideraciones que ha expuesto antes en favor de modificar el título de la segunda parte, el párrafo 1 del artículo 37 bis debe disponer lo siguiente: «Un Estado internacionalmente responsable tiene la obligación de reparar íntegramente las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito que haya cometido». En su forma actual, la redacción del artículo pasa completamente por alto la responsabilidad internacional, aun cuando ésta es el elemento esencial.

19. Coincide con la propuesta del Sr. Kamto (2614.ª sesión) en relación con el título del artículo 38 y también en que el artículo debe figurar en la cuarta parte. Por último, es aconsejable que se unifiquen los contenidos de los artículos 37 (*lex specialis*) y 38 en una sola disposición.

20. El Sr. LUKASHUK dice que la Comisión ha de ponerse a la altura de los retos del nuevo milenio y que ninguno de ellos tiene más importancia que el de dar cima al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La Sexta Comisión ha subrayado la necesidad de hacerlo en el presente quinquenio y el Relator Especial ha puesto de manifiesto su determinación a cumplir con esta obligación. Apoya las propuestas hechas en el informe extremadamente detallado y celebra sobremanera que las notas contengan informaciones concretas sobre las publicaciones y no meramente sobre los autores y los títulos de las obras.

21. Al preparar el proyecto, la Comisión ha de tener en cuenta no sólo las obligaciones jurídicas, sino también otras clases de obligaciones internacionales y de la responsabilidad correspondiente. En las obras de doctrina hay múltiples casos de utilización de la expresión «acuerdos no vinculantes». No quiere decir lo mismo que acuerdos que no son vinculantes en sentido jurídico; ello hace a menudo referencia a obligaciones dimanantes de los instrumentos de la OSCE que están considerados claramente como acuerdos de carácter político. Por este motivo ha considerado como extremadamente insatisfactorio el artículo 16⁴, en el que se habla de una obligación inter-

nacional «sea cual fuere el origen o el carácter de esa obligación». Cada uno de los artículos debe referirse claramente a la responsabilidad internacional en el sentido jurídico.

22. El Relator Especial ha dedicado con acierto mucha atención a la estructura del proyecto de artículos y su propuesta puede ser aprobada, bajo condición de hacer una revisión de poca importancia cuando todo el proyecto de artículos tenga forma definitiva. No debe darse por supuesto que los artículos codifiquen la totalidad del derecho de la responsabilidad internacional, que es todavía demasiado joven para justificar esta apreciación. El objetivo es más bien sentar los cimientos de una nueva sección del derecho, el derecho de la responsabilidad internacional. Por consiguiente, reviste particular importancia la atención prestada por el Relator Especial a la formulación de disposiciones generales: los detalles y matices se precisarán más adelante al compás del desenvolvimiento de la práctica sobre el terreno.

23. En el informe se plantea un punto importante: la reparación no debe tener como resultado privar a la población de un Estado de los medios de subsistencia propios. Este elemento puede revestir una importancia crítica para los países en desarrollo, pues la adopción de contramedidas puede tener consecuencias onerosas para sus economías inestables. A su juicio, debe mantenerse una disposición al respecto. Las seguridades y garantías de no repetición son una parte integrante de la responsabilidad. Cuando se le castiga por una travesura, el niño exclama: «¡No lo haré más!», con lo que reconoce que ha obrado ilícitamente y promete comportarse como es debido en adelante. La misma reacción se produce en las relaciones interestatales.

24. Como ya ha señalado el Sr. Economides, en el proyecto de artículos se consideran como iguales conceptos análogos pero diferentes: las consecuencias jurídicas de hechos internacionalmente ilícitos y la responsabilidad internacional, lo que oculta la relación efectiva entre causa y efecto. El título propuesto por el Relator Especial para la segunda parte se refiere a las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos, pero estas consecuencias constituyen la responsabilidad, aunque no se utiliza el término. Análogamente, en el artículo 37 bis se declara que el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito incurre en una obligación, pero no se dice nada sobre responsabilidad. En cambio, la nueva versión propuesta para el artículo 36, en el párrafo 119 del informe, está redactada correctamente en el sentido de que hace referencia a la responsabilidad internacional, lo que produce consecuencias jurídicas.

25. Muchos miembros de la Comisión son partidarios de mantener el artículo 38, pero el orador coincide con el Relator Especial en que no hay motivos para hacerlo. Una disposición de esta clase figurará típicamente en un convenio: basta citar las Convenciones de Viena. Ahora bien, hay una incertidumbre considerable en cuanto a saber si el proyecto de artículos se transformará en definitiva en un convenio. En la nueva esfera del derecho internacional abarcada por el proyecto, una disposición muy general como la que figura en el artículo 38 puede suscitar muchísimas cuestiones y dudas.

⁴ Véanse los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en el 51.º período de sesiones de la Comisión en Anuario... 1999, vol. I, 2605.ª sesión, párr. 4.

26. El Sr. PELLET dice que el Sr. Economides y el Sr. Lukashuk han planteado una cuestión extremadamente importante: no es lógico referirse en la segunda parte a las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito, porque se incurre en responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito, y es de la responsabilidad de la que dimanar las consecuencias. Hay que decir que este criterio va más allá de la posición adoptada por el Relator Especial Ago, quien consideró que la responsabilidad era todo el conjunto de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito. Si se adopta el nuevo criterio, como a su juicio debería hacerse, debería reformularse el artículo 37 bis para que diga «El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito incurre en la obligación de reparar íntegramente las consecuencias que tenga este hecho». El Comité de Redacción puede ocuparse de este asunto.

27. No le convence, en cambio, la propuesta formulada por el Sr. Economides acerca del título de la segunda parte. Si éste debe ser «Consecuencias jurídicas de la responsabilidad de los Estados», queda por resolver el problema que planteó (2613.ª sesión) acerca de la relación entre la segunda parte y la segunda parte bis, pues la segunda parte bis versa también sobre las consecuencias de la responsabilidad de los Estados, entre ellas probablemente la posibilidad de recurrir a contramedidas.

28. El Sr. HAFNER, refiriéndose a la afirmación del Sr. Lukashuk según la cual el artículo 38 no debe figurar en un acuerdo no vinculante porque es una disposición típica de los convenios, señala que, entre otras, la Convención de Viena de 1969 contiene una disposición equivalente, no en la parte sustantiva sino en el preámbulo, que no es vinculante.

29. El Sr. LUKASHUK dice que el hecho de que una disposición figure en el preámbulo no le resta importancia. Según el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, el contexto de los términos de un tratado comprende el propio texto con inclusión del preámbulo y los anexos. Más importante que saber si el artículo 38 debe figurar típicamente en un convenio o en otro instrumento es el hecho de que esta formulación no específica pueda plantear múltiples cuestiones y complicaciones adventicias y es por este motivo por el que el orador considera que no debe ser mantenido.

30. El Sr. ECONOMIDES da las gracias al Sr. Pellet por sus observaciones constructivas y dice que su propia propuesta relativa al título de la segunda parte es meramente una formulación preliminar, pues el título será revisado una vez que se haya dado forma definitiva a todas las disposiciones de dicha parte. Hace suyas las observaciones que acaba de formular el Sr. Lukashuk: el preámbulo es un elemento esencial de cualquier tratado y en algunos casos concretos enuncia compromisos extremadamente graves. Como manifestación de la voluntad de las partes, el preámbulo crea obligaciones jurídicas que son exactamente tan vinculantes como las que figuran en otras partes del tratado.

31. El Sr. HE expresa su reconocimiento al Relator Especial por un informe excelente que brinda una base sólida para seguir avanzando según lo previsto en el comienzo del presente quinquenio. Puede aceptar funda-

mentalmente la propuesta estructura del proyecto de artículos a partir de la segunda parte en adelante y acoge con agrado el hecho de que el proyecto de artículos del primer capítulo de la segunda parte haya sido reformulado teniendo en cuenta, no los derechos del Estado, como en la versión aprobada en la primera lectura, sino en función de las obligaciones del Estado. Ello hará posible resolver algunas cuestiones difíciles.

32. La primera parte versa sobre los hechos internacionalmente ilícitos; en otras palabras, la atención se centra en el Estado responsable de esta conducta. La segunda parte trata de los derechos del Estado lesionado, pero el nexo entre obligación y derecho es abrupto. La noción de obligaciones erga omnes que quedó enunciada en el párrafo 3 del artículo 40, tal como se aprobó en primera lectura y que figura ahora en el artículo 40 bis, no tiene un acomodo fácil en la terminología de los derechos. Con la reformulación de los artículos de la segunda parte en términos de obligaciones, el Estado lesionado se puede clasificar ahora teniendo en cuenta si la obligación violada se ha contraído con el Estado individualmente o con la comunidad internacional en su conjunto (en otras palabras, erga omnes), y el concepto de obligaciones erga omnes se puede introducir en el nuevo artículo 40 bis.

33. La obligación de reparar, que es la principal consecuencia jurídica de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado, no se extiende a los resultados indirectos o remotos que tenga una violación, distintos de los que tenga directa o inmediatamente. La exigencia consuetudinaria de un nexo causal suficiente entre la conducta y el daño debe aplicarse a la indemnización así como al principio de reparación. El artículo general propuesto sobre la reparación debe formularse en función de las obligaciones del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito y el comentario debe poner de relieve este interesante punto.

34. La cesación y las seguridades o garantías de no repetición son dos conceptos diferentes. Incluso si ha cesado el incumplimiento de una obligación, seguirán siendo necesarias las seguridades o garantías, pues se refieren al cumplimiento futuro de la obligación. Si bien la cesación de la continuación del hecho ilícito es el aspecto negativo del cumplimiento futuro, las seguridades o garantías de no repetición se pueden describir como el aspecto positivo y tienen una función distinta y autónoma. Al contrario de la cesación del incumplimiento de una obligación, están orientadas hacia el futuro y desempeñan una función preventiva en vez de correctiva, al presuponer el riesgo de repetición del hecho ilícito. En consecuencia, algunos Estados son partidarios de un régimen reforzado de seguridades y garantías de no repetición. Este es el motivo de que el título del propuesto nuevo artículo 36 bis parezca inadecuado: en lugar de «Cesación» debe decir «Cesación y no repetición».

35. En cuanto al artículo 38, sobre otras consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito, aun cuando parece difícil especificar las reglas consuetudinarias aplicables en esta esfera, es posible que el principio jurídico pueda tener nuevas consecuencias en casos concretos. Así, es mejor dejar algún espacio para maniobrar. El alcance no debe limitarse a las reglas del derecho internacional consuetudinario: pueden ser también aplicables

reglas de otras fuentes. Coincide con otros miembros en que debe mantenerse el artículo 38, a condición de introducir las modificaciones necesarias.

36. El Sr. GALICKI queda admirado ante los esfuerzos desplegados por el Relator Especial para simplificar el material legado por los predecesores de la Comisión. Comparte plenamente este criterio y acepta el concepto y la forma de la reformulación de los artículos 36 a 38 propuesta en el párrafo 119 del informe.

37. Concretamente, es partidario de acumular en el artículo 36 bis todas las disposiciones existentes en materia de cesación. Podrán surgir desde luego problemas de redacción, en particular con relación al ofrecimiento de seguridades y garantías apropiadas de no repetición, pero es necesario incluir algunas referencias al respecto. No basta decir que el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito es totalmente responsable de la cesación de dicho hecho. Es necesario adoptar una actitud más dinámica y conviene obtener seguridades y garantías apropiadas de no repetición. Se desprende del informe que hay una base razonable en la práctica de los Estados para dar cabida a dicha formulación en el artículo 36 bis.

38. Aprueba el artículo 37 bis en general, pero señala algunos problemas específicos. En el párrafo 2 se enumeran medios para exigir una reparación íntegra que no han sido inventados por el Relator Especial, sino que proceden más bien de la fórmula aplicada antes de la segunda guerra mundial por la CPJI en el asunto *Usine de Chorzów* (compétence). La Corte hizo referencia a la restitución en especie o, si ello no era posible, al pago, dando así prioridad a la restitución. Ahora bien, en el proyecto se sitúa la restitución en especie exactamente en el mismo plano que la indemnización y satisfacción. A su juicio, y tal como indicó la Corte, la restitución es el mejor medio de reparación, en la medida en que restablece en lo posible la situación que existía antes de la violación de las normas internacionales.

39. Como ha señalado el Gobierno británico⁵, el proyecto priva al Estado perjudicado de la posibilidad de escoger entre los medios de reparación, es decir, de insistir en un determinado tipo o nivel de reparación. Si no se establece ninguna jerarquía entre los medios de reparación, la elección de los medios se confía al Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, en detrimento del Estado lesionado. Conviene que la Comisión reflexione para determinar si este criterio está justificado.

40. El Relator Especial ha manifestado dudas acerca del mantenimiento del artículo 38, pero el orador considera que debe figurar en el proyecto por las consideraciones expuestas ya por otros miembros.

41. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, dice que apoya plenamente la nueva estructura propuesta por el Relator Especial en el párrafo 10 del informe. Es extremadamente acertado dividir la cuestión de la obligación de un Estado responsable y la

cuestión de saber cómo puede el Estado lesionado invocar la responsabilidad del Estado autor de la lesión. El nuevo título de la segunda parte es mucho mejor que el título anterior. El único problema es que la segunda parte bis, «Puesta en práctica de la responsabilidad del Estado», puede estar comprendida también en la categoría más amplia de las consecuencias jurídicas, pero este asunto puede ser fácilmente resuelto por el Comité de Redacción.

42. Desea meramente plantear algunas cuestiones periféricas. ¿Es necesario mantener el apartado b del párrafo 2 del artículo 36 bis, relativo a las seguridades y garantías apropiadas de no repetición? Por supuesto, en la práctica diplomática habitual, los gobiernos suelen dar seguridades de esta índole. Como el Relator Especial dijo antes, en un caso de intromisión en los locales diplomáticos, el Estado receptor presentó excusas, prometió suministrar una protección policíaca reforzada y aseguró al Estado titular de la representación que no permitiría una repetición. Ahora bien, una declaración de esta clase tiene el carácter de compromiso político o moral; ¿ha de ser considerada como una consecuencia jurídica? Coincide con el análisis del Relator Especial en el párrafo 58 del informe, en el que señala que es improbable que un Estado que haya ofrecido una reparación completa por una violación pueda ser objeto de contramedidas por no haber dado seguridades y garantías apropiadas contra la repetición que sean satisfactorias para el Estado lesionado. Ahora bien, en este caso la disposición carece de significado jurídico y puede ser suprimida.

43. El artículo 37 bis ha quedado ahora privado de la disposición del párrafo 3 del artículo 42, en el que se estipulaba que la reparación no debe tener como resultado privar a la población de un Estado de sus medios de subsistencia propios. Esta disposición era impopular y muchos gobiernos, entre ellos el del Japón⁶, habían formulado objeción, pues podía ser objeto de abuso por Estados para eludir sus obligaciones jurídicas y minar el principio de la reparación íntegra, principio que el orador suscribe. Al mismo tiempo, coincide con el comentario de Alemania en que el párrafo 3 tiene validez en el derecho internacional⁷. El Relator Especial se ha referido al asunto de las reparaciones de guerra exigidas de Alemania después de la primera guerra mundial. Cuando negociaron la paz con el Japón en 1951, las Potencias Aliadas tuvieron muy presente el caso de Alemania. En el Tratado de paz con el Japón se hizo constar que el Japón debía abonar reparaciones a las Potencias Aliadas por los daños y sufrimientos causados durante la guerra, pero también se reconoció que los recursos del Japón no serían suficientes, si iba a mantener una economía viable, para hacer una reparación completa de todos los daños y sufrimientos y, al mismo tiempo, cumplir con las demás obligaciones. En consecuencia, algunos países, entre ellos Indonesia, Filipinas y otros países asiáticos que habían sido ocupados por el Japón, recibieron una indemnización en forma de servicios, por ejemplo asistencia para la creación de fábricas u otras obras de construcción, en lugar de una indemnización monetaria. Todas las demás Potencias Aliadas renunciaron a sus reclamaciones

⁵ Véase Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

⁶ Véase Anuario... 1999, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/492.

⁷ Véase la nota 5 supra.

nes de indemnización. Cabe decir que fue una *lex specialis*, pero el Relator Especial ha citado las disposiciones correspondientes de tratados de derechos humanos.

44. El orador se refiere también a una regla del procedimiento civil japonés relativa a las medidas de garantía forzosa. Han de quedar exentos de embargo artículos tales como las prendas de vestir, la ropa de cama, los muebles y los utensilios de cocina que son necesarios para la existencia, el sustento y la calefacción, etc. Estas normas se han adoptado tomando como base un modelo alemán que tiene más de 100 años de antigüedad. Este concepto jurídico es necesario en particular para los países del Tercer Mundo. Este asunto se puede resolver recurriendo a las circunstancias que excluyen la ilicitud, como se propone en el párrafo 41 del informe. En todo caso, espera que el comentario del artículo 37 bis indique que la Comisión ha estudiado cuidadosamente esta noción.

45. Interpreta las palabras «causadas por ese hecho» en el párrafo 1 del artículo 37 bis como una tentativa para introducir el nexo causal entre un hecho y el daño o perjuicio sin mencionar expresamente el daño o perjuicio. La palabra «causadas» es un tanto imprecisa y el orador prefiere la redacción «reparación por todas las consecuencia de ese hecho ilícito».

46. El Sr. SIMMA no puede aceptar la observación del Presidente acerca de las seguridades y garantías apropiadas de no repetición. En su forma actual, puede que el texto sea demasiado amplio e indulgente, pero se dan casos en los que hay un auténtico peligro de una serie de repeticiones. El Sr. Hafner se ha referido antes a dos casos en los que algunas disposiciones de convenios multilaterales han sido violadas por cierto número de países. Algunos países se limitan a presentar excusas en cada ocasión y continúan con sus violaciones casi de modo rutinario. Esta dificultad puede quedar eliminada si se adopta la formulación propuesta en la Sexta Comisión por la República Checa: en lugar de decir «cuando proceda» dígase «si las circunstancias lo exigen», porque es innegable que en determinadas circunstancias el responsable debe hacer algo más que limitarse a presentar excusas.

47. El Sr. HAFNER dice que el Tratado de Estado sobre el restablecimiento de una Austria independiente y democrática contiene una disposición análoga sobre la protección de los medios de supervivencia. En la hipótesis de que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se aplique también a las obligaciones que garantizan una responsabilidad firme del Estado, pregunta si el caso mencionado por el Presidente estará regulado por el artículo 33, sobre el estado de necesidad.

48. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, dice que puede aceptar que la cuestión se trate de este modo. Es peligroso establecer una disposición como la que se discute, porque puede ser objeto de abuso. Ahora bien, conviene mencionar de alguna manera que la Comisión ha examinado este punto.

49. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la declaración del Presidente sobre el párrafo 3 del artículo 42 es extremadamente importante. No cree que la situa-

ción quede abarcada por la necesidad o el infortunio, porque él mismo ha propugnado la utilización de estas disposiciones meramente como motivos para aplazar el pago de una indemnización. No hay motivos para anular obligaciones. Lo que ocurrió en el Tratado de paz con el Japón y en otras ocasiones al final de la segunda guerra mundial fue que las Potencias Aliadas, por consideraciones diversas, entre ellas el reconocimiento de que se habían cometido graves errores al final de la primera guerra mundial, decidieron no insistir en el cobro de reparaciones. En cierto sentido, fue un acto de generosidad mil veces recompensado después. Ahora bien, ha sido igualmente una indicación de que no tiene sentido insistir en el cobro de una indemnización si simplemente arruina al Estado que debe pagarla. Estas situaciones extremas plantean un problema que no queda resuelto por las circunstancias que excluyen la ilicitud. El problema con que se enfrenta la Comisión es que la redacción del párrafo 3 del artículo 42, que tiene su origen en los tratados de derechos humanos, tiene por objeto manifestar esta preocupación en los casos extremos. Por otra parte, ha sido criticado por cierto número de gobiernos de diversas partes del mundo por ser susceptible de abuso. La Comisión acepta, especialmente en el caso de las contramedidas, pero incluso en el caso de la cuantía de la reparación, que pueden plantearse problemas y que no todos podrán ser resueltos meramente por la exigencia de una relación directa. Las reparaciones que Alemania había tenido que pagar en teoría una vez terminada la primera guerra mundial habían abarcado asuntos tales como las pensiones de jubilación de las fuerzas armadas de las Potencias victoriosas, aunque por supuesto estas fuerzas armadas existían antes del estallido de la guerra y, en virtud de cualquier teoría de la causalidad, no podía exigirse en modo alguno de Alemania que hiciera estos pagos en derecho internacional. La posición que prevaleció después de la segunda guerra mundial fue diferente en algunos aspectos, como lo fue el criterio adoptado. El Comité de Redacción habrá de examinar si existe alguna manera de manifestar esta preocupación.

50. El Sr. GALICKI dice que éste es precisamente el problema que se plantea con el párrafo 3 del artículo 42. El mismo Relator Especial ha reconocido la necesidad de poner de manifiesto la influencia cada vez mayor del aspecto humanitario en el derecho internacional. A juicio del orador, el artículo 33 es insuficiente. Trata de un problema diferente, el de excluir la ilicitud del hecho; en cambio, el párrafo 3 del artículo 42 versa, no sobre la ilicitud, sino sobre la faceta humanitaria de la cuestión. Ello es completamente diferente del artículo 33 y, por consiguiente, el orador desea señalar el problema a la atención del Comité de Redacción para que pueda ser mencionado en algún momento como dificultad aparte.

51. El Sr. GOCO dice que, a su modo de ver, hay dos obligaciones diferentes: la obligación de dejar de realizar un hecho ilícito y la obligación consiguiente de ofrecer seguridades y garantías apropiadas de no repetición. La cesación tal vez no baste a los efectos del artículo 36 bis. De ahí surge la necesidad de que el Estado responsable ofrezca estas seguridades y garantías, porque ello ha de responder al aspecto de la cesación.

52. Entiende el orador que está implícito en el artículo 37 que la reparación ha de ser íntegra. La palabra «íntegra» es superflua y puede ser suprimida.

53. El Sr. Sreenivasa RAO, refiriéndose a la redacción actual del párrafo 1 del artículo 36, señala que el Relator Especial ha explicado que abarca todas las obligaciones internacionales, entre ellas las violaciones de los derechos humanos. En este sentido, comprende el caso de entidades, particulares y organizaciones internacionales, incluso cuando el primer beneficiario de la obligación no sea el mismo Estado. Este punto ha sido reconocido, pero al mismo tiempo, como ha observado el Sr. Gaja, el asunto puede tener el carácter de la obligación primaria cuando se trate de estas otras entidades y, aun cuando esté comprendido dentro de la responsabilidad de un Estado, únicamente en la medida en que así lo especifique la obligación primaria. Esta observación habrá de ser puesta también en relación con la manera en que las obligaciones en materia de derechos humanos se han de cumplir mediante la presentación de informes en los foros jurídicos internos y con otros muchos instrumentos. Esta estructura no puede ser reemplazada por un sistema no tan apreciado de intervención estatal, pero hay probablemente la posibilidad de adoptar medidas de esta clase cuando las violaciones son múltiples y permanentes y revisten un carácter que puede poner en peligro la paz y la seguridad internacionales.

54. Esta tendencia se conoce bien, y dentro de estos parámetros, la Comisión podrá hallar alguna posibilidad para que la responsabilidad de los Estados ejerza también una función. Agrupar todos estos elementos y situarlos al mismo nivel que las obligaciones de Estado a Estado, sin añadir las matizaciones adecuadas, puede dar una impresión errónea, que el orador espera que se evite. El comentario de los artículos permitirá aclarar estas consideraciones.

55. Su segunda observación tiene que ver con la referencia en el párrafo 1 del artículo 37 bis a la reparación íntegra. Es de suponer que el objetivo no es conseguir una reparación íntegra, sino la mayor reparación posible, pues parece que existe cierto número de casos en los que la reparación íntegra no es de aplicación. El Relator Especial ha señalado con acierto que la población no debe ser privada de los medios de subsistencia, que se ha de tener en cuenta la capacidad de pago del Estado responsable y que no se ha de arruinar a un Estado. Los Estados suelen ser pragmáticos cuando se ocupan de estos asuntos. Al igual que el Sr. Goco, se pregunta si la palabra «íntegra» se necesita realmente y coincide con el Sr. Brownlie en que, en definitiva, la reparación se habrá de considerar siempre con relación a casos concretos; los perjuicios causados deliberadamente y otros aspectos se habrán de evaluar entonces para determinar la clase de la reparación exigida. La cuestión básica es que la reparación debe ser tan completa como sea posible para subsanar las consecuencias del hecho ilícito.

56. Se ha dicho que la reparación es un derecho del Estado lesionado y en el comentario al artículo 42 se señala que el proceso de ejercer este derecho en sus diferentes formas se pone en marcha por una decisión del Estado lesionado⁸. El orador está de acuerdo. Sin embar-

go, la afirmación de que la obligación de reparar surge automáticamente, sin que exista cierto nexo con la cuestión de quién puede poner en marcha la reclamación, puede plantear dificultades. Más concretamente, si se toma en consideración el caso de Estados diferentemente lesionados, habrá complicaciones si los Estados sufren perjuicios de grados diferentes y el Estado más directamente perjudicado decide no poner en marcha el proceso de reparación mientras otros Estados son partidarios de hacerlo. Este asunto debería ser examinado más adelante y de todas formas por el Comité de Redacción.

57. En cuanto a la cuestión del carácter remoto del daño, en el párrafo 29 del informe se hace la observación de que hay un elemento o un conjunto de elementos por encima del de la causalidad natural y que ello debe tenerse en cuenta en la exposición propuesta del principio general de la reparación. Ahora bien, también se observa que el carácter remoto del daño no forma parte del derecho. Es necesario conciliar las dos situaciones sin forzar la estructura lógica del proyecto.

58. Con respecto a la obligación de mitigar considerada como una excepción para una reparación adecuada, cuestión excelentemente explicada en el informe, se plantea de nuevo la cuestión de saber si la reparación íntegra es en todos los casos el único criterio. La exigencia de proporcionar una reparación puede ser modificada continuamente por las circunstancias del caso y por el hecho de que la parte perjudicada no haya adoptado medidas apropiadas y razonables que se esperaban y que tenía la capacidad de tomar, como se puso de manifiesto en el asunto Zafiro.

59. En lo que se refiere al problema de las causas concurrentes, reconoce que, en una situación en la que, incluso en el caso de que el acto ilícito se pueda atribuir sustancialmente a una sola parte, más de una causa haya intervenido para producir un efecto acumulativo, la cuantía de la reparación será influida de nuevo. Así, la conclusión del orador es que una reparación «íntegra» nunca es íntegra, observación hecha ya por el Presidente y por otros, que han señalado que los medios de subsistencia del Estado lesionado han de colocarse en la balanza y ser apreciados en relación con los del Estado responsable.

60. Este punto se manifiesta con una claridad todavía mayor en el contexto de la evaluación inicial de la cuantía de los daños. Una reparación íntegra sólo es posible en el caso de los contratos exclusivamente comerciales en los que es fácil determinar la cuantía de los daños. En el contexto más amplio de las relaciones interestatales, en los que se plantean cuestiones tales como la agresión y violaciones de los derechos humanos, el concepto no es apropiado. En lugar del criterio preconizado por el Relator Especial, en virtud del cual se asigna primero la reparación íntegra y se introduce luego un conjunto secundario de criterios de mitigación, el orador es partidario de adoptar un criterio más humanitario en la fase inicial de la asignación de la responsabilidad y de las consecuencias de ésta, teniendo en cuenta consideraciones tan importantes como la capacidad de pago del Estado.

61. Coincide con el Relator Especial en que se habría de haber examinado la cuestión de la cesación de la vio-

⁸ Véase el párrafo 4 del comentario al antiguo artículo 6 bis [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), pág. 64].

lación y la persistencia de una obligación internacional, pero duda que sea acertado relacionar los dos conceptos. El párrafo 2 de la nueva versión del artículo 36 que ha sido propuesta por Francia⁹ parece tener una manifestación en el nuevo párrafo 1 del artículo 36 bis propuesto por el Relator Especial en el párrafo 119 de su informe. Ahora bien, algún elemento de la propuesta francesa está ausente todavía de la formulación del Relator Especial. En la propuesta francesa se pone de relieve la relación con las obligaciones primarias; en cambio, en la formulación del Relator Especial se atribuye mayor importancia a la continuación de las consecuencias de la ilicitud. Es necesario que el Relator Especial y el Comité de Redacción presten más atención a esta cuestión.

62. En cuanto a las seguridades y garantías de no repetición, hace suya la opinión expuesta por el Relator Especial en el párrafo 59 de su informe según la cual se depende en buena medida de las circunstancias concretas, incluido el carácter de la obligación y de la violación. Se plantea la cuestión de saber si es necesaria una propuesta específica en el conjunto del proyecto de artículos, planteada en forma de una obligación jurídica contrapuesta a una obligación moral. Desde luego, esta cuestión no debe ser tratada en el mismo plano que otras consecuencias, entre ellas la reparación. El Sr. Brownlie y el Sr. Pellet entienden que en la práctica estatal existe poco apoyo en favor de enunciar la idea en una formulación jurídica concreta. En cambio, el Sr. Hafner y el Sr. Simma parecen abrigar la opinión de que la idea ha de tener una manifestación en el proyecto de artículos. Están preocupados, con razón, por un Estado que no ofrece seguridades de no repetición de una conducta ilícita, que en algunos casos requiere una enmienda en la legislación nacional a fin de aplicar las normas internacionales convenidas o aplicables al Estado. Este problema sin embargo no puede ser examinado dentro del modesto alcance de la disposición objeto de examen y debe ser tratado en un plano diferente. En la coyuntura presente, una formulación moderada y flexible en armonía con lo propuesto por el Relator Especial tal vez sea la solución más apropiada.

63. Por último, observa que el Relator Especial prefiere omitir el artículo 38. Esta es también la solución que él prefiere. Sin embargo, respeta la posición de los miembros que consideran que la Comisión debe tratar de abordar la cuestión objeto de dicho artículo. No tiene una opinión definida sobre la forma en que debe abordarse la cuestión y prefiere confiar al Comité de Redacción la tarea de elaborar una formulación apropiada.

64. El Sr. ROSENSTOCK dice que, a fin de utilizar con mayor eficiencia el tiempo disponible, los problemas planteados deben ser examinados por el Comité de Redacción. Ahora bien, desea comentar la noción de que la mitigación, de no practicarse, conduce lógicamente a una disminución de las reparaciones. En realidad, la mitigación conduce a una disminución del daño por el que se abona la reparación. Una utilización rigurosa de los términos facilitaría la elaboración de un marco en el que las controversias entre gobiernos se podrían resolver con el transcurso del tiempo.

⁹ Véase la nota 5 supra.

65. El Sr. HAFNER dice que, en una situación en la que una ley obliga a órganos estatales a obrar de una manera contraria al derecho internacional, es la aplicación de dicha ley, y no la misma ley, lo que es una violación del derecho internacional. Las seguridades y garantías de no repetición son los medios que se utilizan para obligar a un Estado a poner sus leyes en armonía con el derecho internacional. ¿Cuál sería la obligación impuesta a un Estado de modificar su legislación si el concepto de seguridades y garantías de no repetición fuera omitido del proyecto de artículos?

66. El Sr. PELLET dice que, si bien hay argumentos jurídicos en ambos lados, le parece que el Sr. Hafner se precipita un tanto al afirmar que la aprobación de una ley no pone en juego la responsabilidad de un Estado. Puede afirmarse, por ejemplo, que una ley por la que se prepare una acción genocida, ley que haya sido aprobada pero no puesta en vigor, seguirá siendo un hecho internacionalmente ilícito.

67. En cuanto a la cuestión precisa planteada por el Sr. Hafner, todavía no está convencido de que la cuestión pertenezca a la esfera de las garantías de no repetición. Es cierto que la abrogación de la ley constituirá una garantía de esta clase. Ahora bien, el orador se pregunta si es necesario formular las seguridades y garantías de no repetición como concepto autónomo. En realidad, todos los ejemplos citados se pueden poner en relación con la satisfacción, el cumplimiento o la cesación. Nadie ha mencionado un ejemplo concreto de un contexto diferente en el que se deba prestar efectivamente una garantía en virtud del derecho internacional, como se indica en el apartado b del párrafo 2 del artículo 36 bis del proyecto propuesto por el Relator Especial.

68. El Sr. Sreenivasa RAO dice que comparte la apreciación que hace el Sr. Pellet de los conceptos objeto de examen. Evidentemente, ningún Estado puede invocar su legislación interna como excusa para eludir sus obligaciones internacionales. Después de haber contraído una obligación, el Estado ha de hacerla efectiva en la práctica a través de su legislación interna. No hay desacuerdo entre el Sr. Hafner y el orador al respecto. Ahora bien, las cosas no son tan sencillas. La puesta en vigor de nuevas disposiciones legislativas sobre normas en evolución y todavía mal definidas no tendrá sentido, en particular si el Estado carece de la capacidad para hacerlas efectivas. La situación es todavía más compleja cuando intervienen el derecho internacional consuetudinario y normas internacionales no aceptadas universalmente.

69. El Sr. HAFNER dice que el Sr. Pellet le ha acusado con acierto de apresuramiento para llegar a conclusiones. El orador ha sintetizado deliberadamente su argumentación a fin de simplificar los asuntos. Por supuesto, algunas normas primarias obligan a los Estados a poner en vigor determinadas disposiciones legislativas. En cambio, otras normas primarias obligan a los Estados a adoptar cierta actitud. En estos casos se comete una infracción únicamente si se aplica el derecho interno y, por consiguiente, la ley de por sí no es hasta este momento una violación de una obligación internacional. El orador puede aceptar que un artículo sobre la satisfacción comprenda el derecho a pedir seguridades o garantías de no repetición, a condición de que este hecho se mencione

expresamente en el texto o, por lo menos, en el comentario. Ahora bien, no puede aceptar que no exista para un Estado la obligación de modificar sus leyes, pues en este caso el derecho interno prevalecería sobre el derecho internacional para este Estado.

70. El Sr. ROSENSTOCK dice que el hecho de que sea difícil evaluar la cuantía de las reparaciones en un caso determinado no significa que las normas sean inválidas. En el proyecto de artículos se preconiza una «reparación íntegra» y se reconoce a la vez que la reparación no será nunca verdaderamente íntegra en un mundo imperfecto.

71. El Sr. Sreenivasa RAO dice que él y el Sr. Rosenstock están de acuerdo, aunque consideran el asunto desde diferentes puntos de vista. El vaso está lleno a medias, pero está también vacío a medias.

72. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) pone de relieve que las palabras «íntegra reparación» figuran en el proyecto de artículo 42 que se aprobó en primera lectura y que no ha sido criticado por los gobiernos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2616.^a SESIÓN

Viernes 5 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

más tarde: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar el examen de los artículos 36, 36

bis, 37 bis y 38 que figuran en el párrafo 119 del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. TOMKA juzga el informe que se examina sumamente interesante y útil a efectos del examen en segunda lectura de la segunda parte del proyecto de artículos.

3. En particular, el Sr. Tomka aprueba la nueva estructura propuesta por el Relator Especial, en concreto para la nueva segunda parte bis, titulada «Puesta en práctica de la responsabilidad del Estado». Esta acción corresponde desde todos los puntos de vista a la intención inicial de la Comisión y del entonces Relator Especial, Roberto Ago, de incorporar eventualmente, tras una primera parte consagrada al origen de la responsabilidad internacional y una segunda parte consagrada al contenido, a las formas y a los grados de la responsabilidad internacional, una tercera parte que versase sobre el arreglo de controversias y la puesta en práctica de la responsabilidad internacional³.

4. El Sr. Tomka observa con satisfacción que el Relator Especial se propone cambiar de sitio las disposiciones relativas a las contramedidas, que actualmente figuran en la segunda parte aunque no tienen relación alguna ni con el contenido ni con las formas de la responsabilidad internacional: en efecto, las contramedidas son un instrumento destinado a obligar al Estado que ha violado una obligación internacional a cumplir su nueva obligación de reparación, que constituye la esencia misma de la responsabilidad. Las disposiciones sobre las contramedidas deben ir pues en la parte que versa sobre la puesta en práctica de la responsabilidad.

5. La propuesta del Relator Especial de añadir al proyecto de artículos una cuarta parte titulada «Disposiciones generales», en la que se recogería el contenido de los actuales artículos 37 y 39, adoptados en primera lectura, requiere un análisis más a fondo.

6. El Sr. Tomka se declara convencido por el argumento del Relator Especial, según el cual las disposiciones de la primera parte se aplican a todas las obligaciones internacionales del Estado, es decir, incluidas las obligaciones nacidas como consecuencia de un hecho ilícito anterior. Así, está de acuerdo en que es preciso evitar reproducir en el párrafo 4 del artículo 42 el contenido del artículo 4. Recuerda a este propósito que, en su comentario sobre el título del capítulo I, «Principios generales», de la primera parte, la Comisión declaró expresamente que «el capítulo I del proyecto, que tiene cuatro artículos (artículos 1 a 4), está consagrado a determinados principios de derecho que se aplican al proyecto en su conjunto»⁴. De ahí que no sea partidario de la propuesta formulada por el Sr. Pellet (2613.^a sesión), a saber, que en la segunda parte se inserte una disposición en la que se prevea que el capítulo V de la primera parte se aplica también a la segunda parte. Semejante inserción crearía inútilmente problemas de interpretación fundados en argumentos a contrario.

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

³ Anuario... 1975, vol. II, págs. 60 a 64, doc. A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

⁴ Véase el comentario en Anuario... 1973, vol. II, págs. 176 y ss., doc. A/9010/Rev.1, párr. 58.

7. El Sr. Tomka pasa al título propuesto por el Relator Especial para la segunda parte, «Consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado», y declara que, efectivamente, la responsabilidad es una consecuencia jurídica de un hecho internacionalmente ilícito. En ese sentido, el título ligeramente distinto sugerido por un miembro de la Comisión, es decir «Consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional», no convendría.

8. En lo que respecta al artículo 36, el Sr. Tomka considera que su título, «Contenido de la responsabilidad internacional», propuesto por el Relator Especial, no corresponde al texto de la disposición propiamente dicha, quizá porque el Relator Especial ha propuesto titular la segunda parte de una manera distinta. Al Comité de Redacción incumbirá examinar este asunto. A propósito del artículo 36 bis, el Sr. Tomka aprueba la intención del Relator Especial de establecer una relación más estrecha entre la validez continua de la obligación violada, la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición. Observa sin embargo que estas tres nociones, aunque cercanas en cierta medida, son distintas y preferiría pues que se las desarrollase en artículos distintos. En todo caso, el título del artículo 36 bis, «Cesación», no abarca las tres nociones. Procede reafirmar en el párrafo 1 que la obligación internacional primaria, aunque transgredida, subsiste y el Estado de que se trate habrá de cumplirla. El texto del apartado b del párrafo 2 propuesto da la impresión de que las seguridades y garantías de no repetición se deben ofrecer en todos los casos, pero del debate se desprende que sólo son importantes en ciertas circunstancias. El Comité de Redacción debería tener debidamente en cuenta este punto.

9. En lo que respecta al artículo 37 bis, titulado «Reparación», el Sr. Tomka observa que el texto antiguo correspondiente (el artículo 42, titulado también «Reparación») preveía la reparación íntegra y no había suscitado críticas de los gobiernos. No sería pues prudente abandonar esta noción. A este respecto, la Comisión debería polarizarse menos en la situación del Estado autor que en el perjuicio sufrido por un Estado a causa de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. Por último, en lo que respecta al nuevo texto del artículo 38, titulado «Otras consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito», propuesto por el Relator Especial, el Sr. Tomka se inclina a pensar, al igual que el Relator Especial, que no hace ninguna falta un artículo específico en ese sentido. En general, las disposiciones relativas a la aplicación de las reglas del derecho internacional consuetudinario no enumeradas en un instrumento figuran en el preámbulo de ese instrumento. Esta es pues la solución que se deberá adoptar si el proyecto de artículos reviste la forma de una convención.

10. El Sr. ADDO hace suyas casi todas las propuestas formuladas por el Relator en su tercer informe, en particular la propuesta de que se inserte en el proyecto de artículos una segunda parte bis sobre la puesta en práctica de la responsabilidad del Estado y una cuarta parte dedicada a las disposiciones generales, y de que se prescinda de momento de la tercera parte.

11. El Sr. Addo acepta sin dificultad los artículos 36 bis y 37 bis. Existen diferentes formas de reparación y la elección que se efectúe entre ellas dependerá de los hechos precisos. Conviene señalar a este respecto que la responsabilidad del Estado se puede invocar a partir del momento en que el Estado lesionado demuestre la comisión de un hecho ilícito o una comisión; no tiene que aportar pruebas de un perjuicio efectivo. Es innegable que un Estado cumple la responsabilidad que le incumbe por la violación de una obligación internacional reparando el perjuicio causado. La palabra «reparación» es una palabra genérica que se aplica a los diferentes medios de que un Estado dispone para satisfacer o cumplir esta responsabilidad y abarca el derecho a la cesación de la violación, el derecho a la restitución en especie, el derecho a indemnización cuando la restitución en especie no es posible y el derecho a recibir satisfacción. Los artículos 36 bis y 37 bis, redactados de nuevo por el Relator Especial, recogen todas esas formas de reparación y convendría remitirlos al Comité de Redacción junto con el artículo 36. En lo que respecta al artículo 38, el Sr. Addo prefiere el nuevo texto propuesto por el Relator Especial, pero no insiste especialmente en que se mantenga. Como el Sr. Lukashuk ha señalado ya (2615.ª sesión), este artículo no aporta nada en cuanto al fondo y se podría suprimir sin problemas. Si se mantuviese, el Sr. Addo sólo lo apoyaría ex abundanti cautela y a condición de que figure en la cuarta parte. El Sr. Addo se reserva el derecho a intervenir más tarde en relación con el artículo 40 bis.

12. El Sr. ILLUECA señala que el tercer informe es digno de elogio y enriquece los trabajos de la Comisión y, además, el derecho internacional en general. A su juicio, los artículos 36, 36 bis, 37 bis y 38 ocupan el lugar que les corresponde en el proyecto de artículos, y el Relator Especial y el Comité de Redacción podrán retocarlos luego teniendo en cuenta las observaciones formuladas al respecto.

13. Refiriéndose brevemente al ambicioso programa de trabajo presentado por el Relator Especial en relación con las etapas para la ultimación del examen en segunda lectura del proyecto de artículos, el Sr. Illueca parte del principio de que la Comisión concluyó en su 51.º período de sesiones el examen en segunda lectura de los proyectos de artículos de la primera parte, cuya noción fundamental no se ha puesto esencialmente en tela de juicio, aunque la Comisión se reservó, para reflexión más detenida, cierto número de cuestiones relacionadas con la primera parte, como la responsabilidad del Estado por la violación de obligaciones erga omnes y la relación de la disposición correspondiente con el artículo 19 adoptado en primera lectura.

14. A propósito precisamente del artículo 19, titulado «Crímenes internacionales y delitos internacionales», el Sr. Illueca considera este artículo el elemento principal del proyecto, cuya coherencia determina. La noción de «crimen internacional», nacida en la segunda guerra mundial, remite a la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos más graves, pero existe un régimen único de responsabilidad para los hechos internacionalmente ilícitos más graves y un régimen único para los demás hechos ilícitos. Si no se tiene en cuenta esta realidad, la Comisión no podrá concluir el valioso ejercicio que emprendió al abordar este tema.

15. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) resume el debate en torno a los artículos 36, 36 bis, 37 bis y 38 y observa complacido que la Comisión y el grupo de trabajo han progresado satisfactoriamente en su labor —comprendido el punto que el Sr. Illueca acaba de mencionar— aunque siguen pendientes algunas cuestiones que se resolverán en definitiva cuando se examinen otros aspectos del informe.

16. El Relator Especial observa con agrado que hay acuerdo general, tanto en cuanto a la estrategia consistente en formular la segunda parte, o por lo menos las consecuencias que se enuncian en ella, en forma de obligaciones del Estado responsable, como en cuanto a la necesidad de tratar estas obligaciones y su exigencia por otros Estados, si no en partes distintas, por lo menos en capítulos diferentes de la misma parte. De los trabajos se desprende también que las disposiciones existentes, aunque reorganizadas, se mantendrán en esencia con ciertos elementos complementarios, en particular, tal vez, un artículo sobre los intereses previsto por el precedente Relator Especial, el Sr. Arangio-Ruiz, en su segundo informe⁵.

17. En cuanto a la posibilidad para entidades distintas de los Estados de invocar la responsabilidad de un Estado, posibilidad sobre la que se interroga el Sr. Gaja, el Relator Especial subraya que la noción abierta de responsabilidad, enunciada en la primera parte, la autoriza. Es evidente que la responsabilidad de un Estado frente a entidades distintas de un Estado se inscribe en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. Ello no significa sin embargo que la Comisión deba examinar esta cuestión: no es necesario que lo haga por diversas razones ajenas al sector de la responsabilidad de los Estados propiamente dicho, pero debe evocarla para garantizar una cohesión entre el contenido de la primera parte y el de las demás partes. Este es el objeto de la cláusula de salvaguardia del párrafo 3 del artículo 40 bis propuesto. No es aconsejable ir más allá.

18. En lo que respecta a la dificultad de establecer una distinción entre reglas primarias y reglas secundarias a que se han referido varios miembros de la Comisión, el Relator Especial no tiene otra opción que atenerse a la decisión inicial que la Comisión tomó de mantener esta distinción.

19. En cuanto a los diferentes artículos que ha propuesto, el Relator Especial observa que el debate habido sobre el título, tanto de la segunda parte como de los diferentes artículos, ha sido útil. Ahora incumbe al Comité de Redacción examinar todas las propuestas de forma presentadas a este respecto. Parece admitirse en general que los cuatro artículos en cuestión pueden ser remitidos al Comité de Redacción y que se los debe mantener en un lugar u otro del proyecto de artículos. A este respecto, el Relator Especial señala que se le ha persuadido de la necesidad de mantener el artículo 38, ya sea en la cuarta parte, ya sea en el preámbulo, según las propuestas que el Comité de Redacción formule al respecto.

20. Asimismo, se admite generalmente que en el artículo 36 bis se debe enunciar el principio general de la cesación y en el artículo 37 bis el de la reparación, para establecer un equilibrio en el primer capítulo. Se han formulado interesantes observaciones de forma, en particular la del Sr. Brownlie, quien ha señalado, a propósito del artículo 36 bis, que el problema de la cesación y sobre todo el de las seguridades y garantías de no repetición no sólo se plantean en un acto ilícito continuo sino también en una serie de hechos cuya continuidad se supone probable, aunque se tome separadamente cada uno de ellos. Incumbirá al Comité de Redacción determinar si se impone la referencia en el apartado a del párrafo 2 a la continuidad del comportamiento ilícito. Como el apartado b versa sobre las seguridades y garantías de no repetición, convendría quizás modificar el título actual del artículo. Se han expresado opiniones divergentes en cuanto al mantenimiento del apartado propiamente dicho, pero del debate se desprende que la mayoría de los miembros de la Comisión son favorables. De hecho, ningún gobierno ha propuesto la supresión del artículo 46 adoptado en primera lectura, aunque se ha propuesto su traslado a otro lugar. En respuesta a la observación del Sr. Pellet, según la cual no existe prácticamente ningún ejemplo de garantías de no repetición ofrecidas ante un tribunal, el Relator Especial admite que los ejemplos en este sentido son muy pocos, aunque el laudo arbitral pronunciado por el Secretario General en el caso *Rainbow Warrior* tiene ciertos elementos que se podrían interpretar como pertenecientes a la categoría de seguridades y garantías de no repetición. Es cierto que las seguridades y garantías de no repetición corresponden esencialmente a relaciones entre Estados, pero es igualmente cierto que los tribunales deben velar por su aplicación. En todo caso, es frecuente que los gobiernos den seguridades y garantías de no repetición en respuesta a la violación de una obligación, aunque el hecho internacionalmente ilícito no sea continuo. El Comité de Redacción podría modificar el texto del apartado teniendo en cuenta la propuesta de la República Checa sobre el capítulo III⁶ citada en el párrafo 56 del tercer informe y mencionando la gravedad del comportamiento ilícito y la probabilidad de su repetición; podría inspirarse para ello en el artículo correspondiente adoptado en primera lectura.

21. El artículo 37 bis ha suscitado algunas dificultades, sobre todo en lo que respecta a la expresión «reparación íntegra». El Sr. Sreenivasa Rao se pregunta (2614.^a sesión) si es preciso conservarla. En la medida en que esta expresión figuraba en el texto original del artículo y no ha sido objeto de críticas especiales por parte de los gobiernos, sería preferible conservarla. El Sr. Crawford reconoce sin embargo que ello plantea un problema de equilibrio. En efecto, el Sr. Sreenivasa Rao ha adoptado sobre todo el punto de vista del Estado responsable; no hay que descuidar sin embargo, como ha recordado el Sr. Tomka, la posición del Estado víctima del acto internacionalmente ilícito. Es cierto que, en casos extremos, el Estado responsable puede verse efectivamente reducido a la miseria por la obligación de reparación íntegra. Es necesario pues prever medidas de protección para hacer frente a esta clase de situación, sin que ello ponga en tela de juicio el principio de la reparación íntegra. Además, a

⁵ Anuario... 1989, vol. II (primera parte), págs. 23 a 31 y 57 y 58, doc. A/CN.4/425 y Add.1.

⁶ Véase 2613.^a sesión, nota 3.

propósito de las palabras «eliminará las consecuencias» que figuran en el párrafo 2 del artículo 37 bis, el Sr. Kamto ha señalado acertadamente (ibíd.) que no es posible eliminar del todo las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito. Por otra parte, la CPJI indicó en su decisión sobre el asunto *Usine de Chorzów* que la reparación debía borrar «en la mayor medida posible» todas las consecuencias del acto ilícito. Incumbirá pues al Comité de Redacción determinar si esa expresión se puede incluir para calificar el término «reparación íntegra» o si conviene referirse a la cuestión en el comentario.

22. El Relator Especial señala que se observa un acuerdo general en la noción de causalidad, que supone el concepto de reparación, y en la necesidad consiguiente de expresarla. También en este caso incumbirá al Comité de Redacción decidir si esta noción está correctamente formulada en el párrafo 1 del artículo 37 bis.

23. Los miembros del Comité se pronuncian en su gran mayoría en favor del mantenimiento del artículo 38, pero se observan ciertas divergencias sobre la parte del texto en que conviene situarlo. El Comité de Redacción determinará si conviene que figure en la cuarta parte propuesta.

24. En lo que respecta al artículo 40 bis, el Relator Especial desea precisar que el objetivo subyacente era recoger la distinción entre las obligaciones en materia de cesación y de reparación del Estado responsable por un lado y por otro lado el derecho de los demás Estados a exigir esta responsabilidad. El Relator Especial se congratula de que por lo menos se haya aceptado ya esta distinción.

El Sr. Kamto ocupa la Presidencia.

25. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea dar traslado de los artículos 36 a 38 al Comité de Redacción

Así queda acordado.

26. El Presidente invita a los miembros de la Comisión a examinar el artículo 40 bis.

27. El Sr. SIMMA estima que el título actual del artículo 40 bis, «Derecho de un Estado a exigir responsabilidad de otro Estado», no cumple lo que promete porque no da respuesta clara a la cuestión de si tal derecho existe. Parecería más bien que este artículo introduce dos nociones diferentes: la de «Estado lesionado» en el párrafo 1 y la de «interés legítimo» en el párrafo 2. Estas dos nociones están naturalmente vinculadas en cierto modo, pero no se corresponden verdaderamente como deberían en el contexto del artículo 40 bis. Además, las divergencias de interpretación de la decisión de la CIJ en el asunto *Barcelona Traction* dejan entrever espinosos problemas teóricos. La interpretación que el Sr. Simma da a esta decisión es diferente de la que da el Relator Especial. El Sr. Simma propone pues que se evite recurrir a la noción de «perjuicio» para hablar de la responsabilidad del Estado en la medida en que, a su juicio, es prácticamente imposible «calibrar» este perjuicio a partir del criterio de proximidad de la violación. Baste a este respecto pen-

sar en los tratados de derechos humanos; bien se considere, como el Sr. Arangio-Ruiz, que todos los Estados son lesionados o bien se considera que ninguno lo es, lo que privaría totalmente de eficacia a esos tratados. El Sr. Simma sugiere también que se evite la noción de «interés legítimo» y se hable directamente, de conformidad con el título, del «derecho a exigir» el desencadenamiento de ciertas consecuencias jurídicas. El orador observa que la nueva redacción del artículo propuesta por el Relator Especial es muy semejante a la suya propia. No se opone por otra parte a que se introduzcan modificaciones de forma como las propuestas por el Sr. Economides, a saber, la sustitución de las palabras «consecuencias jurídicas de la responsabilidad de un Estado» por «consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito de un Estado». Su preocupación principal es en efecto hallar una estructura práctica aceptable para el artículo 40 bis.

28. El Sr. BROWNLIE está generalmente de acuerdo con el Sr. Simma en cuanto al fondo del artículo 40 bis. Le preocupan fundamentalmente problemas conexos, en particular cuestiones de política legislativa que la Comisión debe tener en cuenta.

29. Estima ante todo que, cualquiera que sea la calidad del texto del proyecto de artículos propuesto por la Comisión, siempre suscitará oposición y confusión porque se trata de una cuestión técnica sumamente compleja, que no se puede fundar únicamente en el derecho consuetudinario. Además, el resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo cuarto período de sesiones (A/CN.4/504 y Add.1) da una idea de la oposición que suscitará el artículo 40 bis o una versión análoga de ese texto. En los párrafos de ese documento dedicados a la versión inicial del artículo 40 se suscitaron diversas cuestiones en relación con las obligaciones erga omnes. La reacción de la Sexta Comisión es sintomática y no excéntrica.

30. Por otra parte, la Comisión debe tener asimismo en cuenta a los usuarios de los documentos, incluso provisionales, que produce y que son explotados, no sólo por los tribunales, sino también por asesores jurídicos que casi nunca tienen tiempo que perder ni son siempre expertos en derecho internacional y por no juristas. Es preciso evitar pues aumentar el riesgo de confusión ahondando exageradamente la cuestión.

31. Por último, el Sr. Brownlie opina que es posible elaborar una definición razonable de «Estado lesionado», pero que una definición exhaustiva de esta noción presenta importantes dificultades técnicas. El Relator Especial ha establecido en cierto momento una distinción entre obligaciones bilaterales y obligaciones multilaterales, pero ha observado también que en derecho internacional general las obligaciones tienen siempre carácter bilateral. Esta observación es fundada y se debe pues aceptar. Luego ha dado a entender que la situación es distinta en el caso de obligaciones multilaterales. El Sr. Brownlie no está de acuerdo. A su juicio, en efecto, la diferencia residirá en la dificultad de identificar los principios del derecho internacional general y le tienta hasta cierto punto el tipo de solución preconizado en la Convención de Viena de 1969 para las obligaciones erga

omnes, en el sentido de que se podría hacer una remisión a la evolución del derecho consuetudinario.

32. El Sr. Brownlie se refiere por último a una preocupación conexas, es decir, la necesidad de concluir la labor emprendida. Refiriéndose a la nota al pie de página del artículo 40 bis en el párrafo 119 del informe, toma muy en serio estas palabras y comparte la preocupación del Relator Especial, pero la Comisión puede ciertamente ahondar en un capítulo nuevo los principios enunciados en el artículo 40 bis, aunque ello podría ocuparla durante muchísimo tiempo.

33. El Sr. GAJA señala que el artículo 40 bis se funda en una distinción esencial entre las obligaciones bilaterales y multilaterales que, en un contexto específico, pueden dar origen a relaciones bilaterales por un lado y obligaciones erga omnes por otro. Esta distinción se formula ahora de un modo mucho más claro y coherente que en la versión del artículo 40 adoptada en primera lectura y, como es efectivamente necesaria, debe figurar en alguna parte del texto del proyecto de artículos. También es posible efectuar aclaraciones y otras adiciones, que se podrían prever como parte de las disposiciones generales.

34. Ya se han formulado propuestas importantes. Por su parte, el Sr. Gaja propone que el artículo 40 bis se divida en función del tipo de obligación de que se trate. Así, la primera parte versaría sobre violaciones de obligaciones bilaterales u obligaciones multilaterales que, en un contexto preciso, dan origen a relaciones bilaterales. Un ejemplo clásico es el de la violación de una obligación que nace de la libertad de navegación en alta mar. Se trata de una obligación multilateral, ya figure en un tratado, ya forme parte del derecho internacional general. Sin embargo, en el caso concreto de un buque extranjero detenido por un buque de guerra de otro Estado, la violación atañe a un solo Estado. Los demás Estados pueden ciertamente sentirse interesados en el problema, pero efectivamente lesionado hay sólo uno.

35. La segunda parte versaría sobre las obligaciones erga omnes. Su violación afectaría a todos los Estados. Sin embargo, en ciertas circunstancias, la violación de tales obligaciones afecta especialmente a uno o varios Estados.

36. La primera parte del artículo 40 bis, es decir, el actual apartado a del párrafo 1, podría versar sobre el primer tipo de situación, mientras que la segunda parte del artículo, que comprendería entonces el apartado b del párrafo 1 y el párrafo 2, versaría sobre las obligaciones erga omnes y diría de entrada que, en caso de violación de estas obligaciones, todos los Estados están facultados para pedir la cesación y exigir garantías y seguridades de no repetición.

37. A juicio del Sr. Gaja, sería asimismo posible prever que todos los Estados pidan también reparación, a reserva de que se conceda eventualmente una indemnización al beneficiario final, que puede ser otro Estado, un individuo o incluso la comunidad internacional en su conjunto. La Comisión no tiene por qué determinar quién sería el beneficiario en cuestión; como el Sr. Sreenivasa Rao recordó (2614.^a sesión), es una cuestión que corresponde a las reglas primarias. Tratándose de obligaciones erga

omnes, puede haber un beneficiario especial y sólo este beneficiario puede aspirar a una indemnización. Si se sigue el razonamiento del Relator Especial, no se debería examinar en detalle la situación de beneficiarios distintos de los Estados. Así, cuando un Estado ha sido agredido, la agresión interesa a toda la comunidad internacional. Todos los Estados pueden exigir la cesación de la agresión, así como seguridades y garantías de no repetición, y pueden asimismo pedir reparación, pero sólo el Estado agredido puede aspirar a una indemnización. Se podría decir que éste tiene derechos suplementarios. Dicho Estado tendría también una función que cumplir en lo que respecta al ejercicio de la responsabilidad. La elección entre restitución e indemnización incumbiría al Estado directamente interesado. Esta cuestión se debería tratar en la segunda parte bis del proyecto de artículos relativa a la puesta en práctica de la responsabilidad. En los capítulos I y II de la segunda parte sólo es posible referirse a las obligaciones desde el punto de vista del Estado responsable.

38. Según la teoría de los tres círculos concéntricos, como la denominaba Abi-Saab, el círculo más amplio es el de las normas que imponen obligaciones erga omnes. El círculo medio corresponde al jus cogens, es decir, las normas destinadas a invalidar o anular un tratado si éste contiene disposiciones que violan obligaciones erga omnes. Por fin, el último círculo, el más pequeño, comprende las normas que imponen obligaciones cuya violación constituye lo que se solía llamar «crímenes de Estado», es decir, violaciones graves de algunas obligaciones erga omnes. El Sr. Gaja hace alusión a esta teoría para indicar que, por justa que sea y contrariamente a lo que sugiere el Relator Especial, no considera que la Comisión deba dedicar tiempo al jus cogens. La diferencia fundamental es la establecida en las disposiciones del artículo 40 bis entre obligaciones bilaterales y obligaciones erga omnes, sean éstas impuestas o no por normas imperativas. El Estado directamente afectado por la violación de una obligación erga omnes no puede anular esta obligación por vía de acuerdo o de consentimiento unilateral. No puede siquiera suprimir las consecuencias de una violación por la cláusula de renuncia. Como su nombre indica, las obligaciones erga omnes se imponen frente a todos los Estados, cualquiera que sea la situación. A juicio del Sr. Gaja, la noción de obligación erga omnes basta para los fines de la Comisión. Queda por determinar si se deben prever disposiciones suplementarias en la segunda parte o en otro lugar para el caso de violación grave de ciertas obligaciones erga omnes.

39. El Sr. GOCO dice que sus observaciones sobre el artículo 40 bis, en particular sobre la cuestión del «Estado lesionado», constituyen un comentario provisional sobre el que se reserva el derecho a volver, en particular en el momento de la redacción. El orador felicita al Relator Especial que presenta muy claramente esta cuestión en su informe.

40. Según deduce del resumen por temas, la Sexta Comisión ha formulado varias observaciones generales sobre el sentido de la expresión «Estado lesionado». En particular ha propuesto que la disposición relativa al «Estado lesionado» contenga una clara definición del acto delictivo contra el derecho de un Estado lesionado y menciona explícitamente el perjuicio moral o material

sufrido por el Estado en cuestión. Otras delegaciones han considerado que no es necesario mencionar el perjuicio causado, en la medida en que el acto ilegal puede traducirse en un posible perjuicio, sin ser causa de un perjuicio efectivo. Se ha apoyado la propuesta de establecer una distinción entre el Estado o los Estados lesionados por un hecho internacionalmente ilícito y los demás Estados que tienen un interés legítimo en la ejecución de las obligaciones en cuestión, pero no han sufrido daños cuantificables. Solamente el Estado específicamente lesionado debería tener derecho a exigir reparación y a ser indemnizado, pero no podrá exigir reparación en ausencia de un perjuicio efectivo. Se ha señalado asimismo que la lista de situaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 40 no es exhaustiva, puesto que no se menciona expresamente en ella la costumbre bilateral o la violación de obligaciones resultante de un hecho unilateral. Por último, la violación de disposiciones convencionales debería regirse ante todo por las disposiciones del tratado propiamente dicho; este caso guarda pues relación con el derecho de los tratados y no con la responsabilidad de los Estados.

41. El Sr. Goco estima que la referencia que el Relator Especial hace en el párrafo 67 de su informe a los debates que condujeron a la formulación de la versión inicial del artículo 40⁷ es sumamente útil. Algunos miembros de la Comisión habían propuesto entonces una fórmula «lo bastante flexible para abarcar todos los casos»⁸. El Sr. Goco aprueba plenamente al Relator Especial cuando éste dice que el artículo 40 constituye el eje de todo el proyecto, es decir, el elemento de conexión entre el régimen de las obligaciones examinado en la primera parte y el régimen de los derechos examinados en la segunda parte.

42. El párrafo 1 del artículo 40 está muy claro: en él se da una definición general del Estado lesionado como aquel Estado cuyos derechos viola el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. No se puede por menos de establecer a este respecto un paralelo con las disposiciones del derecho interno: ya sea en el ámbito penal o simplemente en el del acto ilícito comprendido el acto no intencional contra los derechos ajenos, parte lesionada es aquella cuyos derechos han sido violados o transgredidos por la acción u omisión de un tercero. Esta acción o esta omisión da a la parte lesionada el derecho a recurrir contra el autor de la violación o a pedirle reparación. El concepto es siempre el mismo: la existencia de una acción o de una omisión que atenta contra los derechos de una parte, la responsabilidad del autor de esta acción o de esta omisión y la concesión de una forma u otra de reparación a la víctima. Por otra parte, las palabras «acción u omisión» figuran en el artículo 3 de la primera parte del proyecto. No era pues necesario hacer una lista de las diferentes situaciones que pueden presentarse, como se hizo en el párrafo 2 de la primera versión del artículo 40. Después de todo, al Estado lesionado incumbe suscitar la cuestión de la violación de sus derechos.

⁷ Véase el antiguo artículo 5 propuesto por el Relator Especial, Sr. Riphagen, en su quinto informe en Anuario... 1984, vol. II (primera parte), págs. 2 y 3, doc. A/CN.4/380, y vol. II (segunda parte), pág. 106, párr. 355.

⁸ *Ibid.*, pág. 107, párr. 367.

43. Ello explica por otro lado que los gobiernos se hayan inquietado, a propósito del artículo 40, por la posibilidad de duplicaciones o de incompatibilidad con el derecho de los tratados. Un país señaló en particular —con razón según el Sr. Goco— que la primera condición que se ha de cumplir para poder exigir la responsabilidad en derecho internacional consuetudinario es la existencia de un vínculo suficiente entre la violación y el Estado que reivindica la condición de «Estado lesionado».

44. La primera versión del artículo 40 era mucho más densa y compleja. Felizmente, el Relator Especial propone en el párrafo 119 de su informe una versión «aligerada», mucho más sencilla y mucho más fácil de comprender y de aplicar. El artículo 40 bis hace hincapié en la obligación violada, obligación que existe en relación con el Estado lesionado a título individual o en relación con toda la comunidad internacional o con un grupo de Estados de los que el Estado lesionado forma parte. En esta nueva versión se prevé también —párrafo 2— el caso de un Estado que tiene interés legítimo en el cumplimiento de una obligación internacional en la que sea parte cuando la obligación haya sido contraída con toda la comunidad internacional o cuando la obligación se haya establecido para proteger intereses colectivos. Por último, el párrafo 3 versa sobre la cuestión de los derechos que corresponden directamente a una persona o entidad distinta de un Estado. Esta cuestión debería, dicho sea de paso, figurar en disposición aparte.

45. La nueva formulación del artículo 40 constituye innegablemente una mejora en relación con la versión antigua, con todo el respeto debido a los primeros redactores. Ahora incumbe al Comité de Redacción mejorarla aún más, velando en particular por tener en cuenta los comentarios de la Sexta Comisión y tratando de hallar una fórmula suficientemente flexible para abarcar todos los casos posibles.

46. Las disposiciones que se redacten sobre esta cuestión tan importante de la responsabilidad de los Estados deben ser claras y comprensibles, no sólo para los juristas y profesores, sino también para los lectores en general y en particular para los estudiantes. El Sr. Goco escuchó con sorpresa la observación de uno de sus estudiantes en Manila, quien le preguntó si la extremada complejidad de las normas de derecho internacional no es en realidad voluntad de los Estados que tienen así excusa para no aplicarlas. La Comisión debería reflexionar al respecto.

47. El Sr. HAFNER señala que la Comisión puede abordar los problemas planteados por el artículo 40 y la propuesta de artículo 40 bis de dos maneras: bien trata de remontar a las raíces del derecho internacional y a las relaciones entre Estados o bien se contenta con buscar una formulación aceptable. Dada la dificultad inherente de ambos ejercicios, habría quizá que hallar una solución intermedia.

48. Pese a los progresos del multilateralismo, hoy estamos todavía en el sistema llamado «vestfaliano», en el que la aplicación de la ley incumbe a cada Estado y no a un órgano central. Si se tiene en cuenta esta noción, no será demasiado difícil redactar un artículo en el que se prevea que el que tiene derecho a invocar las consecuen-

cias del hecho internacionalmente ilícito es el Estado lesionado, pero habría que decidir primero qué se entiende por Estado lesionado. Así, por ejemplo, ¿puede un Estado sin litoral considerarse lesionado si un Estado costero extiende su zona económica exclusiva o sus derechos sobre la plataforma continental más allá de la distancia admisible? Cuando se le sometió este problema, la CIJ estimó, por su parte, que a causa de su situación geográfica un Estado sin litoral no puede considerarse lesionado por tal comportamiento. El Sr. Hafner no comparte esta opinión: a su juicio, el interés de un Estado no se puede apreciar exclusivamente sobre la base de su situación geográfica. Además, se observa actualmente una nueva evolución del derecho internacional nacida de la aparición del derecho de los derechos humanos y de la noción de obligación, no sólo frente a tal o cual Estado, sino frente a todos los Estados o, en general, frente a la humanidad entera. No es hora ya de relaciones sinalagmáticas entre Estados individualmente identificables, sino de multilateralismo. La CIJ hace ahora referencia a obligaciones erga omnes para tratar de responder a estas nuevas tendencias.

49. En su intento de definición de los Estados facultados para exigir la responsabilidad internacional, la Comisión debe tener también en cuenta esta evolución y prever que los Estados que no han sido directamente lesionados (o que no lo han sido en el sentido propio de la palabra) deben sin embargo tener el derecho de reaccionar frente a la violación de ciertas normas del derecho internacional. En efecto, se pueden dar tres casos cuando una norma de ese tipo es violada: a) bien no hay, propiamente hablando, Estado lesionado (por ejemplo, si se trata de una violación de los derechos humanos); b) bien todos los Estados pueden considerarse lesionados (por ejemplo si se ha cometido un acto ilícito contra el medio ambiente o se ha violado una convención sobre la protección del medio ambiente); c) o bien se trata de una violación fundamental del derecho internacional frente a la cual todo Estado debe poder reaccionar, por ejemplo, en caso de agresión. La ampliación del multilateralismo lleva también a distinguir un cuarto caso: d) las obligaciones son contraídas con varios Estados a la vez, pero sólo se realizan frente a un solo Estado (como en materia de protección diplomática). En la hipótesis b indicada, todo Estado que sea parte en una convención relativa a la protección del medio ambiente está normalmente facultado para actuar y exigir la responsabilidad internacional si otro Estado viola, por ejemplo, la prohibición de producir clorofluorocarburos. Sin embargo, en la hipótesis d, se plantea la cuestión de si se debe considerar jurídicamente facultado para reclamar en abstracto el cumplimiento de la norma pertinente a Estados distintos del Estado directamente afectado —en otros términos, si su interés legítimo es suficiente para darles derecho a exigir las consecuencias de la responsabilidad—. Se halla un eco de este razonamiento en el Artículo 63 del Estatuto de la CIJ, que versa sobre el derecho de los Estados a intervenir en los procesos relativos a la interpretación de una convención en la que son partes. Cabe preguntarse por lo tanto si ese sistema debería aplicarse también al derecho de invocar la responsabilidad en cuya elaboración hayan participado. De manera general, cabe pues decir que existe actualmente una tendencia a ampliar el derecho a exigir las consecuencias de la responsabilidad internacional,

pero no se llega a conferir tal derecho a cualquier Estado ni en cualquier circunstancia.

50. Planteado así el problema, el Sr. Hafner se propone examinar la manera en que el Relator Especial ha tratado de resolverlo en su artículo 40 bis. Este nuevo texto es considerablemente distinto del anterior por cuanto no se hace ya distinción entre las normas bilaterales y las normas multilaterales, sino entre las obligaciones bilaterales y las obligaciones erga omnes, una diferencia que tiene una repercusión importante sobre la definición del Estado facultado para invocar la responsabilidad.

51. El caso de las obligaciones bilaterales se analiza en los párrafos 99 a 105 del informe. En el párrafo 105, el Relator Especial indica que puede existir un interés de terceros Estados en aludir a una violación dada pero que no es necesario incluir esa situación en el proyecto de artículos. El Sr. Hafner opina lo contrario: si se quiere dar a terceros Estados la posibilidad de intervenir en caso de violación de una obligación internacional contraída con un Estado determinado pero resultante de un tratado multilateral, hace falta una norma positiva (lo que puede ser útil en la hipótesis de que, por ejemplo, la parte directamente lesionada no esté decidida a actuar) que cree una excepción al principio de no injerencia, que es el de la doctrina clásica.

52. En lo que respecta a la violación de obligaciones erga omnes, el nuevo proyecto de artículo prevé que sólo tienen derecho —a priori— a invocar las consecuencias de la responsabilidad internacional dos categorías de Estados: el Estado directamente perjudicado por la transgresión de la obligación y los Estados partes en una convención de alcance mundial. Ateniéndose a esta definición, ningún Estado podría exigir responsabilidad a otro Estado en caso de violación de los derechos humanos y, en caso de atentado al medio ambiente que no signifique un perjuicio de otro Estado, este derecho tampoco sería sistemático. De ahí que el Relator Especial haya previsto, en el párrafo 2 de su proyecto de artículo 40 bis, que un Estado esté asimismo facultado para actuar si tiene interés legítimo en el cumplimiento de una obligación internacional en la que sea parte siempre que la obligación haya sido contraída con toda la comunidad internacional (erga omnes) o cuando la obligación se haya establecido para proteger intereses colectivos. Ciertamente, puesto que no es fácil comprender el significado preciso de las obligaciones erga omnes, habría que incluir una definición en el comentario.

53. Puesto que las consecuencias de la distinción entre estos dos grupos de Estados no se desprenden del texto del proyecto de artículos, sería interesante conocerlas. El Relator Especial explica en su informe que los Estados «interesados» podrían intervenir, ya sea en nombre de la víctima (lo que no plantea problemas), ya sea en virtud de un acuerdo entre los Estados partes por analogía con el párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. El Sr. Hafner opina, al igual que el Sr. Simma, que la exigencia de un acuerdo previo puede plantear un problema. Si el Estado «interesado» tiene únicamente derecho a reclamar la cesación o restitución, la existencia de este acuerdo previo no se impone siempre que, sin embargo, el Estado víctima no considere que se han usurpado sus propias prerrogativas. El caso es distinto cuan-

do se trata de reclamar reparación o satisfacción o de tomar contramedidas. En este caso, a menos que el Estado interesado actúe en nombre de la víctima, parece indispensable el acuerdo pues de otro modo se generaría desorden. Es evidente que no ha sido todavía posible hallar una formulación que resuelva de modo satisfactorio estos problemas, que exigen imperativamente una solución clara.

54. En resumen, es imposible pronunciarse definitivamente en relación con el artículo 40 bis mientras no se conozcan las consecuencias de la distinción entre las dos categorías previstas de Estados. Por último, como ha subrayado el Sr. Simma, que ha sugerido un nuevo texto, el título del artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial no corresponde al contenido de este artículo y habría que establecer una relación entre ambos. El Sr. Hafner comparte también la opinión del Sr. Goco sobre la oportunidad de separar el párrafo 3 de modo que constituya una disposición distinta.

55. El Sr. PELLET señala que el artículo 40 bis, como lo concibe el Relator Especial, tiene por función determinar qué Estados pueden exigir la responsabilidad internacional del Estado al que se puede atribuir un hecho internacionalmente ilícito. Este criterio tiene la ventaja de ser más pragmático que las teorías generales de las obligaciones en derecho internacional presentadas por el Sr. Gaja y el Sr. Hafner y responde, en definitiva, a las cuestiones suscitadas por el Relator Especial en los párrafos 117 y 118 de su informe. Dicho esto, el artículo 40 bis así redactado debería más bien figurar al principio de la segunda parte bis, ya que ésta se consagrará a la puesta en práctica de la responsabilidad del Estado y aquí se trata de saber quién puede hacer valer esa responsabilidad. Esta es, por otra parte, la solución preconizada por el Relator Especial. El Relator Especial tiene ciertamente razón en modificar a la vez el título y los principios del artículo 40 aprobado en primera lectura, que era efectivamente criticable desde numerosos puntos de vista, pero es de lamentar que no haya llevado su razonamiento hasta el final y no haya sacado enteramente las consecuencias lógicas de su análisis crítico. De hecho, el Sr. Crawford parece haber quedado prisionero del criterio doctrinal del antiguo Relator Especial Riphagen, cuya excesiva complejidad ha denunciado el Sr. Brownlie. La formulación propuesta por el Sr. Simma es mejor, por lo menos al principio: empieza por definir en el párrafo 1 los casos en que un Estado puede exigir responsabilidades a otro Estado por un hecho internacionalmente ilícito. Por desgracia, luego vuelve sobre la cuestión de cuál es el tipo de obligación que se ha violado. Ahora bien, el problema reside en realidad en determinar cuándo un Estado tiene derecho a exigir la responsabilidad internacional. La naturaleza de la obligación violada no tiene ningún interés: lo que importa es la posición del Estado que desea actuar frente a una violación.

56. Si, como es lógico, se coloca el artículo 40 bis al principio de la segunda parte bis, las consecuencias inmediatas de la responsabilidad habrán sido enumeradas y definidas en la segunda parte. Al remitir los artículos 36, 36 bis y 37 bis al Comité de Redacción, la Comisión ha trazado en líneas generales el contenido de esta segunda parte, aunque sea necesario añadir —y el Relator Especial conviene en ello— unas disposiciones sobre los

intereses en materia de reparación. El Sr. Pellet sigue pensando en efecto que será preciso complicar un tanto los artículos sobre la reparación. También será preciso incluir en esta segunda parte el artículo 45 bis que el Relator Especial tiene previsto sobre la pluralidad de los autores de violaciones que, a juicio del Sr. Pellet, corresponde mucho más a la segunda parte que a la segunda parte bis. Las consecuencias de la responsabilidad no son después de todo muy complicadas. Como se ha dicho, estas consecuencias son el cumplimiento de la obligación internacional violada (párrafo 1 del artículo 36 bis), la cesación del hecho internacionalmente ilícito (apartado a del párrafo 2 del artículo 36 bis), quizá también si se desea —aunque el Relator Especial no ha dado todavía verdaderos ejemplos— las seguridades y garantías de no repetición (apartado b del párrafo 2 del artículo 36 bis) y, por último pero no menos importante, la reparación en una de sus tres formas o en una combinación de las tres formas. Todo ello figurará ya en la segunda parte. Luego llegará el artículo 40, donde, lógicamente, habría que decir quién tiene derecho a pedir la cesación, las seguridades, etc. Las cuatro consecuencias previstas se pueden agrupar muy fácilmente. Por un lado la reparación y por otro lado todo lo demás: la petición de cesación, el cumplimiento y, quizá, las garantías de no repetición. En cuanto a las contramedidas, más vale esperar a que el Relator Especial haya elaborado su informe para examinarlas.

57. Si se admite este razonamiento, es decir, empezar a partir de lo que habrá antes del artículo 40, el único problema que este artículo deberá solucionar es el de cuál o cuáles de las consecuencias de la responsabilidad pueden ser desencadenadas por un Estado según su situación en relación con la obligación violada. Esto es lo que el Relator Especial trata de hacer en el cuadro 2 que figura en el párrafo 116 de su informe. Es también lo que el artículo 40 bis pretende traducir en palabras, aunque lo hace de una manera que parece muy complicada pero no muy precisa, porque se lo puede interpretar en todos los sentidos. Se observa claramente que existen diferencias, pero no está claro qué se puede exigir según la situación indicada. También en este caso el Relator Especial se interesa mucho más en la teoría de las obligaciones que en el comienzo del proceso de responsabilidad y lo hace de un modo casi tan complicado como en el artículo que Riphagen había propuesto como artículo 5 en su sexto informe⁹, que partía de una idea en principio diferente. A juicio del Sr. Pellet, bastaría con efectuar una distinción sencilla, que se desprende con bastante claridad de la lectura del informe, entre los Estados lesionados en sentido propio, los que han sufrido directamente un daño o un perjuicio, por un lado, y por otro los demás Estados a los que cabe calificar de indirectamente lesionados y que, en todo caso, están definidos en el fallo de la CIJ en el caso *Barcelona Traction* como aquellos que tienen un interés legítimo, es decir, los demás Estados interesados.

58. A Este respecto, el Sr. Pellet está de acuerdo con el Relator Especial. Lo raro son las consecuencias que éste saca de su razonamiento. Las cosas están claras: por una parte hay los Estados que tienen derecho a sacar todas las consecuencias de la responsabilidad, los Estados lesiona-

⁹ Anuario... 1985, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/389.

dos o directamente lesionados, y por otra parte hay los demás Estados que tienen derecho a sacar todas las consecuencias de la responsabilidad, salvo la reparación. Ningún Estado puede exigir para sí mismo una reparación pecuniaria por un genocidio que se comete en otro Estado y que concierne a la población de ese Estado. En cambio, es totalmente evidente —y esta es una gran virtud de la noción de crimen— que todos los demás Estados tienen ciertamente derecho y probablemente obligación de reaccionar. Tienen como mínimo derecho a exigir la cesación, el cumplimiento de la obligación violada y, en su caso, garantías de no repetición. En resumidas cuentas, el Estado directamente lesionado —por sí mismo o a través de sus nacionales— tiene derecho a exigir reparación. Los demás Estados tienen derecho a desencadenar las consecuencias de la responsabilidad pero no a pedir reparación.

59. No hay nada muy complicado en esta cuestión y el Sr. Pellet trata de expresarlo en sus proyectos de artículo 40-1 y 40-2 [ILC(LII)/WG/SR/CRD.2]. La redacción del texto que propone, sencilla y más funcional a juicio del orador que los textos sometidos por el Relator Especial y por el Sr. Simma [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1], es perfectible y hay que completarla. Habría sin duda que definir en algún lugar el daño o el perjuicio. Personalmente, el orador preferiría que ello se hiciese en un proyecto de artículo y no en el comentario. Habría también que definir el interés legítimo y sería posible hacerlo sin dificultad en un proyecto de artículo porque, a su parecer, bastaría con tomar el párrafo 2 propuesto por el Relator Especial y recogido por el Sr. Simma, aunque sea con modificaciones de forma. Por su parte, el Sr. Pellet ha reproducido sencillamente el párrafo 2 del artículo 40 bis en el apartado b del artículo 40-2 de su propia propuesta, con un ligero cambio de redacción. Habría por último que conservar el párrafo 3 de los proyectos del Relator Especial y del Sr. Simma, que el Sr. Pellet recoge en el artículo 40-X de su propuesta. El Sr. Pellet concuerda sin embargo con el Sr. Hafner en que el párrafo 3 no tiene cabida en el artículo 40 bis y debería figurar aparte. Quizá cabría también modificar la redacción: «sin perjuicio de las consecuencias que dimanen de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito» sería preferible a «sin perjuicio de los derechos que dimanen...». En efecto, las consecuencias de la responsabilidad no son sólo derechos sino también obligaciones. Así, en el caso de un crimen como el genocidio, parece evidente que los Estados interesados, es decir, todos los miembros de la comunidad internacional, tienen no sólo el derecho sino también la obligación de reaccionar y en el párrafo 3 se debería decir así.

60. Para recapitular, la propuesta del Sr. Pellet consiste pues ante todo en dividir en tres artículos el artículo 40 bis que, de todos modos, parece demasiado denso, dado el estilo de los demás artículos del proyecto, pero se trata de una modificación de pura forma que habría que efectuar incluso si se conserva la propuesta del Relator Especial o la del Sr. Simma.

61. En segundo lugar, el Sr. Pellet propone que se modifique a fondo la redacción del párrafo 1 para materializar la distinción que el propio Relator Especial hace entre Estados lesionados y Estados que tienen un interés legítimo. En opinión del orador, esta sería una aclaración útil que permitiría a este artículo cumplir su función, a

saber, determinar quién puede reclamar las consecuencias de la responsabilidad, cosa que no se dice ni en la propuesta del Relator Especial ni en la del Sr. Simma.

62. En tercer lugar, la propuesta del Sr. Pellet sirve también para que reaparezca la noción de daño o de perjuicio. La existencia de un daño es en efecto indispensable para justificar la obligación de reparar porque, de lo contrario, el derecho internacional sería completamente inmoral. Lo que autoriza a exigir reparación es el daño sufrido pero, en cambio, lo que autoriza, y a veces obliga, a reaccionar de otro modo que solicitando reparación puede ser la violación de una obligación erga omnes.

63. Por último, en cuarto lugar, la propuesta del Sr. Pellet consiste asimismo en pedir al Relator Especial que, si es posible, defina esta noción de daño, de preferencia en el proyecto. Dicho esto, si el Relator Especial lo hace en el comentario, el Sr. Pellet se resignará.

64. Esta propuesta no es fundamentalmente distinta del análisis del Relator Especial, salvo en el caso del párrafo 1 del artículo 40 bis, en el que el Relator Especial saca, según dice, las consecuencias de su informe. El Sr. Pellet se ha inspirado en el informe del Relator Especial para proponer un texto que le parece más claro, pero desea reafirmar su acuerdo con el principio general en que se fundan los párrafos 66 a 118 de dicho informe sin perjuicio de su reacción futura frente a lo que el Relator Especial proponga en relación con las violaciones graves de obligaciones esenciales para la protección de intereses fundamentales de toda la comunidad internacional de Estados, es decir, los crímenes sobre los que versa el artículo 19. El Relator Especial tiene sin embargo toda la razón cuando dice que, en lo que respecta a saber quién puede reclamar las consecuencias de la responsabilidad, poco importa que se haya cometido o no un crimen desde el momento en que se ha violado una obligación para con la comunidad internacional. De ahí que, a juicio del Sr. Pellet, no sea necesario reintroducir la noción de crimen en este artículo.

65. El Sr. SIMMA se reserva el derecho a volver más tarde y más en detalle sobre la propuesta del Sr. Pellet y opina que sería erróneo ver en ella una manera mucho más sencilla y más elegante de abordar el tema. El artículo 40-1 bis que, en efecto, no ocupa mucho lugar en esta propuesta, encierra el riesgo de abrir la caja de Pandora. Si la Comisión se atiene realmente a una definición de los términos «daños» o «perjuicios», no cabe duda de que la elegancia y la sencillez de la reflexión del Sr. Pellet rápidamente se disiparían. Sin llegar a suprimir la noción de daño del proyecto en su conjunto, quizá fuese una buena idea no hacer del daño un elemento constitutivo del hecho internacionalmente ilícito. Sería mucho más fácil abordar esta noción en el ámbito de la reparación, puesto que la reparación presupone el daño, que en el ámbito del título para actuar.

66. El Sr. Simma estima que el artículo 40-2, titulado «Protección de un interés legítimo», de la propuesta del Sr. Pellet procede de la misma lectura errónea del fallo emitido por la CIJ en el asunto Barcelona Traction que la hecha por el Relator Especial, es decir, de una interpretación demasiado estrecha de la noción de «interés legítimo». Tanto la propuesta del Sr. Pellet como la del Relator

Especial dan la impresión de que el hecho de tener «un interés legítimo» es inferior en cierto modo al hecho de ser directamente lesionado. Ahora bien, no es así como el Sr. Simma interpreta ese fallo. Según él, los Estados que tienen un interés legítimo tienen derechos no inferiores a los de los Estados directamente lesionados que, según las propuestas del Sr. Pellet y del Relator Especial, serían los únicos con pleno derecho a actuar.

67. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 40-1 de la propuesta del Sr. Pellet, no basta conceder a los Estados que tienen un interés legítimo pero no han sufrido daños los derechos previstos en el artículo 36 bis propuesto por el Relator Especial. Habría que añadir otros elementos que el Relator Especial esboza en el cuadro 2, en el párrafo 116, de su informe, por ejemplo, el derecho a actuar en nombre de la víctima o por acuerdo con los Estados partes, aunque preciso es reconocer que sería difícil dar una definición exacta de estas nociones.

68. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) da las gracias a los miembros que han propuesto nuevas versiones del artículo 40 bis, en las que percibe trazos comunes a partir de los cuales el Comité de Redacción podrá iniciar su labor. Sin malicia alguna, señala al Sr. Pellet que sólo faltan en su propuesta los tres elementos de la definición del daño que el orador había conseguido agrupar en un solo artículo. Está de acuerdo en que muy bien podría dividir ese artículo. Con la estrategia de desagregación había tratado sin embargo de resolver los problemas del artículo 40 que, de hecho, se caracteriza por una estrategia de agregación. Quizá no haya ido bastante lejos.

69. Si se le pide que defina la palabra «daño», el Sr. Crawford diría que es, ante todo y por definición, lo que sufre el Estado parte en una obligación bilateral violada, lo que sufre el Estado especialmente perjudicado en todos los demás casos y por último lo que sufre el Estado perjudicado por el solo hecho de que es parte en una obligación íntegra y que este tipo de obligación está concebido para afectar a todos los Estados. Así, el Sr. Pellet y el orador coinciden en cuanto al fondo.

70. Sin pretender ocupar una cátedra universitaria, es preciso reconocer que estas nociones se fundan en bases teóricas. Lo que el orador trataba de hacer al desarrollar la noción de perjuicio es recoger el caso de la obligación bilateral y el caso previsto en el párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. No hay que olvidar que la Comisión concibió ese párrafo en una fase bastante avanzada de la elaboración de dicha Convención y que lo fabricó enteramente. No había a este respecto ningún texto en que apoyarse. El comentario¹⁰ no ofrece muchos más argumentos en favor de esta disposición, que ha sido sin embargo ampliamente aceptada. Parecería posible inspirarse en ese ejemplo. En todo caso, la teoría general de las obligaciones ocupa en todo ello un lugar mucho más importante que el que está dispuesto a admitir el Sr. Pellet.

71. El Relator Especial observa que el Sr. Simma ha formulado también útiles sugerencias para progresar en este asunto; una de las ventajas de la solución que propo-

ne, solución radical, es que evita todo debate sobre nociones como las de perjuicio e interés. El orador trató por su parte de redactar el artículo 40 bis desde el punto de vista del interés más bien que desde el punto de vista del perjuicio, pero llegó a la conclusión de que no introducía con ello ninguna mejora.

72. No es imposible que sea factible adoptar todos los elementos de todas las soluciones propuestas. Hay un punto esencial en el que, a juicio del Sr. Crawford, todos los miembros están de acuerdo, punto que se desprende del fallo de la CIJ en el asunto Barcelona Traction: es preciso hacer una distinción entre la situación, por ejemplo, de los pueblos del sudoeste africano y de Etiopía o Liberia. Cuando se haya llegado a un acuerdo al respecto, se habrá avanzado mucho en el camino para desenredar los problemas que el artículo 40 había enredado.

73. El Relator Especial se congratula por estas aportaciones que juzga constructivas. Al igual que el Sr. Brownlie, opina que la CDI deberá presentar a la Sexta Comisión una propuesta clara y suficientemente fundada en textos preexistentes para recabar cierta aprobación. Hasta la fecha, el balance de la propia CDI no ha sido tan malo a este respecto y, gracias al esfuerzo de los miembros del Comité de Redacción, se podría resolver el problema. Si no se lo resuelve y si no se toma de nuevo el artículo 40 original, habrá que contentarse con una formulación mucho más sencilla y ello sería deplorable. De igual modo que la Comisión juzgó que debería ir más lejos que el párrafo 1 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 en el contexto de los tratados multilaterales, procede ir más lejos en lo que atañe a la responsabilidad en el contexto de las obligaciones multilaterales. Es posible dar este importante paso en el contexto del actual debate.

74. El Sr. HAFNER pregunta al Sr. Pellet, en el mismo orden de ideas que el Sr. Simma y el Relator Especial, si no habría que sacar una doble consecuencia de la interpretación de las palabras «un Estado que ha sufrido un daño [material o moral]» que figuran en el párrafo 1 del artículo 40-1 propuesto: en primer lugar, que la violación de una obligación internacional constituye de por sí un daño moral; y en segundo lugar, en el caso de violación de un acuerdo bilateral sobre la protección de una minoría, el Estado protector de la minoría, aunque no se considere que ha sufrido un daño, debe tener derecho a tomar todas las medidas que dimanen de la responsabilidad del otro. En otras palabras, la interpretación de este artículo depende en gran medida de la definición del daño.

75. El Sr. Sreenivasa RAO se reserva el derecho a volver más tarde sobre el tema y reconoce que el Sr. Pellet desea proponer una manera viable de abordar las difícilísimas nociones subyacentes a la responsabilidad. Sin embargo, si en el artículo 40 no se prevé la reparación para los Estados indirectamente lesionados que no disponen de un locus standi para exigir el respeto de la obligación violada, cabe preguntarse qué se aporta que no exista ya en las instancias actuales de las Naciones Unidas. El Estado no directamente lesionado sólo puede dirigirse a una instancia multilateral para obtener satisfacción. Ciertamente, puede proceder a un intercambio de notas diplomáticas pero, si desea obtener resultados, acudirá a las resoluciones de las Naciones Unidas, al sis-

¹⁰ Véase el comentario al artículo 57 en Anuario... 1966, vol. II, págs. 277 a 279.

tema de solución de diferencias de la OMC o a otros mecanismos que no tienen otra finalidad. Si no se utilizan estos mecanismos, habrá que inventar otro nuevo. De lo contrario, la defensa del interés colectivo se verá sustituida por un conjunto de relaciones unilaterales fuertemente desorientadas y selectivas. Esta es la dificultad fundamental, que precisamente no ha sido abordada.

Organización de los trabajos del período
de sesiones (continuación*)

[Tema 2 del programa]

76. El PRESIDENTE anuncia el establecimiento de un grupo de trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas). El Grupo de Trabajo estará compuesto por el Sr. Sreenivasa Rao (Presidente y Relator Especial), el Sr. Baena Soares, el Sr. Galicki, el Sr. Hafner, el Sr. Kateka, el Sr. Lukashuk, el Sr. Rosenstock y el Sr. Rodríguez Cedeño (ex officio).

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2613.^a sesión.

2617.^a SESIÓN

Martes 9 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Idris, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática
(A/CN.4/506 y Add.1¹)

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su primer informe sobre la protección diplomática

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

tica (A/CN.4/506 y Add.1), que contiene los proyectos de artículo 1 a 9, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 1.—Alcance

1. En los presentes artículos se entenderá por protección diplomática las medidas que adopte un Estado contra otro Estado en relación con un perjuicio a la persona o a los bienes de un nacional causado por un acto o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado.

2. En circunstancias excepcionales contempladas en el artículo 8, la protección diplomática podrá otorgarse a no nacionales.

Artículo 2

Queda prohibida la amenaza o el uso de la fuerza como medio de protección diplomática, excepto en caso de rescate de nacionales cuando:

a) El Estado que concede la protección no ha conseguido por medios pacíficos que se garantice la seguridad de sus nacionales;

b) El Estado que ha causado el perjuicio no quiere o no puede garantizar la seguridad de los nacionales del Estado que concede la protección;

c) Los nacionales del Estado que concede la protección están expuestos a un peligro inmediato a sus personas;

d) El uso de la fuerza es proporcionado a las circunstancias de la situación;

e) Se pone fin al uso de la fuerza y el Estado que concede la protección retira sus fuerzas tan pronto como se rescata a los nacionales.

Artículo 3

El Estado de la nacionalidad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado por otro Estado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el Estado de la nacionalidad tiene facultades discrecionales en el ejercicio de este derecho.

Artículo 4

1. A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de ésta si el daño se debe a una violación grave de una norma de jus cogens atribuible a otro Estado.

2. El Estado de la nacionalidad quedará eximido de esta obligación si:

a) El ejercicio de la protección diplomática puede poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o su población;

b) Otro Estado ejerce la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada;

c) La persona perjudicada no tiene la nacionalidad efectiva y dominante del Estado.

3. Los Estados están obligados a incluir en su derecho interno disposiciones para hacer respetar este derecho ante un tribunal interno competente u otra autoridad nacional independiente.

Artículo 5

A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, por «Estado de la nacionalidad» se entenderá el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretenda proteger, por razón del lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe.

Artículo 6

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9, el Estado de la nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática en favor de un nacional perjudicado contra otro Estado del que la persona perjudicada sea también nacional cuando la nacionalidad [dominante] [efectiva] de la persona sea la del primer Estado.

Artículo 7

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá, de conformidad con los criterios enumerados en el artículo 5, ejercer la protección diplomática en favor de esa persona contra un Estado del que no sea también nacional.

2. Dos o más Estados de la nacionalidad, en el sentido del artículo 5, podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática en favor de una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

Artículo 8

Todo Estado podrá ejercer la protección diplomática respecto de una persona lesionada que tenga condición de apátrida o refugiado cuando esa persona tenga normalmente residencia legal en el Estado demandante [¿y tenga un vínculo efectivo con ese Estado?], siempre que el daño se haya causado después de que esa persona pasara a ser residente legal del Estado demandante.

Artículo 9

1. Cuando una persona perjudicada haya sufrido un cambio de nacionalidad de buena fe después de un perjuicio, el nuevo Estado de nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática en nombre de esa persona con respecto al perjuicio, siempre que el Estado de la nacionalidad original no haya ejercido ni esté ejerciendo la protección diplomática respecto de la persona perjudicada en el momento en que se produjo el cambio de nacionalidad.

2. Esta regla vale cuando la reclamación se ha transferido de buena fe a una persona o a personas que poseen la nacionalidad de otro Estado.

3. Ni el cambio de nacionalidad de la persona perjudicada ni la transferencia de la reclamación a un nacional de otro Estado afectan el derecho del Estado de la nacionalidad original a presentar una reclamación en su propio nombre por perjuicio de sus intereses generales sufridos en virtud del daño hecho a la persona perjudicada cuando ésta todavía era nacional de ese Estado.

4. La protección diplomática no podrá ser ejercida por un nuevo Estado de nacionalidad contra un Estado de nacionalidad anterior con respecto a un perjuicio sufrido por una persona cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior.

2. El Sr. DUGARD (Relator Especial) expresa su reconocimiento por la inestimable contribución que ha prestado a la preparación de su primer informe la Sra. Zsuzsanna Deen-Racsmany, auxiliar de investigaciones financiada por el Cornelis van Vollenhoven Stichting de la Universidad de Leyden, a quien mucho debe por su ayuda.

3. El primer informe contiene una introducción, en el capítulo I, donde se sugiere cómo podría emplearse el derecho a la protección diplomática para reforzar la protección de los derechos humanos. Sigue a continuación el capítulo II con el proyecto de artículos y comentarios sobre los mismos. Los artículos plantean diversas cuestiones controvertidas respecto de las cuales el Relator Especial solicita la ayuda y la orientación de la Comisión. Estas cuestiones podrían haberse planteado en un informe introductorio que concordase con el informe preliminar preparado por el anterior Relator Especial, el Sr.

Bennouna², sin tratar de formularlos en forma de proyecto de artículos. Sin embargo, al dar a estas normas controvertidas la forma de proyectos de artículos se las circunscribía de forma más clara y se estimulaba la clase de debate y la expresión de pareceres opuestos que en esta etapa se necesitaban. El informe contiene también un esquema de los demás artículos que se presentarán en informes futuros.

4. Los proyectos de artículos pueden dividirse en dos grupos. Del primero de ellos, que comprende los artículos 1 a 4, el 1 y el 3 son en gran medida fundamentales, mientras que los artículos 2 y 4 se prestan particularmente a controversia. Los artículos 5 a 8, que forman el segundo grupo, también son controvertibles pero todos tratan de cuestiones relacionadas con la nacionalidad. En consecuencia, por el momento propone que sólo sean objeto de debate la introducción y los cuatro primeros proyectos de artículos.

5. Con respecto a la introducción, en el capítulo I del informe, el orador dice que al comenzar su tarea había tenido la falsa impresión de que muchos aspectos de la protección diplomática habían sido ya solucionados, pues la práctica y los precedentes a su respecto eran muy abundantes. Pero ha comprobado con desaliento que el tema era muy controvertido. Antes de la segunda guerra mundial y de la conclusión del tratado sobre derechos humanos, el derecho internacional ofrecía a las personas escasos procedimientos para reclamar por el trato recibido de su propio Estado. Por otra parte, si los derechos humanos de la persona eran conculcados en otro lugar por un Estado extranjero, el Estado nacional de esa persona podía intervenir para protegerla. En la práctica, eran principalmente los nacionales de los Estados occidentales poderosos quienes gozaban de esta posición de privilegio, ya que eran esos Estados los que más dispuestos estaban a intervenir para proteger a sus nacionales. Para hacer aún más grave esta situación en el caso de los Estados no occidentales, la protección diplomática se apoyó en la ficción de que un perjuicio causado a un nacional constituía un perjuicio causado al propio Estado. Inevitablemente, las naciones en desarrollo, particularmente las de América Latina, llegaron a considerar que esa clase de protección diplomática constituía una forma discriminatoria de ejercer el poder y no un método para proteger los derechos humanos de los extranjeros.

6. El orador dice que muchas cosas han cambiado en los últimos años. Las normas jurídicas aplicables a las personas en su propio país y a los extranjeros han experimentado grandes transformaciones. Unos 150 Estados son hoy Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y/o sus equivalentes regionales de Europa, América Latina y África, que prescriben normas jurídicas que deben observar los Estados signatarios tanto con respecto a sus nacionales como a los extranjeros. Además quienes realizan negocios en otros países también disponen ahora de nuevos recursos establecidos en acuerdos bilaterales o en tratados multilaterales, como el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que creó el CIADI.

² Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/484.

7. Estos acontecimientos han llevado a que algunos consideraran a la protección diplomática como obsoleta. A grandes rasgos argumentan lo siguiente: la norma de la igualdad de trato con los nacionales, apoyada por países en desarrollo, y las normas mínimas internacionales aplicables a los extranjeros, apoyada mayormente por las Potencias occidentales, han sido sustituidas por una norma internacional en materia de derechos humanos que concede al nacional y al extranjero el mismo nivel de trato, norma que incorpora las disposiciones fundamentales de la Declaración Universal de Derechos Humanos³. La persona es ahora sujeto de derecho internacional con facultades para exigir el cumplimiento de sus derechos humanos a nivel internacional. El derecho de un Estado a presentar reclamaciones en favor de un nacional debería restringirse a los casos en que no haya otro método de solución convenido con el extranjero y el Estado causante del perjuicio. Sólo en tal caso el Estado de la nacionalidad puede actuar, y lo hace como agente de la persona y no por derecho propio. De ese argumento se desprende que la posibilidad de que un Estado afirme su propio derecho cuando actúa en favor de su nacional es una ficción superada que debe abandonarse, excepto tal vez en los casos en que se vea afectado realmente el interés nacional del Estado.

8. A su juicio este argumento tiene dos defectos: primero, desdeña el uso de la ficción jurídica y segundo, exagera el estado actual de la protección internacional de los derechos humanos.

9. En cuanto al tema de la ficción en el derecho, algunas situaciones de transgresión de los derechos humanos de un extranjero pueden afectar a los intereses del Estado nacional, como por ejemplo cuando esas transgresiones tienen un carácter sistemático y ponen de manifiesto que el Estado causante del perjuicio sigue una política de discriminación contra todos los nacionales del Estado de que se trate. Sin embargo, en el caso de un perjuicio aislado causado a un extranjero, es cierto que el Estado que interviene actúa efectivamente como agente o representante de la persona para defender su reclamación. En este caso la idea de un perjuicio causado al propio Estado es ciertamente una ficción. Ello queda demostrado en particular por estas normas: la que exige que la persona agote los recursos internos antes de que pueda intervenir el Estado extranjero y la norma de la nacionalidad continua. A estas normas se agrega el hecho de que los tribunales, al evaluar la cuantía de los perjuicios sufridos por el Estado generalmente consideran los perjuicios sufridos por el nacional.

10. Resulta pues que la protección diplomática se funda claramente en una ficción, la cual ha preocupado hondamente al anterior Relator Especial. El orador no comparte su desdeño por las ficciones jurídicas. Ya el derecho romano recurría ampliamente a ficciones de procedimiento para conseguir la equidad, y esta tradición la han heredado la mayoría de los sistemas jurídicos actuales. En consecuencia, la Comisión no debería descartar a una institución que cumple una finalidad valiosa por el sim-

ple motivo de estar basada en una ficción y de no poder resistir un análisis lógico.

11. En segundo lugar, la idea de que los acontecimientos ocurridos en materia de derecho humanitario internacional han vuelto obsoleta a la protección diplomática exige un examen más detenido. El primer Relator Especial sobre la cuestión de la responsabilidad de los Estados, García Amador, ha sostenido que la noción tradicional de la protección diplomática, que permite al Estado hacer reclamaciones en nombre de sus nacionales perjudicados, correspondía a una época en que los derechos de la persona y los derechos del Estado eran inseparables. Hoy la situación es completamente distinta y los extranjeros, al igual que los nacionales, gozan de derechos por ser simplemente seres humanos y no en virtud de su nacionalidad. Según García Amador esto significa que el extranjero ha sido reconocido internacionalmente como persona jurídica, independientemente de su Estado, y es un auténtico sujeto de los derechos internacionales. Consecuencia necesaria de este razonamiento es que la persona se ha convertido en un sujeto de derecho internacional, con derechos y deberes reconocidos por el derecho internacional y, salvo en casos excepcionales, debe valerse de sus propios medios cuando se desplaza al extranjero.

12. Poca utilidad tiene comenzar un debate sobre la cuestión de saber si el individuo es «sujeto» u «objeto» del derecho internacional. Es mejor considerar a la persona como participante en el orden jurídico internacional. Como tal, puede participar en dicho orden ejerciendo los derechos contemplados en tratados de derechos humanos o en acuerdos bilaterales. Al mismo tiempo cabe reconocer que si bien el individuo puede tener derechos en virtud del derecho internacional, sus recursos son limitados, hecho que García Amador parecía pasar por alto.

13. Si bien el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) ofrece recursos efectivos a millones de europeos, es difícil sostener que la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» o la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos han tenido éxito en la misma medida. Además, la mayor parte de la población mundial, la que vive en Asia, no está amparada por una convención regional de derechos humanos. Sugerir pues que las convenciones universales de derechos humanos, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ofrecen a la persona recursos eficaces para proteger sus derechos humanos es, en la mayoría de los casos, mera fantasía. La triste realidad es que sólo un puñado de personas, en el número limitado de Estados que aceptan el derecho de presentar individualmente reclamaciones ante los órganos de supervisión de esas convenciones, han obtenido u obtendrán resultados satisfactorios en virtud de ellas.

14. No es mejor la situación de los extranjeros. Las convenciones universales y regionales de derechos humanos brindan efectivamente protección a todas las personas, tanto nacionales como extranjeras, en el territorio de los Estados partes. Pero no hay ninguna convención multilateral cuyo propósito sea ofrecer al extranjero recursos para proteger sus derechos fuera del ámbito de

³ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

la inversión externa. Mientras la persona no adquiera derechos procesales amplios y recursos efectivos al amparo del derecho internacional, abandonar la protección diplomática significaría un retroceso de los derechos humanos. Por el contrario, por ser un instrumento importante para proteger estos derechos, la protección diplomática se debe fortalecer y estimular y no simplemente descartar como una reliquia del pasado.

15. La legislación internacional relativa a los derechos humanos no está integrada únicamente por tratados multilaterales. Hay todo un cuerpo de derecho internacional consuetudinario sobre el tema que incluye la institución de la protección diplomática. Si bien los tratados internacionales de derechos humanos son importantes, especialmente si brindan la misma protección a extranjeros y a nacionales en el territorio de los Estados partes, sin embargo sus recursos son débiles. La protección diplomática sólo puede utilizarse para proteger a los individuos contra un gobierno extranjero; por otra parte, al ser una norma consuetudinaria de derecho internacional de aplicación universal, ofrece, por lo menos potencialmente, un recurso más eficaz. La mayoría de Estados tratarán una solicitud de protección diplomática de otro Estado con más seriedad que una reclamación contra su conducta ante un órgano de supervisión de los derechos humanos. Ésta es la triste pero realista conclusión que se impone en la situación actual de la vida internacional.

16. En consecuencia, expresa su deseo de que la protección diplomática continúe siendo un arma importante del arsenal destinado a proteger a los derechos humanos. Mientras el Estado siga siendo el actor dominante de las relaciones internacionales, el hecho de hacer suyas las reclamaciones contra la transgresión de los derechos de sus nacionales es todavía el recurso más eficaz para promover los derechos humanos. En vez de intentar debilitar este recurso, despreciándolo como ficción obsoleta e inútil, hay que hacer todo lo posible por fortalecer las normas que integran el derecho a la protección diplomática. Tales son los fundamentos teóricos en que se basa este informe.

17. Con respecto a los proyectos de artículos el orador reconoce que la expresión «protección diplomática» podía dar lugar a interpretaciones erróneas y era probablemente incorrecta. Tenía mucho que ver con la protección de los nacionales pero muy poco con la diplomacia o la acción diplomática. Como ejemplo obvio basta recordar que los procedimientos judiciales realizados en nombre de la persona perjudicada constituían una etapa que superaba la acción diplomática. En consecuencia, podía difícilmente reprocharse a los gobiernos que hubiesen entendido que la Comisión trataba no de la protección de los extranjeros sino de la protección de los diplomáticos. En respuesta a sus solicitudes de informaciones sobre la práctica en esta materia, la mayoría de los gobiernos había simplemente comunicado ejemplares de su legislación sobre privilegios diplomáticos e inmunidades. Este proceder era comprensible pues la expresión «protección diplomática» era un término técnico y no un reflejo exacto del contenido del tema.

18. El artículo 1, más que dar una definición trata de describir el tema. Tampoco este artículo se refiere a la protección funcional por una organización internacional,

asunto al que alude brevemente el informe, pues tal vez no sea pertinente su estudio debido a las muchas cuestiones de principio muy diferentes que plantea y ha planteado. La doctrina de la protección diplomática se relaciona claramente con la responsabilidad del Estado por los perjuicios que sufran los extranjeros. En efecto, el intento inicial de la Comisión de redactar artículos sobre la responsabilidad del Estado ha tratado de cubrir tanto los principios de la responsabilidad del Estado en la forma en que actualmente están formulados como el tema de la protección diplomática. La idea de que las acciones u omisiones internacionalmente ilegítimas que causen daño a los extranjeros entrañan la responsabilidad del Estado al que son imputables fue aceptada cada vez más ampliamente por la comunidad internacional en el decenio de 1920. Generalmente se ha aceptado que si bien un Estado no está obligado a recibir extranjeros, una vez que ha permitido su presencia tiene la obligación de proporcionar una protección a su persona o a sus propiedades que estén en conformidad con una norma internacional mínima en materia de trato debido a los extranjeros.

19. Se han hecho varios intentos de codificar el principio y la mayoría de ellos han vinculado el tema de la protección diplomática con el de la responsabilidad del Estado. Los autores que han estudiado el tema también han definido en gran medida la protección diplomática en este contexto. Durante un cierto tiempo, en el período de la descolonización, la institución se percibía como un instrumento del imperialismo occidental. Este argumento ha sido al parecer descartado y actualmente existe una aceptación general de que la protección diplomática es una norma consuetudinaria del derecho internacional.

20. Los proyectos de artículos son fundamentalmente normas secundarias y no tratan de constituir una disposición que incorpore una norma primaria donde se especifiquen las circunstancias en que se compromete la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones ilegítimas que afecten a un extranjero. Tampoco es un intento de formular una disposición relativa a la indemnización, por ser un asunto que debe tratarse plenamente en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

21. El artículo 3 trata de la cuestión de determinar si el derecho a la protección pertenece al Estado o a la persona. En la actualidad basta decir que, históricamente, el derecho a la protección diplomática corresponde al Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada. La ficción de que un perjuicio causado a una persona constituye un perjuicio para el Estado de su nacionalidad, que remonta al siglo XVIII y a la doctrina de Vattel⁴, fue adoptada por la CPJI en los asuntos *Mavrommatis* y *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* así como por la CIJ en el caso *Nottebohm*.

22. El término «medidas» utilizado en el artículo 1 plantea algunas dificultades. La mayor parte de las definiciones de la protección diplomática no tratan adecuadamente de la índole de las medidas que un Estado puede tomar en ejercicio de la protección diplomática. En los asuntos citados, la CPJI parecía distinguir entre «medidas

⁴ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), *The Classics of International Law*, vol. III, Washington D.C., Carnegie Institution of Washington, 1916.

diplomáticas» y «procedimientos judiciales», distinción recogida por la CIJ en el caso *Nottebohm* y por el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán en el asunto n.º A/18. Por el contrario, los tratadistas jurídicos no establecen una distinción de esta índole y para ellos la expresión «protección diplomática» abarca la acción consular, la negociación, la mediación, los procedimientos judiciales, el arbitraje, las represalias, la retorsión, la ruptura de relaciones diplomáticas, la presión económica y, como último recurso, el uso de la fuerza. Se trata de una cuestión particularmente controvertida con respecto a la cual ha seguido ampliamente la opinión de Borchard expresada en su autorizada obra⁵ en donde se enumeran todos estos recursos. También Dunn⁶ declaró que la expresión se utilizaba como un término genérico que abarca la cuestión general de la protección de los ciudadanos en el extranjero, incluidos los casos en que tal vez se haya recurrido a medios distintos de los diplomáticos para lograr el cumplimiento de las obligaciones.

23. La cuestión de las medidas que puede tomar el Estado agraviado quedaría en gran medida comprendida en los artículos sobre las contramedidas en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. En el contexto actual la controvertida cuestión del uso de la fuerza se trata en el artículo 2. En él se plantean dos cuestiones particularmente polémicas: la primera es la pregunta siempre actual de si el uso de la fuerza como medio de protección de los nacionales está admitida por el derecho internacional y, en segundo lugar, en qué medida la cuestión está realmente dentro de la esfera de la protección diplomática. El orador no desea dedicar demasiado tiempo a comentar este asunto, en particular considerando la posibilidad de que la Comisión rechace el artículo 2. No obstante su informe contiene datos suficientes para un debate que sirva de base para decidir si cabría incluir una disposición de esa naturaleza en el proyecto.

24. El uso de la fuerza como último recurso de la protección diplomática se considera con frecuencia como parte integrante de este tema. La historia está llena de ejemplos en que, con el pretexto de proteger a los nacionales, se ha justificado una intervención militar. Tras una intervención de esta clase por potencias imperiales europeas en Venezuela, la Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales (Convención Porter) prohibió el empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales reclamadas al gobierno de un país por el gobierno de otro país como debidas a nacionales suyos. La prohibición no ha sido absoluta y se ha reconocido que, si el Estado deudor rehusaba una propuesta de arbitraje o impedía la conclusión de un compromiso, los Estados podían recurrir a la fuerza armada. Esta cuestión ya ha sido examinada por anteriores relatores especiales de la Comisión, que en general han estimado que el uso de la fuerza está prohibido como medio de protección diplomática. En el octavo período de sesiones, en 1956, García

Amador presentó un primer informe titulado «Responsabilidad internacional»⁷, que contenía una serie de «bases de discusión» donde se subrayaba la necesidad de resolver por medios pacíficos las reclamaciones relativas a la protección diplomática, afirmando que en ningún caso el ejercicio directo de la protección diplomática puede implicar la amenaza o el uso efectivo de la fuerza o cualquier otra forma de intervención en los asuntos internos o externos del Estado demandado⁸. Si bien las actas de los debates de la Comisión no indican ninguna objeción a estas disposiciones, las únicas opiniones expresadas a favor fueron unas breves notas de Krylov y Spiropoulos⁹. A pesar de esto, por razones que desconoce, las disposiciones se han omitido en todos los informes posteriores.

25. En su informe preliminar, el anterior Relator Especial ha manifestado sin reservas que el Estado no puede, en el ejercicio de la protección diplomática, recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza. Personalmente el orador estima que si bien el deseo de prohibir la amenaza o el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática es laudable, tiene poco en cuenta la situación del derecho internacional contemporáneo, como lo evidencian las interpretaciones de la Carta de las Naciones Unidas y la práctica de los Estados. El dilema ante el que hoy se encuentra el derecho internacional lo refleja bien Nguyen Quoc Dinh¹⁰, donde primero afirma que el uso de la fuerza está prohibido en el caso de la protección diplomática y luego considera como delicada la legalidad de las intervenciones militares de los Estados para proteger a sus nacionales. La cuestión es ciertamente delicada. Sin embargo en su propio informe el Relator Especial no ha eludido la cuestión de saber si el derecho internacional en su estado actual permite utilizar la fuerza para proteger a los nacionales y si el asunto está dentro de los límites de la protección diplomática.

26. El párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas establece una prohibición general del uso de la fuerza. La única excepción en cuanto a una intervención unilateral se refiere, es la permitida por el Artículo 51, sobre el derecho de legítima defensa. El párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta prohíbe claramente el uso de la fuerza para cobrar deudas contractuales, así como la amenaza del uso de la fuerza mediante la adopción de medidas de represalia. Por lo tanto la amenaza o el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática sólo puede justificarse si es posible caracterizarla como una especie de legítima defensa.

27. El derecho de legítima defensa en el derecho internacional fue formulado mucho antes de 1945 y en general se acepta que el amplio ámbito de este derecho incluye tanto la legítima defensa preventiva como la intervención para proteger a nacionales. El Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas sólo se refiere a los casos de ataque armado. Un reñido debate académico opone a

⁵ E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, Banks Law Publishing, 1919.

⁶ F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932.

⁷ Anuario... 1956, vol. II, pág. 171, doc. A/CN.4/96.

⁸ *Ibid.*, pág. 217, base de discusión n.º VII, párr. 3.

⁹ *Ibid.*, vol. I, 371.^a sesión, págs. 224 a 226.

¹⁰ P. Daillier, Nguyen Quoc Dinh y A. Pellet, *Droit international public*, 6.^a ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999.

algunos autores, como el Sr. Brownlie y el Sr. Simma, que sostienen que el Artículo 51 contiene una formulación completa y excluyente del derecho de legítima defensa limitándolo a los casos en que se ha producido un ataque armado contra un Estado. Otros, como el Sr. Bowett, estiman que la expresión «derecho inmanente» que figura en el Artículo 51 mantiene la validez del derecho consuetudinario de los Estados, anterior a la Carta, de intervenir para proteger a sus nacionales.

28. Las decisiones de los tribunales internacionales y de los órganos políticos de las Naciones Unidas tratan muy poco el tema. En general los tribunales lo han evitado. La CIJ eludió su consideración al examinar la operación de los Estados Unidos para rescatar a nacionales suyos en la República Islámica del Irán. En la mayoría de los casos en que se ha planteado el asunto en los órganos políticos de las Naciones Unidas, el derecho de veto ha impedido una decisión inequívoca. Merece mencionarse la afirmación de Oppenheim¹¹, según la cual los Estados han estado poco dispuestos a negar que una intervención debidamente limitada a la protección de los nacionales esté justificada en situaciones de emergencia.

29. Se ha abusado de este derecho en el pasado y aún en el presente. En consecuencia, de incluirse el artículo 2, se debe formular estrictamente. En el artículo 2 el Relator Especial trata de hacerlo basándose en la intervención de comandos israelíes en el aeropuerto de Entebe (Uganda) en 1976. Es discutible si la potencia territorial tenía la capacidad o la voluntad de liberar los rehenes. Si se acepta la hipótesis de que Uganda no habría sido capaz de organizar una operación de rescate, la intervención efectuada no habría tenido como objetivo desestabilizar políticamente al Estado en cuyo territorio se realizó. Este era pues el precedente en que el orador basa sus argumentos, frente a muchos otros donde es evidente que el Estado interventor tenía ambiciones territoriales o políticas.

30. A su juicio, el artículo 2 se ajusta mejor a la práctica de los Estados que una prohibición absoluta del uso de la fuerza, difícilmente conciliable con la práctica actual de los Estados. Por otra parte, un amplio derecho a intervenir es imposible de conciliar con las protestas formuladas por el Estado perjudicado y por terceros Estados cuando se produce una intervención para proteger a nacionales. Una política más sabia sería reconocer la existencia de un derecho de esa naturaleza, pero al mismo tiempo fijar límites estrictos a su ejercicio.

31. En el párrafo 60 del informe se señala que el estudio no se refiere a la intervención humanitaria. Varios autores no distinguen entre la intervención humanitaria para proteger a seres humanos en general o a nacionales de un Estado y la protección diplomática que, en forma de intervención, sólo protege a nacionales o a una mayoría de nacionales del Estado que interviene. Por cierto el artículo 2 va a suscitar un amplio debate. Las opciones son incluir el artículo 2 u otro basado en el principio por él establecido o excluirlo sobre la base de que lo dispuesto en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe esa clase de intervención, o

porque, si bien la amenaza o el uso de la fuerza podrían ser legítimos en virtud del derecho internacional consuetudinario y tal vez también en virtud de la Carta, el tema no podría considerarse ya como parte de la doctrina de la protección diplomática. A este respecto sería útil adoptar una decisión desde el comienzo, para evitar así que la cuestión vuelva a plantearse después de haberse discutido el tema con amplitud.

32. Posiblemente el artículo 3 sea menos controvertido. Plantea la cuestión de quién es el titular de los derechos que se reivindican cuando el Estado de la nacionalidad hace responsable a otro Estado de los perjuicios causados a un nacional suyo. Según la opinión tradicional se trata de un perjuicio causado al propio Estado, pero esta postura ha sido impugnada por sus contradicciones internas. Como ya ha señalado, esta doctrina fue aceptada durante siglos y ha recibido el aval de la CPJI en los asuntos *Mavrommatis* y *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*. La Corte ha declarado que al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad el Estado hace valer su propio derecho de hacer garantizar, en la persona de su nacional, el respeto de las normas del derecho internacional. La CIJ también reiteró este principio en el asunto *Nottebohm* así como el Instituto de Derecho Internacional en el artículo 3 de su resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por un perjuicio sufrido por un individuo adoptada en su período de sesiones de Varsovia, en 1965¹².

33. Acerca de la base de esta doctrina se han formulado varias sugerencias. Según algunos autores este derecho se funda en la soberanía del Estado y en sus derechos de autoconservación e igualdad. Brierly ha dado una explicación satisfactoria, citada en el párrafo 63 del informe; a su juicio, cuando un Estado interviene para proteger a sus nacionales o cuando toma medidas como resultado de un perjuicio sufrido por ellos, no lo hace a causa de una preocupación exclusiva por el caso particular sino movido por un interés superior, que es mantener los principios del derecho internacional¹³. El interés del Estado en su conjunto está pues en juego y no sólo los intereses particulares de las personas. Por otra parte debe reconocerse que los tribunales internacionales no mantienen una posición coherente a este respecto. Con frecuencia se refieren a la persona perjudicada como el reclamante cuando es un Estado el que inicia las actuaciones en nombre de un nacional perjudicado. La consecuencia es que el Estado actúa simplemente como agente de la persona interesada y muchos tratadistas sostienen que el Estado ejerce los derechos de la persona y no los propios. También los tratadistas señalan que existen requisitos tales como el agotamiento de los recursos internos, la posesión continua de la nacionalidad y la práctica de fijar el importe de los daños causados en función de las pérdidas sufridas por la persona interesada.

¹² Instituto de Derecho Internacional, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, París, Pedone, 1992, pág. 59.

¹³ J. L. Brierly, «The theory of implied State complicity in international claims», *The British Year Book of International Law*, 1928, vol. 9, pág. 48.

¹¹ Oppenheim's *International Law*, edición de R. Jennings y A. Watts, 9.ª ed., vol. I, Peace, Londres, Longman, 1992.

34. La evolución de los derechos humanos ha permitido que las personas puedan hacer valer sus derechos ante un tribunal internacional o un organismo de supervisión, y es difícil sostener que el Estado está defendiendo sus propios derechos. En consecuencia dice que está dispuesto a reconocer que esta cuestión es ficticia. Por otra parte es necesario examinar la utilidad, y no la coherencia lógica, de la opinión tradicional. La protección diplomática, aun cuando se funde en una ficción, es una institución aceptada por el derecho internacional consuetudinario y continúa siendo un instrumento útil para la protección de los derechos humanos, pues ofrece un recurso potencial a millones de extranjeros que necesitan protección y no tienen acceso a los recursos, por lo general menos eficaces, previstos por las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

35. El debate sobre la identidad del titular del derecho a la protección diplomática tiene importantes consecuencias en cuanto a su alcance. Si el titular es el Estado puede hacer valer su derecho independientemente de que la persona interesada tenga la posibilidad o no de interponer un recurso ante un foro internacional. Si, por el contrario, el titular del derecho es la persona, se puede sostener que el derecho del Estado es meramente residual y procesal, es decir un derecho que sólo es posible ejercer cuando el interesado no pueda interponer un recurso. Este criterio es el sugerido por Orrego Vicuña en su informe a la Asociación de Derecho Internacional¹⁴, que ha sido de gran utilidad para elaborar el primer informe que actualmente la Comisión tiene ante sí.

36. El artículo 3 codifica el principio de la protección diplomática en su forma tradicional. Reconoce que la protección diplomática es un derecho que incumbe al Estado y que éste tiene libertad de ejercerlo discrecionalmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, siempre que un nacional suyo sea ilegítimamente perjudicado por otro Estado. El derecho de intervención diplomática del Estado de la nacionalidad no se limita a los casos en que se producen violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos humanos, ni tampoco el Estado está obligado a abstenerse de ejercer ese derecho cuando la persona interesada puede interponer un recurso con arreglo a un tratado relativo a los derechos humanos o a las inversiones extranjeras. En la práctica, el Estado se abstendrá indudablemente de ejercer su derecho de protección diplomática mientras se tramita el recurso internacional del ciudadano perjudicado o cuando sea posible sumarse al particular en el ejercicio del derecho que a éste corresponde en virtud del tratado en cuestión. En principio, de conformidad con el artículo 3, un Estado no está obligado a abstenerse de ejercer su protección diplomática, dado que se lesiona su propio derecho cuando se perjudica ilegalmente a un nacional suyo.

37. El artículo 4 también trata otra cuestión controvertida, que es la propuesta de *lege ferenda* en materia de desarrollo progresivo y no de codificación. Según la doctrina tradicional un Estado tiene el derecho absoluto de decidir si ejerce o no la protección diplomática en nom-

bre de un nacional. Pero no está obligado a hacerlo. En consecuencia, el nacional agraviado en el exterior no tiene derecho a la protección diplomática en virtud del derecho internacional, como claramente lo ha establecido Borchard. Esta posición se vio confirmada por la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*. En forma similar, muchos autores apoyan este punto de vista. Sin embargo otros estiman que esta situación es un aspecto desafortunado del derecho internacional y los actuales acontecimientos del derecho humanitario internacional exigen que el Estado se vea de algún modo obligado a acordar protección diplomática a las personas perjudicadas. El asunto se discutió en la Sexta Comisión, donde la mayoría de los oradores manifestaron que la decisión de ejercer o no la protección diplomática era prerrogativa discrecional del Estado, pero otros oradores expusieron argumentos contrarios.

38. La práctica de los Estados a este respecto es interesante; muchos de ellos tienen constituciones en donde se indica que el individuo tiene derecho a la protección diplomática. Algunas constituciones, especialmente las de los países de Europa oriental, estaban redactadas de tal forma que el Estado debía proteger los derechos legítimos de sus nacionales en el extranjero o que los nacionales del Estado debían gozar de su protección mientras residían en el extranjero. Sin embargo el orador dice que no conocía si estos derechos eran exigibles en virtud de la ley interna de dichos países o si simplemente se trataba de garantizar que un nacional perjudicado en el exterior tuviese derecho a dirigirse a los funcionarios consulares del Estado. A este respecto añade que agradecería a los colegas de los países cuyas constituciones contienen disposiciones de esta clase las informaciones que pudiesen comunicarle acerca de si había recursos nacionales para hacer cumplir tal derecho.

39. En los párrafos 84 a 86 se describe la práctica de ciertos Estados, sugiriéndose que en algunas circunstancias el Estado tiene la obligación jurídica de acordar la protección diplomática a una persona perjudicada. El párrafo 84 se refiere a una interesante teoría jurídica del Reino Unido, concretamente la doctrina de derecho administrativo según la cual las legítimas expectativas de una persona podrían ampliarse al campo de la protección diplomática. En tal caso la persona perjudicada podría sostener que, después de haber cumplido las condiciones establecidas por las normas del Reino Unido con respecto a las reclamaciones internacionales, tenía expectativas legítimas de ser protegida.

40. En el párrafo 85 se señala a la atención una ley de los Estados Unidos, que data de 1868, en virtud de la cual el Presidente está obligado a proteger a los nacionales en ciertas circunstancias. Sin embargo, en la última nota de pie de página del párrafo se señala que en el asunto *Redpath v. Kissinger*¹⁵, el Tribunal sostuvo que el derecho a la protección diplomática no era objeto de revisión judicial. La incertidumbre en esta materia ha determinado que en varios casos las personas han afirmado su derecho a la protección diplomática y el deber del Estado de otorgarla.

¹⁴ F. Orrego Vicuña, «The changing law of nationality of claims», informe final al Comité de Protección Diplomática de la Asociación de Derecho Internacional, texto inédito, 1999.

¹⁵ 415 F. Supp. 566 (W.D. Tex. 1976), *aff'd.*, 545 F.2d 167 (5th Cir. 1976).

41. Habida cuenta de que algunas constituciones parecían imponer dicha protección como un deber de los Estados, de que la Sexta Comisión apoyó en cierta medida esta postura y de que el tema ha dado lugar a una importante controversia, sería oportuno que la CDI considere el asunto y decida si se presta a un desarrollo progresivo. Esta cuestión no puede dejarse de tratar, particularmente considerando que su objetivo es fortalecer los derechos de la persona, pues como ya lo ha sugerido el orador, la protección diplomática se relaciona ampliamente con la promoción de los derechos humanos de la persona.

42. Es interesante señalar que Orrego Vicuña estima que la discrecionalidad de un Estado en otorgar la protección diplomática no es absoluta y puede ser objeto de revisión judicial¹⁶. El artículo 4 trata de reflejar sugerencias de esta clase, proponiendo que, en circunstancias muy limitadas, un Estado pueda tener la obligación de acordar la protección diplomática a un nacional.

43. Los párrafos 89 a 93 del informe describen las restricciones que pueden imponerse al ejercicio de este derecho. En primer lugar, debe limitarse a las violaciones de normas de *jus cogens*. En segundo lugar, el Estado del nacional tiene que gozar de un cierto margen de apreciación pues no debe estar obligado a proteger a un nacional si sus intereses internacionales exigen lo contrario. En tercer lugar, se puede eximir a un Estado de esta obligación si la persona tiene a su disposición recursos ante un tribunal internacional. En cuarto lugar, un Estado estaría eximido de dicha obligación si otro Estado puede proteger a personas que posean doble o múltiple nacionalidad. Por último el orador expone la idea de que un Estado no debe estar obligado a proteger a un nacional que no tenga una relación genuina o efectiva con el Estado de la nacionalidad, siendo ésta una cuestión en que la prueba de *Nottebohm* podría ser aplicable. En consecuencia, señala a la atención de la Comisión el artículo 4 con plena conciencia de que se trata de una cuestión de desarrollo progresivo. Aquí también la Comisión debería decidir en primer lugar si la propuesta es demasiado radical.

44. El Sr. BROWNLIE dice que el primer informe es muy amplio e incluso podía rebasar el mandato del Relator Especial. Añade que dicho informe revela una buena investigación y es útil en cuanto expone las cuestiones en forma clara. Con respecto a la interacción entre el desarrollo de las nuevas normas de derechos humanos y el viejo tema de la protección diplomática, desea destacar el trabajo, adelantado para su época, de Richard Lillich, jurista internacional norteamericano recientemente fallecido cuyos escritos han sido a menudo subestimados. No obstante, han sido muy útiles para la tarea del Relator Especial.

45. También manifiesta estar de acuerdo con muchas de las conclusiones del Relator Especial en la medida que, en sustancia, considera que la protección diplomática no es un tema obsoleto sino que forma parte de la práctica de los Estados. Su propia hipótesis es que la escasa repercusión pública del asunto tal vez se deba a que la mayor parte de las veces simplemente se silenciaba. La acción de los gobiernos en la materia no recibía siempre

publicidad y muchos incidentes no eran mencionados en las publicaciones.

46. No obstante, estima que el Relator Especial parecía inclinado a exagerar en cierta medida los elementos controvertidos del tema. En el párrafo 10 se indica que la protección diplomática es una de las cuestiones más controvertidas del derecho internacional, afirmación que no es totalmente exacta, pese a que implica algunas cuestiones importantes y es un punto que puede útilmente incluirse en el programa de la Comisión.

47. En las relaciones actuales entre el individuo o la corporación y el Estado, el orador acepta la opinión de Brierly, citada en el párrafo 63, y manifiesta su acuerdo con el Relator Especial en que no es útil describir la relación como una ficción. En último término, el análisis no puede reducirse a un solo elemento e incluso en materia de derechos humanos las relaciones son complejas, como lo demuestran los antecedentes procesales del asunto *Loizidou*, examinado en el marco del Convenio europeo de derechos humanos.

48. El informe, en especial en los párrafos 25 y 29, contiene una evaluación lúcida y realista de la relación entre el tema y la protección de los derechos humanos. En el accidentado mundo contemporáneo sería poco responsable deshacerse de los mecanismos de protección actualmente disponibles. Se necesita toda una serie de instrumentos y la protección diplomática, pese a todos sus defectos y dificultades de aplicación, forma parte de ese conjunto. Se podría actualizar la institución, no perjudicarla. Todo esto lo expresa claramente el Relator Especial, con el cual, sobre este aspecto, dice que está totalmente de acuerdo.

49. El artículo 1 no le causa mayores problemas de estructura, pero en cambio le asombra el artículo 2 por diversas razones. En el párrafo 43 se indica que la expresión «protección diplomática» se utiliza por la doctrina para referirse a diversas acciones entre las cuales se cuenta, «como último recurso, el uso de la fuerza». A su vez el párrafo 47 declara que el uso de la fuerza como último recurso de la protección diplomática es considerado con frecuencia como parte del tema de la protección diplomática. Estas afirmaciones son muy sorprendentes en el estado actual de la doctrina. Personalmente estima que el uso de la fuerza no forma parte del tema y está, por lo tanto, fuera del ámbito del mandato de la Comisión. La protección diplomática se refiere fundamentalmente a la admisibilidad de las reclamaciones y le sorprende que no se mencione ese hecho más a menudo en el informe. El artículo 2 abarca una forma de autoayuda. La Comisión posiblemente no puede ocuparse de todos los mecanismos, algunos muy importantes en sí mismos, mediante los cuales se puede garantizar una protección a los individuos que presentan quejas contra un Estado. Estos mecanismos abarcan una amplia gama de acciones, comprendidas las de mantenimiento de la paz, las actividades consulares y, por ejemplo, las medidas recientemente tomadas por la Asociación del Personal del Banco Mundial. Además, el uso de la fuerza para proteger a nacionales en el exterior no se puede considerar en forma aislada del conjunto de la cuestión del uso de la fuerza y de la aplicación de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁶ Véase la nota 14 supra.

50. También le plantea problemas la aparente identificación del derecho consuetudinario en el estado en que se encontraba en 1842, y no en 1945 ó 1999, y la utilización de las fuentes del derecho. Señala a la atención el párrafo 58 y afirma que el fracaso de los órganos políticos en la condena de una acción como prueba del derecho consuetudinario es una afirmación infundada. Si el párrafo se refiere a la inacción del Consejo de Seguridad, ello no significa que la Asamblea General haya dejado de pronunciarse en relación con el incidente considerado ni que el Movimiento de Países no Alineados o el Commonwealth de naciones no hayan adoptado resoluciones pertinentes. La práctica de algunos Estados iba contra esta propuesta: la acción de Entebe y otros incidentes que implican una supuesta protección de los nacionales o el pretendido recurso a intervenciones humanitarias entrañan una especie de margen tolerado de ilegalidad por parte de la comunidad internacional que es muy diferente de la aprobación explícita de una acción como legal. Entebe en sí mismo no constituye un antecedente válido. El debate en el Consejo demuestra que los miembros africanos estaban lejos de mostrarse satisfechos. Dadas las circunstancias los Estados se demoraron en condenar la acción israelí, aunque algunos lo hicieron. Muchas personas resultaron muertas y entre ellas no cabe olvidar que figuraban rehenes y nacionales de Uganda.

51. De manera preliminar el artículo 3 no plantea problemas. El Relator Especial demuestra una gran candidez al afirmar que el artículo 4 tiene el carácter de *lege ferenda* y la misma cuestión se plantea con respecto al artículo 7. El orador acepta el artículo 4, como un primer intento para tratar de una materia extremadamente difícil, pero es paradójico sugerir que se apoya en la práctica de los Estados. Las disposiciones constitucionales mencionadas en los párrafos 80 y 81 no constituyen en modo alguno una *opinio juris*, salvo en el caso de Alemania, donde resulta perfectamente claro que se basaban en el derecho internacional general. La práctica de la obligatoriedad podía incluir ejemplos de Estados que formulaban reclamaciones contra otros Estados con respecto a personas que no son nacionales del país demandado en que viven, pero no daba ejemplos de ello. La posición de Borchard citada en el párrafo 75¹⁷ refleja un punto de vista prevaleciente en 1915, pero no hay muchos autores modernos que piensen que la protección diplomática es un deber del Estado. La conclusión a que se llega en el párrafo 87, de que en la práctica reciente de los Estados había «signos» de apoyo a este punto de vista, es una evaluación optimista de los materiales actualmente disponibles.

52. El Sr. BAENA SOARES dice que el informe es claro y directo y demuestra una preocupación por los derechos humanos que seguramente todos los miembros de la Comisión comparten. Los comentarios y sugerencias formulados con respecto al desarrollo progresivo del derecho internacional y a los procedimientos jurídicos en vigor se analizan con miras a promoverlos y adaptarlos mejor a las circunstancias presentes.

53. El tema es controvertido y difícil: su larga historia evocaba tristes episodios y hechos de fuerza que se resumían en la sugestiva frase «diplomacia de las cañoneras».

Con el pretexto de proteger a nacionales se han cometido acciones lamentables y carentes de legitimidad. Los procedimientos jurídicos en asuntos internacionales no deberían quedar debilitados por tales prácticas viciadas. El propósito debe ser acelerar el establecimiento de normas que refuercen el respeto del procedimiento legal. A esos efectos la Comisión ha de dar a los Estados los elementos necesarios para adoptar una decisión, y los proyectos de artículos con comentarios constituyen el medio más adecuado.

54. En cuanto a la introducción del informe, concuerda en que es poco útil para la discusión determinar si la protección diplomática constituye una ficción legal o no. Lo importante es saber si cumple una finalidad, es decir si es útil en nuestros días o si se la debe olvidar como cosa del pasado. A su juicio la protección diplomática no es una cuestión obsoleta. Con referencia al párrafo 11 dice que hacía ya tiempo que la protección de los ciudadanos a los que no se trataba de conformidad con las normas ordinarias de la civilización era privilegio de los Estados poderosos. No obstante el uso de la fuerza, con pretextos variados, continúa siendo un hecho corriente en las relaciones internacionales. No está convencido de que el fin de la guerra fría y la mundialización de la información, el comercio y las finanzas hayan aportado una mayor seguridad para los nacionales o los extranjeros y sus bienes. En forma similar el progreso importante realizado en materia de protección de los derechos humanos por el derecho internacional contemporáneo no ha producido mejoras tan eficaces que dispensen un procedimiento internacional como lo es la protección diplomática.

55. El Relator Especial cita dos instrumentos recientes e importantes que confirman la vigencia de la protección diplomática: la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven¹⁸ y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Estos instrumentos dan a los trabajadores migratorios y a los extranjeros el derecho de recurrir a las autoridades diplomáticas o consulares de sus Estados de origen cuando resultan menoscabados sus derechos. Una de las principales repercusiones de la mundialización es el aumento de la movilidad internacional de las personas en busca de mejores condiciones de trabajo y de vida, con la consiguiente necesidad de protegerlas cuando se violan sus derechos.

56. Apoya el comentario del Relator Especial, que figura en el párrafo 32, según el cual en vez de procurar el debilitamiento de este recurso descartándolo como una ficción obsoleta, no se deben escatimar esfuerzos para reforzar las normas que integran el derecho a la protección diplomática. En consecuencia se impone la necesidad de reglamentar más estrictamente este procedimiento a fin de, en primer lugar, evitar el recurso de la fuerza con el pretexto de la protección y, en segundo lugar, mejorar el acceso de las personas al procedimiento.

57. En el párrafo 25 el Relator Especial se refiere a la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica», que según se había aplicado

¹⁷ Op. cit. (nota 5 supra), pág. 29.

¹⁸ Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, anexo.

en la larga trayectoria de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, había tenido mucho éxito en comparación con otros instrumentos internacionales en la materia.

58. Como observación preliminar al proyecto de artículos, dice que el artículo 2 presenta dificultades casi insuperables, pues es muy arriesgado ampliar la excepción a la prohibición del empleo o la amenaza de la fuerza establecida en la Carta de las Naciones Unidas. No le convence la interpretación extensiva del derecho de legítima defensa y, en tal sentido, está de acuerdo con la opinión del anterior Relator Especial, expresada en su informe preliminar, de que un Estado no puede recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática.

59. En conclusión, desea destacar el hecho de que el examen de la cuestión es una excelente oportunidad para modificar la idea de que la protección diplomática es un instrumento exclusivo de los poderosos contra los débiles y para garantizar que sea un medio equilibrado que opera en beneficio de las personas.

60. A juicio del Sr. GAJA el estimulante informe trata las cuestiones más controvertidas que tal vez la Comisión deba abordar en relación con la protección diplomática. En su informe el Relator Especial concede gran importancia a la protección diplomática en cuanto instrumento para garantizar que los derechos humanos no sean conculcados. No resulta de inmediato evidente que los Estados utilicen de esta forma la protección diplomática cuando plantean cuestiones de derechos humanos en favor de sus nacionales. En derecho internacional las obligaciones relativas a los derechos humanos son típicamente erga omnes. Todo Estado puede pedir la cesación de una infracción, tanto si las personas afectadas son sus propios nacionales como si son nacionales del Estado infractor o nacionales de un tercer Estado. Los Estados se preocupan principalmente de proteger los derechos humanos de sus propios nacionales; sin embargo las normas generales del derecho internacional en materia de derechos humanos no distinguen en la mayoría de los casos entre las personas protegidas según su nacionalidad, por lo que tienden a ser más eficaces cuando se trata de extranjeros. Está por lo tanto dispuesto a concordar con el Relator Especial cuando afirma que el concepto de la protección diplomática amplía la protección de los derechos humanos de los propios nacionales, pero la protección diplomática también presenta algunas características especiales que hacen difícil generalizar y abarcar todos los demás aspectos de dicha protección.

61. La primera característica es que, como ha señalado la CIJ en su famoso dictamen en el asunto Barcelona Traction, sólo un Estado, el de la nacionalidad, puede intervenir en los casos de protección diplomática, pero cuando se trata de los derechos humanos, todo Estado puede hacerlo. Como consecuencia el Estado de la nacionalidad no está en situación de desestimar todas las reclamaciones de protección de los derechos humanos de sus propios nacionales. Una segunda característica surge con respecto al tema de la responsabilidad del Estado: en cuanto a los derechos humanos se refiere, un individuo dispone de un grado más alto de protección en virtud del

derecho internacional. Parece razonable sostener que en el caso de la responsabilidad del Estado por infracción de los derechos humanos, el individuo está facultado para elegir entre una restitución o una indemnización, una conclusión que es mucho más difícil sostener con respecto a otras instancias de la protección diplomática. Por ejemplo ¿puede decirse que cuando el Estado de la nacionalidad concluye un acuerdo por una suma global con el Estado infractor, el acuerdo no es legítimo en virtud del derecho internacional si la empresa cuya propiedad ha sido afectada desea una restitución y no una compensación? Si bien podría ser verdad que el papel que desempeña la persona ha aumentado con respecto al trato general de los extranjeros, las características especiales de la protección de los derechos humanos hacen difícil equiparar en la misma categoría todas las instancias de la protección diplomática.

62. Los artículos 2 y 4 conciernen a instancias en las cuales los derechos humanos tienen un estatuto diferente. Manifiesta su entero acuerdo con el Sr. Brownlie en que el artículo 2 no tiene lugar en el proyecto y que la Comisión debe concentrarse en asuntos que son específicos de la protección diplomática. El artículo 4 va demasiado lejos en establecer un deber de utilizar la protección diplomática. El orador desea recibir algunas aclaraciones sobre este punto. El Relator Especial sugiere que en ciertas circunstancias puede ser un deber el ejercicio de la protección diplomática, pero no aclara totalmente con respecto a quién se plantea ese deber. Podría ser a la persona, pero como también el informe se refiere a normas perentorias, se plantea la cuestión de saber si el Relator Especial estimaba que debía existir también un deber hacia la comunidad internacional en su conjunto.

63. El Sr. ECONOMIDES, en sus observaciones preliminares, dice que el primer informe permite que la Comisión examine la protección diplomática de la forma más amplia posible. En el artículo 1 se emplea la palabra «medidas», que plantea ciertos problemas. La protección diplomática es un proceso largo y complejo que tiene comienzo pero no siempre fin. Normalmente, cuando un Estado recibe la queja de un nacional la examina para determinar su seriedad y si es o no legítima. Esta primera etapa preparatoria de investigación no forma parte de la protección diplomática. La embajada, el consulado, incluso el ministro pueden mantener contactos sin que ello implique protección diplomática. Ésta entra en juego cuando un gobierno decide hacer suya la reclamación de un nacional contra el gobierno que supuestamente no ha aplicado a esa persona ciertas reglas del derecho internacional.

64. La protección diplomática generalmente tiene dos etapas. La primera es la diplomática: el Estado del individuo afectado negocia con el otro Estado para tratar de encontrar una solución. Si ésta se encuentra la protección diplomática ha cumplido su objetivo y el asunto se considera resuelto. Pero en caso de no encontrarse una solución, pueden plantearse dos situaciones, sea que el Estado abandona su iniciativa, como a menudo sucede, sea que se entabla una disputa entre ambos Estados. Una vez arreglada esta disputa el procedimiento de protección diplomática queda terminado. El artículo 1 es algo vago en cuanto a todas estas posibilidades.

65. El apartado a del artículo 2 es sorprendente pues crea dificultades insuperables y no estaba en conformidad con disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, en particular por lo que se refiere al principio de no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales. La única excepción es el caso de la legítima defensa, concepto que la Carta define muy estrictamente. La legítima defensa supone siempre un acto de agresión armada y sólo puede durar hasta que el Consejo de Seguridad tome las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Como el derecho internacional reglamenta tan estrictamente la legítima defensa, es inconcebible añadir con tanta rapidez nuevas excepciones, en particular una tan peligrosa como la propuesta por el Relator Especial con respecto a los extranjeros, al principio de no recurrir a la fuerza que, desde el punto de vista jurídico es la norma más importante del siglo en materia de derecho internacional.

66. La propuesta del Relator Especial también está en contradicción con otro principio del derecho internacional de crucial importancia, el de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Desarrollado por el derecho consuetudinario, este principio se expresa hoy en forma más amplia en 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 Unidas¹⁹, donde se estipula que ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir, directa o indirectamente, cualquiera que sea el motivo invocado, con inclusión de la protección de sus nacionales, en los asuntos internos o externos de cualquier otro Estado. En consecuencia, la intervención armada y toda otra forma de injerencia o amenaza contra la personalidad de un Estado o contra su política, economía o elementos culturales constituye una violación del derecho internacional.

67. En ese contexto, el orador recuerda a los miembros la condena categórica de la CIJ en el asunto *Détroit de Corfou*, en el que estimó que el llamado derecho de intervención sólo podía ser considerado como la manifestación de una política de fuerza, la cual en el pasado había dado lugar a los peores abusos y no tenía cabida en el derecho internacional, cualesquiera que fuesen las deficiencias de la organización internacional. La Corte también condenó ese pretendido derecho en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. La propuesta del Relator Especial también es contraria al respeto de la soberanía de los Estados. Según la Carta de las Naciones Unidas y el derecho consuetudinario los Estados están estrictamente obligados a respetar la soberanía de los demás Estados, en particular la de carácter territorial.

68. Por último, los principios de no recurrir a la fuerza, de no intervención y de respeto por la soberanía nacional son tan categóricos y absolutos que excluyen toda posibilidad de recurrir a la fuerza como medio de garantizar la protección diplomática. En consecuencia manifiesta su acuerdo con el Sr. Baena Soares en que se deberían adoptar los ejemplos de los Relatores Especiales anteriores,

que expresamente habían excluido el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza en ejercicio de la protección diplomática. Una disposición clara y sin ambigüedades es hoy en día más necesaria que nunca. Por tales motivos no puede dar su apoyo al artículo 2, pues significa un retroceso peligroso para el derecho relativo a la protección diplomática en particular y para el derecho internacional en general.

69. El Sr. GOCO, con referencia al punto planteado por el Sr. Baena Soares y el Sr. Economides, sobre la posibilidad de restringir el ámbito de la protección diplomática, cita un ejemplo específico. El Gobierno de Filipinas había intervenido en favor de un nacional, a saber, una empleada doméstica que había sido detenida en Singapur, para evitar que se le aplicase la pena de muerte, pero la intervención no tuvo éxito. La dificultad había consistido en encontrar un vicio de forma en el proceso. La cuestión planteada es que el Estado no puede ser acusado de cometer un acto ilícito internacional con respecto a una persona detenida, pues la detención es de la competencia de los tribunales.

70. El Sr. TOMKA dice que el primer informe del Relator Especial plantea varias cuestiones controvertidas. Personalmente considera la protección diplomática como un tema clásico de derecho internacional, con normas consuetudinarias bien establecidas. Existe un cierto número de decisiones de la CPJI y de la CIJ sobre la protección diplomática, y era importante basarse en ellas. A su juicio el Relator Especial minimiza la importancia de tales decisiones. En cuanto a la propuesta de desarrollo progresivo la Comisión debe actuar con cautela. En primer lugar debe dedicarse a codificar las normas del derecho internacional consuetudinario y sólo después a llenar las lagunas que sea necesario colmar.

71. A su juicio la protección diplomática se relaciona con una disputa inicial entre una persona y un Estado extranjero que se convierte en un asunto entre Estados cuando el del nacional supuestamente agraviado por una acción internacionalmente ilegítima acepta la reclamación de su nacional y la presenta como propia o actual en su nombre. En consecuencia se trata de un conflicto entre Estados con todas las consecuencias legales resultantes, una de las cuales es que debe resolverse por medios pacíficos y no recurriendo a la fuerza.

72. Si bien el Relator Especial afirma que su intención no había sido dar una definición en el artículo 1, esa disposición contiene una definición en lugar de determinar el ámbito de aplicación de los artículos que siguen. En segundo lugar, como ha señalado el Sr. Economides, el Relator Especial se refiere a las medidas tomadas por un Estado sin explicar de qué clase de medidas se trata, y si son de carácter diplomático o judicial. De esta manera el Relator Especial llega a afirmar que podría utilizarse la fuerza en el marco de la protección diplomática, aseveración que el orador no puede aceptar. Una vez más, la frase «perjuicio [...] causado por un acto o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado», en la última parte del artículo 1, debería armonizarse con los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Como ha recordado, en el párrafo 14 del comentario sobre el artículo 1 del proyecto sobre la responsabi-

¹⁹ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

alidad de los Estados figura una explicación de por qué se habían utilizado las palabras «hecho ilícito»²⁰ y no «acto u omisión». Como este tema se relaciona estrechamente con la responsabilidad del Estado el orador reitera que la Comisión debe tratar de utilizar las mismas expresiones.

73. Se opone a incluir el artículo 2, pues no está relacionado con el tema de la protección diplomática. Las acciones mencionadas por el Relator Especial podían justificarse o excusarse en base a otros principios del derecho internacional, como el estado de necesidad, que al igual que la intervención humanitaria son cuestiones muy controvertidas.

74. Vistas las dificultades que plantea el artículo 4, no estima apropiado hacer referencia a él en el artículo 3, cuya redacción sería más clara si dijese que el nacional era agraviado por un acto internacionalmente ilegítimo de otro Estado. El Relator Especial ha dicho que el artículo 4 debía entenderse en el sentido del desarrollo progresivo y cuando ha tratado de explicar en qué circunstancias un Estado tenía el deber jurídico de ejercer la protección diplomática, una de las cuestiones que se plantearon fue saber con respecto a quién correspondió ejercer dicho deber: ¿los demás Estados que, como era de desear, serían partes en el instrumento actualmente en elaboración o un nacional? Se pregunta si la Comisión está redactando un instrumento de derechos humanos para establecer obligaciones de los Estados con respecto a sus nacionales y, en algunos casos, incluso con respecto a no nacionales o bien normas para las relaciones entre Estados. Además estos deberes debían vincularse con la cuestión del *jus cogens* aunque la naturaleza de las normas de *jus cogens* continuaba siendo discutible. Esto también creará nuevas dificultades cuando el proyecto de artículos se presente a la Sexta Comisión. El Relator Especial propone que la obligación deba hacerse cumplir ante un tribunal competente nacional u otra autoridad nacional independiente (párr. 3), pero es difícil concebir cómo un tribunal pueda adoptar una decisión respecto de la excepción que figura en el apartado a del párrafo 2. ¿Va a considerar que hay un interés predominante del Estado en no conceder la protección diplomática en un caso de violación grave del *jus cogens*? Hay un gran desacuerdo sobre esta forma de enfocar el tema.

75. Algunos Estados consideran que la cuestión de la protección diplomática es un *acte de gouvernement*, y el Relator Especial se ha referido a la práctica francesa en la materia. Varios representantes en la Sexta Comisión, que el Relator Especial ha citado en una nota de pie de página al párrafo 78 del informe, han sostenido que la protección diplomática es una cuestión discrecional de los Estados; si la Comisión presenta el artículo 4 en su actual redacción es muy probable que los Estados lo rechacen.

76. Los artículos 1 y 3 podrían remitirse al Comité de Redacción. El artículo 4 aún no está en condiciones para ello mientras que debe suprimirse el artículo 2.

77. El Sr. Sreenivasa RAO dice que del debate mantenido podía deducirse que la protección diplomática no se

relaciona directamente con la denegación de un juicio equitativo sino con actos internacionalmente ilegítimos imputables a un Estado, lo que lleva directamente al tema de la responsabilidad del Estado. Hay un problema de matiz que el Sr. Goco ha planteado. Si el asunto debía tratarse exclusivamente como un aspecto de la responsabilidad del Estado, en cuanto una de las consecuencias de la petición de reparación y ciertas clases de cesación, todo el cuerpo jurídico de la protección diplomática parecía ser de alguna manera irrelevante. ¿Tal era el criterio que la Comisión desea adoptar, o se trata de encontrar el mejor enfoque actual para el tema, dada la práctica de los Estados?

78. El Sr. TOMKA dice que la Comisión podía basarse en la práctica establecida, es decir que la condición de la protección diplomática es el incumplimiento de la obligación internacional de un Estado en cuanto al trato de los nacionales extranjeros una vez que éstos han agotado los recursos internos a su disposición. El Estado del nacional podría entonces asumir el caso y presentar la reclamación como propia, transformando así la controversia entre un extranjero y un Estado en una disputa entre dos Estados.

79. El Sr. GOCO se pregunta si la cuestión debía realmente relacionarse con una acción internacionalmente ilegítima. Manteniendo en el artículo 1 las palabras «en relación con un perjuicio causado a la persona o a los bienes de un nacional» se hacía entrar plenamente en juego la responsabilidad del Estado.

80. El Sr. SIMMA estima que el Relator Especial ha fundado correctamente su informe en los resultados de las discusiones de los Grupos de Trabajo mantenidas en los períodos de sesiones 49.^o²¹ y 50.^o²², es decir que la Comisión debe elaborar el tema de la protección diplomática dentro de su significado clásico: la acción de un Estado a partir del momento en que uno de sus nacionales recibe un trato que constituye un acto internacionalmente ilegítimo, es decir, una violación del derecho internacional. En tal caso, la Comisión podría excluir la consideración de lo que algunos describen con carácter general como protección diplomática pero que en realidad significa una asistencia consular y diplomática corriente. El problema que ello plantea es decidir lo que ha de hacerse con el agotamiento de los recursos internos, tema sobre el que la Comisión ha estado dudando pero que en una u otra etapa deberá elucidar. El agotamiento de los recursos internos podría abordarse en la etapa precedente al tema del Relator Especial, es decir, algo que se contemplaría en conformidad con la teoría sustantiva del sujeto como condición previa de todo acto internacionalmente ilegítimo y que no constituiría una preocupación para el Relator Especial, o, por el contrario, si la Comisión decide examinar el agotamiento de los recursos internos como una cuestión de procedimiento que debe incluirse en el proceso de presentar una reclamación, el Relator Especial no conseguirá abordar la cuestión en el contexto de la protección diplomática.

81. El Sr. HAFNER dice que según el Sr. Simma, la protección diplomática entra en juego si se ha cometido un acto internacionalmente ilegítimo. El problema es que

²⁰ Anuario... 1973, vol. II, págs. 179 y 180, doc. A/9010/Rev.1.

²¹ Anuario... 1997, vol. II (segunda parte), párr. 189.

²² Anuario... 1998, vol. II (segunda parte), párr. 108.

el ejercicio del derecho a la protección diplomática sólo implica la determinación de si se ha cometido o no un acto internacionalmente ilegítimo. Se plantea por tanto la cuestión de si la protección diplomática ha comenzado ya a ejercerse cuando se alega simplemente la comisión de un acto internacionalmente ilegítimo.

82. El Sr. SIMMA dice que la protección diplomática entra indudablemente en juego cuando un Estado adopta la posición jurídica de que uno de sus nacionales ha sido perjudicado con violación del derecho internacional. El otro Estado puede no estar de acuerdo y argumentar que el nacional debe en primer lugar agotar los recursos internos, pero se trata de una cuestión de hecho que no invalida la cuestión jurídica que acaba de señalar.

83. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que ahora la Comisión aborda la dificultad inherente a separar las normas primarias de las secundarias. El Sr. Goco en alguna medida ha sugerido que puede ser útil incluir una disposición sobre la denegación de justicia, pero por considerar que se trata de una regla primaria lo ha evitado cuidadosamente. El Sr. Simma, a su vez, ha llamado la atención sobre las dificultades que ofrece el agotamiento de los recursos internos. Así pues, intentará limitarse a las normas secundarias.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2618.^a SESIÓN

Miércoles 10 de mayo de 2000, a las 10.00 horas.

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Idris, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación)
(A/CN.4/506 y Add.1¹)

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar el examen de los proyectos de artículo 1 a 4 incluidos en el primer informe sobre la protección diplomática

(A/CN.4/506 y Add.1), pero desea antes dar la bienvenida al Sr. Momtaz, miembro recientemente elegido de la Comisión que comienza a desempeñar sus funciones.

2. El Sr. MOMTAZ agradece a la Comisión la confianza que le ha demostrado al elegirlo para formar parte de ella y le asegura que puede contar con su entera cooperación.

3. El Sr. ILLUECA señala que el primer informe del Relator Especial es una magnífica obra de equilibrio político, diplomático y jurídico. Acertadamente, el Relator Especial pone de relieve que, pese al cúmulo de práctica y precedentes, la protección diplomática sigue siendo una de las cuestiones de derecho internacional más controvertidas. El derecho a la protección diplomática es efectivamente un medio de promover la protección de los derechos humanos acorde con los valores del orden jurídico contemporáneo. Antes de pasar a examinar el fondo del informe, señala a la atención una discordancia entre el texto original inglés y la versión española. La palabra inglesa *action* ha sido traducida en español, en el proyecto de artículo 1 y en los párrafos 41 y siguientes del informe, como «medidas». En este caso no es adecuado utilizar esta palabra y se la debería reemplazar por «acción», expresión ya utilizada en el Artículo 48 de la Carta de las Naciones Unidas para traducir la palabra inglesa *action*. Espera que en el informe se introducirán las correcciones correspondientes.

4. En el párrafo 14 de su informe, el Relator Especial evoca muy oportunamente los grandes abusos a que ha dado lugar la protección diplomática, señalando a este respecto que las intervenciones militares de los Estados Unidos, so pretexto de defender a sus ciudadanos en América Latina, continuaron hasta hace muy poco, citando expresamente la intervención en la isla de Granada en 1983² y en Panamá en 1989³. Estos ejemplos abonan la tesis según la cual la protección diplomática, en el sentido de acción emprendida por un Estado contra otro para reparar un perjuicio causado a sus ciudadanos, no ha perdido actualidad. Cabe, sin embargo, señalar para disipar todo malentendido que la intervención en Panamá no puede justificarse alegando que estaba destinada a defender a ciudadanos estadounidenses en ese país. El hecho es que, el 20 de diciembre de 1989, los Estados Unidos invadieron el país con unos 24.000 hombres y que tal acción provocó numerosas víctimas militares y civiles terminando con la detención del general Noriega, jefe de facto del Gobierno panameño y su traslado a los Estados Unidos, donde fue juzgado y condenado por delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes. Es verdad que la situación ha cambiado desde entonces y que el 31 de diciembre de 1999 los Estados Unidos, de conformidad con el Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente del Canal y al Funcionamiento del Canal de Panamá⁴ y el Tratado del Canal de Panamá⁵, conocidos como los tratados Torrijos-Carter, transfirieron la soberanía del Canal a Panamá y desmantelaron sus bases militares, abriendo así una nueva era de relaciones armoniosas con Panamá y los países de América Latina y el Caribe.

² Véase M. N. Leich, «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 78 (1984), pág. 200.

³ *Ibid.*, vol. 84 (1990), pág. 545.

⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1161, n.º 18342.

⁵ *Ibid.*, vol. 1280, n.º 21086.

¹ Reproducido en *Anuario...* 2000, vol. II (primera parte).

5. En el proyecto de artículo 2, el Relator Especial prevé la posibilidad de legitimar la amenaza o el uso de la fuerza por un Estado cuando se trate de rescate de nacionales. Es evidente que esta idea está en contradicción con el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En el caso de la invasión de Panamá, por ejemplo, se ha cuestionado el uso de la fuerza. Los defensores de la acción militar trataron de dar una nueva interpretación al Artículo 2 de la Carta sosteniendo que allí se define el derecho de legítima defensa como «inherente» y que los Estados han usado habitualmente la fuerza para defender no sólo su territorio sino también a sus nacionales y su propiedad. Exponiendo sucintamente los argumentos en pro y en contra de la acción militar de los Estados Unidos en Panamá, con la finalidad de contribuir a la reflexión sobre el tema y a la formulación de los proyectos de artículos, el Sr. Illueca indica que Sofaer, que entonces era Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, publicó un artículo⁶ en el que defendía la legitimidad del empleo de la fuerza armada por los Estados Unidos. Pero otros juristas de renombre han impugnado esa legalidad, como por ejemplo Henkin, quien hace observar que las explicaciones de Sofaer no permiten justificar el uso de la fuerza por parte de los Estados Unidos y que la invasión de Panamá fue una flagrante violación del derecho internacional⁷. Dicho autor también refuta punto por punto todos los motivos expuestos por los Estados Unidos para justificar su acción. Sus argumentos conducen a las siguientes conclusiones.

6. Con respecto a la defensa de la vida de ciudadanos estadounidenses, nada prueba que las fuerzas de ese país y los demás ciudadanos de los Estados Unidos en Panamá no hubieran podido ser evacuados con toda seguridad hacia los Estados Unidos o hacia la zona del Canal o incluso que las fuerzas de los Estados Unidos en la zona del Canal, bien pertrechadas, no hubieran podido defenderse y defender a sus familias y a los demás compatriotas. Aun en la hipótesis de que una amenaza hubiese puesto en peligro la vida de ciudadanos estadounidenses, la invasión no se justificaría pues constituye una violación del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Según Henkin el empleo de la fuerza en los casos de intervención humanitaria está actualmente admitido como excepción a la prohibición del empleo de la fuerza mencionada en el párrafo 4 del Artículo 2, sólo en virtud del principio de Entebbe, según el cual un Estado puede entrar por la fuerza en el territorio de otro país en la medida que sea estrictamente necesario para defender y liberar personas cuya vida está en peligro y si el gobierno del país en cuestión carece de la voluntad o de la capacidad de hacerlo. El párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta no admite sin embargo ninguna excepción que autorice una invasión armada para salvar personas que hubieran podido ser evacuadas del territorio donde sus vidas corrían peligro. No hay ninguna excepción a esta disposición de la Carta que legitime el uso de la fuerza para derrocar un régimen porque amenaza vidas, ni siquiera si es responsable de la muerte de un gran número de inocentes.

⁶ A. D. Sofaer, «The legality of the United States action in Panama», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 29, n.º 2 (1991), pág. 281.

⁷ L. Henkin, «The invasion of Panama under international law: a dangerous precedent», *ibíd.*, pág. 293.

7. En cuanto a la justificación de la invasión en nombre de la defensa de la democracia, muy deteriorada en Panamá en esa época, esta doctrina no se justifica desde el punto de vista del derecho internacional, que ha rechazado la «doctrina Reagan», según la cual hay derecho a recurrir al uso de la fuerza para asentar la democracia, de la misma manera que había rechazado antes la «doctrina Breznev», que defendía el derecho de usar la fuerza para consolidar el socialismo. En cuanto al argumento de la declaración de guerra por parte de Panamá, los Estados Unidos no habrían tenido derecho a invadirlo aun si este país le hubiese declarado la guerra. La Carta de las Naciones Unidas no autoriza la guerra ni las declaraciones de guerra ni las contradecaraciones de guerra: sólo permite el uso de la fuerza en relación con una declaración de guerra cuando el Estado autor de la declaración haya también lanzado un ataque armado.

8. En cuanto a la defensa del Canal de Panamá, el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política del país para garantizar la continuación del funcionamiento del Canal en condiciones de seguridad no está autorizada ni por la Carta de las Naciones Unidas ni por los tratados Torrijos-Carter. La tesis según la cual el mantenimiento de la integridad de los tratados permite una intervención militar no puede ser defendida medio siglo después de la creación de las Naciones Unidas y de la promulgación de su Carta. En cuanto al motivo relacionado con la detención del general Noriega para juzgarlo en los Estados Unidos por amenazar la vida de ciudadanos estadounidenses, cabe preguntarse si, con arreglo al derecho internacional, los Estados Unidos tenían el derecho de invadir Panamá para lograr sus fines. Tal vez el Presidente de los Estados Unidos de esa época había considerado esa detención en el marco de su referencia general al derecho de legítima defensa. Sin embargo, en derecho internacional, la definición del derecho de legítima defensa no comprende en modo alguno el de invadir otro país para detener a un supuesto traficante de drogas.

9. El principal argumento para justificar la invasión consistió en presentarla como ejercicio del derecho de legítima defensa reconocido por el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas para responder a actos hostiles, especialmente uno o dos ataques contra el personal militar estadounidense en Panamá, y a una declaración de guerra. Pero al invocar el derecho de legítima defensa, el Gobierno de los Estados Unidos no se refirió en modo alguno a la idea fundamental del Artículo 51 de la Carta, es decir que el uso de la fuerza a título de legítima defensa sólo está autorizado en casos de ataque armado. Al parecer no se hizo valer que los actos hostiles del régimen de Noriega constituían un ataque armado contra los Estados Unidos en el sentido del Artículo 51. En efecto, el Gobierno estadounidense de entonces sostuvo que el Artículo 51 autoriza el uso de la fuerza en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa aun cuando no haya ataque armado. Este punto concreto ha sido objeto de amplio debate, pero la idea dominante que surge de la reflexión es que el uso de la fuerza en ejercicio del derecho de legítima defensa sólo puede invocarse para responder a un ataque armado.

10. Cabe señalar que la comunidad internacional no encontró ninguna justificación a la invasión de Panamá, ni como acción para proteger a ciudadanos en el extran-

jero, ni en ningún otro concepto, y que consideró dicha invasión como una violación flagrante del derecho internacional. En una resolución de la OEA, adoptada el 21 de diciembre de 1989 por 20 votos contra uno y cinco abstenciones, se deplora la intervención en Panamá y se pide la retirada de las tropas estadounidenses. Ante el Consejo de Seguridad se presentó el 23 de diciembre el proyecto de resolución S/21048 en el mismo sentido, que, pese a haber recibido diez votos a favor contra cuatro y una abstención, no pudo ser adoptado en razón del derecho de veto⁸. Pero la declaración más contundente a este respecto es la que adoptó la Asamblea General en su resolución 44/240, de 29 de diciembre de 1989, que deplora profundamente la intervención de fuerzas armadas de los Estados Unidos en Panamá, considerada como una violación flagrante del derecho internacional, y exige la cesación inmediata de la intervención y la retirada de Panamá de las fuerzas armadas de invasión de los Estados Unidos.

11. El Sr. Illueca se reserva el derecho de intervenir ulteriormente con respecto a los proyectos de artículo 4 a 8 presentados por el Relator Especial.

12. El Sr. KABATSI felicita al Relator Especial por haber presentado un informe detallado, muy bien estructurado, lúcido y sin ambigüedades, que aborda sin temor y de frente cuestiones controvertidas y coloca claramente la institución de la protección diplomática en la perspectiva de la consolidación de los derechos humanos.

13. A su juicio, saber si, recurriendo a la protección diplomática, un Estado afirma su propio derecho o el de sus naturales o una combinación de ambos, no tiene prácticamente importancia. Lo que interesa, como afirma el Relator Especial en el párrafo 10 de su informe, es que la práctica y los precedentes a este respecto son abundantes. El lugar de la protección diplomática en el derecho internacional consuetudinario está bien establecido. Por su parte estima que al recurrir a ella, el Estado ejerce su derecho propio en favor de los naturales a quienes defiende. A diferencia de la prestación de servicios consulares, no se trata solamente de una situación en que el Estado se convierte en agente de quien no podría actuar contra otro Estado ni ante un órgano judicial internacional.

14. Sin revestir un carácter obsoleto, la protección diplomática es aún muy útil, como lo destaca de manera convincente el Relator Especial en el párrafo 32 de su informe, a quien felicita el Sr. Kabatsi por la mesura del texto inglés en relación con la cuestión de género de que hace gala en el vocabulario utilizado en los párrafos 23, 24 y 26.

15. En cuanto al proyecto de artículos, dice que no tiene ninguna dificultad en aceptar los proyectos de artículo 1 y 3, que podrían ser remitidos al Comité para pulir su redacción, como es de uso.

16. El proyecto de artículo 4 se apoya en una práctica limitada, como lo reconoce el propio Relator Especial en los párrafos 80 y 81 de su informe. La mayor parte de los miembros que se han expresado a este respecto concuerda en que la protección diplomática es una prerrogativa

soberana del Estado, cuyo ejercicio es discrecional. En el mejor de los casos todo cuanto pueden definir las legislaciones nacionales son objetivos o políticas establecidas en el plano nacional para ofrecer una protección a sus nacionales en el extranjero, pero no disposiciones jurídicas vinculantes. Es evidente que la protección diplomática no ha sido reconocida como un derecho humano y por lo tanto no puede aplicarse como tal. Cabe preguntarse pues qué clase de derecho internacional desarrollaría progresivamente la Comisión. Este pretendido derecho del individuo o deber del Estado no puede interpretarse en modo alguno como un derecho o un deber de la comunidad internacional en su conjunto. El Sr. Kabatsi no está, pues, convencido de que exista. En consecuencia, la propuesta que es el objeto del artículo 4 debería ser abandonada en esta etapa.

17. Con respecto al artículo 2, además de que no corresponde exactamente al tema, es una propuesta peligrosa. El propio Relator Especial es consciente de ello. En los párrafos 48 y 59 de su informe muestra claramente que en la historia, tanto antigua como contemporánea, no faltan los ejemplos en los cuales la protección de los nacionales ha servido de pretexto para justificar una intervención militar. En el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas se prohíbe el uso de la fuerza. La única excepción es la del Artículo 51, que enuncia el derecho de legítima defensa. Pero el derecho de legítima defensa no puede abarcar el de intervenir militarmente so pretexto de ejercer la protección diplomática. Aun en supuestas situaciones de emergencia o en operaciones de salvamento efectuadas en otros Estados por un Estado que ataca en nombre de sus nacionales, sería peligroso dar a los Estados la libertad de decidir por sí mismos, unilateralmente, cuándo se da una situación de crisis o es necesario emprender una operación de salvamento.

18. La operación de Entebe fue aclamada como un éxito, no sólo fuera de Uganda sino también por numerosos ugandeses, debido en especial a la impopularidad del régimen de la época y al carácter audaz de la empresa. Sin embargo, no es posible afirmar su legalidad. En esa incursión murieron numerosos ugandeses inocentes que nada tenían que ver con el acto de piratería aérea ni con la operación de salvamento de los rehenes. Se destruyeron bienes. Esa incursión no puede, pues, constituir un precedente que establezca un derecho a usar la fuerza que prevalezca contra la prohibición establecida en el derecho internacional, especialmente la que figura en la Carta de las Naciones Unidas. Toda tentativa de abordar la cuestión en el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional debería orientarse a instaurar un orden mundial fundado en la legalidad, el multilateralismo, la solución pacífica de controversias entre Estados y por supuesto la defensa de los derechos humanos, pero no ciertamente la autorización a recurrir al uso de la fuerza entre Estados, sobre todo por decisión unilateral de éstos. Si bien hay muchos casos en que se ha recurrido a la fuerza en forma legítima, la institución de la protección diplomática no forma parte de ellos. Por todos estos motivos se declara decididamente a favor de abandonar el proyecto de artículo 2.

19. El Sr. PELLET dice que la protección de los derechos humanos es ciertamente una de las más grandes conquistas del derecho internacional en el siglo XX, pero

⁸ Véase S/PV.2902. El texto final figura en Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, cuadragésimo cuarto año, 2902.ª sesión.

que ésta no es una razón suficiente para transformar de manera sistemática un tema que es precisamente muy técnico, como el de la protección diplomática, en otro, por entero diferente y mucho más amplio, como el de la protección de los nacionales o incluso, con mayor generalidad, el de los medios de garantizar la protección de los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Ahora bien, al parecer tal ha sido el criterio seguido por el Relator Especial en la preparación del informe que se está estudiando.

20. Al dar los antecedentes de la inscripción de este asunto en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, el Sr. Pellet destaca que, fundamentalmente, la idea era en verdad limitarse a colmar una laguna del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, que, en su origen, trataba de la protección diplomática en su tercera parte, relativa a la aplicación de la responsabilidad. Esta intención no se ha plasmado, aunque la protección diplomática, como lo ha indicado el Sr. Kabatsi, sea un medio que permite hacer efectiva la responsabilidad internacional de los Estados. Cuando un Estado es el origen de un hecho internacionalmente ilícito, es decir cuando compromete su responsabilidad internacional de conformidad con las disposiciones de los artículos 1 y 3 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, puede perjudicar sea a un tercer Estado (daño «inmediato»), sea a un nacional extranjero (daño «mediato»). Es en ese caso, y solamente en ese caso, que juega su papel la protección diplomática. Se trata de una antigua institución cuyo perfil no fue verdaderamente definido hasta finales del siglo XIX y comienzos del XX. Como lo demuestra por otra parte el Relator Especial, los Estados europeos y los Estados Unidos se vieron entonces ante un dilema: por un lado querían garantizar la protección de sus nacionales y, sobre todo, sus bienes en el «tercer mundo» de la época, es decir América Latina, y, por otro lado, pretendían no poner en tela de juicio el postulado fundamental según el cual el derecho internacional es un derecho entre Estados soberanos y solamente entre ellos, como lo ilustra caricaturalmente el asunto Lotus. No se trataba pues de reconocer a las personas privadas, físicas o morales, ninguna clase de personalidad jurídica internacional. Para salir de este dilema se forjó la ficción de la protección diplomática, expresada admirablemente por la CPIJ en el asunto Mavrommatis y recogida de manera constante desde entonces, según la cual un Estado que defiende a un nacional suyo y actúa diplomáticamente o pone en marcha la acción judicial internacional en su favor, hace valer en realidad su derecho propio. La protección diplomática se reduce únicamente a esto. No es, como lo concibe el Relator Especial, el conjunto de medios por los que el Estado puede asumir la protección de sus nacionales, ni aún menos los medios por los cuales los particulares pueden garantizar la protección de sus propios derechos. Ciertamente, si los derechos fundamentales de un individuo resultan a causa de la transgresión por un Estado que no es el suyo de normas de derecho internacional, la protección diplomática puede ser uno de los medios de hacer respetar esos derechos. Pero este punto no es el objeto de la institución de la protección diplomática, que, por otra parte, es más antigua que la idea misma de la protección internacional de los derechos humanos. No se trata de proteger los derechos humanos ni, en general, a los nacionales, a diferencia de

lo que el Relator Especial indica por ejemplo en el párrafo 54 de su informe. Se trata de un procedimiento para obtener reparación por los perjuicios causados ficticiamente al Estado.

21. Se plantea la cuestión de saber si esta ficción debe mantenerse. A falta de una mejor solución sí debe mantenerse y, sobre este punto, comparte las opiniones expresadas por el Relator Especial en los párrafos 17 a 30 de su informe. Estima que al alba del siglo XXI se ha de reconocer al individuo como sujeto de derecho internacional, según muestra el ejemplo del admirable desarrollo del derecho penal internacional, que le hace sujeto de *ius gentium*, o de la expansión de la protección internacional de los derechos humanos, e incluso de las inversiones internacionales, que permite a los particulares en determinadas condiciones entablar por sí mismos una acción judicial o cuasijudicial de carácter internacional. Y sobre este punto iría más lejos que el Relator Especial en el párrafo 24 de su informe. La persona es ya un sujeto de derecho internacional, con características especiales muy diferentes de las de un Estado. Es necesario, sin embargo, admitir que el movimiento no se ha generalizado suficientemente como para poder prescindir de la protección diplomática.

22. Pero aun si ha de conservarse esta ficción, como es al parecer necesario, el proyecto de artículos debe responder imperativamente a una condición esencial. Como lo indicara el Grupo de Trabajo establecido en el 50.º período de sesiones y como lo recuerda el Relator Especial en el apartado a del párrafo 4 de su informe, la Comisión debe limitarse a tratar la protección diplomática desde el punto de vista del derecho consuetudinario⁹. En otras palabras, es necesario partir de la noción tradicional de la protección diplomática y no apartarse de ella en lugar de querer forzar el avance del derecho internacional en direcciones imprevisibles e imprevistas. Por otra parte, piensa que la institución de la protección diplomática, que juzga fundamentalmente conservadora, no se presta a realizar tales avances, que sólo de manera muy artificial pueden ligarse a ella.

23. Habida cuenta de estas consideraciones, el Sr. Pellet formula algunas observaciones sobre los cuatro primeros proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial. A propósito del artículo 1 dice en primer lugar que el párrafo 2 le parece superfluo, pues el artículo 8, al que se alude, basta por sí mismo y sería simplemente suficiente mencionarlo en el comentario relativo al artículo 1. El párrafo 1 del artículo 1 requiere fundamentalmente dos observaciones de importancia desigual. La primera, menos importante, es que convendría armonizar la terminología utilizada con la que se emplea en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. En particular, como lo observara el Sr. Tomka (2617.ª sesión), sería preferible suprimir la mención a «una omisión» puesto que, según el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, el hecho internacionalmente ilícito incluye tanto las acciones como las omisiones. De igual forma es preferible referirse a la atribución del hecho internacionalmente ilícito y no a su imputación, dado que tal es la terminología elegida des-

⁹ Véase 2617.ª sesión, nota 22.

pués de cuidadosa reflexión en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Tocaré al Comité de Redacción pronunciarse sobre este punto si la Comisión decide remitirle este proyecto de artículo. En segundo lugar, la observación más importante consiste en que la protección diplomática no es en modo alguno una acción, como lo ha demostrado claramente el Sr. Economides (*ibíd.*), pues aun cuando pueda desembocar en una acción, no es en sí misma la acción. Consiste simplemente en respaldar la reclamación de una persona privada que ha sufrido un daño. No es la acción diplomática o la acción judicial en sí, sino la iniciación de esta acción, cosa totalmente diferente. La palabra «acción» es engañosa y tanto más lamentable cuanto que desemboca en el funesto proyecto de artículo 2, denunciado por otros miembros de la Comisión.

24. A este respecto, insta al Relator Especial a suprimir toda referencia al uso de la fuerza. Ciertamente no hay temas tabúes y, al contrario del Sr. Tomka, no piensa que la CDI deba sistemáticamente adelantarse a los deseos de la Sexta Comisión. Si bien es necesario que haya buenas razones para suscitar sus reacciones, como lo hace el artículo 2 propuesto, en este caso no ve ninguna razón científica para hacerlo y, por el contrario, cree que el artículo 2 está completamente fuera de tema. Por una parte se trata del derecho de la Carta de las Naciones Unidas, que no es competencia de la Comisión, y no del derecho de la responsabilidad internacional, que es tema del que debe ocuparse la Comisión. Por otra parte se trata de acciones, que no conciernen a la Comisión y no del apoyo a reclamaciones, que es un tema que le compete. Cita como apoyo de su argumento un ejemplo mencionado en el párrafo 59 del informe y, sin querer juzgar el valor de la acción israelí, considera que la incursión de Entebbe no tiene ninguna relación directa con la protección diplomática pues su objetivo no era obtener reparación de Uganda por los perjuicios causados por un hecho internacionalmente ilícito que no le era a todas luces imputable, sino de obtener la liberación de rehenes, con menosprecio de la soberanía territorial de un Estado que nada podía hacer a este respecto. En cuanto a la triste cuestión de Panamá, mencionada por el Sr. Illueca, no se relaciona ni de cerca ni de lejos con la protección diplomática.

25. Como última observación sobre este punto, desea referirse a una nota de pie de página en el informe que hace referencia a la obra *Droit international public*¹⁰ para precisar, en tanto que coautor, que en la página 777 de la obra citada, consagrada a la aplicación de la protección diplomática, se afirma que «la protección diplomática no puede constituir un pretexto para emplear medios ilícitos en derecho internacional: el recurso al uso de la fuerza no puede, desde que ha sido prohibido por el derecho internacional, encontrar aquí una justificación». En cuanto a la página 905 de la obra, también mencionada, contiene un desarrollo muy extenso sobre la intervención y las represalias armadas, pero sin hacer ninguna referencia a la protección diplomática. Se trata más bien de un vigoroso alegato contra el recurso a las represalias y las intervenciones armadas. Tras haber recordado ciertas intervenciones armadas del pasado, los autores indican más adelante que cuando se recurre a la fuerza armada

como represalia esta acción cae bajo la prohibición de todo uso de la fuerza armada que se enuncia en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En cuanto a las intervenciones armadas realizadas por Estados en defensa de un derecho, los autores precisan que «la condena expresada por la CIJ en el asunto *Détroit de Corfou* es demasiado general para no aplicarse también a esta hipótesis» y concluyen que, como máximo, tal vez podría admitirse la postura extremadamente razonable y limitada de la CIJ en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, según la cual,

por no tener el carácter de una intervención condenable en los asuntos internos de otro Estado, la «asistencia humanitaria» no sólo debe limitarse a los fines consagrados por la práctica de la Cruz Roja, es decir «prevenir y mitigar los sufrimientos de seres humanos» y «proteger la vida y la salud, además de hacer respetar a toda persona», sino que también debe, sobre todo, prodigarse sin discriminación a toda persona que lo necesite [...] De todas maneras si los Estados Unidos pueden ciertamente tener su propia apreciación de la situación de los derechos humanos en Nicaragua, el empleo de la fuerza no podría ser el método adecuado para verificar y garantizar el respeto de esos derechos [véanse págs. 125 y 134, párrs. 243 y 268, respectivamente].

Es decir que el Sr. Pellet está muy lejos de creer acertado el artículo 2 propuesto.

26. En cuanto al artículo 3, comprueba que casi no ha merecido la atención de los oradores anteriores mientras que, a su juicio, reviste una importancia muy grande. Si bien este artículo se acerca más al tema que el artículo 2, él sin embargo no lo aprueba. Si ha comprendido bien al Relator Especial, se trata de la adhesión a la doctrina clásica de la protección diplomática. Aun no «amando» esta doctrina, estima que por lo menos es necesario aceptarla. Ahora bien, tal no es el caso de este artículo, que, por otra parte, expresa demasiadas cosas a la vez. El nudo del problema reside en la expresión «en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado por otro Estado». En primer lugar habría correspondido expresar, como lo señaló el Sr. Tomka, «perjudicado por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado», lo que habría centrado más la cuestión en el tema del que no cabía apartarse, es decir la responsabilidad internacional. Además, sobre todo en la teoría tradicional el perjudicado no es un particular sino el Estado que sufre un perjuicio en la persona de su nacional. Esta es la ficción tradicional, que se puede aprobar o rechazar pero que si, al igual que el Relator Especial, nos resignamos a conservarla, no se puede, tras haberla hecho entrar por la puerta grande, hacerla salir por la de servicio.

27. Contrariamente a lo que afirma el Relator Especial en el párrafo 66 de su informe, no se puede decir que la evolución, muy feliz, del reconocimiento de derechos directamente a los individuos, sea en el ámbito de la protección de los derechos humanos, sea en el contexto de la protección de las inversiones, haya socavado aún más la doctrina tradicional. En el plano jurídico, el único problema serio que plantea este reconocimiento es el de saber si deja o no subsistir paralelamente la protección diplomática tradicional o si la reemplaza. Por el contrario, está de acuerdo con el Relator Especial en considerar que, por una parte, la protección diplomática es competencia discrecional del Estado en el derecho internacional positivo actual y, por otra parte, y tal vez habría que decirlo de manera más clara, que la cuestión es saber si no ha llega-

¹⁰ *Ibíd.*, nota 10.

do el momento de circunscribir más estrictamente esa facultad discrecional del Estado.

28. En cuanto al artículo 4, su opinión es menos severa que la expresada por la mayor parte de los oradores anteriores, pues, en efecto, aprueba la filosofía en que se funda. Este artículo significa que en casos de violación grave de una obligación fundamental para la salvaguardia de intereses indispensables de la comunidad internacional en su conjunto, un Estado no puede permanecer inerte. Dicho claramente, si en alguna parte se comete un genocidio o si un Estado recurre de manera sistemática a la tortura o a la discriminación racial como medio de gobierno, los demás Estados no pueden permanecer inactivos. Pero, una vez más, esta cuestión no se refiere a la protección diplomática. Se trata de un problema mucho más general que los miembros de la Comisión conocen bien, pues es el de los crímenes internacionales de los Estados. En esta hipótesis los Estados no sólo tienen el derecho sino también el deber de actuar sin que por ello se justifique el uso de la fuerza. Ahora bien, lo antedicho no significa que la protección diplomática sea el medio adecuado para esta acción, en primer lugar porque no es una acción y, en segundo lugar, y sobre todo, porque no son los derechos y los intereses de los nacionales los únicos que están en juego sino los de la comunidad internacional en su conjunto. La cuestión no se refiere, pues, al tema que se está examinando sino al tema mucho más vasto de la responsabilidad de los Estados y más concretamente al artículo 51 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

29. Lo más sencillo sería remitir los proyectos de artículo 1 y 3 al Comité de Redacción y suprimir los proyectos de artículo 2 y 4. Sin embargo, habida cuenta de los problemas fundamentales del enfoque global que plantean, se pregunta si no sería preferible sugerir al Relator Especial que revise el conjunto del proyecto de artículos habida cuenta de los debates de la Comisión y deja a cargo del Relator Especial la tarea de decidir al respecto.

30. El Sr. IDRIS felicita al Relator Especial por la calidad y profundidad de su informe. Comprueba que el Relator Especial ha demostrado flexibilidad en la medida en que reconoce que ciertas partes de su informe deben circunscribirse aún más. La Comisión debería pues ocuparse sólo de los aspectos pertinentes del informe y dejar de lado los que cree inútiles.

31. El régimen de la protección diplomática está bien establecido tanto en la teoría como en la práctica de los Estados y ha permitido a ciudadanos de un Estado cuyos derechos han sido violados por otro Estado obtener reparación. Esta hipótesis de base se refleja perfectamente en el informe. Pese a la adopción de instrumentos internacionales sobre los derechos humanos, comprendidos los de nivel regional, el derecho internacional en la materia no está todo lo desarrollado que sería de desear. Basta este motivo para justificar la utilidad del mecanismo de la protección diplomática, pues permite salvaguardar los derechos lesionados de extranjeros que sin la intervención del Estado de su nacionalidad no podrían obtener reparación alguna. Como lo señala el Relator Especial, en lugar de tratar de debilitar la institución de la protección diplomática, la Comisión debería hacer todo lo posible para reforzarla. La cuestión de saber si la protección

diplomática es una ficción no presenta gran interés. A su juicio sería preferible que la Comisión se concentrara más bien en cómo reforzar el régimen de la protección diplomática con fines prácticos, a efectos de salvaguardar los derechos de los nacionales de un Estado que residen en otro Estado. Con esta perspectiva la Comisión debería, pues, favorecer la codificación de normas de derecho consuetudinario en vez de desarrollar progresivamente otras nuevas normas.

32. Sin dejar de aprobar los principios enunciados en el proyecto de artículo 1, estima que en él sólo se deberían tratar las normas secundarias y dejar de lado las primarias, que podrían examinarse en el marco más amplio de la responsabilidad de los Estados. En cuanto a la cuestión del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza, prevista en el artículo 2, considera, como otros muchos miembros de la Comisión, que no es pertinente en el contexto de la protección diplomática y que plantea el riesgo de crear confusión con el régimen de las contramedidas previsto en el marco de la responsabilidad de los Estados. Por otra parte, gran número de Estados encontrarían esta idea inaceptable en la medida en que la protección diplomática podría servir de pretexto para violar la integridad territorial de otro Estado. Los principios relativos al uso de la fuerza han sido claramente definidos por la Carta de las Naciones Unidas, que sólo prevé su uso en el caso de legítima defensa. Cabría, pues, excluir esta cuestión del ámbito del artículo 2.

33. En cuanto al artículo 3, relativo al titular del derecho de protección diplomática, se plantea la cuestión siguiente: si el titular es el Estado, ¿puede intervenir en todo momento incluso antes del agotamiento de los recursos internos? Por el contrario, si el derecho es del ciudadano extranjero afectado, ¿el Estado sólo puede ejercerlo cuando su natural ha agotado todos los recursos locales? El Relator Especial indica que tradicionalmente el titular de la protección diplomática es el Estado pero, como este tema es muy controvertido, la Comisión debía ahondar en él.

34. También el artículo 4 es controvertido. En efecto, plantea la cuestión de saber quién es el beneficiario de la obligación jurídica de ejercer la protección diplomática, es decir si son otros Estados partes o la persona perjudicada. Comprobando que en el seno de la Comisión se considera que el conjunto de los individuos son también sujetos de derecho internacional, invita al Relator Especial a examinar más adelante esta cuestión.

35. Por último, estima que el actual título del informe se presta a confusión, pues da la impresión de que se trata de asegurar la protección de los diplomáticos. Para evitar todo malentendido sería oportuno modificarlo.

36. El Sr. PELLET, respondiendo a la última observación del Sr. Idris, dice que por supuesto puede llamarse-la de cualquier modo, pero, a su juicio, las palabras tienen un sentido y las instituciones una denominación. Es lamentable que haya diplomáticos que no conozcan el derecho internacional, pero ello no debe inducir a la Comisión a dar un nuevo nombre a una institución que remonta a los tiempos de Vattel. Conviene, pues, conservar el título de «Protección diplomática».

37. El Sr. KATEKA estima por el contrario que la observación del Sr. Idris está justificada. El día anterior, el Relator Especial había indicado que los propios gobiernos, en sus respuestas, confundían la protección diplomática y los privilegios e inmunidades de los diplomáticos. Sería, pues, oportuno que el Relator Especial modificara el título de su informe o bien que precisara su sentido en las observaciones generales.
38. El Sr. SIMMA estima por su parte que el problema planteado está relacionado con la información y la educación. Si los diplomáticos y otros usuarios del derecho internacional tales como los consejeros jurídicos no comprenden cabalmente el sentido de la protección diplomática, la Comisión debería esforzarse en explicar claramente de qué se trata.
39. El Sr. ECONOMIDES comparte la opinión del Sr. Pellet. No es necesario modificar el título, si bien se le podría mejorar agregando algunas palabras complementarias que permitieran comprender mejor esta noción.
40. El Sr. BAENA SOARES también comparte la opinión del Sr. Pellet. El título adoptado no es erróneo, pero sí las interpretaciones que de él se hacen.
41. El Sr. BROWNLIE también comparte el parecer del Sr. Pellet. Sin embargo, para evitar complicaciones estima que la noción de «protección diplomática» podía aclararse en la introducción del informe.
42. El Sr. LUKASHUK considera que no se debería dedicar demasiado tiempo a esta cuestión, si bien también se opone a una modificación del título, pues la institución de la protección diplomática está enraizada demasiado profundamente en el derecho internacional.
43. El Sr. HE considera que sería útil distinguir desde la introducción la protección diplomática de la protección prevista en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.
44. El Sr. OPERTTI BADAN sugiere que en vez de modificar el título cabría precisarlo de esta forma: «protección diplomática de las personas y los bienes». De todas maneras, esta cuestión sólo debería examinarse al final del debate.
45. El Sr. CANDIOTI estima que no se justifica modificar el título y que sería más oportuno dar una definición clara y precisa en el proyecto de artículo 1.
46. El Sr. DUGARD (Relator Especial) indica, a título de información, que la obra de Borchard, que constituye la biblia en esta materia, se titula *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*¹¹.
47. El Sr. ADDO dice que la expresión «nacionalidad de las reclamaciones» se utiliza frecuentemente en obras de derecho internacional como sinónimo de protección diplomática. Podría, pues, incluirse entre paréntesis o bien explicar en los comentarios que también puede emplearse.
48. El PRESIDENTE cree entender que cabría conservar el título actual del tema en examen, a saber «Protección diplomática», sin perjuicio de precisar su sentido en la introducción o en los comentarios. En cuanto a remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción, es preferible que la Comisión se pronuncie sobre esta cuestión al final del debate.
49. El Sr. LUKASHUK felicita al Relator Especial por su informe, que constituye un estudio serio de uno de los problemas más complejos de derecho internacional. A justo título el Relator Especial parte del principio de que se debe prestar especial atención al derecho consuetudinario o más exactamente al derecho positivo. La institución de la protección diplomática ha conocido en efecto una sensible evolución vinculada a la del derecho internacional en materia de derechos humanos. No cabe sino apoyar la idea según la cual acceder a las pretensiones de los Estados relativas a las violaciones de los derechos de sus ciudadanos sigue siendo uno de los medios más eficaces de protección jurídica en lo que respecta a las violaciones de los derechos humanos. En esta noción reside la esencia misma de la protección diplomática.
50. Comprueba con satisfacción que el Relator Especial ha consultado fuentes rusas, caso que no es muy frecuente en los trabajos de la Comisión. También le complace que el Relator Especial haya expresado la firme intención de terminar la primera lectura durante el quinquenio en curso.
51. El Relator Especial se refiere abundantemente a ficciones jurídicas, mientras que su informe es decididamente realista. No cabe, sin embargo, compartir la atención que presta a la ficción de la dicotomía entre los derechos del Estado y los del ciudadano. Muchos miembros, especialmente los Sres. Idris, Kabatsi y Pellet, ya se han ocupado de este tema. La defensa de los derechos de sus ciudadanos constituye para el Estado no sólo un derecho sino también una obligación. Es una de las funciones principales del Estado, pues si éste no estuviese en condiciones de defender a sus naturales de poco serviría. Este principio se concreta en el derecho internacional en la institución de la protección diplomática. Violar los derechos del ciudadano es violar los derechos del Estado. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 se trata de los perjuicios causados por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado a los nacionales de otro Estado. Ahora bien, el hecho internacionalmente ilícito entraña la responsabilidad del Estado. Mientras que esto se confirma en el informe al evocar numerosos hechos, el Relator Especial piensa que en ciertos casos el Estado actúa a pesar de todo como representante del ciudadano y no para defender y proteger sus propios derechos. No parece necesario destacar constantemente el carácter discrecional del poder del Estado. Basta decir que esta facultad pertenece al Estado, que es quien la ejerce.
52. Acertadamente el Relator Especial comprueba la tendencia del derecho interno a considerar como una obligación del Estado la protección diplomática. En general, el desarrollo tanto del derecho interno como del derecho internacional se orienta al reconocimiento del derecho del ciudadano a la protección diplomática. La Federación de Rusia es uno de los Estados que incorporan en su derecho interno disposiciones en tal sentido. El

¹¹ *Ibíd.*, nota 5.

principio mismo de la obligación que tiene el Estado de defender a sus ciudadanos en el extranjero figura en la Constitución (art. 61) y encuentra su aplicación en diversos textos legislativos, como el decreto sobre el Ministerio de Asuntos Exteriores y el decreto sobre las Embajadas de la Federación de Rusia, en los cuales se concede gran relevancia a la protección de los nacionales rusos en el extranjero.

53. El proyecto de artículo 1 prevé con razón que la protección diplomática sólo puede otorgarse cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, pero no una infracción del derecho interno. Por ello, el término *unlawfully* que figura en la versión inglesa del proyecto de artículo 3 debe ser modificado en consecuencia.

54. Según surge de los debates, es el proyecto de artículo 2 el que despierta más controversias. Cabe prestar especial atención a este tema en la medida en que trata del recurso al uso de la fuerza. Suscribe en principio la afirmación según la cual la amenaza o el uso de la fuerza en ejercicio de la protección diplomática sólo puede justificarse en caso de legítima defensa. En apoyo de esta afirmación el Relator Especial se basa en el derecho consuetudinario tradicional para interpretar el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Para el Sr. Lukashuk se impone dar una interpretación algo diferente del Artículo 51. Este artículo trata del caso de un «ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas», es decir de un ataque armado contra un Estado. Ahora bien, la noción de Estado comprende no sólo el territorio sino también la población.

55. Conviene con el Relator Especial en que es indispensable reflejar la práctica de los Estados y que una prohibición absoluta del uso de la fuerza sería letra muerta. Si una cadena de televisión francesa o de otro Estado democrático mostrara escenas de crueldad cometidas contra franceses en el extranjero y si el Gobierno francés no tomase de inmediato todas las medidas que se imponen, cabe preguntarse cuánto tiempo permanecería ese Gobierno en el poder. Se recuerda el episodio en que una cadena de televisión estadounidense había mostrado a soldados de la paz estadounidenses arrastrados por las calles de Mogadishu. Algunos días después el Gobierno de los Estados Unidos anunciaba el retiro de sus tropas de Somalia. Por estas razones estima que la tarea de la Comisión no consiste en cerrar los ojos a la realidad sino en adoptar disposiciones concretas. Debe limitar la posibilidad de abusar de este derecho haciéndolo legítimo sólo en casos extremos. Los Sres. Illueca y Kabatsi, así como otros miembros, han presentado argumentos convincentes en tal sentido. Si se admite el caso de legítima defensa, parece necesario incorporar en el proyecto de artículo 2 una referencia al Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y, más precisamente, indicar que el Consejo de Seguridad debe ser informado de inmediato de las medidas adoptadas por Miembros de la Organización en ejercicio de ese derecho de legítima defensa. Se podría entonces titular este artículo «Casos de legítima defensa».

56. El proyecto de artículo 4 es el menos logrado de todos los presentados. El Relator Especial declara que el Estado tiene la obligación jurídica de otorgar la protección diplomática en caso de violación grave de normas de

ius cogens. Cabe preguntarse si puede consagrarse esta obligación en derecho internacional. De existir, pertenece más bien al derecho interno. En cuanto a la afirmación que figura al fin del párrafo 80 del informe según la cual algunos Estados consideran conveniente la protección diplomática de sus nacionales en el extranjero, parece extraña, pues no se concibe qué Estado podría dejar de considerar como conveniente la protección de sus ciudadanos. La conclusión del Relator Especial según la cual el Estado no tiene solamente el derecho sino también la obligación jurídica de proteger a sus ciudadanos en el extranjero es perfectamente justa y conforme al objetivo principal del derecho internacional contemporáneo que es reforzar los derechos de la persona y no los de los Estados soberanos. Pero, al abogar por que se reconozca un gran margen de discreción al Estado en el cumplimiento de esta obligación, el Relator Especial atenúa mucho su alcance. Por último, el párrafo 3 del proyecto de artículo 4 dice: «los Estados están obligados a incluir en su derecho interno disposiciones para hacer respetar este derecho». Cabe preguntarle qué sentido se ha dado a la palabra «derecho» pues dicho artículo sólo trata de obligaciones. En general, cabe pensar que el proyecto de artículo 4 debiera ser abandonado pues parece plantear muchas más interrogantes que dar respuestas. Por el contrario, cabría remitir los demás proyectos de artículo al Comité de Redacción.

57. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO felicita al Relator Especial por la calidad de su trabajo. La protección diplomática es una cuestión importante y debe proseguirse el trabajo con miras a redactar conclusiones que se reflejen en los proyectos de artículos. Si bien es prematuro pronunciarse sobre la forma definitiva de estos últimos, puede sin embargo afirmarse que, para ser aceptados, deben ser realistas. Hay, pues, que avanzar con prudencia, ya que si la codificación del derecho internacional es un proceso aceptable, su desarrollo progresivo no siempre lo es. Es imposible obligar al derecho internacional a desarrollarse en direcciones imprevistas, incluso algunas veces inciertas.

58. La protección diplomática está relacionada con dos cuestiones importantes, la de los derechos humanos y la de la responsabilidad de los Estados. En cuanto a los derechos humanos, la protección diplomática es un mecanismo (y no una «acción» o una «medida» como se dice en el informe) que trata de proteger los derechos de los nacionales de un Estado en el territorio de otro Estado si esos derechos han sido violados. No puede afirmarse que todos los derechos eventualmente lesionados sean humanos, aun si muchos de ellos lo son efectivamente, como por ejemplo el caso de denegación de justicia, la privación ilícita de libertad, la ausencia de un procedimiento judicial regular, incluso la violación de los derechos de los trabajadores migratorios o la discriminación de los extranjeros.

59. Además, los mecanismos de la protección diplomática y los relativos a la protección de los derechos humanos aunque complementarios son diferentes. Los instrumentos relativos a los derechos humanos se han desarrollado constantemente desde 1945. Hay a la vez mecanismos universales y mecanismos regionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o bien la Convención americana sobre derechos humanos:

«Pacto de San José de Costa Rica». Estos mecanismos regionales funcionan en general bastante bien. Pero no cabe reducir las normas relacionadas con la protección diplomática a la cuestión de los derechos humanos, pues se limitaría así su alcance. La protección diplomática debe contar con una autonomía propia. Sin embargo, como lo ha recordado el Sr. Economides, se trata de un tema muy próximo a la responsabilidad internacional de los Estados.

60. Esta relación se refleja parcialmente en el proyecto de artículo 1. A este respecto, el Relator Especial debería desarrollar la idea avanzada (2617.ª sesión), es decir que un Estado actúa cuando considera que otro Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito contra uno de sus nacionales o bien que ejerce ese derecho para comprobar que tal hecho ha sido cometido por el Estado del territorio. Es una idea. Por su parte no cree, pese a la doctrina, que un Estado pueda comprobar unilateralmente la violación de una norma de derecho internacional por parte de otro Estado. El proyecto de artículo 1 evoca el «perjuicio a la persona o a los bienes de un nacional causado por un acto o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado». Esta redacción permite suponer que el Estado de la nacionalidad de la persona afectada considera que el Estado del territorio ha cometido un hecho ilícito, lo que, a su juicio, prejuzga la naturaleza del acto cometido. Además, tal vez no sea necesario separar el hecho de la omisión internacionalmente ilícita. El artículo 1 recuerda, bajo el título «Alcance», los elementos fundamentales de la definición de la protección diplomática, que en realidad consiste más en un mecanismo que en una acción. Cabe señalar a este respecto que, en la versión francesa, la inserción de la palabra *toute* —que no tiene su equivalente en el original inglés— delante de la palabra *action* amplía indebidamente este alcance, lo que no parece corresponder a la idea prevista en el texto original inglés.

61. En cuanto al proyecto de artículo 2, comparte las dudas expresadas por los oradores anteriores, pues estima que la cuestión de recurrir al uso de la fuerza no tiene cabida en un proyecto de artículos sobre la protección diplomática. La única excepción a la prohibición general de utilizar la fuerza prevista en la Carta de las Naciones Unidas es la legítima defensa (Art. 51). Al crear otras excepciones, la Comisión se arriesga, en lugar de hacer progresar al derecho internacional, a hacerlo retroceder peligrosamente, transformando la protección diplomática en un derecho de intervención.

62. Señala de paso que el Relator Especial ha elegido deliberadamente no abordar la «protección funcional» que puede ser ejercida por una organización internacional en beneficio de sus agentes. Incluso si esta cuestión puede ser dejada de lado momentáneamente, será necesario abordarla un día u otro, por lo menos en el comentario. Por otra parte se relaciona con la «intervención humanitaria» mencionada en los párrafos 55 y siguientes del informe. A este respecto piensa que la expresión «intervención humanitaria», a la que prefiere la de «acción humanitaria», no puede utilizarse más que para designar la acción ejercida por la comunidad internacional o más bien por los organismos internacionales competentes, mediante los mecanismos previstos al

efecto, para proteger a personas o a poblaciones en peligro.

63. El artículo 3 prevé que el Estado de la nacionalidad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática con respecto a sus ciudadanos perjudicados por otro Estado enunciando así un principio generalmente aceptado y que no plantea al parecer ningún problema.

64. En el artículo 4 se prevé, en su párrafo 1, que el «derecho» de ejercer la protección diplomática enunciado en el artículo 3 se convierte en una «obligación jurídica» en caso de violación grave de una norma de jus cogens, salvo en los casos que se enumeran en el párrafo 2. Apoya totalmente los argumentos del Relator Especial con respecto a este punto que figuran en los párrafos 88 a 93 de su informe. Le parece efectivamente normal que un Estado tenga el deber de proteger a sus nacionales cuando los derechos fundamentales de éstos han sido gravemente violados en el extranjero.

65. Tales son, en lo fundamental, sus comentarios preliminares sobre el proyecto de artículos que se está examinando.

66. El Sr. KATEKA dice que el informe presentado por el Relator Especial tiene en todo caso un gran mérito, el de dar ocasión de reflexionar sobre una cuestión controvertida, cuya complejidad se debe en parte a sus vínculos con la responsabilidad de los Estados y con los derechos humanos. Para medir esta complejidad basta remitirse a la enumeración que figura en el párrafo 43 del informe. Espera que los trabajos de la Comisión contribuirán a hacer más claras estas cuestiones para la comunidad internacional. Cualesquiera que sean los abusos a los cuales pueda dar lugar la protección diplomática, sus ventajas superan evidentemente a sus inconvenientes y este principio no ha perdido actualidad por el desarrollo del derecho de los derechos humanos, tanto más cuanto que, como lo ha subrayado muy acertadamente el Relator Especial, no existen instrumentos internacionales que protejan los derechos de los individuos en el extranjero, salvo en materia de inversiones. También puede que los Estados consideren con mayor seriedad la protección diplomática que las quejas presentadas individualmente por particulares ante organismos de defensa de los derechos humanos.

67. En cuanto al proyecto de artículos, aprueba en general el contenido del artículo 1, aun si considera que el párrafo 2 insiste demasiado en la protección de los nacionales. Esta cuestión no tiene su lugar en el primer artículo y debiera ser tratada en una etapa ulterior. Por el contrario, comparte más bien la opinión del Sr. Rodríguez Cedeño en cuanto a la «protección funcional» y añade que si en esta cuestión no se trata del artículo 1, que define el alcance del tema, sería difícil tratarla más adelante.

68. El artículo 2 es el que da lugar a un mayor número de críticas. Como lo recuerda el Relator Especial en el párrafo 48 del informe, los casos en los cuales la protección de los nacionales ha servido como pretexto para justificar un recurso abusivo al uso de la fuerza son desgraciadamente demasiado numerosos. El ejemplo más chocante es sin duda el de las medidas tomadas en 1902 por Italia, Alemania y Gran Bretaña contra Venezuela, que no había pagado deudas contractuales debidas a

nacionales de esos países¹². Ciertamente el Relator Especial ha tratado de restringir el alcance del artículo previendo que sólo podría utilizarse la fuerza en caso de rescate de nacionales «expuestos a un peligro inmediato». Pero, como todos saben, el uso de la fuerza está prohibido por la Carta de las Naciones Unidas, salvo en caso de legítima defensa, como se prevé en el Artículo 51, y sería peligroso que la Comisión «legalizase» de alguna manera este recurso en relación con la protección diplomática. En resumen, parecería preferible que se suprimiese este artículo, que no tiene su lugar en el proyecto.

69. En cuanto al artículo 3, también comparte la opinión de que el derecho de ejercer la protección diplomática debiera dejarse a la discreción de los Estados. Este artículo le parece pues aceptable.

70. Mayores dudas le plantea el artículo 4: si bien es natural en caso de violación grave de jus cogens que el derecho previsto en el artículo 3 se transforme en deber, se necesitaría por lo menos explicar en el comentario qué es lo que se entiende por «poner seriamente en peligro los intereses generales», como se dice en el apartado a del párrafo 2.

71. En conclusión, estima que sólo los proyectos de artículo 1 y 3, que han sido generalmente juzgados como aceptables, deberían remitirse al Comité de Redacción y que sería preferible olvidarse de los artículos 2 y 4, que no tienen cabida en el proyecto.

72. El Sr. HAFNER estima inútil volver a referirse a la teoría de la protección diplomática, que ya ha dado lugar a un abundante debate cuando se presentó el informe preliminar del Relator Especial anterior en el 50.º período de sesiones¹³. En consecuencia, sólo se concentrará en el informe objeto de examen y en el cual el actual Relator Especial adopta muy felizmente un criterio a la vez pragmático y más empírico que su predecesor, fundándose en una serie de documentos y datos de hecho.

73. La idea básica expresada en el artículo 1 es muy clara: un Estado tiene el derecho de presentar una reclamación a otro Estado por un hecho ilícito cometido por este último, incluso si no es el Estado mismo sino sus ciudadanos quienes han sufrido el perjuicio causado por ese hecho ilícito. Es evidente que esta noción deriva de la presunción según la cual el Estado es una entidad, un todo, que abarca también a los nacionales de ese Estado. La relación con la responsabilidad de los Estados es muy clara, lo que permite ciertos préstamos terminológicos o exige, en todo caso, armonizar los términos empleados en las dos materias, como bien lo han señalado los Sres. Pellet y Tomka.

74. En cuanto al artículo 1, o más exactamente al comentario del Relator Especial, se pregunta si no hay una cierta contradicción entre el párrafo 36 del informe, que menciona la protección de los intereses de los nacionales prevista en el artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y el párrafo 43, que recoge la definición de Dunn¹⁴, según la cual los gobiernos no

deberían poder iniciar una acción en nombre de sus nacionales salvo en el caso de que se invoque una obligación internacional y que dicha acción se relacione con la protección en el sentido técnico del término. Es evidente que la definición de Dunn es más estrecha que la de la Convención y estima que sería conveniente que se diesen aclaraciones sobre este punto.

75. Como han señalado otros oradores, el proyecto de artículo 2 plantea varios problemas muy importantes que la Comisión no puede eludir indefinidamente. El Relator Especial ha tenido el gran mérito de tratarlos de frente. Sin embargo no es concebible que, en el marco de la protección diplomática, se dé a los Estados el fundamento jurídico para recurrir a la fuerza fuera del único caso previsto por la Carta de las Naciones Unidas en su Artículo 51, que es la legítima defensa. Esta noción no debe ampliarse al punto de abarcar también la protección de los nacionales de un Estado en el extranjero. Todos conocen la situación deplorable de los rehenes mantenidos actualmente en Filipinas. Pero ¿cabe pensar razonablemente que dando a los Estados el derecho de intervenir por la fuerza para obtener su liberación se mejoraría la situación? Ello equivaldría a autorizar al Estado de la nacionalidad a actuar contra la voluntad del Estado territorial, con el riesgo de desatar un conflicto entre Estados y una escalada de la violencia. Por este motivo no puede compartir la opinión expresada en el párrafo 59 del informe según la cual «desde el punto de vista de las políticas, es más prudente reconocer la existencia de tal derecho e imponerle unos límites severos que hacer caso omiso de su existencia, lo que permitiría a los Estados invocar los argumentos tradicionales en apoyo de un amplio derecho de intervención y llevaría a nuevos abusos». Además duda que tales actividades entren en el marco de la protección diplomática, al menos en los términos de la definición de Dunn. En resumen, comparte la opinión de los anteriores oradores y de los anteriores Relatores Especiales según la cual la protección diplomática no puede en ningún caso implicar el uso o la amenaza de la fuerza. En consecuencia, el proyecto de artículo 2 no tiene lugar en el proyecto.

76. En cuanto al proyecto de artículo 3, desearía se explicara mejor el sentido de la expresión utilizada en el original inglés de *unlawfully injured* (el adverbio *unlawfully* no figura en el texto francés), aun si, según el comentario, se refiere al parecer al perjuicio causado por un hecho ilícito desde el punto de vista internacional. Tal vez no sea oportuno conservar la segunda frase, donde se precisa que el derecho de ejercer la protección diplomática tiene un carácter discrecional, pues cabría alegar que esta fórmula priva a los Estados de la posibilidad de adoptar, en el plano interno, una ley que haga de este derecho una obligación en ciertos casos. De hecho, es más bien el Estado puesto en tela de juicio el que tiene la obligación de aceptar que, por medio de la protección diplomática, otro Estado presente una reclamación por el perjuicio sufrido por sus nacionales. No es necesario continuar insistiendo en la relación entre el Estado de la nacionalidad y sus nacionales; lo que importa es precisar en qué condiciones el Estado que presenta la demanda puede invocar la protección diplomática.

77. Duda de la utilidad del proyecto de artículo 4. Como lo han subrayado los oradores anteriores, es nece-

¹² Véase Anuario... 1956, vol. II, pág. 213, párr. 228.

¹³ Véase 2617.ª sesión, nota 2.

¹⁴ Véase Dunn, op. cit. (2617.ª sesión, nota 6), págs. 18 a 20.

sario distinguir entre derechos humanos y protección diplomática pues una mezcla de ambos conceptos puede provocar más problemas que aportar soluciones. El Sr. Tomka ya ha solicitado que se aclare qué se entiende por jus cogens en este contexto, pero, a su vez, desearía que también se precisase el sentido de las palabras «a menos que la persona pueda presentar» utilizadas al comienzo del párrafo 1. ¿Se trata de una posibilidad jurídica o material? Y si las violaciones cometidas son verdaderamente graves, ¿podría ponerse en marcha la protección diplomática aun si hay posibilidades de recurso ante un tribunal o corte internacional competente? Ciertamente todo esto podría tener repercusiones en la cuestión del agotamiento de los recursos internos, pero, en caso de violaciones graves, lo que realmente importa es poder reaccionar con rapidez. Fuera de este aspecto, que merecería una más amplia reflexión, el proyecto de artículo 4 no parece aportar elementos muy interesantes.

78. También comparte el parecer de quienes le precedieron en el uso de la palabra que preconizaron que sólo los proyectos de artículo 1 y 3 sean remitidos al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2619.^a SESIÓN

Jueves 11 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación)
(A/CN.4/506 y Add.1¹)

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. GALICKI señala que el primer problema que plantea el proyecto de artículos propuesto en el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506 y Add.1) es su alcance, establecido en el artículo 1. Hay tres posibles

criterios para abordar la noción de protección diplomática. El primero, descrito por el Sr. Simma (2617.^a sesión) como la «protección cotidiana» que ofrecen las misiones diplomáticas y las oficinas consulares, es demasiado limitado a efectos de la Comisión. El orador lo menciona, sin embargo, a causa de las observaciones del Relator Especial sobre las constituciones de ciertos países de Europa central y el este, incluida Polonia, que enuncian el derecho de los nacionales a recibir protección de sus Estados mientras se hallan en el extranjero. Sin embargo, dada la falta de otras normas internas sobre posibles «recursos locales» y en vista de la práctica preconstitucional existente, el orador teme que la convención constitucional sería interpretada de un modo excesivamente restrictivo, es decir, como aplicable exclusivamente a la mencionada «protección cotidiana».

2. El segundo criterio se describe en el proyecto de artículo 1, según el cual la protección diplomática se podría asociar, según ha recomendado el Sr. Brownlie (ibíd.), con un concepto más amplio de la admisibilidad de las reclamaciones. En ese caso sería necesario dar una interpretación adecuada a la palabra «medidas». Cabría mejorar el artículo armonizando el texto con el utilizado en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados; la frase «un acto o una omisión internacionalmente ilícitos»² se ha mencionado ya en este contexto.

3. En el proyecto de artículo 2, el Relator Especial propone una definición y una aplicabilidad del proyecto mucho más amplias y arriesgadas, que comprenden entre las «medidas» «la amenaza o el uso de la fuerza». En su fallo sobre el asunto Mavrommatis, la CPJI señaló que la manera correcta para el Estado de proporcionar la protección diplomática consiste en recurrir a una acción diplomática o a una acción judicial internacional. En el párrafo 55 de su informe, el Relator Especial reconoce que la amenaza o el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática sólo se puede justificar si cabe considerarla como legítima defensa. Sin embargo, como ha señalado el Sr. Economides (2617.^a sesión), la legítima defensa y el derecho a utilizar la fuerza en legítima defensa se enuncian en la Carta de las Naciones Unidas de una manera muy precisa y restrictiva. Dada la importancia predominante del principio de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en el derecho internacional moderno, no se deben contemplar otras excepciones. La cuestión de la amenaza o del uso de la fuerza en las situaciones previstas en el artículo 2 pertenece en realidad a otro tema complejo, el derecho de intervención humanitaria. A este respecto, el orador aprecia el intento del Relator Especial de avanzar hacia una evolución progresiva del derecho.

4. Sin embargo, el Sr. Tomka tiene razón en decir (ibíd.) que la Comisión debe centrarse primero en la codificación del derecho internacional existente y excluir del alcance de la protección diplomática todo lo relativo a la intervención humanitaria y a la posibilidad del uso de la fuerza. Tanto en la doctrina como en la práctica se sigue poniendo en tela de juicio el concepto de intervención humanitaria y el propio Relator Especial ha afirmado en el párrafo 60 de su informe que la cuestión de si el derecho internacional reconoce un derecho de intervención

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

² Véase el artículo 3 propuesto por el Comité de Redacción en segunda lectura (Anuario... 1998, vol. I, 2562.^a sesión, párrs. 72 y 74).

humanitaria que entrañe el uso de la fuerza queda fuera del ámbito del presente estudio.

5. En cuanto al proyecto de artículo 3, parece demasiado pronto para llegar a conclusiones definitivas sobre el alcance y la naturaleza de un derecho a la protección diplomática. El texto en relación con las facultades discrecionales del Estado en el ejercicio de la protección diplomática se podría extender más allá de los límites establecidos en el artículo 4, donde se las asocia exclusivamente con una grave violación del *jus cogens*. Este es el lugar adecuado para recoger el nuevo fenómeno a que se refiere el Sr. Pellet cuando habla de la justificación de la acción internacional por la invocación de los derechos humanos. Como la cuestión de la protección diplomática está estrechamente relacionada con la nacionalidad de las personas físicas, merece la pena tener en cuenta que el carácter jurídico de la nacionalidad ha cambiado considerablemente en los últimos decenios y ha dejado de ser una prerrogativa del Estado para ser ahora un derecho humano inherente a la persona. Esta evolución se reflejaba debidamente en el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas físicas en relación con la sucesión de los Estados, aprobado por la Comisión en segunda lectura en su 51.º período de sesiones³. Por consiguiente, la cuestión del derecho de los nacionales de un Estado determinado a recibir protección diplomática de éste se debe reexaminar con objeto de limitar quizás todavía más la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de ese derecho. Por último, el orador está de acuerdo con el Sr. Hafner en que se debe conservar el título sin modificación.

6. El Sr. ROSENSTOCK acoge con satisfacción el hincapié que el Relator Especial hace en la intensificación del apoyo a los derechos humanos y en la creciente importancia de la persona en el plano internacional. El Relator Especial reconoce que, aunque se han efectuado considerables mejoras en el sector de los derechos humanos y en la importancia que se da internacionalmente a la persona física, se necesita ayuda de ese instrumento que constituye la protección diplomática. Naturalmente, el tema abarca también a las personas jurídicas. Además, la situación podría ser más delicada cuando la Comisión pase a examinar el artículo 4; el Estado que se halla en condiciones de ejercer la protección diplomática puede no ser el único Estado en condiciones de actuar.

7. La cuestión de si procede conservar el segundo párrafo del artículo 1 y de si se debe incluir la palabra «omisión» incumbe al Comité de Redacción. A juicio del orador, el término «medidas» no tiene por qué suscitar preocupaciones metafísicas.

8. El artículo 2 plantea dos problemas. El primero es si ese artículo abarca material que la Comisión deba incluir en su trabajo sobre la protección diplomática y el segundo guarda relación con el fondo del proyecto presentado. A este último respecto, el orador opina que el punto de vista del Relator Especial es correcto, tanto en derecho como en lo que respecta a la actitud que los Estados adoptarían si estuviesen en juego las vidas de sus nacionales. La referencia a misiones de rescate ejemplares, que se justificarían con un principio impreciso de renuncia,

no es convincente. La defensa de dictadores implicados en el comercio de drogas y el hostigamiento del personal militar de un país legalmente presente en otro no es un argumento persuasivo en contra del artículo 2. Quizás sea más fácil llegar al acuerdo en que no es necesario ni útil que la Comisión determine el ámbito del derecho a utilizar la fuerza en el contexto del tema que se debate. El orador se suma a los partidarios de suprimir el artículo 2, porque escapa a la esfera de interés de la Comisión.

9. El artículo 3 no plantea ningún problema de fondo. El orador comprende lo que el Relator Especial trata de conseguir con el artículo 4, es decir, ejercer presión sobre los Estados para que éstos protejan más enérgicamente los derechos de sus nacionales; pero, cuando se suman todas las condiciones y, francamente, todas parecen necesarias, se llega a más o menos a una frase como «los Estados deben hacer esto o aquello». Quizás un preámbulo y una declaración o un tratado que impulsase a los Estados en la dirección oportuna sin crear más dificultades y confusión sería la forma adecuada de abordar el problema y de responder al admirable esfuerzo por incitar a los Estados a que hagan algo más. Entre las razones para que se dude en ir más allá de un enfoque tan modesto figuran los problemas que plantearía redactar una definición útil de la violación grave de una norma de *jus cogens*. El orador no se opone a que el artículo 4 se remita al Comité de Redacción o a un grupo de trabajo oficioso, pero tampoco insistirá en que se haga así.

10. El Sr. ADDO dice que, evidentemente, la *lex lata* en la parte del derecho que ahora se examina es en su mayor parte herencia de la comunidad internacional de tiempos pasados, cuando la comunidad internacional era mucho menor que hoy. Gran parte del derecho internacional que rige la protección diplomática nació cuando las ideas económicas, sociales y políticas de Europa y América del Norte se propagaban a otras partes del mundo.

11. El Relator Especial ha ido demasiado lejos en los artículos 2 y 4. Ambos contienen disposiciones que no corresponden al mandato de la Comisión y el orador no lamentaría su desaparición.

12. A su juicio, es necesario establecer normas que rijan la protección diplomática, tema tan importante como siempre. Este asunto está estrechamente relacionado con el de la responsabilidad del Estado y la Comisión sigue todavía debatiendo el concepto de Estado lesionado en relación con la responsabilidad del Estado. El Estado lesionado entra también en el asunto debatido. Asimismo, la nacionalidad es un aspecto predominante de la protección diplomática; en efecto, el otro nombre que se da a la protección diplomática es nacionalidad de las reclamaciones.

13. Cuando un acto ilegal va dirigido contra el Estado, la cuestión de la nacionalidad no se plantea. Por otra parte, cuando se comete un acto ilegal contra un nacional del Estado lesionado, la posición es que el Estado lesionado tiene derecho a dar «protección diplomática» a todos sus nacionales. Por lo tanto, cuando un nacional de un Estado es objeto en el extranjero de malos tratos contrarios al derecho internacional, el Estado puede defender su caso ante el Estado que ha cometido la violación. Hacerlo o no hacerlo es totalmente discrecional. En dere-

³ Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 47.

cho internacional no hay nada que obligue a ello al Estado lesionado. Por lo tanto, el orador se opone al artículo 4. A este respecto, también está en desacuerdo con las opiniones del Relator Especial expuestas en el párrafo 87 y con las de Orrego Vicuña recogidas en el párrafo 90⁴. Tratar de fundar el artículo 4 en estas opiniones es inaceptable.

14. Una vez que el Estado hace suyo el caso de su nacional, la reclamación pasa a ser una reclamación del Estado lesionado propiamente dicho y la razón es que, aunque empieza a observarse una tendencia en el derecho internacional a conceder acceso limitado al individuo, sobre todo en el sector de los derechos humanos internacionales, el principio general de que el individuo no puede iniciar ni mantener una reclamación internacional persiste todavía.

15. El derecho de «protección diplomática» del Estado en derecho internacional se limita a sus propios nacionales. El orador abriga pues dudas en cuanto al párrafo 2 del artículo 1: extender la protección diplomática a los no nacionales va en contra de ese principio básico. En virtud del párrafo 2 del artículo 1, ello sucedería en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 8, disposición que generaría abundantes debates. Como el párrafo 2 del artículo 1 depende del artículo 8, el orador se opone a que se transmita ese párrafo al Comité de Redacción mientras no se haya examinado el artículo 8. Si este último se suprime, habría que suprimir también el párrafo 2 del artículo 1. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 1 se puede transmitir al Comité de Redacción.

16. Como la apatridia es la negación de la nacionalidad y la nacionalidad constituye la base de la protección diplomática, no está claro cómo se puede dar cabida en el proyecto a una disposición relativa a los apátridas o refugiados. Cabe preguntarse si un Estado puede tender el manto de la protección diplomática sobre un apátrida o un refugiado para abrazar la causa de esa persona y si un tribunal internacional concedería *locus standi* a un Estado en ese caso, o si la residencia legal y el vínculo efectivo bastan para compensar el requisito de la nacionalidad. Como el derecho de protección diplomática de un Estado está limitado a los propios nacionales, se plantea la cuestión de qué determina la nacionalidad. Este es un problema de derecho interno; el derecho internacional no tiene nada que ver en este asunto.

17. El orador no está de acuerdo con el Sr. Pellet (2618.^a sesión) en que no se deba enviar nada al Comité de Redacción ni en que se deba revisar la totalidad del informe.

18. A juicio del Sr. HE, no cabe duda de que a menudo se ha abusado de la protección diplomática ni de que los Estados más fuertes están en mejores condiciones para ejercerla pero, mientras no se encuentre una solución mejor, será preciso conservarla porque se la necesita enormemente. En todo caso, tiene más ventajas que desventajas.

19. Varios puntos de la introducción en el capítulo I del informe exigen aclaraciones. En primer lugar, se alega

que los extranjeros, al igual que los nacionales, gozan de derechos sencillamente porque son seres humanos y no a causa de la nacionalidad. Ello es cierto cuando se trata al extranjero como un sujeto con derechos internacionales. Como la posición de la persona física en derecho internacional es discutible, los recursos individuales son limitados. Por otra parte, puesto que el Estado es el factor dominante en las relaciones internacionales, su recurso será necesariamente más eficaz.

20. En segundo lugar se plantea una cuestión conexa, es decir, si el extranjero, que goza de ciertos derechos en virtud del derecho internacional, puede defenderse solo fuera de su país. La respuesta es que, si su posibilidad de acción se ve limitada, el Estado de que sea nacional habrá de asumir sus derechos y actuar en su nombre.

21. En tercer lugar, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven⁵, citadas en los párrafos 27 y 28, son excelentes ejemplos de una dura realidad, a saber, que los Estados no desean reconocer derechos a los trabajadores migratorios. En cuanto a los extranjeros, aunque en virtud del derecho internacional puedan gozar de derechos porque son seres humanos, no disponen de recursos eficaces en virtud de ese mismo derecho internacional. La única solución que se les ofrece es pedir la intervención de su propio Estado. Por todas estas razones, la protección diplomática sigue siendo un instrumento importante para la protección de los nacionales en el extranjero.

22. En cuanto al artículo 1 y al significado del término «medidas», sorprende descubrir en el párrafo 43 que la «protección diplomática» abarca el «uso de la fuerza». El Relator Especial precedente había destacado por el contrario en el párrafo 11 de su informe preliminar⁶ que los Estados no pueden recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática.

23. En cuanto al artículo 2, el orador comparte la opinión de otros miembros de que conceder legitimidad al uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática es contrario a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. El asunto escapa al mandato de la Comisión en relación con este tema. En cuanto al artículo 4, en vista de las incertidumbres y de los raros casos de actuación estatal, sería mejor no abordar el problema, que no está estrechamente relacionado con el tema examinado.

24. El orador está de acuerdo en que los artículos 1 y 3 se pueden remitir al Comité de Redacción. El término «protección diplomática» tiene una larga tradición y no se debe pues modificar el título. Parece sin embargo necesario explicar la diferencia entre la protección diplomática y ciertas formas de protección de los agentes diplomáticos y consulares previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ya sea en la introducción, ya sea en una nota de pie de página.

⁴ Véase 2617.^a sesión, nota 14.

⁵ *Ibíd.*, nota 18.

⁶ *Ibíd.*, nota 2.

25. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA opina que el primer informe del Relator Especial es impresionante por su dimensión, aunque cabe legítimamente preguntarse si consigue combinar los criterios contrapuestos de cantidad y calidad. En lo que respecta a la estructura, sorprende observar que el informe comienza, no con una, sino con dos introducciones. La mayor parte del informe está dedicada a ocho proyectos de artículo y a un extenso comentario de los mismos, que tiene teóricamente por objeto examinar el fondo del tema pero que a menudo se limita a diluirlo. En el apartado a del párrafo 9 del informe se promete una introducción en la que se examinarán los antecedentes y el alcance del tema, pero el análisis histórico se limita al período entre las dos guerras mundiales. Se parte del supuesto de que todos están familiarizados con el tema —supuesto altamente discutible dadas las dificultades con que han tropezado algunos Estados para distinguir la protección diplomática de la protección del personal diplomático—. Es dudoso que el informe haga más accesible el tema y ayude así a la Sexta Comisión.

26. A diferencia de su predecesor, el actual Relator Especial ha tratado de ofrecer una panorámica de la protección diplomática, de la cual queda excluida la protección funcional, al igual que la abundante jurisprudencia en relación con los agentes y los funcionarios de las organizaciones internacionales a los que procede ciertamente aplicar la protección diplomática. La reseña no arroja tampoco luz alguna sobre la justificación para tratar de un modo idéntico los regímenes en los que la víctima inicial era una persona física y aquellos en que dicha víctima era una persona jurídica.

27. Plantea otra dificultad el hecho de que, a diferencia de su predecesor y alejándose de la concepción clásica, el Relator Especial propone fundar el concepto sobre nuevas bases, es decir, considerarlo una institución para la protección de los derechos humanos. La violación de un derecho humano fundamental o de una libertad individual podría ser ciertamente uno de los casos en los que el Estado asuma la causa de un individuo, pero la violación debe constituir además un acto internacionalmente ilícito atribuible a otro Estado. Parece hasta cierto punto irreflexivo asimilar dos categorías, la primera de las cuales —un sujeto de derecho internacional— es una entidad, mientras que la segunda —los derechos humanos— es un régimen o un grupo de regímenes.

28. El tema de la protección diplomática seguirá siendo inaccesible porque, como el orador ha señalado ya, la reseña histórica del tema se limita al período entre las dos guerras. La ausencia de un análisis de la evolución después de la segunda guerra mundial parece dar por supuesto que después de 1945 la protección diplomática había quedado superada. En realidad, la jurisprudencia ulterior es considerable: los casos *Nottebohm*, *Interhandel*, *Barcelona Traction* y *ELSI*, por no citar otros, como el caso *Ahmadou Sadio Diallo*, que se halla actualmente ante la CIJ. Cabe preguntarse por qué no se mencionan en el informe estos casos, que han contribuido considerablemente a la consolidación del concepto tradicional de la protección diplomática. En vista de su continua actualidad, se debe aclarar la fenomenología del tema desde dos puntos de vista: en primer lugar como sistema y en segundo lugar como régimen.

29. Considerada como sistema, la protección diplomática comprende la intervención de, por lo menos, tres categorías principales de actores: los Estados y las organizaciones internacionales; las personas físicas y los agentes económicos, y los jueces y los árbitros internacionales. Esta última categoría pone de relieve la función tradicional de la protección diplomática como mecanismo para la solución pacífica de controversias entre naciones. De ahí que exista un conflicto entre la protección diplomática y el uso de la fuerza, dos nociones mutuamente incompatibles. Difícilmente se puede poner al servicio de la paz un instrumento diametralmente opuesto a la paz. Se debe, pues, descartar el artículo 2, cuestión sobre la que el orador volverá más tarde.

30. Cabría decir también que la presencia de intereses económicos, que dan su contenido a la pretensión y permiten evaluar los daños reclamados por el Estado, influyen también grandemente en la protección diplomática. A este respecto, la protección diplomática es consustancial con la responsabilidad internacional de los Estados.

31. Considerada como régimen, la protección diplomática es universalmente reconocida como un instrumento útil, que funciona sobre la base de normas ya establecidas y que requiere, pues, codificación, es decir, normas que rijan el proceso a través del cual un asunto interno adquiere la categoría de controversia internacional. Estas normas guardan también relación con la finalidad de la protección diplomática, a saber, el restablecimiento del imperio de la ley en el orden jurídico internacional. Ambas categorías de normas están también relacionadas con los procedimientos para alcanzar ese fin. Es preciso saber si se trata solamente de normas secundarias, normas de procedimiento. Ello plantea la cuestión del interés de la distinción que el Relator Especial hace entre las normas primarias y las normas secundarias en el proyecto de artículos que propone.

32. En términos generales, los artículos 1 a 4 tienen tres defectos principales. En primer lugar, combinan categorías. El artículo 1 lleva un título que no refleja su contenido, mientras que los artículos 2 a 4 dejan al lector desorientado en medio de una serie confusa de categorías. En segundo lugar, desde el punto de vista estructural, las nociones de «alcance» y «definición» no proceden. Los artículos 2 a 4 se fundan en la noción no definida de «medidas», hecho que contribuye en cierto modo a su incompatibilidad con el derecho internacional general y con la naturaleza y el espíritu de la protección diplomática.

33. En tercer lugar, el proyecto de artículos sufre las consecuencias de un deseo elogiable pero erróneo de innovación. El mandato de la Comisión consiste en procurar el desarrollo progresivo del derecho internacional y no una evolución excesiva de ese derecho, lo que equivaldría a dar un paso atrás y adentraría el orden jurídico internacional en un terreno desconocido. El artículo 2 ilustra perfectamente ese riesgo y, por razones que ya han adelantado otros oradores, es enteramente inaceptable. Específicamente, el artículo 1, además de la confusión entre definición y alcance, es igualmente difícil de aceptar porque pone en pie de igualdad los daños causados a las personas y a los bienes. En lo que respecta a la movilización de la protección diplomática, unos daños podrían entrar en juego independientemente de los otros, lo que

privaría a la protección de su carácter diplomático. Los artículos 3 y 4 se contradicen fundamentalmente porque, si la protección diplomática es un derecho del Estado o del individuo, no puede ser un derecho de la comunidad internacional ni se la puede utilizar en favor de la comunidad internacional.

34. Por todas estas razones, el orador opina que ninguno de los cuatro primeros artículos propuestos está en condiciones de ser remitido al Comité de Redacción. Es prematuro que el Relator Especial haya presentado un proyecto de artículos sobre un tema teóricamente familiar, pero cuyos parámetros no están todavía definidos. La delimitación del tema exige consultas oficiosas. Sólo después podría ser oportuno redactar un informe preliminar.

35. El Sr. CANDIOTI estima que el primer informe del Relator Especial y el proyecto de artículos que contiene ofrecen una base estimulante para el debate. Al examinar la protección diplomática, la Comisión debe tener en cuenta ciertas premisas ya establecidas en los debates anteriores de la Comisión y de sus grupos de trabajo, a saber: se ha de mantener un enfoque basado en el derecho consuetudinario; es preciso codificar las normas secundarias de derecho internacional referentes a la protección diplomática, sin perjuicio de examinar las normas primarias en la medida en que sean útiles para dilucidar algunos aspectos del tema; hay que considerar esencialmente la protección diplomática como un derecho discrecional del Estado; y, por último, habrá que tener en cuenta el creciente reconocimiento y la creciente protección de los derechos del individuo en el orden jurídico internacional contemporáneo.

36. En cuanto a la introducción en el capítulo I del informe, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la ficción en que se funda el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática cuando considera que el perjuicio inferido a uno de sus nacionales es un perjuicio inferido al propio Estado, lo que le permite hacer suya la reclamación, así como la ficción formulada por la CPJI en el caso *Mavrommatis*, son un recurso jurídico útil y valioso que no merece las críticas de que ha sido objeto.

37. Está también de acuerdo con el Relator Especial en que, aunque el derecho internacional contemporáneo ha creado otras instituciones eficaces regionales o de otra clase para salvaguardar los derechos e intereses del individuo, la protección diplomática no está ni con mucho superada. Por el contrario, sigue constituyendo un recurso general y conveniente a disposición de los Estados para la tutela de los derechos e intereses de sus nacionales en el extranjero.

38. En el artículo 1 es fundamental empezar por describir, y más precisamente por definir, la institución de la protección diplomática para distinguirla de otras, como la protección del personal diplomático o la asistencia consular a los nacionales en el extranjero y evitar así confusiones desde el primer momento.

39. En este sentido estrictamente técnico, la protección diplomática es uno de los medios de hacer efectiva la responsabilidad internacional de los Estados. El artículo 1 contiene ya una definición de sus elementos, aunque cabría quizá mejorar la redacción. Se trata de un procedi-

miento que un Estado inicia ante otro y en virtud del cual la reclamación de una persona física o jurídica se transforma en una relación jurídica internacional. En cuanto a la extensión de la protección diplomática a los no nacionales, el Sr. Addo ha formulado algunas observaciones interesantes que habría que tener en cuenta cuando se examine el artículo 8.

40. El orador comparte las objeciones de varios miembros acerca de la formulación del artículo 2 propuesta por el Relator Especial y añade que la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática debe ser clara y terminante. Los proyectos de artículo no deben contener ninguna excepción que pueda arrojar dudas sobre esa prohibición. Las circunstancias que eximirían de responsabilidad a un Estado por un acto de fuerza podrían quizá comprender el peligro inminente o el estado de necesidad, temas que se habrán de regular en el proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, en el contexto de la protección diplomática, toda norma que permita, justifique o legitime el uso de la fuerza es peligrosa e inaceptable.

41. Como ha señalado el Relator Especial, desde la formulación de la doctrina Drago⁷ en 1902 y la Convención Porter, la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza son una de las características más notables de la evolución del derecho de protección diplomática, que ha contribuido ciertamente a la evolución del derecho internacional general y ha culminado en la norma consagrada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

42. Por tales motivos, el orador no es partidario de una supresión total del artículo 2. El principio general contenido en el primer párrafo se debe mantener en algún lugar del proyecto, porque es un elemento importante en la evolución del derecho internacional consuetudinario de la protección diplomática. El resto del texto propuesto por el Relator Especial, a partir de «excepto en caso de», debería sin embargo desaparecer, como han indicado la mayoría de los miembros de la Comisión. Conviene recordar que el apartado a del artículo 50 (Contramedidas prohibidas) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados prohíbe expresamente que un Estado recurra por la vía de las contramedidas a la amenaza o al uso de la fuerza en violación de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, el intento de suprimir la primera parte de la primera frase del artículo 2 redactado por el Relator Especial podría ser mal interpretado en un momento en que se observa una tendencia creciente al uso de la fuerza en casos límite.

43. La caracterización en el artículo 3 de la protección diplomática como un derecho del Estado corresponde a una norma internacional consuetudinaria reconocida en la doctrina y la jurisprudencia, aunque el texto se podría probablemente mejorar en el sentido indicado por el Sr. Hafner, el Sr. Pellet (2618.^a sesión) y el Sr. Tomka (2617.^a sesión).

44. Por otra parte, es preciso obrar con cautela en relación con el artículo 4, en el que el Relator Especial propone que ese derecho discrecional se transforme en

⁷ Véase 2618.^a sesión, nota 12.

obligación si el daño obedece a una violación grave del *jus cogens*. El Relator Especial alega que la inclusión de esa obligación sería un ejercicio de desarrollo progresivo que reflejaría la tendencia reciente a reconocer el derecho de un nacional a la protección diplomática. Aunque la preocupación por promover la defensa y la protección de los derechos humanos es válida, parecería desaconsejable establecer tal obligación para los Estados, puesto que muchos consideran discutibles e imprecisos el alcance y el concepto de *jus cogens* y hay pocas referencias a esta obligación en la doctrina y en la jurisprudencia internacionales.

45. En todo caso, como han indicado otros oradores, al codificar este tema la Comisión debe limitarse al concepto estrictamente técnico de la institución. La ambigüedad de los términos «protección» y «diplomática» no debe inducirla a confundir nociones ni a aventurarse más allá de su mandato. Se debe suprimir pues el artículo 4.

46. El Sr. GOCO pide aclaraciones y pregunta si el Sr. Candioti propone que se conserve la primera parte del artículo 2, es decir, sin las excepciones.

47. El Sr. CANDIOTI confirma esta interpretación. Hay que defender el principio establecido en la primera frase, que figura también en el apartado a del artículo 50 del proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados. Es importante pues incorporar dicho principio al proyecto sobre la protección diplomática.

48. El Sr. PELLET señala que el principio en cuestión es mucho más general y se aplica no sólo a la protección diplomática en particular, sino también a las contramedidas. Se pregunta si es prudente recargar el proyecto sobre la protección diplomática con normas generales relativas a la responsabilidad.

49. Aunque el orador está en gran parte de acuerdo con el texto del primer párrafo del artículo 2, la inclusión de estas normas significaría que la Comisión se adentra en un terreno problemático diferente del que parecía tener en mente el Relator Especial. Ello equivaldría a decir que está prohibido recurrir a ciertos métodos para ejercer la protección diplomática; al redactar el texto en términos negativos sería también lógico compensar esa declaración con una especificación de los medios admisibles para ejercer la protección diplomática.

50. Si se acepta la propuesta del Sr. Candioti, el proyecto de artículos podría quedar desequilibrado. El orador es personalmente partidario del fondo del texto, pero se pregunta si es necesario introducir normas generales sobre la responsabilidad internacional en el proyecto relativo a la protección diplomática. Si se hace así, habrá que especificar los medios legítimos para el ejercicio de la protección diplomática, en otras palabras, por vía diplomática o judicial, o por todos los medios utilizados para la solución de controversias.

51. El Sr. BROWNLIE señala que la propuesta aparentemente lógica del Sr. Candioti le había seducido inicialmente, pero después de reflexionar se pronuncia en contra de la inclusión de la primera frase del artículo 2 en cualquier forma que sea. La Comisión debe adoptar la norma categórica de que el uso de la fuerza no entra en el marco de la protección diplomática. La aceptación de la

sencilla propuesta del Sr. Candioti seguiría entrañando toda una serie de dificultades y conclusiones y se pasaría mucho tiempo tratando en vano de solventarlas. El orador está pues de acuerdo con el Sr. Pellet.

52. Además, la declaración de que se prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza como medio para la protección diplomática induce a confusión porque, en términos descriptivos o prácticos, la utilización de la fuerza para proteger a los nacionales o reivindicar derechos es una forma de legítima defensa y no una forma de protección diplomática de cualquier nivel que sea, jurídico o práctico. Por esta razón, incluso una versión truncada del artículo 2 crearía problemas.

53. El Sr. ECONOMIDES está en desacuerdo con el Sr. Brownlie y el Sr. Pellet en relación con la propuesta del Sr. Candioti. Personalmente no ve ningún motivo para que haya confusión si las disposiciones se redactan claramente en el sentido de que el uso de la fuerza a efectos de protección diplomática queda totalmente prohibido. En ausencia de tal disposición, podría existir una ambigüedad eventualmente peligrosa a este respecto. Una pequeña minoría de autores mantiene que la fuerza puede ser admisible para rescatar a nacionales en peligro. Ya es hora de poner fin a esta teoría. En el proyecto se necesita ciertamente una disposición como la que ha propuesto el Sr. Candioti. Quizás convendría redactarla de otra manera para que quede más clara. No tiene necesariamente que adoptar la forma del artículo 2, pero se la podría incluir en el preámbulo o en algún otro lugar del texto. Además, el primer Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, García Amador⁸, y el anterior Relator Especial, Sr. Bennouna, en su informe preliminar⁹, habían expresado ambos su opinión en este sentido. El orador apoya, pues, firmemente la propuesta del Sr. Candioti.

54. Como ha señalado enérgicamente el Sr. Pambou-Tchivounda, la noción de protección diplomática no es compatible con la idea del uso de la fuerza. La protección diplomática es una institución pacífica, que ha sido creada para evitar posibles conflictos. Es fundamental por lo tanto exponer con toda claridad este hecho.

55. El Sr. GALICKI se halla en un dilema en relación con la propuesta del Sr. Candioti. En lo que respecta al fondo, es totalmente partidario del texto. Sin embargo, dadas las opiniones expresadas por algunos oradores, quizás no sería prudente incluir una declaración tan categórica en el proyecto de artículos, porque ello escapa al mandato de la Comisión. Podría quizás seguirse el precedente sentado en el asunto *Mavrommatis* declarando, cuando se definan el alcance y el concepto de la protección diplomática, que las «medidas» a que se refiere el artículo 1 consisten en una acción diplomática o en procedimientos judiciales internacionales. El Comité de Redacción podría estudiar esta posibilidad. Para evitar las dificultades a que se han referido algunos miembros, se debería excluir el uso de la fuerza especificando los medios aceptables para el ejercicio de la protección diplomática.

⁸ Véase 2617.ª sesión, nota 7.

⁹ Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/484, párr. 11.

56. El Sr. LUKASHUK entiende los sentimientos que han inspirado la propuesta del Sr. Candiotti, sentimientos que comparte sin reservas, pero opina que la construcción jurídica resultante sería sumamente extraña. La protección diplomática, como todo acto internacional de un Estado, debe respetar las normas del derecho internacional. El artículo 2 versa sobre un principio solamente y cabe preguntarse por qué no es posible decir que la protección diplomática no debe violar el principio de la no injerencia en los asuntos internos. Con ello se tendría en cuenta ese principio. La propuesta del Sr. Pellet parece pues perfectamente lógica. Si se hace referencia a medios inaceptables, habrá que enumerar también los métodos aceptables. En los debates ulteriores sobre la protección diplomática quizá sea posible reexaminar este asunto. Como las opiniones divergen en relación con el artículo 2, se debe suprimir enteramente.

57. El Sr. GOCO señala que la inclusión de un texto en el que se excluye la amenaza o el uso de la fuerza obedece probablemente a hechos pasados y dice que un texto que verse sobre la protección diplomática debe contener ciertamente una exposición clara de ese principio.

58. El Sr. DUGARD (Relator Especial) explica que el artículo 2 se ha incluido a causa de las dificultades que plantea la utilización del término «medidas» en el artículo 1. Los autores clásicos consideraban que el término abarcaba todos los medios, comprendido el uso de la fuerza, pero naturalmente las opiniones de Borchard son anteriores al Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (Pacto Kellogg-Briand) y a la prohibición contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

59. Le preocupan las opiniones concordantes en virtud de las cuales el derecho a la legítima defensa comprende la defensa de los nacionales. En el debate se ha prestado escasa atención a esta escuela de pensamiento, a la que pertenecen dos antiguos y distinguidos miembros de la Comisión. Parecería que el resultado del debate sea que el término «protección diplomática» no abarca el uso de la fuerza en ninguna circunstancia y escapa al mandato de la Comisión. Quizá convenga aclarar en el comentario que el término «medidas diplomáticas» no se extiende al uso de la fuerza. La Comisión ha hablado con cierta autoridad sobre este asunto. El consenso es claramente que no se puede considerar el uso de la fuerza como una forma de protección diplomática de los nacionales.

60. El Sr. LUKASHUK hace suya la propuesta del Relator Especial, que considera sumamente constructiva.

61. El PRESIDENTE señala que se han formulado diversas propuestas en relación con la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza. La primera es que la finalidad de la protección diplomática es precisamente evitar el uso de la fuerza, aunque ésta se utilizaba frecuentemente antes de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. La relación entre la protección diplomática y la responsabilidad del Estado parece residir en el ejercicio de la responsabilidad del Estado. La protección diplomática forma lógicamente parte de la responsabilidad del Estado. Siendo así, se ha aceptado que, por lo menos en lo que respecta a las contramedidas, queda prohibido el

uso de la fuerza. La propuesta del Sr. Candiotti parece pues pertinente.

62. Cuando se estudia una institución tradicional como la protección diplomática, es preciso recordar que la hostilidad que despierta obedece al uso abusivo de la fuerza en el pasado. Quizá la solución sea adoptar la vía propuesta por el Sr. Galicki y aclarar que la protección diplomática es el comienzo de un procedimiento para la solución pacífica de una controversia y tiene por objeto proteger los derechos o los bienes de un nacional que ha sido amenazado o ha sufrido un perjuicio en otro Estado. De esta manera, se excluye la fuerza sin recurrir al texto de la primera frase del proyecto de artículo 2. La cuestión de si el uso de la fuerza para proteger a un nacional constituye legítima defensa es un asunto que se podría debatir largamente. Una solución constructiva que valdría la pena examinar puede ser la supresión del término «medidas» en el artículo 1 y explicar en su lugar que por protección diplomática se entiende la iniciación de un procedimiento para la solución pacífica de un conflicto.

63. El Sr. Sreenivasa RAO opina que, al situar la cuestión de la protección diplomática en el contexto de los derechos humanos, el Relator Especial ha ampliado la perspectiva de la Comisión en relación con el tema que ha de estudiar. El Relator Especial ha demostrado su conocimiento de los abusos pasados pero, a juicio del orador, aunque la consolidación de los derechos humanos ha mejorado gradualmente la protección del individuo, las lagunas que subsisten en este sector significan que la institución de la protección diplomática tiene utilidad y se la debe reforzar. Es una opinión que merece un examen detenido. El Sr. Baena Soares ha sostenido acertadamente que se necesita un instrumento equilibrado de protección diplomática.

64. El tema que la Comisión tiene ante sí había sido detenidamente estudiado por el Grupo de Trabajo establecido en el 50.º período de sesiones que llegó a ciertas conclusiones¹⁰. El orador se pregunta si el Relator Especial no debe continuar su estudio de la cuestión en el ámbito de dichas conclusiones o no debe limitarse al derecho internacional consuetudinario. Hay muchas zonas grises en este contexto tan tradicional, que plantearían a la Comisión numerosas ocasiones de aportar una contribución.

65. La segunda conclusión a que llegó el Grupo de Trabajo, a saber, que la Comisión debe ocuparse solamente de las normas secundarias, es una teoría muy interesante, que también se ha formulado en relación con el tema de la responsabilidad del Estado. Cabe preguntarse cuál es la norma secundaria cuando se habla de la limitación del ejercicio de la protección diplomática. Es imposible clasificar esas limitaciones como normas secundarias. No es pues enteramente posible trazar una línea divisoria estricta entre las normas primarias y secundarias. A veces esta división sirve solamente de excusa para no responder a preguntas difíciles. Es necesario sin embargo abordar las cuestiones espinosas y no hay ciertamente ningún margen para la flexibilidad.

¹⁰ Véase la 2617.ª sesión, nota 22.

66. Es poco práctico tratar de concluir el examen del tema en el presente quinquenio, porque el Relator Especial propiamente dicho y todos los miembros de la CDI deberán reflexionar más detenidamente sobre estas cuestiones. Los debates habidos en la Sexta Comisión sobre este asunto indican que se encontrarían dificultades en tratar de adoptar precipitadamente un proyecto sobre la protección diplomática. Lo que se necesita no es reforzar el mecanismo de protección diplomática, sino estructurar cuidadosamente un instrumento equilibrado.

67. En el párrafo 25 del informe se dice que sugerir que las convenciones universales de derechos humanos, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ofrecen a la persona recursos eficaces para la protección de sus derechos humanos es fantasioso, y la fantasía, a diferencia de la ficción, no tiene lugar en el razonamiento jurídico. El Relator Especial dice que la regulación de los derechos humanos sigue evolucionando, que subsisten muchas lagunas y que la clase de protección que la persona necesita no se proporciona. Es un argumento válido, pero habrá que abordarlo en el ámbito de la protección de los derechos humanos y no con los limitados medios de la protección diplomática, que es solo un instrumento para ejercer derechos establecidos. Como han dicho otros oradores, la Comisión tiene suficiente quehacer en el ámbito de la protección diplomática sin tratar de resolver problemas que se plantean en el sector de los derechos humanos. Estos problemas son mucho más complejos y fundamentales y es mejor dejarlos a foros que quieran examinarlos. Otra cuestión distinta es que cuando se niegan las debidas garantías procesales y no se ofrece un recurso eficaz, se necesita la protección diplomática.

68. En el artículo 1 se dice que «se entenderá por protección diplomática las medidas que adopte...». El orador habría pensado que se trataba ante todo y sobre todo de un derecho y, en efecto, en el artículo 3 se la designa como tal. Como las medidas son una consecuencia del derecho, se debe mencionar primero el derecho y no al contrario. La protección diplomática se debe concebir como un derecho y no como una obligación, porque el ejercicio de un derecho es discrecional, mientras que las obligaciones se tienen que cumplir y la discrecionalidad no entra en absoluto en juego.

69. Se alega que los daños causados por un acto ilícito en el plano nacional no dan lugar a responsabilidad internacional. Si una dicotomía existiese efectivamente entre perjuicios nacionales e internacionales, extender la protección diplomática a los daños causados en el plano internacional solamente equivaldría a limitar el funcionamiento del mecanismo a la reparación del perjuicio. El orador se pregunta si las debidas garantías procesales son un problema de responsabilidad internacional o de aplicación del derecho interno. Desearía aclaraciones a este respecto. También habrá que estudiar la cuestión de si el daño propiamente dicho se puede calificar de legal o ilegal.

70. En el artículo 4 se dice que el Estado tiene «el deber jurídico» de ejercer la protección diplomática, pero que ese derecho sólo se puede ejercer a solicitud de la persona perjudicada. El orador ve una contradicción: si el Estado tiene un deber, tendrá que cumplirlo; de lo contra-

rio estará cometiendo un acto ilícito. En el informe se cita a Orrego Vicuña¹¹ para indicar que debe haber un recurso interno disponible para la persona afectada cuando el Estado de la nacionalidad no elige ejercer la protección diplomática. Pero si es un problema de responsabilidad del Estado, habría que determinar si la no actuación es también un acto ilícito y, por lo tanto, plantea un problema internacional. De ahí la necesidad de prever la protección diplomática como un derecho que se ha de ejercer discrecionalmente y contra cuyo incumplimiento por su propio Estado podría recurrir el interesado ante los tribunales nacionales. Ir más lejos exigiría un examen de las condiciones que pueden desencadenar una acción internacional si el Estado no defiende los derechos de sus propios nacionales.

71. En el artículo 4, la «petición» del perjudicado está vinculada exclusivamente con una grave violación del jus cogens, pero esta formulación disminuye radicalmente el alcance del derecho a la protección diplomática. Significa que un Estado sólo puede intervenir cuando está en juego el jus cogens. Quizá la intención es que, cuando se viola una norma de jus cogens, el Estado debe intervenir independientemente de las circunstancias y, por cierto, más eficaz y voluntariamente que en otras situaciones. La formulación también requiere ser contrastada con los principios de la responsabilidad del Estado en virtud de los cuales, si se viola el jus cogens, no sólo el Estado de nacionalidad sino todos los Estados tienen el derecho y la obligación de proteger a la persona.

72. En el párrafo 3 del artículo 4 se estipula que «los Estados están obligados a incluir en su derecho interno disposiciones para hacer respetar» el derecho de la persona. También en este caso el Relator Especial aborda la cuestión desde el punto de vista de los derechos humanos, es decir, del deber del Estado y el derecho del individuo. Sin embargo, el asunto se debe abordar desde el punto de vista de la protección diplomática: el derecho del Estado, que entraña la discrecionalidad, a proteger a sus nacionales cuando se les causa un perjuicio.

73. El informe suscita tantas ideas interesantes que el orador no puede referirse a todas ellas. La mención misma del jus cogens en el contexto de la protección diplomática es tan intrigante que frustra hallar sólo un breve pasaje al respecto (párr. 89) y ninguna explicación en cuanto a la clase de derechos de que se trata dentro del jus cogens. Si se ha de mantener el artículo 4, será necesario justificar y aclarar mucho más este asunto.

74. Otra cuestión interesante es la medida en que el individuo puede llevar adelante su propia reclamación mientras ejerce simultáneamente el derecho a la protección diplomática. Es necesario prestar decididamente más atención al punto preciso en que el Estado debe ejercer el derecho de protección diplomática y, si lo hace, la medida en que el individuo seguirá interviniendo. En el proyecto de convención sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard¹² se sugiere

¹¹ *Ibíd.*, nota 14.

¹² Reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 55 (julio de 1961), pág. 548.

que se debe dar prioridad a la reclamación del Estado. El orador se pregunta si ello significa que no se examinará ya la reclamación del nacional o que, si se examina, no será ya el elemento esencial de la resolución de las reclamaciones en cuestión. Tampoco se aclara la relación entre dos reclamaciones que pueden coexistir en el tiempo, en particular en el caso del Estado que debe abordar y solucionar esas reclamaciones. Es preciso establecer los principios aplicables en estos asuntos, que forman legítimamente parte del ejercicio de la protección diplomática.

75. El orador se siente tentado por la propuesta del Sr. Candioti en relación con el artículo 2, pero comparte el sentimiento general de que convendría suprimirlo y opina que el artículo 4 debe también desaparecer. No se pronuncia sobre si el resto del proyecto se debe remitir al Comité de Redacción o si ha de quedar pendiente en espera de los futuros trabajos del Relator Especial. Desea dar las gracias al Relator Especial por la oportunidad que ha brindado para reflexionar acerca de un problema a menudo tácitamente reconocido, pero que nunca se examina a fondo.

76. El Sr. LUKASHUK dice que hay un solo punto de la intervención del Sr. Sreenivasa Rao que desea discutir, aunque no está expresado categóricamente sino en forma de pregunta. En el proyecto de artículos se dice que solamente los actos internacionalmente ilícitos sirven de base para la protección diplomática, pero el Sr. Sreenivasa Rao sugiere que también podrían servir de base las violaciones del derecho nacional. A juicio del orador, a menos que se violen las normas del derecho internacional, no existe base alguna para la protección diplomática. Lo contrario sería poco práctico e inaceptable: los gobiernos podrían en ese caso vigilar el cumplimiento de la ley en otros Estados. Por ejemplo, un gobierno podría intervenir si la policía de otro país impone una sanción económica excesiva.

77. El Sr. Sreenivasa Rao ha preguntado también cuál es la distinción entre daños legales e ilegales. Es muy sencillo: si se extirpa el apéndice al Sr. Sreenivasa Rao, hay daño legal, mientras que si un bellaco le da una puñalada, el daño es ilegal.

78. El Sr. HAFNER tratará de responder al Sr. Sreenivasa Rao, aunque personalmente se considera como alguien que hace, y no que contesta, preguntas complejas. En cuanto a la definición de daño, parece haber acuerdo general en que se debe redactar mejor el artículo 1, porque se trata claramente de daños en derecho internacional y no de daños en derecho interno. En cuanto a si la violación del derecho interno puede autorizar a un Estado a ejercer el derecho a la protección diplomática, el orador se manifiesta de acuerdo con el Sr. Lukashuk, pero opina que podría adoptarse una solución intermedia de modo que tal violación podría llevar consigo la denegación de las debidas garantías procesales. Si se viola el derecho nacional en relación con un extranjero, por ejemplo, y no se ofrece la reparación en los tribunales nacionales, existiría perjuicio en derecho internacional. Duda, sin embargo, en abordar en el contexto de la protección diplomática la definición de daño en derecho internacional, porque es algo que se podría discutir ad infinitum.

79. El Sr. Sreenivasa Rao ha dicho que la protección diplomática se debe establecer como derecho en el artículo 1, opinión que comparte el orador. El Sr. Sreenivasa Rao ha añadido sin embargo que el elemento de discrecionalidad debe estar presente, pero si la protección diplomática se considera un derecho, la consecuencia automática sería la discrecionalidad. No es necesario insistir en el carácter discrecional del derecho.

80. El Sr. PELLET se refiere a las observaciones formuladas por el Sr. Hafner y dice que el problema general en la protección diplomática no es la denegación de las debidas garantías procesales, que constituye claramente un acto internacionalmente ilícito que podría dar origen a la protección diplomática, sino el agotamiento de los recursos internos, que es una cuestión más amplia. La protección diplomática se puede desencadenar incluso cuando no se han denegado las debidas garantías procesales, y centrarse en la denegación de justicia equivaldría a invocar las normas primarias.

81. El elemento «discrecional» en el derecho de protección diplomática puede plantear algunos problemas en el contexto del derecho francés. La discreción es diferente del poder arbitrario. La discreción supone normalmente la elección entre una gran variedad de alternativas, pero esa elección se ha de efectuar de conformidad con la ley. Ahí radica la diferencia entre un Estado de derecho y un Estado dictatorial. En derecho francés, sin embargo, como último vestigio del poder absoluto de que disponía el monarca, el Estado tiene poder arbitrario y no discrecional en toda las decisiones relacionadas con el ejercicio de la protección diplomática. Sus decisiones no están en absoluto sujetas a control judicial y el Estado no está obligado por absolutamente ninguna norma. El orador no está orgulloso de este hecho, porque pone a Francia en el extremo opuesto de los países de Europa oriental, donde, aparentemente, el ejercicio de la protección diplomática es más o menos obligatorio.

82. El Sr. GAJA observa que algunos miembros han citado la necesidad de una relación entre la responsabilidad internacional y la protección diplomática. No se debe entender necesariamente que esta relación consiste en hacer de la comisión de un acto ilícito la condición para la protección diplomática. Por el contrario, la protección diplomática guarda relación con un acto internacionalmente ilícito y se puede también utilizar para evitar que se produzca un acto de esta clase. Si nacionales suyos corren el riesgo de ser sometidos a tortura en un país extranjero, el Estado tiene el máximo interés en tomar medidas diplomáticas y formular una reclamación para evitar la tortura e impedir que se viole una obligación.

83. El Sr. GOCO se refiere al término «discrecionales» y señala que en el fallo dictado por la CPJI en el asunto *Mavrommatis* figuran las palabras «autoriza a un Estado», lo que significa que el derecho existe pero que se puede renunciar a ese derecho o que el Estado puede elegir no hacerlo valer. En otras palabras, en el asunto citado se concedía al Estado discreción para el ejercicio o no ejercicio del derecho a la protección diplomática.

84. El Sr. Sreenivasa RAO acoge con satisfacción la respuesta del Sr. Hafner a la pregunta formulada por el Sr. Lukashuk sobre el perjuicio. Ciertamente, cuando se

habla de perjuicio en el plano nacional no se hace referencia a sanciones económicas de pequeña cuantía. En derecho interno se conceden ciertos derechos a los extranjeros y la imposibilidad de defender esos derechos en el derecho interno constituye una denegación de las debidas garantías procesales. El Sr. Gaja ha reforzado el razonamiento del orador sobre la necesidad de no vincular el ejercicio de la protección diplomática tan total y exclusivamente a la responsabilidad del Estado porque la protección diplomática es un instrumento que los Estados utilizan a menudo para cerciorarse de que no se producen actos ilícitos. En términos generales, los Estados se relacionan entre sí de diversas maneras en el plano oficioso antes de formular una reclamación oficial. El proceso de protección diplomática es pues una cosa en el plano oficial y otra en el plano oficioso.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2620.ª SESIÓN

Viernes 12 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación)
(A/CN.4/506 y Add.1¹)

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. OPERTTI BADAN dice que el principio de la protección diplomática tiene indudablemente un sólido fundamento, pero cuando se trata de desarrollarlo o de definir las condiciones en que puede ejercerse la protección, las cosas son más delicadas; no obstante, es preciso establecer normas que prevengan o reduzcan al mínimo la utilización abusiva de ese mecanismo.

2. Una cuestión abusiva particularmente espinosa es la del recurso a la fuerza, de lo cual se encuentran por desgracia demasiados ejemplos en el mundo contemporáneo,

fuera de los casos previstos en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. No se trata de volver a abrir el debate sobre lo que se llaman las «intervenciones humanitarias» llevadas a cabo por las Naciones Unidas o por fuerzas armadas regionales en el marco de la defensa de los derechos humanos, pero si sólo se tiene en cuenta la esfera de la protección diplomática en sentido estricto, es inevitable comprobar que a ese respecto el recurso a la fuerza podría representar graves peligros para las relaciones internacionales. La protección diplomática debe inscribirse más bien, a juicio del orador, en el marco de la solución pacífica de las diferencias y excluir categóricamente toda posibilidad de recurso a la fuerza. Ello no quiere, sin embargo, decir que la cuestión no se deba abordar con el pretexto de que la prohibición del recurso a la fuerza estaría implícita o sería evidente: dado que ese aspecto figuraba en el proyecto inicial, este silencio podría interpretarse como una laguna en una cuestión de tanta importancia.

3. Otra cuestión que la Comisión debe resolver es la de cuál podría ser el alcance de una convención sobre la protección diplomática: en la base de ese mecanismo se encuentran el principio de la igualdad soberana de los Estados y su deber de proteger los derechos y bienes de sus nacionales. La cuestión de la «protección funcional» ejercida por las organizaciones internacionales en beneficio de sus agentes es un problema distinto que no debe tratarse en el marco de esa convención.

4. La protección diplomática en tanto que medio que permite evitar los abusos cometidos respecto de bienes o de personas es un mecanismo que se debe conservar, pues no se le puede confundir con los mecanismos de defensa de los derechos humanos, incluso si el elemento «derechos de las personas» ocupa en los mismos un lugar importante. En la protección de los derechos humanos, el procedimiento está directamente al servicio de la persona, mientras que en la protección diplomática el derecho de intervenir corresponde al Estado de la nacionalidad y está subordinado a la voluntad de ese Estado. La idea de que la nacionalidad constituye «el punto de conexión» que permite el ejercicio de ese derecho tal vez sea por otra parte un concepto algo rebasado en la hora actual. Hoy en día es sobre todo el lugar de residencia el que cuenta. Un Estado puede sentirse tan obligado respecto de una persona que haya elegido domicilio en su territorio como respecto de uno de sus propios nacionales. En el caso contrario, ¿no se le acusaría de discriminación? Es una lástima que este punto no se haya abordado en el primer informe (A/CN.4/506 y Add.1).

5. La Sexta Comisión ha apoyado en general la idea de que la decisión de ejercer o no la protección diplomática constituía una prerrogativa de cada Estado soberano. Para el orador, la obligación de protección del Estado existe desde el momento en que una persona está vinculada a ese Estado y no solamente en el interior del territorio nacional sino también en el exterior. Desearía que en la futura convención se incluyese una cláusula muy clara en ese sentido. Reconoce también la necesidad de establecer un equilibrio conceptual entre los fundamentos del ejercicio de la protección diplomática y los de la protección de los derechos humanos.

6. Piensa que sería mejor no prejuzgar, en los proyectos de artículos, el carácter lícito o ilícito del hecho imputa-

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

ble a un Estado que permite poner en marcha el mecanismo de la protección diplomática. En caso contrario se corre el riesgo de aventurarse en el terreno de la responsabilidad de los Estados y de la reparación o indemnización, cuando el objetivo esencial es garantizar una protección efectiva a las personas y sus bienes. Debe quedar entendido con claridad que la redacción del párrafo 1 del artículo 1, donde figura una calificación del hecho o de la omisión imputable al segundo Estado, sólo es provisional.

7. En resumen, el orador piensa que la cuestión de la protección diplomática tal vez no haya sido objeto de un debate suficientemente profundo en el seno de la Comisión para que los proyectos de artículos puedan ya enviarse al Comité de Redacción. Por otra parte, ello supondría que se diese al Comité un mandato claro y preciso. Ahora bien, es evidente que tal no es el caso y que la Comisión está lejos de haber llegado a un consenso sobre estas cuestiones.

8. El Sr. GOCO dice que ha leído atentamente los comentarios del Relator Especial sobre los proyectos de artículos y le han parecido muy útiles. Se les puede comparar con la labor de los órganos del ejecutivo que se encargan de aclarar en los decretos y reglamentos los textos elaborados por el legislador. Esos comentarios no sólo aclaran el sentido de los proyectos de artículos sino que también contribuyen a facilitar los debates de la Comisión.

9. Como observación de orden general, el orador señala que en la expresión «protección diplomática» figura la palabra «diplomática». Se plantea entonces la cuestión de si la protección diplomática puede invocarse en ausencia de relaciones diplomáticas entre los Estados considerados. Recuerda que en el mundo actual hay todavía un cierto número de Estados que no tienen relaciones diplomáticas con otros Estados.

10. En cuanto al examen de los cuatro primeros proyectos de artículos presentados por el Relator Especial, señala que en el párrafo 1 del artículo 1 se dice que en virtud de la protección diplomática un Estado puede emprender una acción contra otro Estado a causa de un perjuicio causado por un hecho o una omisión internacionalmente ilícita del segundo Estado. Sin embargo, el Relator Especial no indica si ello cubre igualmente el perjuicio causado por un vicio o un defecto de procedimiento o por no haberse respetado los derechos de la defensa. Es verdad que en el párrafo 43 del informe el Relator Especial reproduce la definición de Dunn según la cual la acción diplomática engloba de una manera general «todos los casos de representación oficial de un gobierno en nombre de sus ciudadanos o de sus intereses económicos»², lo que hace pensar que la denegación de justicia de que pueda ser víctima en el extranjero el nacional de un Estado quedaría igualmente comprendida. Pero sería preferible que ello se precisase en el artículo.

11. Respecto del artículo 2, relativo al empleo de la fuerza, no es superfluo volver a ocuparse del asunto de los rehenes retenidos en Filipinas a los que otros oradores ya se han referido. En ese asunto, los secuestradores

son unos rebeldes y los países de los que son nacionales los rehenes han tomado contacto con el Gobierno filipino en lugar de intentar ellos mismos una operación de salvamento. Esas gestiones, que constituyen una forma de protección diplomática, tienen ya en sí mismas consecuencias suficientemente incómodas para el Gobierno filipino y todos podemos comprender que en el caso considerado el empleo de la fuerza sólo serviría para envenenar las cosas. Así pues, el recurso a la fuerza debe excluirse categóricamente y sólo debería conservarse el principio del texto del artículo 2 hasta las palabras «protección diplomática».

12. En cuanto al artículo 3, relativo al derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer la protección diplomática, la Comisión puede remitirse útilmente al fallo pronunciado por la CPJI en el asunto *Mavrommatis*, en el que se dice en sustancia que «es un principio elemental del derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales...» [véase pág. 12]. Las palabras empleadas en inglés, *is entitled*, implican un derecho. Es evidente que el artículo 3 debe leerse junto con el artículo 4 pues esos dos artículos se refieren al derecho del Estado, a su obligación jurídica y a la discreción que se le deja para actuar.

13. Todos recordamos el caso de la joven contratada como doméstica en el extranjero y que fue condenada a muerte por haber apuñalado a su empleador que intentaba violarla. El Estado del que era nacional intervino a su favor mediante la protección diplomática y le evitó la horca. Si el Estado considerado se hubiese rehusado discrecionalmente a ejercer ese derecho, la joven doméstica seguramente se hubiese encontrado en una situación difícil, a pesar de que podía todavía intentar un recurso ante un órgano internacional de protección de los derechos humanos pues no había sido objeto de un proceso equitativo. El problema consistía en el caso considerado en que el Estado de la nacionalidad quería conservar unas excelentes relaciones comerciales con el Estado del foro, que le abastecía en petróleo. Ahora bien, en su redacción actual, el artículo 4 prevé que el Estado de la nacionalidad no tiene la obligación de ejercer, a petición de una persona, la protección diplomática respecto de ella si se pueden poner «seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o su población». Además, el Relator Especial explica en el comentario que según la doctrina tradicional de la protección diplomática, un Estado tiene el derecho, pero no la obligación, de proteger a sus nacionales. Se trata, pues, de un derecho imperfecto. La CIJ ha reafirmado esa posición en el asunto *Barcelona Traction*. Además el Relator Especial recuerda en el párrafo 64 de su informe que la idea de que un perjuicio causado a una persona es un perjuicio causado al propio Estado no se acepta invariablemente en las actuaciones judiciales. Cuando los Estados inician actuaciones en nombre de nacionales suyos, raras veces afirman que están reivindicando un derecho propio y frecuentemente se refieren a la persona perjudicada como el «reclamante». Sin embargo, la protección diplomática ofrece otras posibilidades distintas de los mecanismos de defensa de los derechos humanos, cuya eficacia el Relator Especial pone en duda demasiado severamente en el párrafo 25 de su informe, y desde luego no ha quedado en absoluto anticuada por el desarrollo de los derechos humanos. Esto lleva al orador

² Véase Dunn, *op. cit.* (2617.ª sesión, nota 6), pág. 18.

a reafirmar la posición que había manifestado durante el examen del informe preliminar del Relator Especial precedente³ en lo que se refiere a la discreción dejada al Estado para ejercer la protección diplomática: a saber, que si no se quiere dejar la puerta abierta a la arbitrariedad, deben establecerse normas acerca de las condiciones en que un Estado puede negarse a ejercer el derecho a la protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales perjudicado. La solución de compromiso que a ese respecto se ha preconizado en el proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional del Estado por daños causados a extranjeros⁴ le parece una opción interesante: tanto el individuo perjudicado como el Estado de la nacionalidad podrían volverse contra el Estado autor del perjuicio, dando prioridad a la reclamación del Estado de la nacionalidad.

14. En resumen, respecto de lo que deba hacerse con los proyectos de artículos sometidos a examen, el orador recomienda que se devuelvan al Comité de Redacción los artículos 1, 3 y 4 para darles una nueva formulación. En cuanto al artículo 2 sólo debería mantenerse la primera frase hasta la palabra «diplomática».

15. El Sr. SIMMA comprueba que parecen enfrentarse dos concepciones extremas de la protección diplomática. Por un lado, ni el Relator Especial en su primer informe ni determinados miembros en sus intervenciones parecen excluir claramente de esta noción lo que podría denominarse la protección diaria de los nacionales por los agentes consulares del Estado de la nacionalidad en el Estado de residencia. A esas actividades, cuyo objeto es ayudar al nacional a conservar sus derechos y a prevenir las violaciones, viene a añadirse la cuestión de la protección militar vista como una prolongación o un resultado de la protección consular. Existe a ese respecto una confusión de la que los párrafos 36 y 43 del informe no están exentos. Lo que entiende por «protección diplomática» el artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no se tiene verdaderamente en cuenta. El orador no trata de criticar esta interpretación sino aclarar las cuestiones sobre las que tratarán los trabajos futuros y para las que conviene prepararse. El otro extremo consiste en decir que la protección diplomática no es realmente un proceso autónomo y que en ella sólo puede verse un sinónimo de las expresiones «admisibilidad de las reclamaciones» o «nacionalidad de las reclamaciones». Esta interpretación parece demasiado estrecha. En efecto, si se utiliza la noción de protección diplomática en su sentido técnico, es decir, el que ha empleado la CPJI en el asunto *Mavrommatis*, también se engloban entonces cuestiones vinculadas a la presentación de las reclamaciones y no solamente a su admisibilidad. El orador concede sin embargo que la cuestión de la nacionalidad de las reclamaciones está en el centro de la cuestión.

16. El Relator Especial se refiere frecuentemente a una obra de Borchard⁵ escrita en 1915 a propósito de las relaciones entre los derechos humanos y la protección diplomática. En 1915 la Infantería de Marina de los Estados Unidos ocupó Veracruz y en la misma época, en un deter-

minado país de Europa meridional, tuvo lugar una matanza de entre 500.000 y 1,5 millones de personas sin que ello suscitase gran emoción entre los demás Estados. Cabe preguntarse pues si un libro escrito en 1915 puede considerarse todavía como la biblia. Si tal es el caso, sería necesario llamarlo el antiguo testamento y ver en el informe del Relator Especial una especie de nuevo testamento.

17. En cuanto a saber si la noción de protección diplomática se funda en una ficción o no, el orador piensa como el Sr. Brownlie que puede verse en filigrana el sentido común en las obras de los juristas internacionales anglosajones, según los cuales no hay nada de ficticio en esta noción tomada en el sentido que se desprende del asunto *Mavrommatis*. A ese respecto, no se comprende bien lo que el Relator Especial ha tenido en su mente al escribir la última frase del párrafo 21 de su informe. No se sabe si el Relator Especial quiere decir que la protección diplomática, en el sentido definido en el asunto *Mavrommatis*, no resiste un análisis lógico. Para el orador ello no es así.

18. Según el Sr. Pellet (2618.ª sesión), la exposición del Relator Especial está demasiado centrada en los derechos humanos. El orador está de acuerdo con ello, pero no piensa que lo esté demasiado ni sin fundamento. Todos los miembros convienen al parecer en considerar que el proyecto de artículos sobre la protección diplomática debe llenar una laguna del derecho de la responsabilidad de los Estados y ha de estar vinculado con ese derecho. Es normal que el informe del Relator Especial esté orientado hacia la defensa de los derechos humanos que comienzan a estar omnipresentes en los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados.

19. Para volver a tratar de una cuestión expuesta por el Sr. Gaja (2619.ª sesión), es preciso tener plena conciencia de que la labor de la Comisión consiste en dar forma, confirmar y establecer una doctrina de la protección diplomática en el sentido definido en el asunto *Mavrommatis*, es decir, en reafirmar y codificar las prescripciones y límites muy estrictos relativos a la nacionalidad de las reclamaciones. Se plantea entonces la cuestión de la continuidad de la nacionalidad. El Estado sólo está facultado para tomar la defensa de un individuo que haya sido nacional suyo en el momento de la infracción y haya conservado continuamente esa nacionalidad hasta el momento de la presentación de su reclamación. El orador no está seguro de que la Comisión acepte ese principio pero al evocarle se propone simplemente demostrar el punto hasta el que la cuestión es técnica. Por un lado, determinados miembros llegan a considerar la cuestión como idéntica a la de la nacionalidad o de la admisibilidad de las reclamaciones. Por otro lado, la Comisión, en el mismo período de sesiones, se dispone a reconocer que los derechos humanos son obligaciones erga omnes cuya violación otorga a cualquier Estado el derecho de exigir por lo menos su cesación. Ese es el esquema propuesto por el Sr. Crawford, en el cual el Estado de la nacionalidad responde a la definición del Estado especialmente perjudicado, al que se vinculan más derechos que a todos los demás Estados en caso de violación de una obligación erga omnes. Ello significa que en el caso de una violación que adopte la forma de un perjuicio causado a extranjeros que sea también una vio-

³ Véase 2617.ª sesión, nota 2.

⁴ Véase 2619.ª sesión, nota 12.

⁵ Véase 2617.ª sesión, nota 5.

lación de los derechos humanos, el Estado de la nacionalidad tiene a su disposición dos conjuntos de reglas: un conjunto muy venerable, tradicional, muy rígido, y un conjunto de reglas mucho más modernas, racionalizadas, «políticamente correctas», donde entra en juego la noción de protección de los derechos humanos. Los miembros deberían tener cuidado con lo que hagan de la noción de protección diplomática cuando vuelvan a ocuparse de la noción de protección de los derechos humanos. No debe perderse de vista que existe una inflación de reclamaciones relativas a los derechos humanos en el derecho internacional consuetudinario. Si en el futuro se llega a considerar el derecho de propiedad como un derecho humano, quedará muy poco de la protección diplomática, pues la invocación de los derechos humanos es más eficaz que la de los derechos dimanantes de una norma internacional mínima. Habrá que poner atención en no crear solapamientos y probablemente zonas de confusión entre los derechos humanos y la protección diplomática, pues se corre el riesgo de debilitar el derecho de la protección diplomática que ya existe.

20. En lo concerniente a la forma definitiva que adoptarán los trabajos sobre la protección diplomática, ello dependerá verosímilmente de la forma que se dé al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Es difícil imaginar que si se decide tratar la responsabilidad de los Estados de una forma distinta a una convención, no ocurra lo mismo con la protección diplomática.

21. En cuanto al proyecto de artículo 1, se ha criticado la palabra «medidas», pero en el contexto en que se encuentra su sentido es claro. Tratar de la protección diplomática no consiste simplemente en establecer una lista de casos en que las reclamaciones son admisibles o no. Ello implica determinados aspectos procesales, pero indudablemente no aspectos militares. Como otros muchos miembros que le han precedido, el orador piensa que las palabras «medidas» o «acto u omisión» deben armonizarse con el texto que probablemente tenga el artículo 1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

22. Respecto del proyecto de artículo 2, el orador felicita al Relator Especial por haberse atrevido a proponerlo sabiendo perfectamente las controversias a que daría lugar. Puede decirse que ese proyecto de artículo ya no da ningún síntoma de vida y por lo tanto debería ser abandonado. Al contrario del Sr. Economides, quien estima (2617.ª sesión) que debería declararse expresamente que la fuerza armada queda excluida de la esfera de la protección diplomática, el orador piensa que no debería mencionársela, sencillamente porque no figura en el mandato de la Comisión. A propósito de la nota a pie de página del párrafo 52 del informe, que remite a una obra en la que él es uno de los autores⁶, el orador precisa que lo que declara en ella es que existe en la práctica de los Estados una tendencia a tolerar por razones políticas los actos de protección militar de nacionales cuando esos actos respetan el principio de la proporcionalidad y constituyen verdaderamente el último recurso. Sobre ese punto, el orador discrepa del Sr. Bownlie (ibid.), que ha hablado a ese res-

pecto de renuncia a alegar la ilicitud. No se puede decir que se abandone la noción de ilicitud en una situación en que, por ejemplo, el Consejo de Seguridad quede paralizado por el ejercicio del derecho de veto o en que las opiniones manifestadas en la Asamblea General discrepen considerablemente. Pero todo ello no entra en la esfera de que se ocupa actualmente la Comisión.

23. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 3, las palabras a national unlawfully injured de la versión inglesa o en todo caso su empleo en este artículo pueden criticarse desde el punto de vista de la lógica, pero en realidad resultan perfectamente claras en ese contexto. Es una expresión ligeramente inelegante del principio establecido en el asunto Mavrommatis, cuya formulación puede naturalmente mejorarse en el Comité de Redacción.

24. Respecto del proyecto de artículo 4, se puede desgraciadamente abrigar el temor de que no cumpla su finalidad. Por lo tanto, se debería abandonar. Ya se ha planteado la cuestión de quién tiene la obligación de ejercer la protección diplomática y si esa obligación debe considerarse un derecho humano. Si se trata de una obligación erga omnes, esa obligación se extiende a todos los demás Estados a quienes se concede así el derecho de intervenir en el proceso de adopción de decisiones de un Estado y de «ayudar» a ese Estado a decidir si va o no a acudir en ayuda de uno de sus nacionales. Todo eso crearía una confusión demasiado grande. Hacer que de las obligaciones erga omnes se desprenda una clase de derecho a ver una determinada disposición respetada es una cosa. Sacar como consecuencia de una obligación erga omnes que otros Estados tienen el deber de realizar determinados actos es otra cuestión. Por consiguiente, si no se trata de un derecho humano, sólo puede ser un derecho constitucional, fundado en el derecho interno, y la Comisión no debe ocuparse de ello. El párrafo 3 del proyecto de artículo 4 plantea el problema de manera todavía más concreta pues atribuye competencia a los tribunales nacionales para decidir en la materia. Cabe preguntarse si las jurisdicciones nacionales están verdaderamente calificadas para juzgar las cuestiones de jus cogens. Entablar un procedimiento en el plano interno sobre la base del párrafo 3 conduciría inevitablemente a que los particulares pidiesen la ayuda o la protección del Estado de que son nacionales y presentasen reclamaciones exorbitantes o fútiles. Por otro lado, se vería también inevitablemente que los gobiernos se negarían a admitir que un determinado derecho reivindicado por un particular pudiese pertenecer al jus cogens.

25. El Sr. BROWNIE siente inquietud por la tendencia que comprueba en los miembros a sentar el principio de que existe un vínculo estrecho entre la responsabilidad de los Estados y la protección diplomática. Es evidente que existe un vínculo operativo, pero en cuanto al fondo el solapamiento no es muy importante. Hay problemas de delimitación y cabe preguntarse por ejemplo si la regla de las «manos limpias» pertenece a la admisibilidad o a la responsabilidad. Probablemente se encuentre a caballo entre las dos. De una manera general, son suficientemente diferentes la cuestión de si un Estado está facultado para ejercer la protección diplomática bajo diferentes formas y la cuestión de saber si una reclamación está fundada. No es conveniente que la Comisión se aparte de su

⁶ A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3.ª ed., Berlín, Duncker y Humblot, 1984.

camino para plantear más problemas de los que ya tiene en su programa. Por su parte, el orador piensa que la admisibilidad de las reclamaciones debería haberse mencionado en el informe por lo menos, pues se trata de una cuestión pertinente. Sin embargo, las dos cuestiones no son sinónimas. En la hipótesis que el Sr. Goco ha evocado, salvo que el Estado de la nacionalidad de la mujer juzgada en otro Estado presente una reclamación efectiva, lo que ha tenido lugar es precisamente la parte operativa de la protección diplomática. El Estado de la nacionalidad de la mujer juzgada ejerce la protección diplomática en sentido operativo, pues no se trata de caracterizar el hecho en sí mismo, es decir el juicio y la pena, como ilícito. Ello puede ser una consecuencia, pero no hay equivalencia. El resultado es que, por lo menos en parte, la cuestión que debe examinarse es la de la admisibilidad de las reclamaciones planteadas en el contexto, sea las reclamaciones litigiosas que son objeto de negociaciones entre Estados, sea las reclamaciones sometidas al arbitraje de la CIJ. Es conveniente que esto se reconozca. Buena parte de las fuentes citadas pertinentemente por el Relator Especial consisten en decisiones de la CPJI o de la CIJ.

26. El Sr. MOMTAZ felicita al Relator Especial por su primer informe, que contiene elementos muy útiles para reflexionar sobre ellos. A ese efecto propone algunas observaciones de orden general y dice que tal vez fuese necesario delimitar en alguna parte de la introducción la cuestión tratada y manifestar expresamente lo que el Relator Especial deja de lado en uno o dos párrafos. La primera cuestión que debe excluirse es la de la protección funcional, que se aborda en el párrafo 38. Al mismo tiempo, se podría precisar que a semejanza de las cuestiones relativas a la protección de los expertos y de los funcionarios de las organizaciones internacionales, la protección y más concretamente las inmunidades concedidas a los diplomáticos por el derecho internacional no pertenecen a la cuestión tratada. Asimismo, sería conveniente que el Relator Especial precise desde un principio que la cuestión de si el derecho internacional reconoce o no un derecho de intervención por la fuerza con fines humanitarios no entra en el marco del estudio en lugar de esperar al párrafo 60 para hacerlo. Por su parte, el orador estima que el Relator Especial no distingue siempre entre la protección diplomática y esta clase de intervención. Como prueba de ello puede verse el párrafo 52, donde la práctica mencionada por el Relator Especial pertenece más a la intervención llamada «humanitaria» que a la protección diplomática.

27. En cuanto al fondo de la cuestión, si bien el orador aprecia en su justo valor las numerosas citas sacadas de la doctrina y de la jurisprudencia, estima sin embargo que el Relator Especial debería estudiar más la práctica de los Estados, que es abundante como lo subraya él mismo en el párrafo 10. Con ello se estaría indudablemente en mejor situación para presentar en los futuros artículos los procedimientos que los Estados podrían entablar para ejercer la protección diplomática. Es un trabajo de larga duración, pero que enriquecería con toda evidencia el informe.

28. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 1, el orador comparte la opinión de los miembros que han estimado que el empleo de la palabra «medidas» no era acer-

tado. Además, el propio Relator Especial ha precisado en su intervención que ese término podría suscitar dificultades. Convendría evitarlo en la medida en que invoca el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y las acciones coercitivas que podría emprender el Consejo de Seguridad. Pueden preverse otras soluciones. En lugar de «medidas que adopte» sería preferible emplear la expresión «procedimiento que adopte». Se verá que todas las definiciones dadas por la doctrina en materia de protección diplomática, que por otra parte ha citado el Relator Especial en el párrafo 37 de su informe, utilizan esa expresión. Una segunda solución consistiría en volver a emplear la expresión utilizada por el Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática en el 49.º período de sesiones⁷ a que se refiere el Relator Especial en el párrafo 40, a saber, el derecho a actuar en favor de su nacional.

29. En cuanto al proyecto de artículo 2, el orador también es partidario de su supresión por todas las razones pertinentes que se han señalado. Igualmente se pronuncia contra el mantenimiento de la introducción de ese artículo. En efecto, una prohibición expresa de la amenaza o del empleo de la fuerza no haría más que debilitar el principio mismo de la prohibición del recurso a la fuerza y no lo contrario. En este punto hace suyas las ideas del Sr. Brownlie y el Sr. Pellet, el cual no puede clasificarse entre los partidarios de una interpretación extensiva del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Así pues, el orador se pregunta si no convendría examinar con un poco más de atención el contenido del apartado b del proyecto de artículo 2, es decir, el caso preciso en que un Estado se encontrase en la imposibilidad de llevar a cabo la protección diplomática cuando quisiera hacerlo. Se trata de situaciones que desgraciadamente surgen cada vez con mayor frecuencia en el mundo, por haberse hundido la estructura del Estado. Se habla entonces de «Estado desintegrado». Tal vez el Relator Especial pueda proporcionar en una etapa ulterior algunos elementos de reflexión sobre el tema. Es preciso reconocer que en esta clase de situaciones, el problema del recurso a la fuerza se plantea en condiciones totalmente diferentes.

30. El artículo 3 no suscita un comentario particular, salvo respecto de la referencia que en él se hace al proyecto de artículo 4, lo que lleva al orador a decir algunas palabras sobre este último. Si bien es favorable al mantenimiento del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁸, y por tanto a la distinción que en ese artículo se hace entre la noción de crimen y la de delito, estima que esa distinción no tiene consecuencias en materia de protección diplomática. El orador está totalmente de acuerdo con el Relator Especial cuando éste observa en una nota en el párrafo 89 de su informe que el artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados no menciona el *jus cogens*, aunque existe una correlación clara entre las normas de *jus cogens* y los ejemplos citados. En todos los casos las situaciones contempladas conducen a una violación no aislada, sino masiva, de los derechos de los individuos, con confusión de todas las categorías, y es

⁷ Anuario... 1997, vol. II (segunda parte), párr. 182.

⁸ Véase 2613.ª sesión, nota 1.

prácticamente imposible aislar a los ciudadanos de un Estado de los nacionales del Estado que quisiera ejercer la protección diplomática. Por su parte, el orador estima que todas las intervenciones destinadas a poner fin a las situaciones contempladas en esa nota se asemejan a una intervención humanitaria, sin que por ello apruebe el empleo de la fuerza con ese fin. De todas maneras, la intervención humanitaria no es el tema del estudio. El problema se plantea sobre todo cuando un Estado se niega a conceder a una minoría nacional el derecho a la autodeterminación: sería muy difícil concebir la puesta en práctica de la protección diplomática en ese tipo de situación.

31. El Sr. HAFNER se refiere a la hipótesis que ha evocado el Sr. Momtaz de un Estado desintegrado en el que los extranjeros tuviesen necesidad de una protección diplomática, eventualmente a través del recurso al empleo de la fuerza, y señala que esa hipótesis no entra en el marco de la protección diplomática definida en el artículo 1, que según el Relator Especial son las «medidas que adopte un Estado contra otro Estado».

32. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA reconoce la pertinencia del problema que ha planteado el Sr. Momtaz pero se inclina a compartir el punto de vista del Sr. Hafner. El Estado desintegrado de que se trata es menos el Estado territorio o el Estado población que el gobierno y la administración del Estado. ¿Es a ese nivel, el nivel en el que se ejerce el poder, en el que reside la soberanía, donde se sitúa la desintegración? Si tal es el caso, cabe preguntarse de qué manera puede ejercerse la protección diplomática. En efecto, esa protección supone que el gobierno del Estado demandante, del Estado que toma la defensa de su nacional, se dirige a un homólogo. El diálogo, la negociación en su caso, deben tener lugar entre dos gobiernos, pues de no ser así es totalmente legítimo preguntarse si la reclamación se inscribe verdaderamente en el espíritu de la protección diplomática.

33. El Sr. LUKASHUK juzga que la cuestión planteada por el Sr. Momtaz es muy importante y no comparte la opinión del Sr. Hafner de que, en ausencia del Estado, no puede hablarse de protección diplomática. ¿Quién va a determinar si existe o no un Estado? Se trata de una cuestión política subjetiva. La hipótesis que sienta el Sr. Momtaz no es una abstracción o una ficción: es una realidad cotidiana. Tiene un fundamento jurídico y merece la atención y el apoyo de la Comisión.

34. El Sr. MOMTAZ precisa que su posición se desprende directamente del apartado b del proyecto de artículo 2, que contempla el caso de que el Estado que ha causado el perjuicio no puede garantizar la seguridad de los nacionales del Estado que concede la protección. No se refiere a una ausencia de voluntad sino a una incapacidad.

35. El Sr. KABATSI cree comprender que el Sr. Momtaz se refiere al caso de un Estado donde existe un gobierno pero que, por razones excepcionales, se encuentra en la imposibilidad de garantizar la seguridad de un extranjero. Si el Estado de la nacionalidad quiere tomar la defensa de su nacional, es preciso que encuentre con el Estado interlocutor un medio de hacerlo.

36. El Sr. MOMTAZ admite que existen grados en la desintegración de un Estado. Hay casos en que sobre el territorio de un Estado existen varias autoridades que intentan afirmarse, sin que ninguna de ellas esté en situación de garantizar la protección de los nacionales de otros Estados.

37. El Sr. CANDIOTI juzga la propuesta del Sr. Momtaz muy interesante, pero sobre todo le ha llamado la atención la observación general que ha hecho al principio de su intervención en el sentido de que es necesario delimitar bien la cuestión objeto de estudio, lo que permitirá aclarar muchos puntos.

38. El PRESIDENTE interviene como miembro de la Comisión para participar en el intercambio de puntos de vista y está de acuerdo con el Sr. Candiotti en que una vez que se haya definido la noción de protección diplomática a los efectos del estudio, todo resultará más claro y el debate podrá progresar sin inconvenientes. En cuanto al problema a que ha aludido el Sr. Momtaz, también puede plantearse desde el punto de vista del Estado de la nacionalidad. Podría ocurrir perfectamente que este último se vea en la imposibilidad de ejercer su protección diplomática en beneficio de sus nacionales.

39. El orador expone sus observaciones sobre el informe objeto de examen y en primer lugar felicita al Relator Especial por la posición audaz y valiente que no ha tenido temor en adoptar respecto de la cuestión de los derechos humanos y de la intervención por humanidad o humanitaria. Él mismo tiene gran interés en todos los esfuerzos de desarrollo progresivo del derecho internacional, en primer lugar porque se trata de uno de los dos aspectos de la misión principal de la Comisión que no se deben desconocer ni por principio ni por un conservadurismo obsoleto, y también porque con ello se puede abrir paso a progresos jurídicos importantes. Lo que le preocupa muy especialmente es que el Relator Especial haya querido lanzarse a un ejercicio de desarrollo progresivo del derecho internacional en la materia sin decirlo con claridad, sin precisar el punto de partida y el motivo que le impulsa, y sobre todo sin tener cuidado en no trastornar completamente lo que se considera razonablemente uno de los logros del derecho internacional, uno de los pilares del derecho de las relaciones entre los Estados, a saber la prohibición del recurso a la fuerza. En primer lugar, el recurso a la fuerza es objeto de un régimen jurídico bastante preciso que no puede concebirse fuera del marco jurídico estricto de la Carta de las Naciones Unidas. En segundo lugar, la protección internacional de los derechos humanos es objeto de un régimen y de mecanismos jurídicos e institucionales particulares a los que no puede vincularse la protección diplomática sin perder su naturaleza, pues la definición de su régimen jurídico sería entonces extremadamente difícil en la medida en que se utilizaría en esa hipótesis un mismo concepto para designar cosas que son totalmente diferentes. En tercer lugar, la intervención humanitaria no puede integrarse en el campo de la protección diplomática, incluso bajo la apariencia de los derechos humanos, porque se trata de una institución inventada en el siglo XIX para desarrollar políticas de potencia en un momento en el que la prohibición del recurso a la fuerza todavía no se había enunciado como uno de los principios del derecho internacional.

40. Según el orador, el Relator Especial habría debido partir de dos cuestiones simples. La primera se refiere a la definición de la protección diplomática. Seguramente se ha dado cuenta de ello, como lo demuestran los párrafos 10 a 21 del informe, pero no ha dado una respuesta completa, aunque sea indispensable hacerlo no solamente mediante el análisis de esa institución a través de toda la jurisprudencia internacional sino también mediante la distinción, bien sea en la introducción, bien sea en los párrafos siguientes, de la noción de protección diplomática de las nociones vecinas, incluso conexas, tales como la protección de los diplomáticos, la protección consular y también la protección de los funcionarios de las organizaciones internacionales. El segundo paso debería haber consistido en preguntarse si la protección diplomática puede utilizarse en la actualidad para fines distintos de los que persigue en el derecho internacional clásico. Las contestaciones a esas dos preguntas habrían ciertamente facilitado la circunscripción del tema y permitido llegar a la conclusión de que no tiene relación con la protección de los derechos humanos ni, por supuesto, con la intervención humanitaria. La noción de protección diplomática debe entenderse estrictamente en el sentido que tiene en el derecho internacional clásico pues, en esta materia, la costumbre tiene un fundamento suficientemente sólido, la práctica de los Estados se conoce relativamente bien y la jurisprudencia es bastante abundante para proporcionar reglas precisas cuya codificación no se prestaría a controversia.

41. El orador pasa a la consideración de los proyectos de artículo 1 a 4 y señala que el artículo 1 está dedicado a la definición de la protección diplomática en lugar de a la delimitación de su campo de aplicación como indica su título. En el párrafo 1 plantea problemas jurídicos de fondo por lo que se refiere en particular a la palabra «medidas» que en él figura. La protección diplomática es, en efecto, un derecho, a saber, el derecho de un Estado a iniciar contra otro Estado los procedimientos de solución pacífica de diferencias con el fin de proteger los derechos o los bienes de uno de sus nacionales a causa de un perjuicio que éste haya sufrido en el Estado huésped. El origen del perjuicio no tiene que ser necesariamente un hecho internacionalmente ilícito. Por ejemplo, cabe imaginar el caso de una persona cuyos bienes en un Estado extranjero hayan sido confiscados y que agota sin éxito todos los recursos internos que pueda entablar para obtener reparación. No existe una denegación de justicia, pero la justicia aplica manifiestamente mal el derecho, sea debido a la corrupción de los jueces, sea debido a las presiones o instrucciones procedentes del Estado considerado. En este caso, ¿debe ejercerse o no la protección diplomática? ¿Se trata de una violación del derecho internacional o de un hecho internacionalmente ilícito? Esas preguntas deben por lo menos hacerse. Es el caso tipo en el que justamente la protección diplomática puede ejercerse, porque hay un ataque contra los derechos o los bienes de un individuo en un Estado extranjero, y la jurisprudencia de la CPJI o de la CIJ son muy abundantes a ese respecto. Otra cuestión se plantea, a la que será preciso responder en el comentario: ¿hace falta transformar la protección diplomática en un procedimiento destinado a alcanzar un cuarto grado de jurisdicción en los países que tienen tres grados de jurisdicción, cuando la instancia jurisdiccional suprema de un país ha pronunciado una

decisión que atenta contra los intereses de un nacional extranjero? La protección diplomática sería entonces un mecanismo de introducción de un procedimiento de casación de la casación.

42. Otra cuestión a la que es conveniente responder es si la protección diplomática debe considerarse únicamente como un procedimiento contencioso. El orador se inclina a pensar, como otros miembros de la Comisión, que esa protección puede ejercerse a través de negociaciones diplomáticas sin llegar necesariamente a un procedimiento contencioso. En cuanto al párrafo 2 del artículo 1, se le puede mantener, a reserva del contenido del artículo 8, al cual el párrafo remite y que a primera vista plantea numerosos problemas.

43. En cuando al artículo 2, el orador hace suyas todas las observaciones hechas a su respecto y cree que debería pura y simplemente suprimirse, tanto más cuanto que se ha sugerido la introducción en el artículo 1 de la idea de solución pacífica de las diferencias, lo que permitiría efectivamente resolver el problema sin tener que evocar el recurso o la prohibición del recurso al empleo de la fuerza.

44. Respecto de la controversia surgida a propósito del artículo 3 sobre el ejercicio discrecional u obligatorio de la protección diplomática, el orador juzga normal y lógico el mantenimiento de la idea de que la protección diplomática debe ejercerse de manera discrecional. Esa idea no solamente está en conformidad con la jurisprudencia tradicional y el derecho positivo sino que también corresponde, desde el punto de vista tanto jurídico como práctico, a la ficción inicial de que el Estado se sustituye a su nacional para entablar el procedimiento. En el plano jurídico, esa ficción hace de la protección diplomática un derecho del Estado y, en este caso, es el derecho del Estado lo que se discute. En ese sentido, la protección diplomática se convierte en un derecho subjetivo y no en una obligación. Desde el momento en que el Estado se sustituye a su nacional, ya no es ese nacional al que el derecho internacional o la jurisdicción internacional tienen en cuenta, sino el Estado, por lo que este último debe ejercer su derecho subjetivo. Por otra parte, si la protección diplomática se considera una obligación, ello equivaldría a crear un derecho a la protección diplomática, el cual se convertiría entonces en un derecho inherente a la persona humana, lo que rebasa el marco del tema. En otro sentido, en el plano práctico, el ejercicio de la protección diplomática tomada en su sentido clásico y tradicional implica un costo financiero para el Estado, incluso si el resultado del proceso es favorable y si se consigue la reparación. Pero al principio, el Estado incurre en gastos de procedimiento. Ahora bien, puede ser que no tenga medios de hacerlo y que, bien mirado, no entable por esa razón el procedimiento. Y nadie estaría autorizado a obligarlo a actuar. También es preciso contar con la apreciación del Estado de la oportunidad de entablar o no el procedimiento. Así pues, parece que la idea del ejercicio discrecional de la protección diplomática deba mantenerse, sin perjuicio de exponer en el comentario las razones de esa elección y precisar la noción de «ejercicio discrecional».

45. Por último, en cuanto al artículo 4, que plantea numerosas dificultades ya evocadas por otros miembros

de la Comisión, el orador también se declara favorable a su supresión.

46. El Sr. HAFNER se pregunta si, con ocasión de sus trabajos futuros, el Relator Especial no debería también tratar de la cuestión de los efectos jurídicos del ejercicio de la protección diplomática sobre el reconocimiento de un Estado o de un gobierno.

47. El Sr. PELLET se refiere a dos puntos importantes que ha planteado el Presidente y declara en primer lugar que le parece absolutamente evidente que el procedimiento normal del ejercicio de la protección diplomática son las negociaciones, pues todos los demás procedimientos, con inclusión ante todo de la acción judicial, tienen un carácter excepcional. En segundo lugar, en lo concerniente a la cuestión de si la protección diplomática se puede ejercer por los perjuicios sufridos a causa de un hecho lícito, señala que se ha planteado acertadamente, pero el ejemplo citado no es pertinente por referirse a hechos ilícitos. El problema es indudablemente complejo y debe plantearse no sólo en relación con el tema de la responsabilidad de los Estados sino también en unión de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales dimanantes de actividades que no están prohibidas por el derecho internacional.

48. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA interviene igualmente acerca de los dos aspectos de la intervención del Presidente que ha evocado el Sr. Pellet y está de acuerdo en primer lugar en que cuando se trata de los procedimientos del ejercicio de la protección diplomática, la acción judicial o arbitral es casi totalmente la excepción. Además, la práctica expuesta por el Sr. Economides (2619.ª sesión) muestra que la política y la diplomacia son realmente medios auxiliares de la protección diplomática. Por definición la diplomacia es el modo por excelencia del establecimiento de las relaciones entre los Estados, y la protección diplomática puede ventajosamente integrarse en la dinámica de las relaciones amistosas al mismo tiempo que permite economizar una acción judicial, con frecuencia costosa y compleja. En segundo lugar, por lo que se refiere a la cuestión del ejercicio de la protección diplomática en el marco de un comportamiento lícito, tal cuestión proviene directamente de la reflexión del Sr. Opertti Badan, según el cual la iniciación del procedimiento de protección diplomática no prejuzga la ilicitud del hecho que ha originado precisamente esa iniciación.

49. Por último, respecto de la cuestión que ha planteado el Presidente de si la protección diplomática no debería considerarse de alguna manera como un enésimo grado de jurisdicción, el orador la considera importante y esencial tanto en un plano teórico como práctico. En el plano teórico, remite a la cuestión de si existe una frontera entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional y, en caso afirmativo, a la cuestión de cuál es la llave que permite su franqueamiento. En el plano práctico, plantear ante un juez internacional, o un árbitro, una reclamación equivale a poner en funcionamiento el procedimiento del orden jurídico interno del Estado considerado: se trata de saber si todos los recursos internos han sido agotados, si el funcionamiento de la justicia ha sido normal, etc. Pero en ese caso se pasa del terreno de la justicia al del derecho privado de las partes.

50. El Sr. BROWNLIE considera que la cuestión que ha suscitado el Presidente acerca del ejercicio de la protección diplomática en caso de una actividad no ilícita por parte de un Estado no es especialmente pertinente. Por el contrario, el principio de la protección diplomática se aplica a su juicio con frecuencia en caso de un perjuicio potencial a un Estado, por ejemplo cuando se ha preparado un proyecto de ley que va a ser sometido a un parlamento y se van a adoptar medidas particulares que son susceptibles de causar un perjuicio a un Estado desde el punto de vista del derecho internacional. Además de los ejemplos relativos a la expropiación o la confiscación de bienes de extranjeros, es posible evocar el trato de las misiones diplomáticas, por ejemplo. En su redacción actual, el artículo 1 sólo concierne a los perjuicios efectivamente causados a los bienes personales de un nacional y no se aborda el caso del perjuicio potencial.

51. El Sr. LUKASHUK se refiere de nuevo a la cuestión de principio evocada por el Sr. Sreenivasa Rao (ibíd.), y abordada también por otros miembros, con objeto de saber si la protección diplomática puede ejercerse únicamente cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, es decir, si basta con que haya existido una transgresión del derecho nacional por un Estado para ejercerla. La mayoría de los expertos han estimado que según el derecho internacional clásico ello era suficiente, pero incluso en ese caso, en virtud de la regla del agotamiento de los recursos internos, era necesario que la transgresión alcanzase un determinado nivel de responsabilidades interestáticas definidas por las normas internacionales.

52. En la actualidad la situación es diferente. La violación de una ley nacional no es motivo suficiente para ejercer la protección diplomática. Un Estado tiene que haber violado una o varias normas internacionales que rijan los derechos de los extranjeros y su responsabilidad en esas violaciones debe ser manifiesta para que la protección diplomática esté justificada. El Sr. Gaja ha preguntado (ibíd.) lo que debe hacerse si un nacional extranjero es objeto de tortura o de un trato degradante. El orador considera que la regla del agotamiento de los recursos internos da respuesta a esa pregunta. En efecto, si se sabe de antemano que los derechos de los nacionales extranjeros no están verdaderamente garantizados por los recursos internos se puede entonces recurrir directamente a la protección diplomática. Si, por ejemplo, se retuviere como rehenes y se torturase a los pasajeros de un navío italiano o se los sometiese a un trato degradante, ¿qué tipo de medida el Sr. Gaja propondría a su gobierno?

53. La Comisión debe igualmente prever el caso de que un Estado, por razones particulares, como Sierra Leona en la actualidad, no pueda prestar protección diplomática a sus ciudadanos. ¿Qué Estado podría conceder esa protección a los nacionales de Sierra Leona?

54. El Sr. GOCO ha tomado nota de las reflexiones del Presidente acerca de la protección diplomática en tanto que ejercicio de un poder discrecional del Estado. Está de acuerdo en que, concretamente, cuando un derecho existe se puede ejercer o no ejercer. Lo que le inquieta es que cuando se habla del Estado se habla del gobierno, es decir de los que son responsables. Pero esos responsables pue-

den cambiar su política en determinadas circunstancias. Se está entonces en presencia de un acto del gobierno que no puede controlarse mediante los tribunales. El concepto de poder discrecional preocupa al orador en el sentido de que puede causar un perjuicio a un nacional de un Estado. Si se trata, por ejemplo, de un individuo declarado persona non grata que se encuentra en otro Estado, y contra el cual se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, la protección diplomática debería ejercerse con toda evidencia. Pero el Estado considerado tal vez no quiera ejercerla, por una u otra razón. En otros términos, el orador teme que ese poder discrecional dé lugar a abusos.

55. El orador vuelve a tomar el ejemplo dado por el Sr. Brownlie y manifiesta que cree acordarse de un proyecto de ley presentado en el Congreso de los Estados Unidos en el que se prevenían sanciones contra las compañías extranjeras instaladas en los Estados Unidos que tuviesen relaciones con países tales como Cuba, por ejemplo. Ese proyecto de ley constituía un perjuicio potencial para un país como el Canadá, que mantenía relaciones comerciales no sólo con los Estados Unidos sino también con Cuba y otros países. El orador comprende que se tome en cuenta el poder discrecional, pero con el fin de evitar abusos son necesarias normas que salvaguarden el ejercicio del derecho de protección diplomática.

56. El Sr. OPERTTI BADAN señala que según el párrafo 2 del artículo 1 «en circunstancias excepcionales contempladas en el artículo 8, la protección diplomática podrá otorgarse a no nacionales». Esas circunstancias excepcionales se prevén efectivamente en el artículo 8. Además, en el artículo 5 se define al Estado de la nacionalidad como «el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretenda proteger, por razón del lugar de nacimiento, de nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe». En ese contexto el orador pide a la Comisión que reflexione sobre la cuestión de la residencia habitual, noción que fundamenta el vínculo entre una persona y un Estado. En efecto, esa noción ha evolucionado mucho durante los últimos años, sobre todo en el marco de la protección de las personas y de su familia. El Relator Especial, en su próximo informe, podría examinar si es posible ampliar la protección diplomática a personas que tienen su residencia habitual en un Estado determinado.

57. El Sr. ECONOMIDES piensa como el Presidente que la protección diplomática es siempre una operación, un proceso exclusivamente pacífico. Esa idea debe destacarse netamente en los trabajos de la Comisión y tal vez conviniere incluirla en una disposición donde se indique expresamente que la protección diplomática es incompatible con el recurso al empleo de la fuerza.

58. Por otra parte, la respuesta a la cuestión de saber si la protección diplomática puede ejercerse a causa de un hecho ilícito no sólo según el derecho internacional sino también según el derecho interno, se encuentra en la práctica. En efecto, si existe una ilicitud en el plano interno, será primero recurriendo a los tribunales internos como habrá que solucionar la cuestión. Pero si una vez agotados los recursos internos subsistiese la ilicitud, existirá en la mayoría de los casos una coincidencia entre ilicitud interna e ilicitud internacional, sea bajo la forma de

negación de justicia, sea bajo la forma de una violación material de una norma de derecho. En caso de que persistiese alguna duda, un procedimiento de solución de las diferencias permitiría resolver la cuestión de si se trata de una violación del derecho interno o del derecho internacional. De todas maneras, la protección diplomática sólo se aplica en caso de violación del derecho internacional.

59. El Sr. GAJA se refiere a la pregunta que le ha hecho el Sr. Lukashuk y cita como otro ejemplo el caso de un proyecto de ley relativo a la expulsión de extranjeros por motivos discriminatorios. Si se considera que ese hecho es ilícito, el Estado de la nacionalidad de los extranjeros considerados podría hacer representaciones al Estado interesado antes incluso de que esos extranjeros sean expulsados. El Estado de la nacionalidad no puede decir que se ha cometido ya el hecho ilícito puesto que no se sabe si el proyecto de ley será aprobado o, incluso si fuera aprobado, podría no producirse la expulsión. No obstante, el Estado tiene derecho a velar porque se respete el derecho internacional respecto de sus nacionales. En los dos ejemplos citados, la tortura y la expulsión, no hay ningún recurso que agotar. En caso de que lo hubiera se plantearía entonces la difícil cuestión de la naturaleza de la norma del agotamiento de los recursos internos. Pero éste no es el momento de examinarla. Por lo que se refiere de nuevo al tipo de situación que ha evocado el Sr. Lukashuk, el Estado puede utilizar medios pacíficos para tratar de solucionar la diferencia.

60. El Sr. ADDO comparte la opinión del Sr. Pellet de que el medio normal de ejercer la protección diplomática es la negociación. Pero ello no es suficiente y los procedimientos judiciales también forman parte de ese ejercicio. En efecto, eso es lo que se deduce de la decisión de la CPJI relativa al asunto *Mavrommatis*. El punto de partida es siempre la negociación, pero cuando no se consigue ningún resultado es preciso emprender una acción contenciosa, procedimiento de arbitraje o procedimiento judicial, ante la CIJ.

61. En cuanto al caso de Sierra Leona, el orador observa que en los límites previstos por el derecho internacional un Estado puede ejercer la protección diplomática en la medida en que lo considere útil, pues es su propio derecho el que trata de afirmar. Sólo el Estado puede decidir si va a conceder o no su protección diplomática y la medida en que quiera hacerlo. Por esa razón, si actualmente el Gobierno de Sierra Leona no está en condiciones de ejercer su protección diplomática, ello no significa que en el futuro no pueda hacerlo.

62. El Sr. TOMKA dice que el debate ha puesto de manifiesto el riesgo de confundir conceptos que, a pesar de algunas similitudes, son diferentes en el plano jurídico. En efecto, si se tiene en cuenta el derecho consuetudinario, que debería ser el fundamento de los trabajos de la Comisión, la condición previa para ejercer la protección diplomática es que se haya alegado una violación del derecho internacional. Esa es la razón de que la situación relacionada con un proyecto de ley o con las medidas preventivas que adopte el Estado no entre en el campo de aplicación de la protección diplomática. En esas hipótesis, un Estado puede llamar la atención de otro Estado sobre la necesidad de respetar sus obligaciones, pero no puede invocar su responsabilidad ante una juris-

dicción internacional porque no ha habido violación alguna. Puede haber una diferencia entre esos dos Estados en cuanto a la interpretación de una convención internacional, pero eso no tiene nada que ver con la protección diplomática. La situación es igualmente diferente en caso de un perjuicio causado a un ciudadano extranjero por una actividad que no es ilícita. ¿Cuál sería en efecto el motivo de la diferencia entre ese extranjero y un Estado? El ciudadano extranjero no puede pretender que se ha violado el derecho internacional o el derecho interno. El Estado de la nacionalidad puede indudablemente ejercer presiones en su favor, pero no se trata de una protección diplomática. Esa protección se aplica cuando ha habido una violación del derecho internacional relativo al trato de los extranjeros o a los derechos humanos, y que el nacional perjudicado no ha podido obtener reparación después de haber agotado los recursos internos. En ese caso, el Estado de la nacionalidad puede trasladar la diferencia al plano internacional. Es preciso distinguir claramente entre esas situaciones diferentes para evitar cualquier peligro de confusión.

63. El Sr. Sreenivasa RAO felicita al Relator Especial por la calidad de su trabajo. En su próximo informe deberá sin embargo centrar su atención en las condiciones del ejercicio de la protección diplomática. En efecto, es preciso saber cuándo es legítima o ilegítima, en qué condiciones es legítima y a partir de qué momento se entra en el campo de la responsabilidad de los Estados. Las confusiones actuales se deben a la ausencia de directrices precisas de su parte. También la definición de la protección diplomática que figura en el artículo 1 plantea un problema, pues sólo está relacionada con la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, en sus informes futuros el Relator Especial debería proporcionar orientaciones a la Comisión en esas esferas.

64. El Sr. SIMMA piensa que sería preciso ir todavía más lejos. Antes de pedir al Relator Especial que formule respuestas netas a las cuestiones planteadas en cuanto a los límites o a las condiciones del ejercicio de la protección diplomática, sería necesario indicar con claridad lo que se entiende por protección diplomática. El orador comprueba que no existe consenso sobre ese punto.

65. El Sr. CANDIOTI constata que la Comisión no tiene efectivamente una idea precisa de lo que es la institución jurídica que intenta codificar. Por lo tanto es preciso en primer lugar definir estrictamente la protección diplomática en el plano del derecho internacional. La Comisión no debe incluir en la protección diplomática otros tipos de medidas diplomáticas que no tienen nada que ver con ella.

66. Además, como ha dicho el Sr. Hafner, es esencial comprender los efectos de la protección diplomática. El orador estima que la cuestión podría examinarse en un grupo de trabajo antes de elaborar normas escritas y por ello apoya la propuesta del Sr. Pellet de crear ese grupo de trabajo. La protección diplomática está bien definida en una serie de decisiones, en especial en la decisión de la CPJI relativa al asunto Mavrommatis, pero si se añaden otras nociones que no tienen nada que ver con ella, se corre el riesgo de abrir la caja de Pandora al confundir conceptos fundamentales diferentes. En ello reside el interés de crear ese grupo de trabajo para ayudar al Relator Especial a delimitar la esfera de la protección diplomática.

67. El Sr. OPERTTI BADAN apoya esa propuesta y sugiere que se establezca el grupo de trabajo en la próxima semana.

68. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que desea no sólo responder a la sugerencia del Sr. Operti Badan sino también resumir las observaciones que se han formulado respecto de los artículos 1 a 4 y ello con la mayor prontitud.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2621.ª SESIÓN

Martes 16 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación*)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

1. El PRESIDENTE saluda con una cordial bienvenida al Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico, e invita a la Comisión a seguir examinando el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4) y, concretamente, el artículo 40 bis.

2. El Sr. GAJA desea responder a la propuesta del Sr. Pellet (2616.ª sesión) de que las cuestiones que son actualmente objeto del artículo 40 bis se traten en la segunda parte bis, sobre la puesta en práctica de la responsabilidad de los Estados. En el párrafo 118 del infor-

* Reanudación de los trabajos de la 2616.ª sesión.

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

me se pone de manifiesto que el Relator Especial tiende a compartir esa opinión. El orador hace suya la idea de formular las disposiciones de la segunda parte de modo que definan las obligaciones del Estado infractor, pero cree que las obligaciones han de contraerse con alguien: bien con un Estado o más Estados o bien con otro sujeto de derecho internacional. De ahí surge la necesidad en el capítulo I de la segunda parte de enunciar una disposición como el presente artículo 40 bis, texto que, independientemente de su título, trata de determinar las categorías de los sujetos con los que se han contraído las obligaciones dimanantes de un hecho ilícito. En cambio, no es necesario precisar la posición jurídica del concepto omnes con respecto a las obligaciones derivadas de la comisión de una violación de una obligación erga omnes en forma de derechos, intereses legítimos o de cualquier otro modo.

3. Tal como interpreta la opinión mayoritaria en la Comisión, el proyecto de artículos debe versar únicamente sobre las relaciones establecidas entre Estados como consecuencia de un hecho ilícito. Si ello es así, cuando en el proyecto se dice que el Estado infractor ha contraído una obligación, ello implica necesariamente que la obligación se ha contraído con un Estado o con más Estados. Así, si se dice que un Estado que ha infringido una obligación erga omnes tiene la obligación de reparación, la obligación se ha contraído con todos los demás Estados, sean o no éstos los beneficiarios finales de la restitución, de la indemnización o de ambas.

4. Lo que ha dicho acerca de la necesidad de incluir en la segunda parte una referencia a los Estados con los que se ha contraído la obligación no quiere decir que no exista la necesidad de referirse a la invocación de la responsabilidad en la segunda parte bis, pero la cuestión de las reclamaciones concurrentes sobre una violación de una obligación erga omnes se podrá resolver cuando se examine más adelante la segunda parte bis.

5. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO encomia los esfuerzos desplegados por el Relator Especial para mejorar los textos ya aprobados en primera lectura, particularmente en relación con el artículo 40. La versión anterior tenía sus méritos, aunque, sin duda, era compleja y demasiado detallada. Algunas deficiencias de la redacción anterior se enumeran en el párrafo 96 del informe y, en términos generales, el orador comparte lo que allí se dice.

6. El artículo 40 bis plantea cuatro cuestiones: el significado de «Estado lesionado», la definición del interés legítimo en el desempeño de una obligación internacional, el derecho a exigir responsabilidad y el derecho del Estado con interés legítimo. Ninguna de las versiones propuestas trata de las cuatro cuestiones y el Comité de Redacción debería examinar este problema. Por ejemplo, en la propuesta del Relator Especial no se hace referencia al significado de «Estado lesionado», aunque aparentemente ello se hace en una propuesta presentada al Comité de Redacción. El proyecto debiera comprender un párrafo, preferentemente todo un artículo, que explicara con precisión el significado de dicho término. Muchos gobiernos han considerado importante esta disposición y esta referencia precisa contribuiría al equilibrio del texto y situaría al «Estado lesionado», al «Estado autor» y al «Estado con interés legítimo» en pie de igualdad.

7. El título del artículo no corresponde enteramente a su contenido. Por lo demás, la propuesta del Relator Especial relativa al párrafo 2 resuelve con mucho acierto la cuestión de hacer referencia a los Estados con un interés legítimo y a los Estados que no son considerados directamente lesionados y que, si bien no pueden exigir reparación, pueden reclamar el cese de la violación por otro Estado. En la propuesta del Sr. Pellet esta idea se recoge en forma más precisa y acertada cuando se remite al artículo 36 bis, relativo al deber continuado del Estado de cumplir la obligación y a la obligación de éste de cesar el hecho ilícito y de ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición.

8. En los apartados a y b del párrafo 1 y en los apartados a y b del párrafo 2 del proyecto de artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial se hace también referencia a las obligaciones precisas cuya violación constituye la base que permite al Estado lesionado exigir responsabilidad de otro Estado. Las dos categorías de obligaciones abarcan todas las obligaciones, incluso las derivadas de actos unilaterales y del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, el orador cree, como otros miembros, que sería más conveniente no detallar las obligaciones para no entrar en un debate complejo que complicaría la redacción del artículo.

9. No está muy seguro de que sea necesaria la inclusión del párrafo 3 propuesto por el Relator Especial y se opone en particular a que se haga referencia a los derechos que correspondan a una persona o «entidad distinta de un Estado», término que le parece excesivamente amplio y que abre una puerta a lo desconocido.

10. Todas las propuestas presentadas a la Comisión pueden pasar al Comité de Redacción, pero la Comisión debe decidir si se especifican las obligaciones y si se mantiene el párrafo 3 que, a juicio del orador, está de más en el proyecto. Por último, en aras de la claridad, el Comité de Redacción debe dividir el artículo 40 bis en cuatro disposiciones separadas.

11. El Sr. SIMMA dice que se debe recordar que, en su sentencia relativa al asunto Barcelona Traction, la CIJ tuvo únicamente presentes los derechos humanos fundamentales, aun cuando no se utilizaron estos términos precisos. Por consiguiente, es problemático afirmar que las obligaciones dimanantes de los derechos humanos son obligaciones erga omnes de carácter general. La categoría de obligaciones erga omnes se debe reservar para los derechos humanos fundamentales que dimanen del derecho internacional general y no meramente de un régimen contractual concreto, en el contexto del cual pueden considerarse como obligaciones erga omnes partes. Conviene tener en cuenta esta distinción cuando se trata del artículo 40 bis.

12. Los regímenes basados en tratados regionales imponen obligaciones en materia de derechos humanos de varios tipos, algunos de los cuales van más allá de aquellos de naturaleza fundamental en el sentido del asunto Barcelona Traction. En algunos casos el régimen general de la responsabilidad de los Estados se puede aplicar a las obligaciones estipuladas en dichos tratados, pero solamente de manera residual. Los derechos humanos enunciados en el Convenio europeo de derechos

humanos se interpretan con la mayor precisión después de analizar los arcanos más recónditos del derecho administrativo de los Estados miembros. Por ejemplo, Alemania ha llegado a la conclusión de que algunas sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base de las normas alemanas que reprimen las faltas están totalmente fuera de lugar, pues las cuestiones planteadas no tienen la envergadura necesaria para ser examinadas por un órgano de derechos humanos. La mera idea de considerar todas y cada una de las obligaciones derivadas del Convenio o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como una obligación erga omnes es sencillamente absurda y conduce a conclusiones insostenibles.

13. Las nociones de daño y perjuicio han de quedar al margen del proyecto. Un examen detenido de los comentarios anteriores indica que, si se incluye el daño como elemento constitutivo, el concepto habrá de ser ampliado de tal modo que dejará de tener sentido. Por consiguiente, el daño no debe figurar en la lista de los elementos de un hecho internacionalmente ilícito y del artículo 40 bis, que determina la exigencia de responsabilidad a los Estados, y se debe mencionar exclusivamente en la disposición relativa a la indemnización, donde una referencia de esta índole está enteramente apropiada.

14. Discrepa totalmente del Sr. Rodríguez Cedeño con relación al párrafo 3 del artículo 40 bis y considera que esta disposición es un lugar excelente para expresar sensibilidad en materia de derechos humanos. Se estipula en el párrafo que, independientemente de lo que se convenga con relación al cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos entre los Estados, el hecho de que los Estados tengan la facultad de reprimir las violaciones de las obligaciones en materia de derechos humanos no tiene efectos sobre los derechos que estén al alcance de otras entidades. Por supuesto, en el contexto de los derechos humanos, en estas entidades hay personas. El principio enunciado en el párrafo 3 reviste la mayor importancia para Alemania y para Austria en el debate en curso sobre indemnización por el trabajo forzoso. Según una afirmación en el plano jurídico, si las reparaciones se tratan a nivel de Estado a Estado, los particulares quedan totalmente excluidos. El orador no cree que este criterio esté justificado: de ahí deriva la necesidad de insertar una cláusula de salvaguardia a favor de los particulares en el contexto de los derechos humanos.

15. Ha explicado ya que su propuesta relativa a la redacción del artículo 40 bis ha sido motivada por la preocupación de poner el texto en armonía con el título y porque son negociables el apartado a y los incisos i) y ii) del apartado b del propuesto párrafo 1. Considera ahora que el apartado b se puede suprimir por entero, pues todos los casos que preveía guardan relación con las obligaciones con respecto a Estados individualmente, así como a toda la comunidad internacional, y que, por consiguiente, la cuestión queda regulada por el apartado a.

16. Según el inciso i) del apartado b del párrafo 1, una obligación erga omnes cuya violación afecte especialmente a un solo Estado es también una obligación con respecto a este Estado individualmente. Una obligación erga omnes se puede dividir en obligaciones contraídas

por un Estado con respecto a otros Estados individualmente; por ejemplo, Austria tiene con respecto a Liechtenstein la obligación de no ocuparlo militarmente. Lo mismo se puede decir del inciso ii) del apartado b: una obligación erga omnes cuyo incumplimiento afecte necesariamente al disfrute de sus derechos por un Estado o al cumplimiento de sus obligaciones se contrae al mismo tiempo con el Estado a título individual.

17. Si se suprime el apartado b en su totalidad, la analogía con la Convención de Viena de 1969, propuesta por el Relator Especial, se podrá situar en el comentario. El orador no está convencido de que la analogía exista, pues el párrafo 2 del artículo 60 de la Convención se puede criticar desde diversos puntos de vista y estas distinciones son confusas e innecesarias.

18. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) coincide con el Sr. Simma acerca de la necesidad de poner cuidado en no afirmar que todos los derechos humanos son necesariamente obligaciones erga omnes: es evidente que los derechos humanos objeto de acuerdos regionales e incluso algunas disposiciones de los tratados universales de derechos humanos no lo son. Una de las deficiencias de la versión anterior del artículo 40 era que en él se habían destacado en términos muy amplios los derechos humanos como una obligación de categoría especial. Tratar de limitarlos habría creado también problemas. La Comisión ha de ajustarse a la metodología básica. Si bien la distinción entre normas primarias y normas secundarias puede ser un tanto nebulosa, al redactar los artículos sobre la responsabilidad de los Estados la Comisión no hace declaraciones sobre el contenido de determinadas normas primarias. Ello es tan cierto en la esfera de los derechos humanos como en cualquier otra esfera. Los derechos humanos son una parte importante del derecho internacional y deben tener cabida en el proyecto de artículos, pero es igualmente importante que los artículos no se superpongan en la esfera de los derechos humanos sustantivos ni se parta de la base de que la normativa internacional general en materia de derechos humanos es esto o lo otro. Basta saber que existe y que es susceptible de producir ciertos efectos; todo lo demás corresponderá a la interpretación y aplicación de las normas primarias.

19. Por inferencia a partir de lo que antecede, coincide con el Sr. Simma acerca de la necesidad de incluir el párrafo 3, pero las obligaciones en materia de derechos humanos no son la única categoría que dicha disposición tiene por objeto garantizar. El párrafo 3 es una cláusula de salvaguardia, aunque no diga nada acerca del contenido o de la aplicación de las normas en él descritas. Es necesario, porque de otro modo habría una disparidad entre el contenido de la primera parte, que versa sobre todas las obligaciones de los Estados, y el contenido de la segunda parte, que, de conformidad con lo que el Sr. Gaja ha identificado como opinión mayoritaria, sólo se referirá a la exigencia de responsabilidad de un Estado por otro Estado. Como es posible que la responsabilidad de un Estado sea exigida por entidades distintas de los Estados, es necesario mencionar esta posibilidad en el proyecto. Saber si ello debe hacerse en un artículo separado o como parte del artículo 40 bis es una cuestión que se podrá examinar en el Comité de Redacción, pero el principio enunciado en el párrafo 3 es importante.

20. Desea defender su analogía con la Convención de Viena de 1969. No basta insertar, en forma de estipulación o por medio de comentario, la afirmación de que los Estados identificados en el párrafo 3 y en el párrafo 2 del artículo 60 son ellos mismos los beneficiarios de las obligaciones de que se trate. Quizá lo sean, pero, dígame otra vez, quizá no lo sean. La estructura del artículo 60 de la Convención hace posible distinguir entre tratados bilaterales y tratados multilaterales. Por analogía, la Comisión distingue entre obligaciones bilaterales y obligaciones multilaterales. En caso de violación de una obligación bilateral, el Estado perjudicado tiene derecho a exigir la obligación, y aquí terminó el asunto. Ahora bien, cuando un Estado es parte en un tratado u obligación multilateral, quizá no sea identificado como el Estado con el que se ha contraído la obligación, pero es razonable que tenga la posibilidad de exigir la obligación en las circunstancias definidas en el párrafo 2. Es también una analogía razonable afirmar que, si el Estado puede suspender unilateralmente la obligación, como lo puede hacer en virtud del artículo 60 de la Convención, ha de tener la posibilidad de exigir la obligación de cesación.

21. El derecho internacional ha de pronunciarse en favor de la conservación, y no la suspensión, de las obligaciones y sería incoherente afirmar que la única opción al alcance de un Estado confrontado con una violación grave de una obligación es suspender la obligación. Tal vez no vaya en interés de nadie que la obligación sea suspendida y sí vaya en interés de todos que la violación cese. Como mínimo, al tratar de la cesación y de la misma reparación, es razonable ampliar el alcance del proyecto de artículos de esta manera. Hay diferentes modos de hacerlo, aprovechando la fase de la redacción. Ahora bien, introducir sencillamente por la fuerza estas dos categorías en la categoría de las obligaciones bilaterales es artificial.

22. El Sr. PELLET dice que los comentarios del Sr. Simma ponen de manifiesto que es imposible disociar la protección diplomática de la responsabilidad de los Estados. No se puede argumentar que los dos proyectos no tengan relación; no sólo se trata del mismo problema sino que la protección diplomática no es sino la extensión de la responsabilidad de los Estados.

23. Le preocupa un tanto la interpretación que hace el Sr. Simma de la expresión «erga omnes», que fundamentalmente significa «con respecto a todos». No quiere decir «imperativo» o «fundamental». No ve por qué motivo la Comisión mutila un término con el pretexto de que está interpretando de cierta manera un pronunciamiento esotérico de la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*, en el que la Corte llegó a la conclusión de que, teniendo en cuenta la importancia de los derechos objeto de litigio, se podía considerar que todos los Estados tenían un interés legítimo en procurar que se salvaguardaran esos derechos. Ello quiere decir que el objeto en litigio es una obligación que crea un interés legítimo para todos los Estados, pero no quiere decir automáticamente que esté en juego una obligación fundamental. Puede que, en su enumeración, la Corte haya dado ejemplos de obligaciones fundamentales. Ahora bien, la idea de erga omnes no se puede reducir a la de tal obligación. Procede hacer varias distinciones.

24. Primero, hay obligaciones que, según la conclusión de la Corte, se contraen con toda la comunidad internacional. Estas obligaciones pueden referirse, por ejemplo, a los derechos humanos, a las cuestiones ambientales o a la prohibición del empleo de la fuerza: son obligaciones con respecto a todos. Puede ser tentador para Austria invadir Liechtenstein o para Alemania invadir Austria, pero la tentación no es un concepto jurídico, independientemente del estado de espíritu de Alemania o de Austria con respecto a un vecino determinado. No puede vislumbrar de qué modo esto puede ser un interés concreto. Los Estados, y cada Estado individualmente considerado, tienen hacia toda la comunidad internacional el deber de no emplear la fuerza; se trata de una obligación erga omnes, cuyo respeto concierne a toda la comunidad internacional. Estas obligaciones pueden ser fundamentales, entre ellas la de no emplear la fuerza, pero puede haber también obligaciones «menores», entre ellas las relativas a los derechos humanos, que son obligaciones contraídas por intermedio de un tratado y contraídas con todos los Estados partes por ejemplo, las obligaciones concretas erga omnes que el Relator Especial tiene presentes. Ahora bien, son obligaciones con respecto a todos o con respecto a toda la comunidad vinculada por la obligación.

25. Segundo, hay obligaciones que no se han contraído con respecto a toda la comunidad internacional, sino con respecto a cada uno de sus miembros, por ejemplo el derecho de paso inocente: la obligación contraída con cada Estado de la comunidad internacional de permitir que buques pasen por las aguas territoriales propias. No es una obligación contraída con toda la comunidad internacional, pero es sin embargo una obligación erga omnes porque se ha contraído con todos los Estados. El problema estriba en que algunas de estas obligaciones contraídas con toda la comunidad internacional son cogens, o sea imperativas, y que otras no lo son. Es una distinción muy importante. Ahora bien, es inaceptable, como ha hecho el Sr. Simma, equiparar las obligaciones cogens y las obligaciones erga omnes.

26. Otro problema conexo es el carácter de la violación. Un Estado puede violar una norma cogens, erga omnes sin cometer un crimen. Para citar un solo ejemplo, en el asunto *Selmouni* Francia fue condenada por tortura por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Parece indiscutible que la prohibición de la tortura es una norma imperativa del derecho internacional, tanto cogens como erga omnes. El acto de tortura por el que Francia fue condenada es diferente de una política sistemática de tortura: nadie pretendió que Francia practicara la tortura amplia y sistemáticamente como principio de gobierno. Esta diferencia ha de tener consecuencias en el derecho de la responsabilidad. Ahora entra en juego el concepto de crimen: si Francia empleara la tortura de forma sistemática, cometería lo que en el artículo 19 se denomina crimen. En el ejemplo citado, había violado una norma de jus cogens, erga omnes, pero no se trata de un crimen. Así, en algún momento, más probablemente en la segunda parte bis, la Comisión habrá de ocuparse no sólo de las obligaciones violadas, sino también del carácter de la violación. El orador tiene la impresión de que el Relator Especial coincide con él al respecto, aunque el Relator Especial rechace su vocabulario «criminológico». Es

menester decir claramente que las obligaciones con respecto a toda la comunidad internacional no son todas obligaciones erga omnes; que las obligaciones cogens no son idénticas a las obligaciones erga omnes, y que el carácter de la violación es importante en la esfera de la responsabilidad. Ahora bien, no corresponde a la Comisión formular una teoría general de las obligaciones internacionales en el contexto del proyecto de artículos; basta que evalúe las consecuencias de dicha teoría con relación a la responsabilidad.

27. El Sr. HAFNER, después de señalar que, según el Sr. Pellet, la obligación dimanante del paso inocente no se puede considerar como una obligación erga omnes, cita el ejemplo de un Estado que cierra un estrecho con sus buques de guerra o bien por un acto jurídico que se da a conocer luego. ¿Es ello la violación de una obligación erga omnes que confiere a cada Estado el derecho de reaccionar o es la violación de una obligación con respecto exclusivamente a los Estados vecinos o a los Estados que utilizan el estrecho?

28. El Sr. Sreenivasa RAO dice que la cuestión de los derechos humanos se plantea cada vez con mayor frecuencia. Si algunas obligaciones en materia de derechos humanos fundamentales se pueden considerar como obligaciones erga omnes, su violación podrá ser motivo de preocupación común y conferir locus standi a los Estados en general para exigir su observancia. Pregunta si las obligaciones en materia de derechos humanos imponen también a los Estados el deber de contribuir a su cumplimiento. Tal vez no conviene dejar enteramente la tarea a las autoridades interesadas, en particular cuando desean pero no pueden cumplir este deber. Es necesario celebrar un debate a fondo sobre los derechos humanos que vaya más allá de las consideraciones generales. Queda extremadamente reconocido al Sr. Simma y al Relator Especial por sus observaciones en relación con los derechos humanos.

29. El Sr. PELLET dice, en respuesta al Sr. Hafner, que el derecho de paso inocente es un derecho de todos y, por consiguiente, una obligación con respecto a todos, y no una obligación cogens. En la segunda parte bis las consecuencias concretas habrán de derivar de este doble carácter. El Estado al que se deniegue el paso, independientemente del hecho de que sea un Estado ribereño, tendrá en consecuencia un derecho de reparación por el perjuicio sufrido y los demás Estados miembros de la comunidad internacional podrán probablemente exigir la cesación. El orador espera con interés que el Relator Especial dé una respuesta a esta cuestión en la segunda parte bis. Por el momento, su propia respuesta es que la obligación es erga omnes pero no cogens.

30. El Sr. SIMMA opina que la palabra omnes sencillamente no recoge todas las implicaciones de las obligaciones multilaterales mencionadas en la bibliografía y en la jurisprudencia. Por consiguiente, no tiene mucha utilidad dar un alcance excesivo al significado de la palabra.

31. El Sr. IDRIS dice que la noción de Estado lesionado es la razón de ser del tema de la responsabilidad de los Estados. El asunto plantea cierto número de cuestiones. ¿Puede una violación erga omnes, por ejemplo, un acto de agresión, tener como resultado un perjuicio para todos

los demás Estados? En caso afirmativo, ¿tienen todos los demás Estados derecho a una reparación y en qué grado? ¿Cuál debe ser el carácter de la respuesta de todos los demás Estados a un hecho internacionalmente ilícito? ¿Debe ser una respuesta colectiva y, en caso afirmativo, cuáles son los intereses colectivos que se deben proteger? Además, ¿debe ser la pérdida o el daño material la base para definir el perjuicio sufrido y para solicitar resarcimiento, o bien debe un interés meramente jurídico o moral justificar una reclamación de reparación o indemnización por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito? ¿Debe hacerse una distinción entre los Estados que han sido directamente perjudicados por la violación de una obligación internacional y los que lo han sido indirectamente? ¿Debe considerarse la agresión como un crimen internacional?

32. El criterio del Relator Especial con respecto al artículo 40 difiere en dos aspectos del del antiguo Relator Especial Riphagen en su sexto informe³, pues éste adoptó la posición de que la versión anterior de la disposición no era adecuada para regular las situaciones en las que más de un Estado hubiera sido perjudicado por el mismo hecho ilícito y, además, porque transfirió el punto de interés máximo de la violación de obligaciones por el Estado infractor a los derechos del Estado lesionado.

33. Ello no obstante, el Relator Especial parece creer que el anterior artículo 40 se había centrado en el perjuicio y en las consecuencias en el plano bilateral más que en una relación multilateral en la que todos los Estados han sido perjudicados y tienen el derecho de actuar. Por este motivo, el orador ha expresado sus dudas de que el artículo 40 brinde una base apropiada para la codificación y la determinación gradual de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad de los Estados.

34. El artículo 40 bis es distinto, pues trata de diferenciar entre los Estados perjudicados reuniéndolos en grupos y sacando diferentes consecuencias jurídicas de las distintas obligaciones violadas, lo que va desde la cesación, comprendidas las seguridades y las garantías, hasta la restitución, la indemnización, la satisfacción y las contramedidas.

35. Con respecto al alcance del artículo 40 bis, considera valioso que se haga una distinción entre los Estados que han sido directamente lesionados por un hecho internacionalmente ilícito y los que meramente tienen un interés legítimo. Coincide también con la opinión de que únicamente los Estados cuyos derechos hayan sido directamente perjudicados por la violación deben tener derecho a solicitar resarcimientos apropiados, y de que los Estados que tengan un mero interés legítimo no deben solicitar una indemnización, aunque tengan derecho a solicitar otras medidas de reparación del hecho ilícito que constituya una violación de una obligación erga omnes, por ejemplo el crimen de agresión, graves violaciones de los derechos humanos o una destrucción ingente del medio ambiente o del patrimonio común de la humanidad. Las medidas de resarcimiento que convendrá aplicar podrán revestir la forma de cesación, restitución, satisfac-

³ Véanse el artículo 5 de la segunda parte del proyecto de artículos y su comentario [Anuario... 1985, vol. II (primera parte), págs. 5 a 9, doc. A/CN.4/389].

ción o contramedidas. Esta distinción tiene un antecedente sólido en el asunto Barcelona Traction, en el que la CIJ distinguió entre los derechos que se manifestaban en el contexto bilateral y un mero interés legítimo de toda la comunidad internacional, tema excelentemente tratado por el Relator Especial en el párrafo 97 de su informe.

36. Además, deberá haber daño material o una pérdida tangible para que el Estado perjudicado pueda formular una reclamación para exigir responsabilidad a un Estado. La mera infracción del interés legítimo de un Estado, sin que ello tenga como resultado un daño o pérdida material, no será motivo bastante para una reclamación automática de perjuicios o de indemnización.

37. El proyecto debe contener también una cláusula de salvaguardia a favor de los regímenes jurídicos concretos instaurados por un tratado o por un convenio en una esfera determinada, por ejemplo la del patrimonio común de la humanidad a la que se aplican los tratados sobre el espacio extraatmosférico, y las convenciones sobre el derecho del mar, respectivamente.

38. La referencia en el apartado b del párrafo 1 del artículo 40 bis a «un grupo de Estados, incluido ese Estado» complica más el asunto y pone en entredicho los mismos cimientos del derecho internacional. ¿Es la soberanía del Estado la base para exigir responsabilidad al Estado infractor o bien es la base el hecho de que el Estado forme parte de ese grupo? ¿De dónde surge el derecho? Espera con interés que el Relator Especial alumbrase con mayor claridad esta cuestión en el debate general. Se pueden plantear las mismas cuestiones con relación a la referencia en el párrafo 2 a toda la comunidad internacional. Es difícil ver de qué modo la norma sobre responsabilidad de los Estados se puede aplicar en la práctica a una descripción tan vaga y teórica del grupo perjudicado. La referencia tal vez tenga acomodo en una declaración política, pero es necesaria la prudencia cuando se trata de determinar la utilidad jurídica práctica de este concepto.

39. Retorna brevemente a la cuestión de la agresión y dice que su respuesta a la pregunta del Relator Especial es afirmativa. El párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas es diáfano.

40. En cuanto a la ubicación del proyecto de artículo, si se siente inclinación por diferenciar entre estos dos grupos de Estados lesionados, el artículo debe figurar en el capítulo sobre los principios generales.

41. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el Sr. Idris se ha referido varias veces a un «mero interés legítimo», expresión que puede dar origen a confusión. Por supuesto, en el caso de violación de una obligación contraída con toda la comunidad internacional, una entidad individual o un Estado podrá ser la víctima primaria, por ejemplo, de una agresión armada, pero se convendrá que en tal caso otros Estados tienen un interés de carácter jurídico. En este caso, se puede decir que en cierto sentido la situación de estos Estados es secundaria. Ahora bien, la categoría objeto del párrafo 2 de su artículo 40 bis y de las demás versiones presentadas no es en ningún sentido secundaria respecto de la categoría de las obligaciones bilaterales: es sencillamente diferente, del mismo modo que los sistemas jurídicos distinguen entre el dere-

cho de exigir responsabilidad en el marco del derecho privado y en el marco del derecho público. Los criterios de derecho público son por supuesto diferentes a causa del carácter de la materia tratada: no se trata sencillamente de derechos subjetivos, como ocurre en la esfera del derecho privado (por responsabilidad contractual o extracontractual o por delito). Por consiguiente, no es que una categoría sea superior a la otra; se trata sencillamente de que hay una distinción. La Comisión tiene bajo estudio un proyecto de artículos relacionado con toda la gama de las obligaciones internacionales, no meramente con el aspecto de la especialidad de las obligaciones internacionales que es análogo al del derecho privado en los sistemas jurídicos nacionales.

42. El Sr. LUKASHUK dice que el artículo 40 bis ocupa un lugar fundamental en el proyecto de artículos. Con la mundialización, los intereses de toda la comunidad internacional están adquiriendo una importancia cada vez mayor y uno de los principales objetivos del derecho internacional es defender los intereses de dicha comunidad. Este objetivo sólo se puede conseguir en el plano universal y ningún Estado ni grupo de Estados tienen derecho a considerarse por sí solo el representante de toda la comunidad internacional.

43. Para justificar su aserto, se refiere al debate en curso entre expertos políticos acerca de las cuestiones de la intervención en Kosovo y del unilateralismo. El Sr. Simma planteó el primer debate cuando publicó un artículo⁴ en el que demostró de manera convincente que las operaciones de la OTAN eran una violación del derecho internacional. Nada habría que decir si el Sr. Simma no hubiera ido más allá, al formular la conclusión de que una diferencia extremadamente tenue separaba la acción de la OTAN respecto de la legalidad. Puede verse que la misma tendencia existe en el debate sobre el unilateralismo, en el que los participantes han tratado de esclarecer las circunstancias en que se pueden autorizar actos unilaterales que de otro modo están prohibidos por el derecho internacional. En otras palabras, mientras la Comisión está examinando la responsabilidad por las consecuencias de actos no prohibidos por el derecho internacional, los unilateralistas han encontrado una manera de evitar la responsabilidad por actos prohibidos por el derecho internacional.

44. Con relación al artículo 40 bis, el Sr. Simma ha señalado con acierto que la Comisión habla de responsabilidad y no de las consecuencias de la violación, porque la responsabilidad es una consecuencia jurídica de la violación. El orador no ha tenido tiempo para familiarizarse adecuadamente con la nueva propuesta del Sr. Simma, pero tiene la impresión de que ésta es inferior a su proyecto inicial. Aunque el artículo se titula «Derecho de un Estado a exigir responsabilidad a otro Estado», el párrafo 1 se refiere por algún motivo al derecho de un Estado a exigir, no la responsabilidad de otro Estado, sino todas las consecuencias jurídicas de la responsabilidad de otro Estado. Parece, pues, que la responsabilidad tenga otras consecuencias jurídicas accesorias. A juicio del orador,

⁴ B. Simma, «NATO, the UN and the use of force: Legal aspects», *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), n.º 1, pág. 1.

habría bastado decir sencillamente que un Estado tiene derecho a exigir responsabilidad a otro Estado.

45. Sería también aconsejable examinar la posibilidad de incluir al final del apartado b del párrafo 1 propuesto por el Relator Especial una disposición en los términos siguientes: «iii) o bien cuando [la violación de la obligación] sea incompatible con el objeto y la finalidad de la obligación». Esta disposición deriva directamente del párrafo 3 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y haría posible abarcar las peores violaciones de una obligación, es decir, las que ponen en cuestión la misma posibilidad de la existencia continuada de la obligación.

46. Se desprende de la sentencia pronunciada en el asunto Barcelona Traction que, para presentar una reclamación relacionada con obligaciones bilaterales, un Estado ha de probar primero la existencia de su derecho a hacerlo; en cambio, en el caso de las obligaciones erga omnes todos los Estados tienen intereses legítimos en relación con la protección de estas obligaciones. A su modo de ver, la propuesta del Relator Especial se ajusta precisamente a estas exigencias, porque reproduce básicamente la decisión de la CIJ y porque representa lo mejor que se puede hacer teniendo en cuenta las circunstancias. Las dificultades con que tropieza la Comisión se explican en parte por el hecho de que esté examinando la comunidad internacional y las obligaciones contraídas con ella y, al mismo tiempo, se pase por alto en el proyecto a la comunidad internacional como tal. Esto sentado, la comunidad internacional es una auténtica entidad jurídica. Se establece en la Convención de Viena de 1969 que solamente la totalidad de la comunidad internacional crea normas imperativas. Además, los Estados incurren en responsabilidad con relación a la comunidad internacional en el caso de una violación del derecho internacional. Nadie lo discute. El problema crucial es saber cómo se pondrá en práctica esta responsabilidad. El Sr. Simma se ha referido con acierto a la imposibilidad de conseguir la voluntad unánime de los Estados. Ahora bien, de hecho esta voluntad unánime no es necesaria. En el curso de su labor de redacción de la Convención, la Comisión dejó claramente establecido que se entendería por toda la comunidad internacional de Estados una mayoría suficientemente representativa, en lugar de todos los Estados en el sentido literal, y esta decisión fue confirmada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados⁵. Es así posible conseguir el acuerdo de la comunidad internacional en el marco de las Naciones Unidas, de sus organismos especializados o de conferencias internacionales representativas.

47. Por consiguiente, la Comisión debe estudiar la conveniencia de incluir en el proyecto de artículos una disposición titulada «Responsabilidad del Estado con

⁵ Véanse Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), 80.ª sesión plenaria, pág. 471, párr. 12; e *ibíd.*, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.6), 19.ª sesión plenaria, pág. 97, párrs. 11 y 17.

respecto a la comunidad internacional», cuyo texto diría lo siguiente: «En caso de violación de una obligación erga omnes el Estado contrae responsabilidad con respecto a la comunidad internacional de Estados representada por los órganos y organizaciones internacionales de carácter universal». Una disposición de esta índole parece indispensable.

48. La propuesta de segunda parte bis presentada por el Sr. Pellet merece cuidadoso examen. Aun cuando se titula «Puesta en práctica de la responsabilidad de los Estados», el proyecto parece referirse, no a la puesta en práctica, sino al concepto de interés legítimo. La primera frase del párrafo 1 del artículo 40-1 repite básicamente la norma general en materia de responsabilidad enunciada ya en el capítulo I, sobre los principios generales. En el texto no se menciona expresamente la responsabilidad por la violación de una obligación bilateral, tal como de modo crucial e importante lo hace el texto propuesto por el Relator Especial.

49. Por último, no parece conveniente adoptar una decisión a la ligera, por así decir, de pasada, sobre el problema extremadamente controvertido de la comunidad internacional como «sujeto de derecho internacional» a que hace referencia el Sr. Pellet en su artículo 40-X. La Comisión adoptó una posición con respecto a esta cuestión en su 51.º período de sesiones, cuando examinó el proyecto de artículos sobre los actos unilaterales de los Estados⁶. El orador hará observaciones sobre la propuesta presentada por el Sr. Economides cuando haya tenido la oportunidad de estudiarla detalladamente.

50. El Sr. KAMTO dice que el artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial no parece corresponder enteramente a su título, pues se centra en la definición de Estado lesionado. Sería aconsejable enunciar una disposición al respecto, de conformidad con los deseos manifestados por los Estados en la Sexta Comisión, a fin de distinguir entre las diferentes categorías de obligación cuya violación pone en juego la responsabilidad internacional del Estado y tratar de la cuestión de la puesta en práctica en un artículo separado.

51. La Comisión debe examinar también si, con riesgo de complicar la tarea del Relator Especial, se debe reintroducir en el debate la noción de daño. Este concepto está actualmente establecido en el derecho interno y en el derecho internacional mejor que nociones mucho más vagas, entre ellas la de «Estado especialmente perjudicado». Además, el concepto parece indispensable si se ha de formular la distinción esencial entre un Estado que sufre un perjuicio directo, sobre la base del cual puede invocar el artículo 37 bis, y el Estado que, en el marco de las obligaciones erga omnes o en su calidad de miembro de la comunidad internacional, tiene meramente un interés legítimo en la cesación del hecho internacionalmente ilícito. El criterio adoptado por el Relator Especial hace posible formular esta distinción.

52. Es indispensable mantener el párrafo 3, en el artículo 40 bis o en otro lugar del proyecto, pues los Estados no sólo tienen responsabilidades con respecto a otros Estados, sino también con respecto a otras entidades.

⁶ Véase Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 586.

Considera que no plantea problema utilizar el término «entidad», que se ha utilizado ya en diversos convenios internacionales, entre ellos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

53. Sobre la cuestión del nexo entre el concepto de obligaciones erga omnes y los derechos humanos, el orador abriga grandes dudas acerca de la conveniencia de formular una distinción entre los derechos humanos fundamentales y otros derechos humanos. Una distinción de esta clase sería también muy difícil de poner en práctica y se contrapondría con la tendencia actual de adoptar un criterio global en materia de derechos humanos. Tratar de elaborar esta distinción plantearía cuestiones delicadas: ¿Es posible establecer un rango entre los derechos humanos? ¿No se considerará como derecho fundamental un derecho enunciado en un instrumento regional o según la costumbre si no figura también en un instrumento universal de derechos humanos? Algunos derechos que fueron reconocidos un día como derechos humanos fundamentales se enunciaron por primera vez en instrumentos regionales antes de figurar en instrumentos universales.

54. Puede tener alguna utilidad práctica la sugerencia del Relator Especial de que se deje de lado la cuestión de la resolución de las controversias, porque ello tal vez dé a la Comisión la posibilidad de terminar su labor sobre la responsabilidad de los Estados dentro del plazo establecido para su mandato actual. Ahora bien, se trata de una cuestión crucial, de una cuestión que se habrá de examinar en el debate sobre la responsabilidad de los Estados. Desde la opinión consultiva capital adoptada por la CPJI en el asunto Carélie oriental, la cuestión de la resolución de las controversias se ha considerado exclusivamente como un asunto reservado a los Estados, pero se observa en el derecho internacional una tendencia a considerar cada instrumento multilateral como una especie de subsistema jurídico, con un sistema propio de resolución de controversias. Ahora bien, la inclusión de estos procedimientos en instrumentos concretos no implica que se establezca un procedimiento general de resolución de controversias para todos los demás instrumentos. Recientemente, en varios instrumentos universales importantes se ha instituido un procedimiento de esta clase; por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar contiene un procedimiento muy flexible que no impide que los Estados resuelvan sus controversias a través de las vías diplomáticas o políticas tradicionales, pero que sí establece el principio de la resolución judicial si todo lo demás fracasa. Independientemente de la forma definitiva del proyecto, la cuestión que se plantea es saber si se debe permitir que un Estado haga imposible toda una solución judicial si no está en condiciones de resolver una controversia con otro Estado. Aun cuando no sugiere que las disposiciones de la Convención se puedan aplicar al proyecto presente, el orador es partidario de una disposición que haga posible la resolución de una controversia por un tercero imparcial si la diferencia no puede ser zanjada por otros medios.

55. El Sr. LUKASHUK comprende por qué el Sr. Kamto preconiza una posición especial para el Estado lesionado. En un caso, sufren los intereses del Estado; en cambio, en el otro, se causa una lesión. Los intereses resultan perjudicados en ambos casos, pero lo que importa es identificar el carácter específico de los intereses que han causado el daño material.

56. No es partidario de dar cabida a una disposición sobre la resolución de controversias en el proyecto de artículos. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ha instituido un procedimiento propio para la resolución de controversias al igual que ha creado su propio régimen jurídico, pero la Comisión tiene una tarea muy distinta, a saber, codificar las disposiciones generales sobre la responsabilidad de los Estados. Codificar las normas en materia de resolución de controversias sería una labor hercúlea, una labor cuya realización llevaría años y que haría imposible que la Comisión aprobara el proyecto de artículos dentro de un porvenir previsible. Existen ya obstáculos sustanciales que se oponen a la aprobación del proyecto de artículos por la Asamblea General.

57. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la resolución de controversias es una cuestión separada, una cuestión que puede demorar el avance del proyecto. Según la opinión mayoritaria en la Comisión, tal como él la deduce del debate del año anterior, no hay ninguna relación fundamental entre las contramedidas y la resolución de controversias; la labor relacionada con las contramedidas ha avanzado a partir de esta base. Además, si el proyecto de artículos no ha de revestir la forma de convenio, las disposiciones para la resolución de controversias quedarían fuera de lugar. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que instituye un régimen muy complejo para la solución de diferencias, versa sobre una modalidad especial de comportamiento; en cambio, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados es de índole muy general y trata de todas las obligaciones de los Estados. Por consiguiente, incluso las disposiciones residuales sobre la resolución de controversias que se refieren al proyecto de artículos establecerán un régimen residual con respecto a todas las obligaciones de los Estados. La introducción de un régimen de esta clase no es necesaria para el éxito del proyecto de artículos y, en realidad, podría provocar su fracaso.

58. Aun cuando sea decepcionante que el proyecto no revista la forma de convenio, en el presente clima internacional esta opción puede no responder a la realidad. Por consiguiente, no se planteará la cuestión de incluir disposiciones sobre la resolución de controversias. En todo caso, incluso si los artículos tuvieran la forma de convenio, la inclusión de dichas disposiciones hundiría el texto en su conjunto. Aprobar procedimientos para la solución de controversias en el contexto de la OMC o de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar tiene un resultado cierto, pero el resultado será totalmente distinto si ello se hace en el plano mundial. Si bien el debate que se celebrará en la Sexta Comisión en el curso del año tal vez esclarezca con una nueva luz las actitudes de los Estados, es evidente que los Estados ven con renuencia la posibilidad de aprobar nuevos convenios de alcance general. Además, el proyecto de artículos tal vez se materialice en un producto mejor y más coherente si se puede aprobar sin una renegociación global en una conferencia diplomática.

59. El Sr. GOCO dice que el interés por el artículo no quedará para siempre circunscrito a los estudiosos de derecho internacional y que podría ser útil abordar la cuestión desde el punto de vista de un posible usuario, por ejemplo el de un abogado que represente a un Estado lesionado ante la CIJ o cualquier otra jurisdicción. Si

fuera ese abogado, el orador preferiría referirse a un artículo sencillo que, para empezar, aclarara el significado de «Estado lesionado». Su argumentación sería que su cliente, el Estado, había sido lesionado a causa de la violación de una obligación y que esta obligación se había contraído con su cliente. Pondría de relieve que existía un interés legítimo por parte del Estado infractor en virtud de un instrumento en el que ese Estado era parte. Las cosas se complicarían cuando se tratara de obligaciones erga omnes con respecto a la comunidad internacional, pero su principal preocupación como abogado sería conseguir que se expusiera adecuadamente ante el tribunal la argumentación de un Estado parte que hubiera violado una obligación con un perjuicio especial para su cliente, así como demostrar que el Estado infractor tenía un interés legítimo en el cumplimiento de esta obligación internacional.

60. Le preocupa que, por ejemplo, en el caso de un tratado multilateral, sea necesario demandar a los demás Estados cuyos derechos sean perjudicados. Ahora bien, aun cuando en una ocasión precedente manifestó dudas acerca de la versión original del artículo 40 tal como habían expuesto algunos miembros de la Sexta Comisión, el orador reconoce que el nuevo artículo, el 40 bis, es una mejora.

61. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que comparte las preocupaciones del Sr. Kamto acerca de la tentativa de hacer una distinción entre los aspectos formales y los aspectos «consuetudinarios» de la «unidad de normas» que rigen la categoría indudablemente compleja de los derechos humanos. No es partidario de hacer una distinción entre los derechos humanos fundamentales y los no fundamentales, pues sería extremadamente difícil aplicar esta distinción en la práctica. Desde un punto de vista jurídico, mantener un criterio homogéneo es más útil que definir a una persona como un elemento central en algunos aspectos y periférico en otro. Es el conjunto entero de problemas, necesidades y anhelos de los hombres lo que da sustancia al concepto de derechos humanos y todo lo que se haga para darles una forma jurídica contribuye a la unidad del régimen de los derechos humanos. Por consiguiente, no puede dar su apoyo a ninguna discriminación entre derechos humanos fundamentales y otros derechos humanos.

62. Con relación al artículo 40 bis, la cuestión es saber si la expresión «Estado lesionado» se presta a una definición uniforme y, de preferencia, a una definición que brinde un concepto homogéneo. Se han examinado diversas clases de obligaciones: obligaciones bilaterales, multilaterales y erga omnes, así como las basadas en la costumbre, pero la forma en que se establezcan no es de por sí decisiva. La razón de que sea importante formular un concepto homogéneo de Estado lesionado es que se ha de establecer de algún modo una valoración de la lesión. El daño sufrido como resultado de la violación de una obligación es lo que hace que una lesión se pueda valorar. ¿Hay una norma distinta del perjuicio o daño que haga posible una apreciación precisa de una reclamación o de una demanda de cesación del hecho ilícito? La violación de la obligación, independientemente de la circunstancia de que sea una obligación bilateral o una obligación de cualquier otra especie, es lo que constituye

el hecho ilícito. Al pedir la cesación del hecho ilícito o una reparación, es indispensable presentar una cantidad mínima de elementos concretos. Por muy grandes que sean los intereses en juego, una reclamación que carezca de estos elementos no será recibida —por un juez, un árbitro o un grupo de Estados— del mismo modo que una reclamación que suministre pruebas de las consecuencias de la violación de una obligación concreta.

63. Comparte la opinión del Sr. Kamto según la cual es necesario hacer figurar una disposición sobre mínimos en la resolución de controversias. El orador ha mantenido esta opinión durante algún tiempo y cree que está en armonía con la tendencia actual hacia la integración del sistema jurídico internacional. Una declaración de los principios y normas generales que establecería un marco general del derecho sobre la responsabilidad, lo que no afectaría al funcionamiento del orden jurídico internacional desde el punto de vista de los mecanismos jurisdiccionales, ha quedado en apariencia relegada a un lugar extremadamente secundario. En vez de elaborar un derecho en materia de responsabilidad que guarde una relación marginal con los mecanismos que constituyen el sistema jurídico internacional, la Comisión debe adoptar un criterio mucho más integracionista a fin de conseguir el mayor rendimiento posible de los resultados de la labor del Relator Especial.

64. En relación con la cuestión de la inclusión o no inclusión del concepto de daño, el Sr. Pellet se guía por la necesidad de proponer una norma objetiva y tiene conciencia a la vez de la necesidad de mantener el concepto de hecho internacionalmente ilícito. Es vivamente partidario de la propuesta del Sr. Pellet, en el entendimiento de que podrá ser redactada de nuevo, pues entre los reclamantes figurarán algunos que están directamente perjudicados y una gama de otros que están perjudicados menos directamente. Dar cabida al concepto de daño podrá hacer posible determinar toda la gama de reclamantes y podrá permitir que la aplicación se estructure en forma de «distribución de recompensas» o sencillamente para dar satisfacción a todas las partes.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2622.^a SESIÓN

Miércoles 17 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivouna, Sr. Pellet,

Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar el examen del artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados en su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. KATEKA recuerda que el Sr. Lukashuk ha indicado (2621.ª sesión) que el examen de la cuestión de la solución de las controversias podría llevar años y que el propio Relator Especial duda que pueda adoptarse una convención sobre esa cuestión en la medida en que un gran número de Estados no aceptaría sus disposiciones. Cabe señalar que en la Sexta Comisión muchos gobiernos no han ni siquiera evocado esta cuestión, y el orador pregunta si se debe explicar esa actitud por el hecho de que no le conceden importancia o bien porque les plantea problemas particulares. La CDI tal vez debiera reflexionar sobre la cuestión, por ejemplo en el marco del Grupo de Planificación.

3. El Relator Especial también ha indicado que la forma del instrumento adoptado permitiría determinar si es precisa la inclusión de disposiciones relativas a la solución obligatoria de las controversias. Ese debate en pequeña escala ha dejado al orador algo perplejo. En efecto, tenía la idea de que las cuestiones relativas a la forma del instrumento y a la solución de las controversias no estaban todavía resueltas. Además, cuando la Comisión examinó esos puntos el año anterior, estimó que la solución de las controversias formaba parte de las cuestiones que debían aclararse. Sin embargo, la omisión en el texto propuesto por el Relator Especial de las disposiciones que figuraban en el apartado b del párrafo 2 del artículo 40 aprobado en primera lectura parece confirmar la tendencia a la exclusión de cualquier referencia a la solución de controversias. Si la Comisión excluye todas las disposiciones de esa naturaleza del proyecto de artículos, habrá aprobado simplemente un instrumento sin carácter coercitivo. Se podrá decir que el quinquenio en curso se ha caracterizado por la adopción de reglas de derecho flexibles, como parece confirmarlo el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, que ha tomado la forma de una declaración³. Lo mismo parece que

ocurrirá con el proyecto de artículos sobre los actos unilaterales de los Estados y tal vez también con el proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas). Tal situación reforzaría la posición de quienes consideran que la Comisión ha agotado los temas que se pueden codificar. Sin embargo, sería deplorable que después de cuatro decenios de trabajo, la Comisión adopte un instrumento no coercitivo sobre la responsabilidad de los Estados. Si ese fuese el caso podría decirse con razón que ha sido el parto de los montes. El orador piensa también en las observaciones del Sr. Sreenivasa Rao (ibíd.) sobre las obligaciones erga omnes y los derechos humanos y en el hecho de que cuestiones que preocupan a la gran mayoría del género humano se dejan arbitrariamente de lado por juzgarlas insignificantes, mientras que otras, que sólo interesan a algunos grupos de países, siguen ocupando el primer lugar. A ese respecto, el Sr. Kamto se ha preguntado (ibíd.) cómo se podrían determinar los derechos humanos fundamentales y si la cuestión del derecho al desarrollo, por ejemplo, tendría cabida en este debate. El orador espera que la Comisión tenga aún ocasión de debatir con profundidad la cuestión de la solución de las controversias, como el Relator Especial lo había además propuesto en su programa de trabajo para el quinquenio en curso.

4. El Sr. LUKASHUK dice que las ideas expuestas por el Sr. Kamto y el Sr. Kateka merecen toda la atención de la Comisión. A su juicio existe una solución para resolver el problema planteado: hacer de la cuestión de la solución pacífica de las controversias un tema para una codificación futura. Lo esencial a su parecer es no vincular de manera rígida los medios de solución pacífica de las controversias con la cuestión de la responsabilidad, pues ello impediría la adopción de un instrumento sobre la responsabilidad de los Estados en un futuro próximo.

5. Por otra parte, el orador recuerda que la expresión «solución pacífica de las controversias» es ambigua. Esa expresión se ha heredado de una época lejana del derecho internacional en la que existían dos tipos de medios lícitos para solucionar las controversias, los medios pacíficos y los medios militares. Hoy día la situación es radicalmente diferente porque sólo los medios pacíficos son lícitos. Así pues, sería preferible hablar simplemente de «solución de las controversias».

6. El Sr. DUGARD felicita al Relator Especial por su trabajo. Hace suyas las críticas expresadas respecto del fondo y de la forma del artículo 40 que se ha aprobado en primera lectura. Ese artículo es demasiado largo y se presta a confusión. Constituye un elemento esencial del proyecto de artículos, pero no es bastante claro en su versión actual. No obstante el artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial soluciona bastantes de los problemas planteados. El orador tiene un interés particular en el artículo 40 bis porque tiene alguna relación con su propio trabajo sobre la protección diplomática. Se pregunta si un Estado puede proteger a un no nacional afectado por la violación de una norma de jus cogens cuando su Estado de nacionalidad no puede o no quiere protegerlo. Es esencial distinguir aquí la violación de una norma de jus cogens de la violación de un derecho humano. La CIJ es

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

³ Véase Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párrs. 44 y 47.

a ese respecto muy clara, porque indica en su decisión en el asunto *Barcelona Traction* que: «Por lo que se refiere más particularmente a los derechos humanos, a los que la presente decisión ya ha hecho alusión en el párrafo 34, debe señalarse que esos derechos entrañan también una protección contra la denegación de justicia. Sin embargo, en el plano universal, los instrumentos que consagran los derechos humanos no reconocen la competencia de los Estados de proteger a las víctimas de violaciones de esos derechos con independencia de su nacionalidad» [véase pág. 47, párr. 91]. Así pues, la Corte ha establecido una distinción neta entre la violación de un derecho humano que no tenga el carácter de *jus cogens* y la violación de una norma de *jus cogens*.

7. A pesar de que ha redactado un proyecto de artículo sobre esta cuestión, el orador sólo prevé integrarlo en su informe cuando se haya decidido el destino del artículo 40 bis. A su juicio, el párrafo 2 del artículo 40 bis da respuesta a la cuestión que se plantea. Sin embargo, la redacción de ese párrafo no le parece satisfactoria. Así, la expresión «en la que sea parte» no le parece necesaria. De todas maneras, el punto de partida es la hipótesis de que el interés protegido de que se trata reenvía a las obligaciones del derecho internacional consuetudinario, tales como la prohibición de la tortura o de la discriminación, por ejemplo. En otros términos, el orador se pregunta si, cuando un Estado A ha torturado a un nacional de un Estado B y que este último no ha reaccionado, podría un Estado C intervenir en nombre del nacional del Estado B, porque este último sería entonces una víctima secundaria, como se indica en el párrafo 109 del informe. Si el Estado C tiene interés en intervenir, en virtud del párrafo 2 del artículo 40 bis, es posible pensar con fundamento que puede tomar las medidas previstas en los párrafos 110 y 113 del informe, es decir, expresar una protesta o exigir la cesación o la restitución. Por otra parte, si el Estado C no puede pedir una reparación por su propia cuenta, puede por el contrario hacerlo en nombre del Estado lesionado o del individuo lesionado.

8. Esta cuestión pone en evidencia las conmociones acaecidas en el orden jurídico internacional en los últimos 30 años, conmociones que afectan al conjunto de la doctrina sobre la cuestión de la protección diplomática. El hecho de aceptar que los Estados puedan intervenir para proteger a personas que no son nacionales no carece de incidencia sobre las reglas aplicables a la protección diplomática y a las modalidades de su ejercicio. Ello plantea, por ejemplo, espinosos problemas en lo referente al agotamiento de los recursos internos. Las orientaciones que el Relator Especial facilita sobre esa cuestión permitirán al orador delimitar la esfera de su propio trabajo sobre la protección diplomática.

9. El Sr. ECONOMIDES presenta su propuesta acerca del artículo 40 bis [ILC(LII)/WG/SR/CRD.3] e indica que en ella ha tenido en cuenta la distinción entre el Estado lesionado por una parte y el Estado que tenga un interés jurídico por la otra, tanto en el título como en el contenido del artículo. A su juicio, conviene definir esas dos nociones antes de abordar la cuestión del establecimiento de la responsabilidad internacional. Por otra parte, la lista propuesta de casos en que se lesiona a un Estado es puramente indicativa y no limitativa. En efecto, puede ser difícil prever de antemano todos los casos

en los que un Estado sufre una lesión por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. La práctica internacional es muy variable en la materia, por lo que es prudente establecer una lista indicativa añadiendo la expresión «en particular».

10. La disposición contenida en el apartado a del párrafo 1 se refiere esencialmente a las obligaciones bilaterales y figura también en todas las demás propuestas. Por el contrario, el apartado b es el elemento fundamental del texto propuesto por precisar que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede lesionar «a todos los Estados si la obligación violada es esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional». Es la definición que figura en el artículo 19 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura. Es impensable para el orador que se quiera tratar como iguales cosas profundamente desiguales, a saber, de una parte, una regla de *jus cogens* que prohíbe un crimen internacional, tal como el genocidio o la agresión, y de otra parte una infracción a una simple obligación multilateral, consuetudinaria o convencional, tal como la inviolabilidad de la valija diplomática. En el primer caso, se trata de una agresión a un interés esencial, incluso vital para la comunidad internacional, que afecta al orden público internacional, mientras que en el segundo caso sólo se trata de una violación de una regla multilateral normativa, aun en el caso de que sea importante. El orador estima que si se quiere elaborar una verdadera estrategia disuasiva contra los crímenes internacionales es necesario adoptar disposiciones como las que figuran en su propuesta. Por otra parte, todas las consecuencias de la responsabilidad internacional, con la excepción tal vez de la indemnización, deben aplicarse a todos los Estados en caso de crimen internacional y, en particular, el principio de la restitución bajo la forma de la vuelta al *statu quo*. Por ejemplo en caso de agresión será necesario restablecer la situación que existía antes de la comisión del crimen internacional. A ese respecto, las obligaciones previstas en el artículo 53 del proyecto aprobado en primera lectura tendrían una explicación mucho mejor si se aplicase la noción de Estado lesionado a todos los Estados de la comunidad internacional en caso de crimen.

11. El apartado c no requiere un comentario particular, en la medida en que está en conformidad con las soluciones adoptadas en todas las propuestas. Esa disposición abarca las obligaciones multilaterales, con inclusión de las que tienen un carácter *erga omnes*.

12. En cuanto al párrafo 2, su objeto es precisar más cuáles son los Estados que tienen un interés jurídico en exigir la cesación, en el sentido más amplio del término, de la violación de una obligación *erga omnes* o de una obligación multilateral. Esos Estados son precisamente los que son parte en esas obligaciones, pero no han sido directamente lesionados por la violación.

13. El Sr. GOCO considera interesante la propuesta del Sr. Economides pero también ha tomado nota de que los gobiernos han declarado que su deseo es que exista un vínculo suficiente entre la violación y el Estado para que la responsabilidad de éste pueda invocarse en virtud del derecho internacional consuetudinario.

14. Cuando un Estado viola una obligación, ello implica al parecer que el Estado lesionado es especialmente perjudicado por esa violación, que menoscaba el disfrute de sus derechos tanto si la obligación transgredida es bilateral como multilateral. No parece por lo tanto necesario consignarlo expresamente. Es natural que el Estado lesionado tenga un interés particular en que el otro Estado respete la obligación considerada. En resumen, el orador se pregunta si es preciso establecer una distinción a partir del momento en que se admite que se ha violado una obligación y que el Estado lesionado es el que resulta perjudicado por esa violación.

15. El Sr. HAFNER dice que el debate sobre la responsabilidad de los Estados ha llegado a un punto crucial porque concierne a la vez al derecho internacional y a la política internacional. Le inquieta mucho la expresión erga omnes, porque no comprende muy bien lo que quiere decir. Los autores tienen opiniones muy diversas sobre la cuestión y las definiciones que dan de las obligaciones erga omnes también son muy distintas. Por ejemplo, algunos consideran que se trata de normas destinadas a proteger un conjunto de valores comunes de la comunidad internacional. Otro piensan que son normas cuya transgresión lesiona a todos los Estados. Para determinados autores esas normas son idénticas a las normas de jus cogens, mientras que para otros son asimilables a las normas que tipifican los crímenes internacionales, tanto si se trata de crímenes de Estado como de crímenes que entrañan la responsabilidad individual. Por último, otros califican de obligaciones erga omnes las obligaciones cuya violación no es imputable a este o aquel Estado en particular. En ese caso, ningún Estado podría invocar la responsabilidad, lo que es sorprendente si se considera la decisión de la CIJ relativa al asunto Barcelona Traction. Para escapar a la calificación de *lex imperfecta* la doctrina explica que todo Estado puede invocar la responsabilidad. Si por obligación erga omnes debe comprenderse la obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto, el orador se pregunta si la ausencia de imputabilidad del daño justifica esa calificación.

16. Por otra parte, el orador quisiera saber el sentido que debe darse a la expresión «comunidad internacional en su conjunto» y si es preciso incluir en ella en todos los casos, y para todos los tipos de obligaciones, por ejemplo, los individuos y las organizaciones no gubernamentales. A ese respecto se ha evocado el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, pero en ese artículo sólo se menciona la «comunidad internacional de Estados». Ahora bien, según el orador existe una diferencia indudable entre la «comunidad internacional de Estados» y la «comunidad internacional en su conjunto». En la propuesta del Sr. Gaja [ILC(LII)/WG/SR/CRD.4] figura esa distinción, que es necesario conservar con toda evidencia. Incluso cuando la CIJ se refiere a las obligaciones erga omnes incluye diferentes tipos de obligaciones en la misma categoría.

17. En el marco del artículo 40 bis, la Comisión debe precisar a qué género de obligaciones erga omnes se refiere: si se trata de todas las obligaciones erga omnes o solamente de algunas de ellas.

18. La Comisión podría indudablemente decir que no tiene por qué preocuparse de ello puesto que la cuestión

de si una obligación es o no una obligación erga omnes está determinada por las reglas primarias o, más exactamente, por las reglas secundarias que definen la naturaleza de las reglas primarias. Sin embargo, ese enfoque no permite resolver el problema y plantea, por el contrario, más cuestiones de las que resuelve. De todas maneras, es necesaria una clasificación pues los Estados podrían pedir a la Comisión que justificase el trato diferente concedido a esas obligaciones. El orador recuerda a ese respecto que cuando el representante de Malta propuso, el 1.º de noviembre de 1967, aplicar a los fondos marinos internacionales el principio del patrimonio común de la humanidad, nadie sabía en aquel momento de qué se trataba y han sido necesarios 15 años de negociación para definir esa noción⁴. La Comisión debería evitar tales peripecias.

19. Otro medio de definir esta noción sería recurrir al método sumarial utilizado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 para definir las normas de jus cogens. En consecuencia se impondría a la comunidad de los Estados la tarea de definir las obligaciones erga omnes. Esa manera de proceder simplificaría tal vez las cosas, pero no permitiría a pesar de todo saber lo que son esas obligaciones. Ahora bien, es más importante definir las obligaciones erga omnes que las normas de jus cogens. Por lo tanto sería necesario definir determinadas características jurídicas comunes que permitan distinguir esas obligaciones de las demás. La cuestión consistiría entonces simplemente en saber si esas características son los elementos constitutivos de las obligaciones erga omnes o una consecuencia de la creación de esa categoría particular de obligaciones.

20. En el proyecto de artículo 40 bis que presenta el Relator Especial se distingue entre las obligaciones erga omnes, las obligaciones erga omnes partes y las obligaciones destinadas a proteger los intereses colectivos de un grupo de Estados (apartado a del párrafo 2, apartado b del párrafo 1 y apartado b del párrafo 2, respectivamente). Aun cuando ello se debe a la voluntad de lograr la claridad, el orador se pregunta si esa enumeración abarca verdaderamente todos los casos posibles, pues la tarea en realidad es infinita.

21. Así, en caso de violación del derecho del mar, todos los Estados, con inclusión de los Estados sin litoral, ¿tendrían el derecho de invocar la responsabilidad internacional en la forma prevista en el proyecto o sería necesario distinguir entre los Estados sin litoral que son partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y los que no lo son y por lo tanto no tendrían capacidad para intervenir? Además, la obligación de proteger y preservar el medio marino enunciado en el artículo 192 de la Convención ¿debería considerarse una obligación erga omnes? Se trata de una cuestión que debe precisarse.

22. De la misma manera, en lo referente a los derechos humanos, a los que ha hecho largamente referencia, el Relator Especial no llega a adoptar una decisión: después de haber dicho en el párrafo 88 de su informe que las

⁴ Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo segundo período de sesiones, Primera Comisión, 1515.ª sesión (A/C.1/PV.1515), y corrección, párrs. 3 y ss.

obligaciones en materia de derechos humanos no son atribuibles a un determinado Estado, lo que equivale a considerar que se trata de obligaciones erga omnes, explica en el apartado b del párrafo 106 que las obligaciones nacidas de un tratado regional de derechos humanos responden más bien al interés colectivo de un grupo de Estados (es decir, que se trataría, según la definición dada en el párrafo 92, de obligaciones erga omnes partes). El orador estima que, a su parecer, los derechos humanos sólo pertenecen a la categoría de obligaciones erga omnes en la medida en que su fundamento sea una convicción general. Sería interesante examinar si todos los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en el Convenio europeo de derechos humanos entran en esa categoría.

23. En vista de todos los problemas que se plantean el orador concluye que, a pesar de la necesidad de una definición, la única solución práctica sería renunciar a definir las obligaciones y contentarse con describirlas. Se podría decir que para todas las obligaciones establecidas en el artículo 40 bis que pueden considerarse obligaciones erga omnes, la comunidad de los Estados reconoce a un Estado distinto del Estado directamente lesionado el derecho de invocar la responsabilidad del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito. Desde luego ello no se aplicaría a las obligaciones dimanantes de un tratado regional en materia de derechos humanos, que podrían incluirse entre las obligaciones establecidas para «proteger los intereses colectivos de un grupo de Estados» a que se refiere el apartado b del párrafo 2 pues no se contemplan derechos del Estado directamente lesionado. El orador quisiera conocer la opinión del Relator Especial sobre este punto.

24. En cuanto a determinadas propuestas que han presentado algunos miembros de la Comisión acerca de la redacción del artículo 40 bis, el orador dice que encuentra la formulación propuesta por el Sr. Simma [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1] menos flexible que la que ha presentado el Relator Especial. Por lo que se refiere al párrafo 2 en particular, la fórmula del Relator Especial «un Estado tendrá interés legítimo en el cumplimiento de una obligación internacional en la que sea parte» le parece ofrecer más posibilidades que la fórmula «un Estado tendrá derecho a invocar determinadas consecuencias jurídicas de la responsabilidad de otro Estado», lo que equivale a colocar en el mismo plano a todos los Estados que no están directamente lesionados sino sólo «interesados», confiriéndoles los mismos derechos. En esa perspectiva, la expresión «la obligación violada haya sido contraída con él a título individual» utilizada en el apartado a del párrafo 1 debería por otra parte precisarse más.

25. En lo referente al proyecto de texto presentado por el Sr. Economides, sería útil que aclarase cómo entiende la expresión «la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional» que utiliza en el apartado b del párrafo 12 de su propuesta. Al parecer quiere dar a todos los Estados la posibilidad de reaccionar ante un hecho internacionalmente ilícito haciendo entrar en juego la responsabilidad internacional. Pero ¿es verdaderamente esto lo que desea la Comisión? El sentido de las palabras «podrá, según el caso, lesionar» utilizadas al comienzo del párrafo 1 debería también explicarse. El empleo del verbo poder ¿significa que

deben reunirse «otras condiciones» para que un Estado sea lesionado o que no en todos los casos un Estado es lesionado? El orador agradecería al Sr. Economides que le aclarase este punto.

26. El Sr. LUKASHUK dice que el Sr. Hafner ha planteado un problema de principio de carácter esencial al referirse a la propuesta del Sr. Gaja en la que éste establece una distinción entre la responsabilidad respecto de todos los Estados y la responsabilidad respecto de la comunidad internacional en su conjunto. En el plano jurídico esa distinción no tiene ninguna razón de ser. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 habla muy justamente de «la comunidad internacional de Estados* en su conjunto» y es evidente que sólo puede existir responsabilidad internacional [de los Estados] en el marco de las relaciones entre Estados. La «comunidad internacional en su conjunto» corresponde a una noción totalmente diferente: ya no se trata de la comunidad de los Estados sino de la sociedad mundial en su totalidad, concepto que no solamente está sin definir sino que, a su juicio, no tiene nada que ver con la cuestión que se examina.

27. El Sr. BROWNLIE repite las advertencias que ya había hecho a ese respecto e insiste en que la Comisión no debería intentar hacer una clasificación de todos los derechos y obligaciones de los Estados por ser imposible. Por muchos esfuerzos que hagan unos y otros no se podrá nunca dar término a esa cuestión infinita. En la medida en que, como el Sr. Economides señala en el apartado b del párrafo 1 de su propuesta, un hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede lesionar «a todos los Estados si la obligación violada es esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional», esa «obligación esencial» tendría que ser definida. Desde luego se podría decidir que esa cuestión quedará resuelta automáticamente con el desarrollo del derecho internacional consuetudinario, pero si se persiste en querer codificar toda una serie de nociones nuevas, se abordará una tarea que, por interesante que sea en el plano teórico, retrasará los trabajos de la CDI y disminuirá con ello las posibilidades de que los apruebe la Sexta Comisión. En la esfera de la responsabilidad de los Estados, la CDI ya tiene bastante con definir el Estado lesionado, sin hablar de los solapamientos ocasionales o las duplicaciones con la cuestión de la protección diplomática.

28. El Sr. SIMMA no analiza el problema de la misma manera que el Sr. Brownlie. Lo que hace falta no es definir el Estado lesionado sino definir o precisar quién tiene la capacidad de invocar la responsabilidad de los Estados.

29. El apartado b del párrafo 1 de la propuesta del Sr. Economides está de hecho inspirado en el párrafo 2 del artículo 19, que trata de la cuestión de los crímenes internacionales, tema esencial que la Comisión deberá de nuevo abordar en una u otra etapa.

30. En cuanto a la «comunidad internacional en su conjunto» a la que el Sr. Gaja hace referencia, no es necesario definirla porque se trata en realidad de la comunidad internacional de Estados de que se ocupa el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

31. Por la misma razón, no hace falta exagerar la distinción que pueda existir entre la protección regional y la protección universal de los derechos humanos. En el fondo las dos cosas se solapan. Por último, en lo referente a los ejemplos sacados del derecho del mar que ha dado el Sr. Hafner, cabe señalar que en este contexto el problema no es de responsabilidad de los Estados sino únicamente de posibilidad de oposición.

32. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA estima que la formulación propuesta por el Sr. Economides tiene el mérito de dar respuesta a una cuestión concreta, a saber, en qué casos la violación de una obligación internacional otorga a los Estados el derecho de desplegar su acción para conseguir que se respete esa obligación. La relación entre el apartado b del párrafo 1 de esta propuesta y el párrafo 2 del artículo 19 que ha señalado el Sr. Simma es, en efecto, muy clara y el orador comparte la opinión del Sr. Simma sobre la importancia de la noción de crimen internacional, que debe tenerse en cuenta en todas las etapas del proyecto mientras no se haya adoptado una decisión sobre este punto.

33. El orador se pregunta si no existe una duplicación entre el apartado a y el inciso i) del apartado c del párrafo 1 del texto propuesto por el Sr. Economides, que por lo demás está sobrecargado de adverbios. ¿Hay verdaderamente un matiz entre la expresión «el Estado que es individualmente beneficiario de la obligación violada» y la fórmula «todo Estado al que la violación de la obligación perjudique especialmente»? En el segundo caso, ¿piensa el Sr. Economides, sin decirlo expresamente, en la violación de obligaciones consuetudinarias, mientras que en el primer caso tendría en la mente la violación de obligaciones contenidas en un tratado bilateral? Tal vez fuera entonces preferible expresarlo con claridad.

34. Con excepción de esta ligera crítica, la propuesta del Sr. Economides encaja al parecer perfectamente en un intento de síntesis y merecería ponerla de relieve.

35. El Sr. ECONOMIDES responde a las preguntas y observaciones que han hecho los oradores anteriores y explica al Sr. Hafner que en el apartado b del párrafo 1 de su propuesta se ha limitado a tomar la definición del artículo 19, sin considerar útil añadir más precisiones que las existentes en ese artículo. Sin embargo, reconoce que tal vez sea útil destacar en el comentario los vínculos estrechos que existen entre la noción de jus cogens y la de crimen internacional. Las reglas que prohíben los crímenes internacionales son en realidad reglas de jus cogens, aunque sean todavía más estrictas porque no admiten excepción.

36. La estructura del párrafo 1 en el que la expresión «podrá [...] lesionar» va seguida de una enumeración también está tomada del artículo 19, que da una lista indicativa de casos en los que los Estados son lesionados o pueden serlo por una violación grave de una obligación internacional. Dicho esto, esa formulación podría indudablemente mejorarse.

37. El orador está de acuerdo con el Sr. Brownlie en que no se puede definir todo en el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional y que determinadas nociones pertenecen más bien a la evolución del derecho internacional consuetudinario.

38. La observación del Sr. Pambou-Tchivounda es muy interesante, pues existe efectivamente una similitud entre los casos contemplados en el apartado a del párrafo 1 y en el inciso i) del apartado c del mismo párrafo. Pero en la hipótesis del apartado a se trata de una obligación bilateral (el Estado lesionado es el beneficiario exclusivo de una obligación dimanante de un tratado bilateral) mientras que en la hipótesis del inciso i) del apartado c la obligación violada tiene un carácter multilateral y existe respeto de todos los Estados partes, incluso si solamente uno de ellos ha sido especialmente lesionado por la violación.

39. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que después de las explicaciones dadas por el Sr. Economides está aún más convencido del valor de la propuesta que éste ha presentado. Bastaría con suprimir en el apartado a del párrafo 1 las palabras «a título individual» y precisar que la obligación violada es una obligación bilateral, y sustituir en el inciso i) del apartado c del párrafo 1 las palabras «perjudique especialmente» por las palabras «viole una regla consuetudinaria».

40. El Sr. GOCO agradece al Sr. Economides sus explicaciones sobre las diferentes categorías de obligaciones pero piensa, como el Sr. Brownlie, que no se debe hacer demasiado, porque en realidad se corre el riesgo de alejarse del tema. En el artículo 40 aprobado en primera lectura se indicaba con claridad que la expresión «Estado lesionado» debía entenderse en el sentido de «cualquier Estado lesionado en uno de sus derechos por el hecho de otro Estado, si ese hecho constituye [...] un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado». En el curso de los debates esa primera definición ha sido progresivamente modificada y dada de lado, lo que para un abogado resulta un poco lastimoso pues el vínculo clásico entre las nociones de perjuicio y de reparación ofrecía una base razonablemente cómoda. Pero en tanto que juristas internacionales, los miembros de la Comisión tal vez deban indicar, en un artículo de esta clase, cuál es la naturaleza de la obligación que ha sido violada. Si se trata de una obligación existente respecto del conjunto de la comunidad internacional, tal vez sea útil precisarlo pues, en este caso, otros Estados distintos del directamente perjudicado pueden resultar afectados por la violación de esta obligación. Esa es la razón por la que el orador no se opone radicalmente a la inclusión en el proyecto de artículo de una referencia a una obligación que afecte a la comunidad internacional en su conjunto. Por otra parte, no se deben complicar las cosas hasta el infinito. Tal vez convenga confiar al Comité de Redacción la tarea de mejorar y simplificar este artículo, concentrándose sobre el sentido y el alcance de la expresión «Estado lesionado».

41. El Sr. OPERTTI BADAN manifiesta el temor de que la Comisión en lugar de acercarse a una solución se esté alejando de ella. Un miembro ha pedido que se defina la expresión «la obligación violada es esencial» que figura en el apartado b del párrafo 1 de la propuesta del Sr. Economides. Otro ha preguntado qué debía entenderse por «intereses fundamentales de la comunidad internacional» que se mencionan en la misma propuesta. Como lo ha señalado muy acertadamente el Sr. Brownlie, ello se refiere menos al desarrollo del derecho internacional en sentido estricto que a la evolución del derecho internacional consuetudinario. El Sr. Economides ha precisado que

el matiz existente entre el apartado a del párrafo 1 y el inciso i) del apartado c del mismo párrafo se debía a la fuente de la responsabilidad: obligación bilateral en un caso y obligación multilateral en el otro.

42. A juicio del orador, la Comisión dista mucho de haber conseguido una base conceptual de solidez suficiente para poder abordar con seguridad esos diferentes aspectos. Esas cuestiones teóricas ocupan a la Comisión desde hace demasiado tiempo y si persiste en seguir ese camino, con toda seguridad no habrán terminado sus fatigas. La Comisión debería mostrar más pragmatismo y renunciar a las sutilezas doctrinales que únicamente sirven para ocultar la verdadera naturaleza de las cosas.

43. La responsabilidad de los Estados respecto de la comunidad internacional nace de la violación de obligaciones contraídas frente a la comunidad de los Estados en su conjunto, como se establece en el proyecto de artículo 40 bis presentado por el Relator Especial. No se trata de «intereses fundamentales» sino de obligaciones claramente enunciadas en el derecho convencional. El orador quisiera que se acepte esa acepción y que se renuncie a hacer figurar, entre los sujetos jurídicos legítimamente capacitados para exigir la responsabilidad de los Estados, a entidades privadas como las organizaciones no gubernamentales, que no reúnen en absoluto los elementos constitutivos de la calidad de Estado. Si se sigue ese camino con obstinación, se corre el riesgo de elaborar finalmente una convención que no se refiera a la responsabilidad de los Estados sino a la responsabilidad internacional en general, lo que no corresponde al mandato que se ha confiado a la Comisión.

44. El Sr. ADDO estima como el Relator Especial que los aspectos del artículo 40 adoptado en primera lectura relativos a las obligaciones multilaterales, con inclusión de las obligaciones erga omnes, no han sido nunca objeto de un examen en profundidad y ésta es la razón de que el artículo 40 resulte defectuoso en varios puntos. La nueva disposición propuesta por el Relator Especial, el proyecto de artículo 40 bis, constituye con toda seguridad un mejoramiento pues en ella se incluye la noción de obligación erga omnes, aun cuando la aplicación de esa obligación siga constituyendo un problema. Por ejemplo, cuando el hecho internacionalmente ilícito es una violación de un tratado multilateral, todos los Estados partes en el tratado que se pueden considerar Estados lesionados tendrán la posibilidad de plantear la cuestión ante la CIJ para proteger el interés «público» o «colectivo» de la comunidad internacional. Es evidente que ese derecho sólo se puede ejercer si el Estado demandado, es decir, el Estado autor de la violación, ha aceptado expresamente la competencia de la Corte en un tratado o mediante la declaración prevista en el párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte. El ejercicio del derecho derivado de la violación de una obligación erga omnes exigiría por lo tanto un fundamento jurisdiccional. El asunto Timor oriental es interesante a ese respecto pues Portugal invocaba no solamente violaciones de sus propios derechos en tanto que Potencia Administradora del territorio respecto de las Naciones Unidas sino también violaciones de los derechos de los timorenses orientales. En tanto que entidad no estatal, Timor Oriental no habría podido entablar la demanda él mismo, pero Portugal ha invocado los derechos del pueblo de Timor Oriental a la autodetermi-

nación y a la soberanía sobre los recursos naturales existentes en las zonas marítimas costeras. En su decisión, la Corte ha estimado por 14 votos contra 2 que no era competente para pronunciarse sobre la diferencia porque para adoptar una decisión sobre las demandas de Portugal habría tenido que pronunciarse sobre la licitud del comportamiento de Indonesia, lo que no podía hacer porque ese país no había aceptado su jurisdicción.

45. Cabe preguntarse si se respetaría más ampliamente el derecho en caso de que cada Estado pudiese entablar una acción contra un Estado que hubiese menoscabado intereses colectivos. Esa solución entraña además el riesgo de que cada Estado se erija en gendarme de la comunidad internacional, encargado de velar por el respeto de las obligaciones erga omnes tal como las defina él mismo.

46. El orador aprueba la formulación propuesta por el Relator Especial en el proyecto de artículo 40 bis, incluso si ello ofrece dificultades teóricas. En lo referente al párrafo 3 de ese proyecto de artículo, dado que la cuestión que se estudia es la responsabilidad de los Estados, los derechos que puedan aparecer a favor de sujetos del derecho internacional distintos de los Estados no concierne a la Comisión. De todas maneras se puede conservar ese párrafo 3 si se quiere mostrar una gran prudencia. Por último el orador observa que el Relator Especial no ha dicho nada respecto del párrafo 3 del artículo 40, a saber, la cuestión de los crímenes, que la Comisión tendrá que abordar tarde o temprano.

47. El Sr. TOMKA recuerda que el artículo 40, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 37.º período de sesiones como artículo 5 y que contiene la definición de «Estado lesionado», ha suscitado muchas críticas por parte de los Estados. El Relator Especial ha explicado de manera muy convincente, en especial en el párrafo 96 de su informe, cuáles eran los diversos defectos que contenía el artículo. Por otra parte, cuando la Comisión lo aprobó no tuvo en cuenta la conclusión a que había llegado con anterioridad, a saber, que el origen de la obligación internacional violada no es pertinente para la calificación de un hecho como ilícito ni para la responsabilidad internacional dimanante del hecho internacionalmente ilícito, una idea ya consagrada con anterioridad en el artículo 17 y en cierta medida incluida de nuevo en el artículo 16 aprobado por el Comité de Redacción en el 51.º período de sesiones de la Comisión⁵. El Relator Especial ha considerado con justo título que el origen de la obligación (convencional, consuetudinaria o judicial) no era pertinente y se ha dedicado a analizar los diferentes tipos de obligaciones a los efectos de la definición del Estado lesionado.

48. Una característica sobresaliente, tanto del comentario al artículo 40 aprobado en primera lectura⁶ como del tercer informe del Relator Especial, es que las referencias a la jurisprudencia son muy escasas, mientras que las disposiciones de la primera parte y por lo menos los primeros artículos de la segunda parte se basan en una práctica internacional abundante. En el caso considerado, el

⁵ Véase 2615.ª sesión, nota 4.

⁶ Véase el comentario al artículo (antiguo artículo 5) en Anuario... 1985, vol. II (segunda parte), págs. 27 y ss.

Relator Especial recurre más a la lógica que a los datos de la experiencia o a la práctica de los Estados, como lo demuestra, por ejemplo, la segunda frase del párrafo 112.

49. El orador señala que para el Relator Especial el artículo 40 no es satisfactorio en el sentido de que convierte prematuramente los términos empleados en materia de obligaciones en términos empleados en materia de derechos y se pregunta si el Relator Especial no se expone a la misma crítica cuando titula «Derecho de un Estado a exigir responsabilidad de otro Estado» el artículo 40 bis que propone. Cabe además plantearse la cuestión de en qué momento, en opinión del Relator Especial, debe tener lugar ese paso de la terminología de las obligaciones a la de los derechos, en caso de que sea verdaderamente necesario. Por otra parte ¿es posible definir el contenido de la responsabilidad en el sentido de constituir nuevas obligaciones para el Estado que ha violado su obligación primaria? Tanto el informe del Relator Especial como los debates en curso demuestran que, sorprendentemente, la Comisión no tiene una teoría bien elaborada acerca de las obligaciones jurídicas internacionales. Así pues, es preciso agradecer al Relator Especial la contribución que aporta a ese respecto cuando define cuatro tipos de obligaciones; a saber, las obligaciones bilaterales, las obligaciones contraídas con toda la comunidad internacional (*erga omnes*), las obligaciones contraídas respecto de todas las partes en un régimen particular (*erga omnes partes*) y las obligaciones en las que algunos o varios Estados son partes pero a cuyo respecto a algunos Estados o grupos de Estados particulares se les reconoce un interés jurídico. En ese contexto se plantea cierto número de cuestiones. Por ejemplo, cabe preguntarse acerca de las obligaciones respecto del conjunto de la comunidad internacional si su existencia significa que la comunidad internacional es un sujeto de derecho internacional porque es acreedora de una obligación y, en tal caso, quién obra en su nombre. ¿Son las Naciones Unidas? El orador tiene serias dudas de que la comunidad internacional se haya convertido en sujeto de derecho internacional y sea titular del derecho de invocar la responsabilidad de un Estado que ha violado sus obligaciones internacionales.

50. Las obligaciones *erga omnes partes*, citadas como ejemplo por el Relator Especial, especialmente en la esfera del medio ambiente en relación con la diversidad biológica y el calentamiento del planeta, son por excelencia obligaciones que benefician a todos los Estados, sean o no partes en los tratados multilaterales considerados. El factor decisivo para calificar a un Estado de lesionado o de Estado que tiene un interés jurídico en la ejecución de obligaciones internacionales es el hecho de que el Estado sea o no parte en el instrumento internacional de que se trate. Además, en lo referente a la última de las categorías de obligaciones multilaterales antes mencionadas, ¿quién reconocerá que unos Estados o unos grupos de Estados particulares tienen un interés jurídico? El orador piensa como el Relator Especial que la cuestión de la existencia de un interés jurídico es una cuestión de interpretación o aplicación de las reglas primarias pertinentes. Se trata de una manera general de abordar las cuestiones de que se ocupa actualmente la Comisión, y la interpretación de la obligación primaria que ha sido violada por un Estado servirá para identificar al Estado o a los Estados a quienes era

debida esa obligación y en provecho de los cuales será creada una nueva obligación de responsabilidad derivada de la violación de la obligación primaria. A ese respecto, la propuesta del Sr. Gaja no deja de ser interesante, además de ser breve, porque es de esta manera, sobre la base de la obligación, como enfoca la responsabilidad.

51. Dado que los proyectos de artículos se aplicarán a las relaciones entre Estados, pero que en la práctica existe un número bastante abundante de asuntos de responsabilidad internacional de los Estados respecto de organizaciones internacionales y otros sujetos de derecho internacional, está plenamente justificado que figure en el texto una cláusula de salvaguardia según la cual nada en los artículos prejuzga las cuestiones relativas a la responsabilidad de un Estado cuyo hecho internacionalmente ilícito ha violado una obligación internacional debida a una organización internacional o a otros sujetos de derecho internacional. Esa idea figura en el párrafo 3 del artículo 40 bis que ha propuesto el Relator Especial, aunque tiene un sentido más limitado porque esa disposición sólo abarca la segunda parte del proyecto de artículos. La disposición deberá figurar en el proyecto, pero es claro que el Comité de Redacción mejorará su redacción y determinará el lugar que le corresponde en el proyecto.

52. El Sr. MOMTAZ señala a propósito del trato que debe darse a las obligaciones en materia de derechos humanos que se ha planteado la cuestión de que si la obligación de respetar los derechos humanos era una obligación *erga omnes* y si, por ello, se podía considerar que todos los Estados estaban «lesionados», sin distinción alguna. Para el orador es imperativo hacer una distinción en aras del realismo. En efecto, por el momento no existe desgraciadamente un consenso en la comunidad internacional acerca de las normas relativas a los derechos humanos. Ello no impide, sin embargo, que los Estados ya estén de acuerdo sobre un mínimo de reglas, un «núcleo duro» de derechos que la CIJ ha calificado, en el asunto Barcelona Traction, de principios y reglas referentes a los derechos fundamentales de la persona humana. La Corte cita varios ejemplos, en especial la prohibición de la esclavitud y de la discriminación racial, a los cuales se podrían añadir el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la libertad de pensamiento y de conciencia. La existencia de esos derechos fundamentales a los cuales no es posible oponer ninguna excepción o reserva está reconocida en el derecho convencional, en particular en los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, tanto universales como regionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio europeo de derechos humanos o la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica». Sin embargo, debe reconocerse que la distinción entre esos derechos fundamentales y los demás derechos es enojosa y perjudicial para la unidad de los derechos humanos y cabe congratularse de que tienda a desaparecer. En ese sentido, los instrumentos internacionales más recientes, por ejemplo la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, no recogen esa distinción. También debe señalarse en ese respecto la actitud de algunos Estados Partes en el Convenio europeo de derechos humanos que se han comprometido recientemente a no invocar la cláusula de salvaguardia que figura en el mismo. Es posible por otra parte preguntarse si la

práctica no tiende a sustituir esa distinción ya un poco anticuada entre derechos fundamentales y los demás derechos por un umbral o criterio basado en la noción de violaciones graves o sistemáticas, el cual evoca el Relator Especial en el párrafo 86 de su informe. Así pues, en caso de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, todos los Estados podrían considerarse lesionados. Ese criterio, o umbral, tiene la ventaja de figurar en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, donde figuran los términos «generalizado o sistemático». También es interesante señalar que en el Estatuto de Roma los crímenes para los que tiene competencia la Corte Penal Internacional, a saber, el genocidio, la agresión, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, afectan al conjunto de la comunidad internacional en el sentido de que menoscaban la paz y la seguridad internacionales. Por lo tanto, se podría acertadamente decir que todos los Estados Partes en el Estatuto de Roma se pueden considerar lesionados cuando se cometen tales crímenes. Ese enfoque tendría además la ventaja de responder a la preocupación que el Relator Especial manifiesta en el párrafo 87 de su informe, a saber, que es preciso establecer la distinción entre los derechos de los individuos víctimas y la reacción de los Estados evitando que los derechos humanos se transformen en derechos de los Estados. En definitiva, el orador se pregunta si, para definir la noción de Estado lesionado en la esfera de los derechos humanos, no se podría añadir un criterio cuantitativo, por oposición al criterio cualitativo utilizado para distinguir los derechos fundamentales de los demás derechos, lo que permite no volver a poner en tela de juicio la unidad de los derechos humanos. Ha creído entender, después de haber consultado al Sr. Gaja, que las «circunstancias de la violación», mencionadas en la propuesta relativa al artículo 40 bis que ha presentado este último al comienzo de la sesión, podrían remitir a la vez al criterio cualitativo y al criterio cuantitativo.

53. El Sr. KAMTO se felicita de que el Relator Especial haya intentado aclarar la noción de obligaciones internacionales antes de examinar las violaciones de esas obligaciones que pueden comprometer la responsabilidad de los Estados. En efecto, no es posible abordar esta cuestión si se pierde de vista la teoría de las obligaciones.

54. En cuanto a las diversas propuestas presentadas para el artículo 40 bis, el orador estima que no son excluyentes entre sí y que todas, con la excepción de la propuesta del Sr. Gaja, intentan definir cuáles son los Estados que se pueden considerar lesionados y los Estados a los que cabe considerar que tienen un interés jurídico. Las dos nociones están ahora bien centradas y es preciso en un primer tiempo proceder a su definición y en un segundo tiempo sacar únicamente las consecuencias de esas definiciones en el plano de la aplicación.

55. Por lo que se refiere a la expresión «la comunidad internacional en su conjunto», la Comisión no puede prescindir del contexto internacional actual y esa fórmula, tomada del artículo 19 del proyecto, está totalmente en conformidad con la tendencia actual del derecho internacional. No se puede hacer abstracción de la idea de crimen de Estado, incluso cuando no se emplea esa expresión. El problema consiste en saber en qué circunstancias se podrá considerar que un hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen que puede com-

prometer la responsabilidad internacional de su autor y ser invocado por cualquier Estado.

56. En lo referente a los derechos humanos, el Sr. Momtaz ha circunscrito bien el debate. Parece ilusorio querer distinguir entre los derechos humanos fundamentales y los demás derechos humanos. A veces sucede que lo que se considera un derecho secundario sea la condición de la aplicación de un derecho fundamental. Los derechos humanos constituyen un todo y es necesario respetar su unidad. En cuanto a la noción de umbral enunciada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, únicamente es operativa en lo que se refiere a los derechos individuales, como el derecho a la vida. Ello no significa que se deba abandonar la noción de derechos esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, sino que es preciso ver cómo se pueden remodelar a la luz del artículo 19 del proyecto y de la práctica.

57. El Sr. ROSENSTOCK declara que comparte en gran medida las observaciones del Sr. Kamto, sin llegar sin embargo a querer asociar la palabra «crímenes» a un Estado.

58. Está de acuerdo en que el artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial responde mejor a la línea que la Comisión debe indudablemente seguir que las otras propuestas formuladas, en particular la del Sr. Gaja. Lo más acertado sería mantener el proyecto del artículo 40 bis, retocándolo un poco y tal vez dividiendo sus disposiciones en dos artículos, uno dedicado al Estado lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado y el otro dedicado al Estado que tiene un interés jurídico en la ejecución de una obligación internacional.

59. El Sr. ECONOMIDES dice que para evitar la confusión creada en el párrafo 2 de su propuesta por la frase «tienen un interés jurídico en exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito», habría que sustituir esa frase por «tienen un interés jurídico en exigir el respeto de la obligación transgredida». Las consecuencias de la transgresión de la obligación deben enunciarse y reglamentarse en el capítulo siguiente del proyecto de artículos.

60. El Sr. HE señala que el proyecto de artículo 40 bis es la pieza central del conjunto del proyecto y agradece al Relator Especial que haya planteado y analizado detalladamente en los párrafos 66 a 119 de su informe los problemas relativos al artículo 40 aprobado en primera lectura, cuya solución condiciona el progreso de todos los demás artículos considerados. Entre esos problemas cabe citar el lugar excesivo que ocupan las obligaciones bilaterales, a las que se dedican esencialmente cuatro largos párrafos, que podrían simplificarse, como lo propone el Relator Especial en el artículo 40 bis, mediante la fórmula «a los efectos del presente proyecto de artículos, un Estado resultará lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado cuando la obligación violada haya sido contraída por él a título individual».

61. En cuanto a la cuestión de si en el proyecto de artículos se debería dar a la expresión «Estado lesionado» una acepción unitaria, el orador considera que en vista del análisis hecho sobre este punto en el informe objeto de estudio y del debate, parecería inútil establecer para la

expresión «Estado lesionado» un concepto único. Sería mejor distinguir entre «el Estado lesionado» y «el Estado que tiene un interés jurídico», es decir el Estado al que no atañe específicamente la violación de la obligación. Esa es, por otra parte, la idea que figura en el artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial y en las propuestas del Sr. Economides y del Sr. Simma.

62. En cuanto a la cuestión de si el perjuicio debe ser un elemento central de la definición del «Estado lesionado», que el Sr. Pellet ha planteado en su propuesta [ILC(LII)/WG/SR/CRD.2], cabe subrayar que el hecho de que el perjuicio no esté incluido como un elemento del hecho ilícito no significa que todos los Estados puedan invocar la responsabilidad del Estado autor del hecho ilícito. Muy al contrario, sólo el Estado cuyo derecho subjetivo ha sido lesionado puede hacerlo. En otros términos, sólo el Estado respecto del cual se ha violado una obligación puede pedir reparación. Así pues, no parece útil incluir el perjuicio en el artículo 40 bis.

63. Respecto de la referencia simultánea a los tratados multilaterales y al derecho internacional consuetudinario en el apartado e del párrafo 2 del artículo 40, el orador está de acuerdo en que sería preferible tratar separadamente de esas dos fuentes del derecho internacional. Por último, el proyecto de artículo 40 bis estaría en su sitio en el capítulo I de la segunda parte mejor que en la segunda parte bis si la Comisión tiene la intención de precisar las obligaciones secundarias sin referirse a la noción de «Estado lesionado».

64. El Sr. Sreenivasa RAO señala que en su informe el Relator Especial ha expuesto muy bien las carencias del artículo 40 y a ese efecto ha propuesto el proyecto de artículo 40 bis con el fin de remediarlas. Es cierto que este último artículo, dadas las circunstancias, es el mejor que puede concebirse, aunque es perceptible, como lo atestiguan las propuestas que determinados miembros de la Comisión han hecho a su respecto. En su propuesta [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1/Rev.1] el Sr. Simma se interesa más en la facultad de obrar que en la definición del daño en sí mismo. Y respecto de ese punto es extremadamente difícil transponer al derecho internacional las nociones del derecho interno. En el derecho interno únicamente el daño directo origina facultad de obrar. Pero en el derecho internacional es preciso llegar más allá del daño para determinar que existe facultad de obrar. Ahora bien, la facultad de obrar no puede determinarse a menos que el daño sea significativo.

65. En el mismo orden de ideas, existe por ejemplo en el derecho constitucional indio la obligación de interés general, o de interés público, que proporciona una solución a los problemas de la responsabilidad y de la reparación. Pero esa noción no puede aplicarse en el caso de la «comunidad internacional», que es un grupo de Estados. En efecto, ¿cómo pretender que un interés jurídico es un interés de la comunidad internacional en su conjunto? Todos los Estados no comparten el mismo interés. En ello reside toda la dificultad que hay en convertir unas obligaciones erga omnes en facultad de obrar. La idea de que las obligaciones erga omnes facultan para invocar la responsabilidad de un Estado no está tan desarrollada que permita afirmar que se trata de un interés jurídico ejercido en nombre de la comunidad internacional en su con-

junto y no de un interés particular, que puede estar en contradicción con el de la comunidad internacional.

66. No se reúnen las condiciones para que la comunidad internacional pueda obrar debidamente en el caso de la violación de una obligación erga omnes, del género de las enumeradas en el artículo 19. Se plantea entonces la cuestión de si debe abandonarse el artículo 19. La única razón por la que podría ser abandonado es que ningún Estado está realmente en situación de invocar sus disposiciones en nombre de la comunidad internacional.

67. El orador muestra sus dudas en cuanto al abandono del artículo 40 bis, por lo que sería partidario de aplazar su desarrollo en función de la evolución futura del derecho, por ejemplo de la del artículo 19, y sugiere que el artículo 40 sea también objeto de un aplazamiento.

68. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) señala que la noción de «obligación respecto de la comunidad internacional en su conjunto» no ha sido elaborada por la Comisión sino por la CIJ. La Comisión se ve obligada a hacerla suya, aunque es necesario saber hasta qué punto. Lo que debe importar a la Comisión en este caso es la cuestión del interés jurídico, de la facultad de obrar. La Comisión no tiene por qué reducir el debate sobre las obligaciones internacionales a un debate en un foro político que no tendría nada que ver con la cuestión de las obligaciones internacionales.

69. El Sr. GAJA precisa que su propuesta no contiene nada demasiado nuevo, aunque su redacción difiera del texto propuesto por el Relator Especial, así como de los demás textos propuestos.

70. Su objeto es evitar la formulación de una definición del «Estado lesionado» y establecer una distinción precisa entre «derechos» e «interés jurídico», al mismo tiempo que procura definir a los beneficiarios de las obligaciones del Estado responsable que se enuncian en la segunda parte. Podría tratarse, esencialmente según la regla primaria aplicable, de otro Estado, de varios Estados, de todos los demás Estados o incluso de la comunidad internacional en su conjunto. Si un Estado ha violado una obligación internacional tiene que dar una reparación, no necesariamente en beneficio de las entidades mencionadas: la reparación puede beneficiar al Estado específicamente afectado, a un particular o a otra entidad.

71. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que la Comisión puede en sustancia elegir entre resolver los problemas del artículo 40 o ponerse de acuerdo sobre una fórmula extremadamente sencilla del género «un Estado lesionado es un Estado lesionado». De hecho es precisamente esta fórmula la que propone en el caso de la violación de una obligación bilateral por resultar totalmente indicada. Pero ocurre que el orden jurídico internacional no se compone solamente de obligaciones bilaterales. Se plantea entonces la cuestión de si la Comisión debería ignorar el derecho de invocar la responsabilidad de un Estado en el caso de la violación de una obligación que no es puramente bilateral. Para progresar en el debate sobre este punto, los miembros de la Comisión deberían centrar su atención sobre una cuestión crucial, a saber, determinar si es importante tratar de desarrollar y explicar el contenido de la noción «obligación

multilateral» teniendo en cuenta el principio de la facultad de obrar y sus consecuencias, o si es suficiente remitir sencillamente la cuestión al derecho internacional general.

72. El Relator Especial está de acuerdo sin reservas con el Sr. Pellet en el hecho de que si se viola una regla fundamental, ello no significa necesariamente que la violación sea grave.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación*)

[Tema 2 del programa]

73. El Sr. KAMTO (Presidente del Grupo de Planificación) indica que el Grupo de Planificación se compone de los miembros siguientes: Sr. Baena Soares, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. Illueca, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda y, como miembro ex officio, el Sr. Rodríguez Cedeño. Precisa además que los trabajos del Grupo de Planificación están abiertos a todos los miembros de la Comisión.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2613.^a sesión.

2623.^a SESIÓN

Jueves 18 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. AL-BAHARNA dice que para completarlo deben incorporarse tres elementos básicos en el proyecto de artículo 40. El primero es la noción de Estado lesionado, pues la identificación del Estado lesionado es una parte esencial del proceso de reclamar las responsabilidades de un Estado por un acto internacionalmente ilícito. El segundo es la noción del interés jurídico del Estado, pues ha de hacerse una distinción entre un Estado que es directamente lesionado por un acto internacionalmente ilícito y los demás Estados que únicamente tienen un interés legítimo en el hecho invocado por el Estado lesionado. El tercer elemento es la obligación contraída con la comunidad internacional erga omnes, pues cuando existe una obligación respecto del conjunto de la comunidad internacional todos los Estados tienen un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso surge una obligación erga omnes, según la decisión adoptada por la CIJ en el asunto Barcelona Traction, ya sea directamente de conformidad con el derecho internacional o bien en virtud de tratados multilaterales generalmente aceptados, como son los tratados referentes a derechos humanos.

2. El artículo 40 aprobado en primera lectura incluye esos tres elementos, pero ha sido objeto de críticas por no tener un alcance completo y por su formulación inconclusa, que han introducido cierta confusión acerca de la correlación de las obligaciones y derechos, como ha señalado el Relator Especial en el párrafo 75 de su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4). Como se dice en el párrafo 78, los gobiernos también han manifestado gran preocupación respecto de la redacción de los apartados e y f del párrafo 2 y el párrafo 3, aunque han apoyado la idea de establecer una distinción entre el Estado específicamente lesionado por un hecho internacionalmente ilícito y los Estados que tengan un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación. Esa distinción conduciría a la creación de dos categorías de Estados: los comprendidos en la primera categoría tendrían derecho a pedir una indemnización por sí mismos, mientras que los incluidos en la segunda categoría podrían únicamente reclamar la cesación de la conducta ilícita, dado que la reparación se concedería al Estado concretamente lesionado.

3. Está de acuerdo con el Relator Especial, en el párrafo 96, en que en el artículo 40 no se especifican las diferencias que distinguen a las relaciones multilaterales basadas en la responsabilidad de las relaciones bilaterales, se equiparan todas las categorías de Estados lesionados y no se distingue entre Estados «especialmente perjudicados» por la violación de una obligación multilateral y los Estados no perjudicados. El proyecto de artículo 40 bis elimina esos defectos y contiene todos los elementos necesarios en lo referente a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad de los Estados: establece una distinción entre los Estados especialmente lesionados y los que tienen un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación al aclarar cuál es la obligación debida a la comunidad internacional erga omnes o a un

grupo de Estados al que pertenece el Estado lesionado. También distingue entre los casos en que la obligación violada se debe individualmente al Estado lesionado y los casos en que un Estado tiene un interés legítimo en el cumplimiento de una obligación contraída para la protección de los intereses colectivos de un grupo de Estados. Además, también establece la diferencia entre la responsabilidad derivada de relaciones multilaterales y la dimanante de relaciones bilaterales.

4. La propuesta del Sr. Simma [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1/Rev.1] no reúne los requisitos que el orador ha señalado, ya que evita completamente la cuestión central del Estado lesionado. En la propuesta se conserva la distinción entre los casos en que la obligación violada ha sido contraída con el Estado individualmente y los casos en que ha sido contraída con la comunidad internacional, o cuando la obligación se ha establecido para proteger los intereses colectivos de un grupo de Estados. Sin embargo, decir que un Estado tiene derecho a invocar todas las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito y no establecer al mismo tiempo la distinción entre el Estado lesionado individual y los Estados no directamente lesionados pero que tienen un interés legítimo en el cumplimiento de la obligación no facilita la determinación de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad del Estado autor. Además, existe una contradicción aparente entre los párrafos 1 y 2: en el párrafo 1 se habla de «todas las consecuencias jurídicas» pero en el párrafo 2 «todas» se ha sustituido por «[ciertas]».

5. La propuesta del Sr. Pellet [ILC/(LII)/WG/SR/CRD.2] contiene todos los elementos necesarios que el orador ha señalado, pero en su versión inglesa, por lo menos, es confusa y necesita ser objeto de una nueva redacción. El párrafo 2 carece al parecer de importancia porque su aplicación depende del artículo 36 bis y se superpone con el artículo 40-2 de la propuesta, que también se refiere al interés legítimo de un Estado. Además, la confusión se agrava por la numeración contradictoria de los párrafos y la utilización de epígrafes innecesarios. Sin embargo, es significativo que los textos del Sr. Pellet y del Sr. Simma no modifican el párrafo 3 de la propuesta del Relator Especial relativa al artículo 40 bis.

6. El único mérito de la propuesta del Sr. Pellet es que contiene una definición del Estado lesionado, en el sentido de que «por Estado lesionado se entiende un Estado que ha sufrido un daño [material o moral] en razón del comportamiento internacionalmente ilícito atribuible al Estado responsable». Cabe recordar que el Gobierno de Francia considera que los artículos deben hacer referencia expresa al daño material o moral sufrido por un Estado a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro³.

7. En cuanto a la propuesta del Sr. Economides [ILC(LII)/WG/SR/CRD.3] figuran en ella todos los elementos de la propuesta del Relator Especial pero con variantes de estilo. En el párrafo 1 la elección de las palabras «podrá, según el caso, [...] especialmente» debilita el texto, haciendo que pierda su carácter exclusivo. Sin embargo, la introducción en el apartado b del párrafo 1 de la noción de la «salvaguardia de los intereses fundamen-

tales de la comunidad internacional», aunque la expresión sea bastante vaga y no exista base jurídica para definir cuándo una obligación es «esencial» para esa salvaguardia, será bien acogida por quienes están a favor de tomar medidas más severas contra los Estados responsables de violaciones graves.

8. Por lo que se refiere a la cuestión polémica del párrafo 3 del artículo 40 aprobado en primera lectura, puede aducirse que el apartado b del párrafo 1 del artículo propuesto comprende en general los hechos internacionalmente ilícitos y las violaciones de los derechos humanos más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, pero a juicio del orador esos hechos, que constituyen crímenes internacionales, deben reunirse en una categoría propia. Por lo tanto la referencia a esos hechos debería incluirse de una forma u otra en el apartado b del párrafo 1 del artículo 40 bis. Además, el Relator Especial, en respuesta a las preocupaciones de algunos miembros, debe dar una definición del Estado lesionado en un nuevo párrafo que ha de añadirse a sus propuestas.

9. El Sr. GALICKI dice que el Relator Especial ha hecho un excelente trabajo al redactar de nuevo un artículo que, en su forma original, era un modelo de ejemplificación excesivamente detallada pero estéril de situaciones posibles. Ha desplazado la atención desde la complicada, aunque todavía no exhaustiva, definición del «Estado lesionado» a la cuestión del derecho de un Estado a invocar la responsabilidad de otro Estado. Al proceder así, ha pasado a hacer hincapié en los problemas del derecho de los Estados a invocar la responsabilidad respecto de las obligaciones multilaterales y en la medida en la que los Estados diferentemente afectados podrían invocar las consecuencias jurídicas de la responsabilidad de un Estado. También ha introducido una distinción entre los Estados lesionados, en sentido estricto, y los Estados con un interés legítimo que no han sido específicamente afectados por la violación de una obligación internacional. Esa distinción parece plenamente justificada, a la luz especialmente del asunto Barcelona Traction concerniente a obligaciones erga omnes, es decir obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto, en las que se puede alegar que todos los Estados tienen un interés legítimo en la protección de los derechos en juego.

10. El artículo 40 bis parece contar con la aprobación general de los miembros de la Comisión. Las distintas propuestas de los miembros no han tenido por finalidad rebatir las ideas del Relator Especial sino mejorarlas y aclararlas. Ha sido un elemento común de todas las propuestas el hincapié puesto en el derecho de un Estado a invocar la responsabilidad de otro Estado en lugar de en la definición del Estado lesionado. La mejor manera de hacer progresos sería identificar los puntos comunes de las propuestas y de las opiniones expresadas durante el debate y combinarlos con el proyecto de artículo presentado por el Relator Especial.

11. En la versión final del artículo 40 bis será preciso tomar en cuenta la distinción básica entre las dos principales fuentes posibles del derecho de un Estado a invocar la responsabilidad de otro Estado, a saber, la lesión que haya sufrido un Estado como resultado de un hecho inter-

³ Véase 2613.ª sesión, nota 3.

nacionalmente ilícito y el interés legítimo de un Estado en el cumplimiento de una obligación internacional. El Sr. Pellet ha subrayado acertadamente esa distinción, que es importante para la ulterior consideración de las consecuencias secundarias de la responsabilidad del Estado. Cuando el interés jurídico de un Estado resulta afectado, pero el Estado no sufre una lesión directa, la gama de respuestas permisibles parece más estrecha. No obstante, también debería reflejarse en el artículo otra distinción, a saber, la distinción entre obligaciones bilaterales y multilaterales. El trato de las obligaciones unilaterales, como señala el Relator Especial en el párrafo 102 de su informe, es una cuestión relativamente sencilla y parece quedar recogida adecuadamente en el apartado a del párrafo 1 del artículo 40 bis. En el caso mucho más complejo de las obligaciones multilaterales, el Relator Especial ha distinguido tres categorías de obligaciones en el cuadro 1: las obligaciones con la comunidad internacional en general (*erga omnes*), las obligaciones contraídas con todas las partes en un determinado régimen (*erga omnes partes*) y las obligaciones en las que son partes algunos o muchos Estados, pero respecto de las cuales se reconoce que tienen un interés legítimo determinados Estados o grupos de Estados. Desgraciadamente, esa clasificación no se refleja con claridad en el texto actual del artículo 40 bis. La clasificación en tres categorías de las obligaciones multilaterales parece haber desaparecido cuando se combina con la distinción entre Estados lesionados y Estados con un interés legítimo, lo que conduce a la división del artículo en dos párrafos. También hay algunas repeticiones: por ejemplo, las obligaciones *erga omnes* figuran tanto en el apartado b del párrafo 1 como en el apartado a del párrafo 2, y las obligaciones con un grupo de Estados se incluyen en el apartado b del párrafo 1 y en el apartado b del párrafo 2. La necesidad de armonizar los dos sistemas de clasificación, según las fuentes del derecho de los Estados a invocar la responsabilidad de otro Estado y según las categorías de obligaciones, parece inevitable.

12. En las propuestas presentadas por los miembros existe una tendencia común a simplificar la redacción y los conceptos subyacentes, aunque la propuesta del Sr. Gaja [ILC(LII)/WG/SR/CRD.4] ha ido demasiado lejos. Sólo tendría utilidad si se rechazasen los conceptos que propone el Relator Especial, pero a la luz del debate no parece que ello sea probable. La mejor solución sería remitir el artículo 40 bis que ha propuesto el Relator Especial al Comité de Redacción junto con las observaciones y propuestas hechas durante el debate.

13. Una propuesta, la del Sr. Rosenstock (2622.ª sesión), parece especialmente digna de nota en lo concerniente a la posible división del artículo 40 bis en dos artículos separados. Los párrafos 1 y 2 tratarían de los diferentes conjuntos de problemas relativos a la lesión y a los intereses legítimos, y podrían separarse si ello permitiera formular con mayor claridad las condiciones y el alcance del derecho de un Estado a invocar la responsabilidad de otro Estado. Habría que encontrar el lugar adecuado para el párrafo 3 del artículo 40 bis, la importancia de cuyo contenido se ha subrayado durante el debate.

14. Por último, el orador piensa que el texto del artículo 40 bis no refleja total ni óptimamente las ideas que ha expuesto el Relator Especial en su informe. Como esas

ideas parecen totalmente aceptables, el Comité de Redacción debería intentar darles una forma definitiva.

15. El Sr. KABATSI da las gracias al Relator Especial por su excelente tercer informe y los cinco proyectos de artículos sobre los principios generales contenidos en el capítulo I de la segunda parte. Durante el debate se han planteado diferentes cuestiones útiles y se han hecho sugerencias importantes que han enriquecido el tema y han proporcionado orientación al Relator Especial y al Comité de Redacción. Los cuatro primeros artículos son totalmente satisfactorios, pero no lo es tanto el artículo 40 bis. La discrepancia entre el título y el contenido del artículo, por ejemplo, ya se ha señalado.

16. Es indudablemente necesario un artículo que indique con claridad que un Estado o varios Estados pueden invocar la responsabilidad de otro Estado u otros Estados, y esa cuestión es el elemento central de la totalidad del proyecto. El artículo 40 bis que propone el Relator Especial satisface sustancialmente esa necesidad. Puesto que un Estado puede invocar la responsabilidad de otro Estado únicamente si puede pretender que ha sido material o moralmente lesionado por un hecho internacional ilícito de tal Estado, es importante precisar cómo y cuándo se considera que un Estado ha sido lesionado en el caso considerado.

17. El artículo representa en muchos aspectos un importante mejoramiento respecto del artículo 40 aprobado en primera lectura. Para los asesores jurídicos y los profesionales del derecho, con inclusión de los dirigentes que no son abogados, era muy necesaria una disposición más concisa que la contenida en el artículo anterior. Las cuatro propuestas de los miembros de la Comisión tienen todas un gran mérito y el Comité de Redacción debería tenerlas en cuenta. Sin embargo, el texto del Relator Especial responde en gran manera a las necesidades de los usuarios finales. Particularmente acertada es la importante distinción establecida en el párrafo 1 del artículo 40 bis, referente a la lesión directa causada a un Estado por una violación de una obligación bilateral o multilateral, y el párrafo 2, referente a un Estado que tiene sólo un interés legítimo en el cumplimiento de una obligación. Ese interés legítimo podría satisfacerse mediante la garantía del cumplimiento de la obligación internacional. En tal caso el Estado sólo debe preocuparse por la cesación y, cuando sea pertinente, la garantía de no repetición, pero no por la obtención de reparación, que ha de ser la preocupación de los Estados contemplados en el párrafo 1.

18. Junto con las diferentes sugerencias hechas durante el debate, el artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial debe remitirse al Comité de Redacción.

19. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) resume el debate y agradece a los miembros las útiles observaciones y las penetrantes críticas que han hecho durante el primer debate celebrado desde el 37.º período de sesiones de la Comisión, en 1985, sobre la cuestión central de la segunda parte. Otra ventaja del debate ha sido que hasta cierto punto ha calmado la inquietud del Sr. Brownlie acerca de que la Comisión estaba abarcando demasiado.

20. El artículo 40 ha tenido pocos defensores y el catálogo que el orador ha hecho de sus deficiencias ha encontrado un apoyo general. El artículo es muy prolijo en lo referente a las obligaciones bilaterales. Pero respecto de las obligaciones multilaterales es difuso, repetitivo y carece de simetría con el resto del proyecto, como el Sr. Tomka ha señalado convincentemente (ibíd.). No ha partido del derecho vigente para la invocación de las responsabilidades multilaterales, en particular del asunto Barcelona Traction y el párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. Por último, el artículo equipara a las obligaciones y los derechos y por lo tanto no resuelve la cuestión de los Estados que tienen intereses divergentes en el cumplimiento de una obligación. El Sr. He ha subrayado la gran diferencia entre una obligación erga omnes y un derecho erga omnes (ibíd.). Existe un apoyo general en que el texto de la segunda parte se redacte desde el punto de vista de las obligaciones del Estado responsable en lugar de los derechos de otro Estado u otros Estados, y en que se acepte la distinción propuesta entre la segunda parte y la segunda parte bis. Existe con claridad también un fuerte apoyo a favor de remitir el artículo 40 bis al Comité de Redacción. Se ha aceptado asimismo que las obligaciones bilaterales sean objeto de una sola y sencilla frase, como se ha propuesto.

21. Sin embargo, fuera de esas cuestiones existen esferas muy controvertidas. El Sr. Brownlie ha señalado (2616.ª sesión) la necesidad de redactar un texto que no esté destinado a los profesores de derecho sino a los profesionales, es decir un texto destinado principalmente a su utilización por los Estados, y que no se ocupe tan profundamente de la teoría subyacente que pierda de vista la finalidad del proyecto. El Sr. Operti Badan ha recordado muy pertinentemente que el texto debe terminarse para presentarlo a la Asamblea General en su quincuagésimo sexto período de sesiones, en 2001. El orador está de acuerdo con el Sr. Brownlie en la necesidad de proceder con prudencia pues se trata, no de si va a realizarse un reenvío al derecho internacional general en la esfera de las obligaciones multilaterales, sino de saber cuál ha de ser la amplitud de ese reenvío. Es claro que la situación está todavía evolucionando y apenas puede describirse de manera amplia y mucho menos codificarse, por lo que cualquier formulación ha de ser flexible hasta cierto punto.

22. Se han sugerido dos enfoques. El primero, empleado en su propuesta y en las del Sr. Economides, el Sr. Pellet y el Sr. Simma, tiene por finalidad facilitar una aclaración adicional y conseguir una mayor especificación en la esfera de las obligaciones multilaterales. El segundo, propuesto por el Sr. Gaja, tiende a introducir una serie de definiciones en la especificación de los Estados que pueden invocar la responsabilidad sin decir realmente cuáles son. Es cierto, como dijo en su informe preliminar el Relator Especial Riphagen⁴, que cuanto más importante y general es la obligación menos orientación existe en el derecho internacional acerca de quién tiene derecho a invocarla. La CIJ apenas se ha destacado por la orientación que da, a pesar de la sentencia pronunciada en el asunto Barcelona Traction. Sin embargo, debe utilizarse ese segundo enfoque, no como primera línea de razonamiento sino como posición de retirada en caso de

que los trabajos del Comité de Redacción no aporten mayor claridad respecto de las obligaciones multilaterales. Si se adopta un reenvío general, la Comisión se liberará de hacer nuevas distinciones entre las categorías de Estados lesionados. No obstante, esas distinciones son necesarias, pues se estima generalmente que la posición de una víctima, incluso de un crimen como la agresión, y la de un tercer Estado con interés en el mantenimiento de la paz y la seguridad son diferentes. El Comité de Redacción debe examinar las distintas versiones del artículo 40 bis con el fin de conseguir alguna mayor especificación respecto de las obligaciones multilaterales.

23. Está de acuerdo con el Sr. Brownlie y el Sr. Pellet, aunque no con el Sr. Hafner, en que si bien el artículo 40 debe examinarse sobre la base de la teoría general de las obligaciones, la Comisión tiene una preocupación más concreta; a saber, identificar a aquellos Estados que deben tener la posibilidad de invocar la responsabilidad de otro Estado y la medida en que pueden hacerlo. A ese respecto quiere subrayar el valor del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, que es el único lugar de la Convención en que figura la palabra «bilateral». La Comisión ha enfocado el problema en el contexto del derecho de los tratados, ha distinguido entre obligaciones bilaterales y multilaterales, y ha subrayado que el Estado especialmente afectado por la violación de una obligación multilateral debe tener la posibilidad de invocar esa violación en un contexto en el que la «propiedad» de los derechos asociados con una obligación multilateral pertenece a los Estados que sean colectivamente partes en un tratado y no a Estados individuales. En el reciente debate de la Comisión ha quedado implícito que los derechos pertinentes corresponden a Estados particulares. Ello es cierto por lo que se refiere a los tratados bilaterales y a las obligaciones bilaterales. Sin embargo, en el párrafo 2 del artículo 60 se trata de un problema diferente, a saber, la suspensión de los tratados multilaterales por una violación material. Sería extraño que un Estado pudiese suspender un tratado pero que no tenga la posibilidad de pedir la cesación de la violación. Así pues, existe una analogía directa entre los dos problemas.

24. La referencia al «Estado especialmente afectado» también facilita la solución del problema del perjuicio o daño, pues con toda seguridad debe considerarse que el Estado lesionado se encuentra en una posición especial. Puede existir toda una gama de Estados especialmente afectados, pero en todo caso se trata de una gama relativamente limitada. El hecho de que en el artículo 40 no se haya tratado la cuestión plantea un problema, lo mismo que ocurre con algunas de las propuestas, con inclusión de la propuesta revisada del Sr. Simma, que tampoco lo han hecho.

25. En el debate sobre las obligaciones multilaterales ha habido algunas discrepancias en la interpretación de los pasajes pertinentes de la decisión de la CIJ en el asunto Barcelona Traction, pero ese asunto sólo ha sido el punto de partida del debate. Nadie ha puesto en duda que existe una diferencia entre la víctima de una violación y el Estado que tiene un interés en el cumplimiento de la obligación, y que en el artículo 40 debe reflejarse esa diferencia.

⁴ Anuario... 1980, vol. II (primera parte), págs. 135 y 136, doc. A/CN.4/330, párr. 97.

26. También ha habido algunas discrepancias acerca de la reserva concerniente a la invocación de responsabilidad por entidades distintas de los Estados que figura en el párrafo 3 del artículo 40 bis, pero la opinión prevaleciente parece haber sido su validez. El orador estima que ello es esencial porque permite armonizar la diferencia de alcance entre la primera parte del proyecto y las partes restantes. Así pues, es preciso encontrarle un lugar en alguna parte, pero el sitio exacto es una cuestión que ha de decidir el Comité de Redacción.

27. En el artículo 40 se hace referencia a los derechos humanos en términos muy amplios, no se han tenido en cuenta otras disposiciones del proyecto y se han otorgado indirectamente derechos de respuesta que van mucho más lejos de lo que puede justificarse en el contexto de las violaciones «ordinarias» de los derechos humanos. La opinión del orador es que la Comisión debe mantenerse firme en la insistencia de que el proyecto ha de aplicarse a toda la gama de obligaciones internacionales y no ponerse en práctica sobre la base de cualquier obligación primaria particular. Tiene que alcanzarse una posición de equilibrio respecto de las obligaciones internacionales y ha de permitirse que las diferentes obligaciones en materia de derechos humanos, universales y regionales, particulares y generales, ampliamente aceptadas o controvertidas encuentren su lugar dentro de ese marco. El Sr. Hafner está acertado al decir que el trato implícito de las obligaciones regionales en materia de derechos humanos que contiene el artículo 40 bis se presta a discusión, y el Comité de Redacción tendrá que examinar la cuestión.

28. Comparte plenamente la reacción del Sr. Simma respecto de la cuestión del perjuicio que ha planteado el Sr. Pellet. El concepto de daño, para utilizar un término neutro, es directamente pertinente, y ha incorporado la referencia al «Estado especialmente afectado», tomada del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 con objeto de reflejarlo. El Sr. Galicki ha aludido a la superposición de referencias a las obligaciones multilaterales, lo que es ciertamente poco elegante aunque necesario porque la víctima de una agresión se encuentra en una situación diferente de la de un tercer Estado al que la agresión concierne. Eso es precisamente lo que la CIJ ha manifestado en el asunto Namibia con respecto a la distinción entre los derechos del pueblo del África suroriental y los intereses de las Naciones Unidas o de determinados Estados Miembros como Etiopía y Liberia. Otro problema que plantea la propuesta del Sr. Pellet es que la frase «daño [material o moral]» entraña una enorme incertidumbre. Constituye el reenvío a un cuerpo de ley no especificado y no es una descripción en sí misma.

29. Otro punto común a las diferentes opciones es la que podría llamarse «cuestión del artículo 19». El orador respeta plenamente el deseo de algunos miembros de que en el proyecto se incorporen las distinciones pertinentes entre las obligaciones más importantes, las que interesan a la comunidad internacional en su conjunto y las violaciones más graves de esas obligaciones, por lo que está de acuerdo con el Sr. Pellet en que podría haber violaciones de obligaciones no derogables que no planteasen cuestiones fundamentales de interés para la comunidad

internacional en su conjunto por lo que se refiere a una respuesta colectiva.

30. El problema del párrafo 3 del artículo 40 es que se superpone y queda subsumido en la categoría más general de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto, de las cuales, en caso de existir, constituye una subcategoría. Pero una vez decidido, como la CIJ ha hecho en el asunto Barcelona Traction, que todos los Estados tienen interés en el cumplimiento de esas obligaciones, no es necesario decir nada más a los efectos del artículo 40 bis. El Sr. Pellet, si bien afirma que los Estados pueden cometer crímenes, ha aceptado expresamente ese punto en su propuesta. Por su parte el orador estima que podría ser muy necesario reflejar esos otros elementos en cualquier parte del proyecto, pero el enfoque que propone desde hace varios años es tratar el problema de una manera funcional y examinar detenidamente la responsabilidad respecto de las cuestiones particulares para las que se plantea en el proyecto. La invocación de la responsabilidad es una cosa: las consecuencias de esa invocación podrían ser algo distinto. De esa manera se podría dejar de tener en cuenta el problema y sería posible llegar a un acuerdo respecto de algunos de sus elementos. Así pues, el orador prefiere el enfoque del Sr. Pellet al propuesto por el Sr. Economides, aunque algunos aspectos de la propuesta del Sr. Economides tienen gran elegancia y economía y podría examinarlos el Comité de Redacción. Sin embargo, una vez aceptado que los Estados tienen intereses legítimamente protegidos respecto del cumplimiento de las obligaciones erga omnes, la cuestión de la invocación queda, pues, resuelta en esa medida. Las demás cuestiones podrían tratarse según surjan. El Sr. Economides también ha preguntado si la definición debe ser inclusiva o exclusiva. Se trata de una ponderada observación que el Comité de Redacción debe tener presente. En el contexto de un horizonte cambiante parece preferible una definición inclusiva.

31. El Sr. SIMMA dice que para simplificar el trabajo del Comité de Redacción retira su propuesta revisada [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1/Rev.1], pero mantiene su propuesta original [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1].

32. El Sr. GAJA dice que tanto en el proyecto del Relator Especial como en las propuestas de los miembros se ha hecho una referencia implícita a conceptos que la Comisión no tiene posibilidad de definir, tales como «las obligaciones erga omnes», «el Estado especialmente afectado» y otras. El Comité de Redacción tratará de resolver esas cuestiones, pues no puede ir más allá. La Comisión se encamina hacia las dificultades de las que el Sr. Brownlie ha hablado al comienzo del debate.

33. Según algunas de las propuestas referentes a las obligaciones erga omnes, los Estados que tengan sólo un interés legítimo estarían únicamente en situación de invocar la responsabilidad: podrían pedir la cesación y tal vez seguridades y garantías de no repetición, pero nada más. En el caso de que una de las obligaciones consideradas se refiriese a los derechos humanos de sus nacionales que un Estado hubiese violado, la Comisión estima que existe una obligación de reparación. Sin embargo, cuando ningún otro Estado ha sido especialmente afectado, si ningún otro Estado puede invocar la obligación de repa-

rar, la Comisión también podría decir que no existe una obligación de reparación. Es importante considerar ambos aspectos: con quién se contrae la obligación y quién es el beneficiario de la obligación. El derecho a invocar, en el sentido del derecho a reclamar que se cumpla una determinada obligación, debe concederse a todos los Estados respecto de todas las obligaciones erga omnes, pero no para su propio beneficio. Las contramedidas no constituyen una cuestión que deba tratarse ahora.

34. El Sr. SIMMA dice que las observaciones del Sr. Gaja son un ejemplo patente del problema de procedimiento con el que se enfrenta la Comisión y al que se debe parte de la confusión y de los errores que han señalado el Sr. Sreenivasa Rao y otros miembros en lo referente a dar lugar a la invocación de la responsabilidad del Estado. En otras palabras, la Comisión no tiene realmente una idea clara de todas las consecuencias. Sólo dispone hasta el momento del cuadro 2 del informe, en el cual se enumeran varias posibilidades respecto de los derechos de los Estados que no han sido directamente lesionados por la violación de una obligación erga omnes. Según el orador entiende esa lista, esos Estados podrían ir más allá de simplemente hacer una reclamación por escrito o denunciar una violación: cualquier Estado puede actuar en nombre de la víctima y dispone de una amplia gama de medios de subsanar el daño, con inclusión de contramedidas en el caso de violaciones graves y comprobadas. Esa lectura del cuadro 2 ha sido la base de su acuerdo general con el enfoque del Relator Especial.

35. El Sr. KAMTO dice, en relación con un enfoque basado en las obligaciones y no en los derechos, que nunca se ha opuesto a la inclusión del elemento de gravedad excepcional para justificar la intervención. La confusión entre los derechos humanos y las obligaciones internacionales para proteger cierto número de derechos significa que es difícil establecer una distinción entre diferentes categorías de derechos humanos. En cuanto a los derechos potenciales de cualquier otro Estado miembro de la comunidad internacional de intervenir o invocar la responsabilidad de otro Estado por violaciones de derechos humanos, es claro que se requiere cierto grado de gravedad. Incluso sería necesario utilizar expresamente el término «gravedad» en el texto, pues cuando la Comisión habla, por ejemplo, de tortura o genocidio, enfoca la cuestión desde el punto de vista de las obligaciones internacionales, mientras que cuando habla, también como ejemplo, del derecho a la vida, enfoca la cuestión desde el punto de vista de los derechos humanos. Esa distinción es útil.

36. Es claro que el contenido del concepto de obligaciones erga omnes no se conoce. Si el término se utiliza sin definirlo o adoptando salvaguardias, podría llegarse a la conclusión de que cada Estado que se enfrente con una obligación erga omnes tiene el derecho de invocar la responsabilidad de otro Estado e incluso de tomar contramedidas. Se trata de una línea de conducta muy peligrosa pues conduciría a abrir la caja de Pandora. Debe recordarse que ya existen otros mecanismos que se ocupan de las situaciones referentes a los derechos humanos: el Consejo de Seguridad interviene regularmente en esos casos de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de

las Naciones Unidas y por lo tanto no hay razón alguna para que la Comisión permita a los Estados que tomen contramedidas en respuesta a violaciones de obligaciones erga omnes.

37. El Sr. GOCO dice que cuando el artículo 40 se aprobó en primera lectura se tuvo la esperanza de que pudiese redactarse una disposición que fuese breve pero con suficiente flexibilidad para abarcar todas las cuestiones pertinentes. La impresión inicial del orador es que la propuesta del Sr. Gaja responde perfectamente a ello.

38. El Sr. Sreenivasa Rao ha hablado de locus standi, que a su juicio parece equivaler a interés legítimo. Ese punto está relacionado con el debate actual y podría remitirse al Comité de Redacción.

39. El Sr. ECONOMIDES dice que el Sr. Gaja está totalmente en lo cierto: el ejemplo que ha dado es pertinente y no está comprendido en el proyecto del Relator Especial. También está de acuerdo con la mayoría de las observaciones del Sr. Kamto. Para determinadas violaciones muy graves es necesario ampliar la lista de Estados lesionados. Pero en todo caso, la versión final de la Comisión no debe impedir el desarrollo del derecho internacional mediante el derecho consuetudinario.

40. El PRESIDENTE dice que si no se formula ninguna objeción, entenderá que la Comisión desea remitir el proyecto de artículo 40 bis al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.25 horas.

2624.ª SESIÓN

Viernes 19 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación*)
(A/CN.4/506 y Add.1¹)

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

1. El PRESIDENTE da por supuesto que la Comisión ha terminado el examen de los proyectos de los artículos 1 a 4 sobre la protección diplomática e invita al Relator Especial a resumir las deliberaciones.
2. El Sr. DUGARD (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión por haber participado de manera constructiva en el debate. No ignora que algunos de ellos habrían preferido que excluyera de su primer informe (A/CN.4/506 y Add.1) los proyectos de los artículos 2 y 4, pero se ha sentido intelectualmente obligado a incluirlos.
3. En lo que se refiere al artículo 2, es obligado observar que el recurso a la fuerza es interpretado por determinados Estados como la última etapa del ejercicio de la protección diplomática. Por lo demás, muchos autores han sido partidarios de esta posición antes y después de la segunda guerra mundial. Por consiguiente, es obligado reconocer que algunos Estados han recurrido a la fuerza con el pretexto de ejercer su derecho de protección diplomática. Se puede pronosticar que seguirán haciéndolo. Con total sinceridad, como lo han hecho sus dos predecesores, el orador no puede sostener que el recurso a la fuerza esté prohibido en toda circunstancia cuando un Estado tiene el deber de proteger a sus nacionales. Ahora bien, ha tratado de delimitar estrictamente tal intervención. Algunos miembros han rechazado el proyecto de artículo 2 con el argumento de que la Carta de las Naciones Unidas prohíbe recurrir al uso de la fuerza, incluso para proteger a nacionales, y que este recurso sólo está justificado en caso de ataque armado. Sin embargo, la mayoría de los miembros no ha adoptado una postura definida sobre las disposiciones de la Carta; han preferido rechazar el proyecto de artículo 2 con el simple argumento de que sus disposiciones no están comprendidas dentro del ámbito de la protección diplomática. El debate ha puesto de relieve no sólo que el significado que debe darse a esta noción no es aceptado unánimemente, sino que se excluye de ella al recurso a la fuerza. Por consiguiente, es del todo evidente que el proyecto de artículo 2 es inaceptable para la Comisión.
4. En lo que se refiere al artículo 4, relativo a la obligación para los Estados de proteger a sus nacionales, el orador reconoce que ha hecho esta propuesta de lege ferenda. Por lo demás, ha indicado que tiene el apoyo de cierto número de tratadistas así como de representantes en la Sexta Comisión y de la Asociación de Derecho Internacional, y que figura en varias constituciones. Se trataría, pues, de una tentativa de desarrollo progresivo del derecho internacional. Ahora bien, según el sentir general, esta propuesta no está todavía «madura» para ser abordada por la CDI. La práctica de los Estados y, sobre todo, la opinio juris han de progresar antes de que se pueda examinar esta cuestión. Por consiguiente, es también evidente que la CDI no acepta el proyecto de artículo 4.
5. Después de evocar la filosofía general de los proyectos de artículos 1 y 3, el orador hace observar en primer lugar que los miembros de la Comisión están de acuerdo para reconocer que no es una noción anticuada. La mayoría considera además que es un instrumento útil para proteger los derechos humanos, incluso teniendo en cuenta que algunos han considerado que se ha insistido demasiado en los derechos humanos y que otros, pero sólo son una minoría, creen que la protección diplomática no tiene nada que ver con los derechos humanos.
6. La idea de que la protección diplomática se basa en una ficción no ha suscitado tampoco ninguna objeción. La mayoría de los miembros de la Comisión la considera como un medio útil para la protección de los nacionales de un Estado en principio y, de modo más general, del conjunto de la humanidad. Sin embargo, existe incertidumbre en cuanto a la esfera de aplicación de la protección diplomática. El mismo título es objeto de críticas y algunos miembros de la Comisión han considerado oportuno precisar que la protección diplomática no se refiere a los diplomáticos sino a las personas que se encuentran en Estados de los que no son nacionales. Asimismo, las opiniones divergen en cuanto a la oportunidad de incluir la protección funcional en el marco de la protección diplomática.
7. El artículo 1 no plantea dificultad. Sin embargo, se ha criticado la formulación adoptada, en particular el término «medidas», que ha dado lugar a interpretaciones diferentes. Se ha sugerido la conveniencia de examinar esta cuestión con mayor atención. Algunos miembros de la Comisión han considerado también que es necesario ajustar la redacción del artículo 1 con la de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El orador subraya al respecto que las críticas se deben esencialmente a los problemas de traducción en francés de determinados términos.
8. Se han formulado observaciones interesantes acerca de la necesidad de que se haya cometido un acto ilícito para poder ejercer la protección diplomática. Los Sres. Brownlie y Gaja han hecho observar que un acto podía ser potencialmente ilícito; por ejemplo, un proyecto de ley que prevé medidas que podrían constituir un acto ilícito. También esta cuestión habrá de ser examinada más adelante.
9. En el artículo 3, el orador ha propuesto a la Comisión adoptar el punto de vista tradicional que deriva del fallo de la CPIJ en el asunto Mavrommatis, según el cual la protección diplomática es una prerrogativa del Estado, pues éste no actúa en calidad de agente de su nacional. Algunos miembros han indicado que la pretensión del Estado debía ser afirmada con mayor claridad. Otros han considerado que era necesario subrayar con mayor rigor que el perjuicio causado al nacional era la consecuencia de una violación del derecho internacional. Para el orador esta idea figura implícitamente en el proyecto de artículo, pero en efecto podría ser objeto de un desarrollo más extenso.

* Reanudación de los trabajos de la 2620.^a sesión.

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

10. El artículo 3 prevé también que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el Estado de la nacionalidad ejerce la protección diplomática de modo discrecional. Algunos miembros de la Comisión han pedido al Relator Especial que no insista demasiado en las facultades discrecionales del Estado, pues ello podría poner en peligro las tentativas actuales de enunciar la obligación de intervención del Estado para proteger a sus nacionales en cierto número de constituciones. Otros han indicado incluso que algunas de las disposiciones del artículo 4 deberían figurar en el artículo 3, para tratar de limitar las facultades discrecionales de los Estados.

11. En suma, es evidente que los artículos 1 y 3 son objeto de un apoyo considerable y que la mayoría de los miembros de la Comisión es partidaria de que sean transmitidos inmediatamente al Comité de Redacción. Ahora bien, habida cuenta de las dificultades planteadas por estos artículos, en particular por el artículo 1, el orador considera que ello sería prematuro y, a su modo de ver, es preferible examinar la cuestión en el marco de consultas oficiosas y reexaminarla en sesión plenaria antes de transmitirla al Comité de Redacción.

12. El Sr. ROSENSTOCK recuerda que al comienzo del debate se sugirió que era mejor que la Comisión no se lanzara a un examen a fondo del párrafo 4 del Artículo 2 y del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas sobre el recurso al uso de la fuerza, pues ello no estaba comprendido en el marco del tema objeto de examen. En este sentido, es inexacto decir que, como resultado del debate, ha prevalecido este o aquel punto de vista sobre el proyecto de artículo 2. El orador tiene la impresión de que la Comisión ha considerado inútil plantear esta cuestión en el contexto de este proyecto de artículos. Sería lamentable que se desprendiera del acta resumida de la sesión que todos los miembros de la Comisión están de acuerdo sobre esta o aquella cuestión. Han acordado por unanimidad no adoptar ninguna posición sobre este punto.

13. El Sr. BROWNLIE comparte la opinión del Sr. Rosenstock. A juicio del orador, muchos miembros han considerado que la cuestión del recurso a la fuerza no forma parte del mandato de la Comisión relativo a la protección diplomática. Por lo demás, le parece importante poner de relieve, en el curso de las consultas oficiosas, el ejercicio de la protección diplomática en caso de posible perjuicio.

14. El Sr. ECONOMIDES dice que la Comisión ha reconocido por unanimidad que la protección diplomática es una institución internacional pacífica, pero se ha dividido luego en dos corrientes. La primera es partidaria de que una disposición que excluya el recurso a la fuerza, así como por lo demás la injerencia en los asuntos internos o externos de un Estado, figure expresamente en el proyecto de artículos; en cambio, la otra considera que esta disposición no es necesaria.

15. El Sr. DUGARD (Relator Especial) considera que la posición del Sr. Rosenstock traduce bien la opinión general de la Comisión, a saber, que el recurso a la fuerza no está comprendido en la esfera de la protección diplomática. El orador quería simplemente precisar que,

con todo, una minoría de miembros de la Comisión ha adoptado una posición más definida.

16. El Sr. KATEKA considera por su parte que las actas resumidas de las sesiones deben hablar por sí solas y que todo comentario del Relator Especial es superfluo. El orador ha expuesto la idea de que, para la Comisión en general, la protección diplomática es un mecanismo pacífico. Ahora bien, algunos miembros de la Comisión, entre otros el Sr. Candiotti, han expuesto otras ideas. No es posible por este motivo concluir que ha habido unanimidad sobre esta o aquella cuestión.

17. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que el Sr. Economides tiene razón al recordar que existen dos tendencias con relación al artículo 2. La primera, basándose en un principio del derecho internacional general actual, considera que es necesario eliminar toda ambigüedad y, por consiguiente, incluir la prohibición del recurso a la fuerza en el proyecto de artículos. Para los partidarios de la segunda tendencia, ello no es necesario. Otros miembros, entre ellos el Sr. Candiotti, el Sr. Galicki y el Sr. Kamto, han propuesto para resolver el problema que, en el marco del artículo 1, se adopte una formulación en armonía con la primera tendencia. La Comisión no ha adoptado una resolución definitiva.

18. El orador observa con pesar que el resumen presentado por el Sr. Dugard no da una idea correcta de las deliberaciones. En efecto, no se han mencionado cuestiones esenciales de metodología y de tratamiento del tema que se han evocado en varias ocasiones. Todos los miembros de la Comisión se han puesto de acuerdo sobre la necesidad de circunscribir, aclarar y recentrar el tema, lo que no se hace en el informe con mucho acierto. El artículo 1 es esencial al respecto, pues determina la esfera de aplicación de la protección diplomática, de lo que derivan todas las demás disposiciones del proyecto de artículos. Las cuestiones de fondo planteadas por unos y por otros giran esencialmente en torno de este artículo. Por consiguiente, el orador es partidario de que se celebren consultas oficiosas para determinar si es necesario reanudar el examen.

19. El PRESIDENTE recuerda que el debate sobre los artículos 1 a 4 ha concluido, que el Relator Especial lo ha resumido y que, por consiguiente, no es necesario reabrirlo.

20. El Sr. GOCO dice que el artículo 2 ha sido objeto de un debate a fondo, como resultado del cual se ha puesto de manifiesto que la cuestión del recurso a la fuerza no estaba comprendida en la esfera de aplicación de la protección diplomática. Por consiguiente, le parece esencial enunciar en el proyecto de artículos la prohibición absoluta del recurso a la fuerza en el marco de la protección diplomática.

21. El PRESIDENTE cree entender que los miembros de la Comisión aceptan que los artículos 1 y 3 sean reexaminados en el marco de conversaciones oficiosas.

Así queda acordado.

22. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar los artículos 5 a 8 que figuran en su primer informe.

23. El Sr. DUGARD (Relator Especial) indica en primer lugar que el artículo 5 se articula en sustancia en torno del principio enunciado en el asunto Nottebohm, es decir, la necesidad de la existencia de un vínculo efectivo entre el Estado de la nacionalidad y el interesado a los efectos del ejercicio de la protección diplomática. La cuestión planteada es saber si este principio refleja fielmente el derecho consuetudinario y si debe ser o no codificado.

24. El asunto Nottebohm se considera como el fundamento de la opinión según la cual debe haber un vínculo efectivo entre el individuo y el Estado de la nacionalidad, no sólo en caso de doble nacionalidad o de pluralidad de nacionalidades, sino también cuando el individuo sólo tiene una nacionalidad. Ahora bien, dos elementos parecen limitar el efecto del fallo adoptado en este caso concreto, que hacen de él una decisión atípica. Primero, existían sospechas sobre la regularidad de la concesión por Liechtenstein, en virtud de su derecho interno, de su nacionalidad a Nottebohm. Segundo, éste tenía seguramente con Guatemala vínculos más estrechos que con Liechtenstein. Por este motivo, el orador cree que, en este asunto, la CIJ no pretendía pronunciarse sobre el estatuto de la nacionalidad de Liechtenstein del interesado con relación a todos los Estados: la Corte limitó cuidadosamente el alcance de su fallo al derecho de Liechtenstein de ejercer su protección diplomática en beneficio de Nottebohm con respecto a Guatemala y, por consiguiente, dejó sin resolver la cuestión de saber si Liechtenstein habría podido proteger a Nottebohm contra cualquier otro Estado que no fuera Guatemala.

25. Tratándose de la aplicación del principio, se dispone de pocas informaciones sobre la práctica de los Estados y los tratadistas están divididos. Por consiguiente, está justificado reconocer que su aceptación limitaría considerablemente la esfera de aplicación de la protección diplomática, porque en el mundo actual las migraciones y la mundialización tienen como resultado que muchas personas vivan en países de los que no tienen la nacionalidad y muchas personas que poseen la nacionalidad de un Estado por nacimiento o por la nacionalidad de los padres no tienen ningún vínculo efectivo con este Estado. Por este motivo, el orador cree que el principio del vínculo efectivo no se debe aplicar estrictamente y que no conviene derivar de él una norma general. Por consiguiente, el artículo 5 que propone prevé que «a los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, por “Estado de la nacionalidad” se entenderá el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretenda proteger, por razón de lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe». Se apoya sobre dos principios fundamentales que rigen el derecho de la nacionalidad. Primero, el derecho de un Estado a ejercer su protección diplomática reposa sobre la existencia de un vínculo de nacionalidad entre él y el interesado; segundo, corresponde a cada Estado determinar por su legislación los que son sus nacionales. Tiene en cuenta, por otra parte, el hecho de que este derecho, lejos de ser absoluto, es relativo, como lo reconocen la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre

internacional y los principios generales del derecho (párrafos 95 a 105 del informe). Por ejemplo, el nacimiento y la nacionalidad de los padres son considerados como vínculos de conexión satisfactorios para la concesión de la nacionalidad y su reconocimiento a los efectos de la protección diplomática. Ocurre lo mismo, en principio, para la concesión de la nacionalidad por naturalización: de pleno derecho por determinación de la ley en caso de matrimonio o adopción o en respuesta a una demanda del interesado después de haber cumplido la condición de residencia. Sigue siendo cierto que el derecho internacional no reconocerá una naturalización adquirida fraudulentamente o una naturalización conferida de manera discriminatoria, ni tampoco una naturalización conferida en ausencia de todo vínculo entre el Estado de la nacionalidad y el interesado. En este último caso habría abuso de derecho por parte del Estado que confiere su nacionalidad; la naturalización estaría viciada, pues, por la mala fe. Se presume, sin embargo, que el Estado obra de buena fe: dispone de un margen de apreciación cuando determina los vínculos que considera necesarios para conceder su nacionalidad.

26. El artículo 6 versa sobre los casos de doble o múltiple nacionalidad, casos que son un hecho de la vida internacional aunque no lo reconozcan todos los Estados. La cuestión que se plantea es saber si un Estado de la nacionalidad puede ejercer su protección diplomática frente a otro Estado de la nacionalidad con relación a un nacional que posee dos o varias nacionalidades. Esta cuestión se aborda de manera diferente desde los puntos de vista de las actividades de codificación, la práctica de los Estados, la jurisprudencia o la doctrina, tal como se expone en los párrafos 122 a 159 del informe. Existe, sin embargo, coincidencia con la regla preconizada en el artículo 6: bajo ciertas reservas, el Estado de la nacionalidad puede ejercer su protección diplomática a favor de un nacional perjudicado contra otro Estado del que la persona perjudicada sea también nacional cuando la nacionalidad dominante o efectiva de la persona sea la del primer Estado. El criterio de la nacionalidad dominante o efectiva es importante y los tribunales habrán de apreciar cuidadosamente si el interesado tiene vínculos más estrechos con un Estado que con otro.

27. El artículo 7, que trata del ejercicio de la protección diplomática en favor de una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad contra un tercer Estado, a saber, un Estado del que no tenga la nacionalidad, prevé que todo Estado de la nacionalidad puede presentar una reclamación en este sentido, sin tener que aportar la prueba de la existencia de un vínculo efectivo entre él mismo y el interesado: basta que el vínculo de nacionalidad se haya establecido según los criterios enunciados en el artículo 5. En este sentido, sobre un fondo de opiniones divergentes, se trata de una regla de transacción, fundada sin embargo en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas.

28. La norma enunciada en el artículo 8, que se refiere al ejercicio de la protección diplomática en favor de un apátrida o de un refugiado, se desprende del desarrollo progresivo del derecho internacional. Se aparta de la posición tradicional, puesta de manifiesto en el asunto Dickson Car Wheel Company. Existe un gran número de

convenios sobre los apátridas y los refugiados, concertados en particular después del fin de la segunda guerra mundial, pero ninguno trata de la cuestión de su protección diplomática. Cierta número de tratadistas considera que es necesario colmar esta laguna. En efecto, es necesario que algún Estado pueda ejercer su protección diplomática en favor de un apátrida o de un refugiado, y este Estado es el Estado de residencia, quedando entendido que la residencia es un aspecto importante de la relación con el Estado, como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Falta saber si la Comisión está dispuesta a marchar por este camino cuando la práctica y la jurisprudencia en la materia son inexistentes.

29. El Sr. BROWNLIE rinde homenaje al Relator Especial por su notable labor de investigación: el informe contiene muchas informaciones muy útiles, en particular sobre la jurisprudencia aplicable, por ejemplo, sobre las decisiones adoptadas en el marco de jurisdicciones especializadas, entre ellas el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos o la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (creada como consecuencia del conflicto entre Kuwait y el Iraq). Con todo, el orador no comparte íntegramente el análisis del Relator Especial y tiene que formular graves críticas acerca de los artículos 5 a 8.

30. En el artículo 5, que basa el derecho de protección diplomática sobre la nacionalidad, no se tienen en cuenta ciertas realidades sociales y políticas. Todo el mundo sabe que, en muchas sociedades tradicionales, no existe ningún servicio de inscripción de los nacimientos y que en estas sociedades un gran número de personas todavía analfabetas tendrían muchas dificultades para probar su nacionalidad. Hay también el caso de las víctimas de la guerra o de los refugiados que atraviesan las fronteras en condiciones angustiosas y, por lo general, sin documentación y que, como máximo, pueden decir de dónde provienen. Es evidente que, para todas estas personas, reclamar pruebas de la nacionalidad (y en particular pruebas documentales) carece de sentido; lo que cuenta son los hechos.

31. Desde esta perspectiva, el principio de la «nacionalidad efectiva» puede presentar un interés al brindar una base para determinar la nacionalidad cuando no existe otra. Ahora bien, la posición del Relator Especial a este respecto no parece muy clara. Después de haber mostrado una gran circunspección en el párrafo 117 del informe y haber afirmado en el comentario del artículo 5 que el requisito del vínculo auténtico exigido en el asunto *Nottebohm* menoscabará gravemente la doctrina tradicional de la protección diplomática si se lo aplica de manera estricta, ya que privará literalmente a millones de personas de las ventajas de esa protección, vuelve sobre este principio en los comentarios de los artículos 6 y 8 y le atribuye una función considerable y, esta vez, positiva.

32. El orador hace notar de pasada que no es en relación con el asunto *Nottebohm* cuando el principio de la nacionalidad efectiva o dominante se enunció por primera vez. Este principio es mucho más antiguo y existe una abundante jurisprudencia de lengua francesa al respecto. Además, en la práctica de los Estados se hace constantemente referencia a la residencia —y no a la nacionalidad— como vínculo de conexión que se ha de tener en

cuenta para la solución de los conflictos territoriales. Lo cierto es que, en el mundo real, la residencia es lo que debería constituir la base de la protección diplomática cuando es imposible presentar pruebas documentales de la nacionalidad.

33. Sin pretender por el momento hacer una propuesta de redacción en buena y debida forma, el orador cree que sería oportuno añadir al final del artículo 5, después de las palabras «naturalización de buena fe», una fórmula que se podría enunciar del modo siguiente: «u otros vínculos de conexión reconocidos por el derecho internacional».

34. El Sr. OPERTTI BADAN comparte totalmente el punto de vista del Sr. Brownlie y va todavía más lejos. Basar el derecho de protección diplomática sobre la nacionalidad equivale no sólo a olvidar el caso de los apátridas y de los refugiados, sino también el caso, cada vez más frecuente, de los nacionales que han establecido su residencia en el extranjero. Ahora bien, el lugar de residencia crea con el Estado de acogida un vínculo auténtico tan efectivo como la nacionalidad. Incluso si ello constituye una evolución con relación a las concepciones tradicionales, ésta es una realidad del mundo contemporáneo que la Comisión debe tener en cuenta. El orador sugiere que, en el marco del examen de los artículos 5 a 8, la residencia no se considere sólo como un elemento accesorio sino como un auténtico factor de conexión.

Actos unilaterales de los Estados
(A/CN.4/504, secc. C, A/CN.4/505², A/CN.4/511³)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

35. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) presenta su tercer informe sobre los actos unilaterales del Estado (A/CN.4/505) e indica que este informe se compone de una introducción general, en la que examina en particular la posibilidad de inspirarse, para el tema objeto de examen, de la Convención de Viena de 1969 y evoca la relación existente entre el acto unilateral y el estoppel, y de un primer capítulo en el que propone una reformulación de los artículos 1 a 7 que figuraban en su segundo informe⁴. El nuevo proyecto de artículos es el siguiente:

Artículo 1.—Definición del acto unilateral

A los efectos de los presentes artículos se entiende por acto unilateral del Estado una manifestación de voluntad inequívoca del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organi-

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Anuario... 1999, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/500 y Add.1. El texto del proyecto de artículos incluido en su segundo informe figura en *ibid.*, vol. I, 2593.^a sesión, párr. 24.

zaciones internacionales y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional.

Artículo 2.—La capacidad del Estado de formular actos unilaterales

Todo Estado tiene la capacidad de formular actos unilaterales.

Artículo 3.—Personas habilitadas para formular actos unilaterales en nombre del Estado

1. El Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores son considerados representantes del Estado para formular actos unilaterales en su nombre.

2. También se consideraría que una persona está habilitada para formular actos unilaterales en su nombre si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados o de otras circunstancias que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona habilitada para actuar en su nombre para esos efectos.

Artículo 4.—La confirmación ulterior de un acto formulado por una persona no habilitada para ello

Un acto unilateral formulado por una persona que conforme al artículo 3 no está habilitada para actuar en nombre del Estado no surtirá efectos jurídicos a menos que sea confirmado expresamente por ese Estado.

Artículo 5.—Nulidad del acto unilateral

a) Si el acto ha sido formulado sobre la base de un error de hecho o de una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de su formulación y ese hecho o esa situación constituyeran una base esencial del consentimiento para vincularse por tal acto. Lo anterior no se aplicará si el Estado contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueran tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error;

b) Si el Estado ha sido inducido a formular tal acto por la conducta fraudulenta de otro Estado;

c) Si el acto ha sido formulado mediante la corrupción de la persona que lo realiza, efectuada directa o indirectamente por otro Estado;

d) Si en la formulación del acto ha mediado la coerción sobre la persona que lo realiza mediante acto o amenazas dirigidos contra ella;

e) Si la formulación del acto ha sido obtenida por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas;

f) Si el acto unilateral, en el momento de su formulación, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional;

g) Si el acto unilateral, en el momento de su formulación, contradice una decisión del Consejo de Seguridad;

h) Si el acto unilateral formulado es contrario a una norma de importancia fundamental del derecho interno del Estado autor del acto.

36. Por desgracia, en el momento de la elaboración del tercer informe, el Relator Especial no había recibido ninguna respuesta de los gobiernos al cuestionario distribuido por la Secretaría a todos los gobiernos el 30 de septiembre de 1999⁵ sobre sus prácticas en materia de actos unilaterales, aunque algunos de ellos han respondido después.

⁵ Véase la resolución 54/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1999, párr. 4.

37. Todo el mundo reconoce el lugar importante que ocupan los actos unilaterales en las relaciones internacionales y la necesidad de elaborar normas precisas para regular su funcionamiento; sin embargo, esta labor de codificación y de desarrollo progresivo ha de vencer dificultades particularmente graves por el hecho de que estos actos son de carácter muy diverso, hasta el punto de que varios gobiernos han expresado dudas sobre la posibilidad de dictar normas que sean aplicables de modo general. El orador considera sin embargo que esta opinión se ha de matizar, pues ha de ser posible encontrar redacciones comunes para todos estos actos y, por consiguiente, elaborar cierto número de reglas valederas para todos.

38. En lo que se refiere a la posibilidad de utilizar la Convención de Viena de 1969 como fuente de inspiración, recuerda que los miembros de la Comisión han expresado al respecto opiniones muy dispares, incluso contradictorias, en los precedentes períodos de sesiones. Para evitar que se reabra un debate sin fin sobre esta cuestión, el orador es, por su parte, partidario de adoptar una posición intermedia: si bien una transposición mera y simple de los artículos de la Convención a los actos unilaterales no es evidentemente previsible, no es tampoco posible ignorar esta Convención y sus trabajos preparatorios. Las partes de la Convención relacionadas con la elaboración, la aplicación, los efectos jurídicos, la interpretación y la duración del acto brindan indiscutiblemente un modelo muy útil, aunque los actos unilaterales tienen por supuesto características propias.

39. La relación entre los actos unilaterales y el estoppel (o forclusión) es, por lo demás, del todo evidente. Pero, como se señala en el párrafo 27 del informe, debe tenerse en cuenta que los actos y comportamientos relacionados con el estoppel no tienen como objetivo preciso crear una obligación jurídica a cargo del Estado que lo realiza; además el elemento característico del estoppel no es el comportamiento sino la confianza que se crea en otro Estado.

40. Teniendo en cuenta las observaciones formuladas tanto por los miembros de la CDI en el anterior período de sesiones como por la Sexta Comisión, el orador ha procurado reformular con extremo cuidado el artículo 1 (antiguo artículo 2) dedicado a la definición de los actos unilaterales. Esta definición es muy importante pues sobre ella reposará todo el proyecto de artículos. Lo que se pretende no es dar la significación de un término sino más bien definir una categoría de actos para poder circunscribir el tema. Son determinantes a este respecto diferentes elementos: la intención del Estado autor del acto, la utilización del término «acto», los efectos jurídicos y la cuestión de la autonomía o, más concretamente, de la «no dependencia» de tales actos. En efecto, todos los actos unilaterales —trátese de la protesta como de la renuncia, el reconocimiento, la promesa, las declaraciones de guerra, etc.— tienen en común ser manifestaciones de voluntad unilaterales y de ser formuladas por un Estado en relación con un destinatario (sea un Estado, sean varios Estados, sea la comunidad internacional en su conjunto o una o varias organizaciones internacionales) con la intención de producir efectos jurídicos. Ahora bien, en la práctica, el hecho de que los actos unilaterales se puedan manifestar de diversas formas plantea serias

dificultades: así, por ejemplo, la protesta —al igual que la promesa— puede formularse mediante una declaración escrita o verbal, pero también mediante comportamientos que se pueden denominar «concluyentes», como la ruptura o la suspensión de las relaciones diplomáticas o, también, el retiro de su embajador. Se plantea la cuestión de saber si estos actos son verdaderamente actos unilaterales que caben dentro del marco del proyecto de artículos.

41. Esto sentado, se encuentra en todos los actos unilaterales un elemento fundamental que es el de la intención del Estado autor del acto. Sobre la base de la intención puede determinarse si un Estado pretende o no comprometerse jurídica o políticamente en el plano internacional. Si el Estado no pretende contraer este compromiso, no se puede hablar propiamente dicho de acto unilateral.

42. Se observará que, en el nuevo proyecto de artículo 1, el término «acto» ha venido a sustituir al término «declaración» utilizado en el anterior artículo 2. Desde luego, es generalmente por medio de una declaración escrita o verbal el modo en que los Estados expresan la renuncia, la protesta, el reconocimiento, la promesa, etc. y parecía, en principio, que este término podría servir de denominador común. Sin embargo, el orador se ha sumado en definitiva a la opinión de aquellos que consideraban que este criterio era demasiado restrictivo y que tal vez la palabra «declaración» no se podía aplicar a determinados actos unilaterales. Por consiguiente, ha decidido utilizar la palabra «acto», que es un término genérico más amplio y que tiene la ventaja de no excluir, a priori, ningún acto material, aunque subsistan dudas acerca de la posibilidad de considerar como actos unilaterales ciertos actos o comportamientos concluyentes como los referidos en el contexto de la protesta.

43. Otra cuestión, ya abordada, es la de los efectos jurídicos, que será desarrollada por supuesto en una etapa ulterior. En la versión anterior, los efectos jurídicos se limitaban a las obligaciones que podía adquirir el Estado a través de un acto unilateral, pero después de las deliberaciones que ha habido en la Comisión se concluyó que la expresión «producir efectos jurídicos» era más amplia y permitía considerar la posibilidad de que el Estado no solamente pudiera contraer obligaciones sino también reafirmar derechos. Tal como dice la doctrina, mediante un acto multilateral un Estado no puede imponer obligaciones a otros Estados, aunque sí se pueden activar ciertos deberes que incumben a estos Estados en virtud del derecho internacional general o de los tratados. Tal es, por ejemplo, el caso de los actos unilaterales del Estado relacionados con el establecimiento de la zona económica exclusiva. Al obrar así, el Estado reafirma los derechos que le confieren el derecho internacional general o el derecho convencional y activa ciertas obligaciones que incumben a otros Estados. Desde luego, esta afirmación no contradice los principios claramente establecidos en el derecho internacional que se enuncian en las máximas *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* y *res inter alios acta*, pues es claro que el Estado no puede imponer obligaciones a la carga de otro Estado si éste no lo acepta.

44. Por otra parte, el término «autonomía» empleado en el anterior proyecto de artículo 2 para caracterizar los actos unilaterales ha dejado de figurar en el nuevo pro-

yecto de artículo, habida cuenta de las opiniones contrarias expresadas por algunos miembros de la Comisión y recogidas en el párrafo 63 del informe. El Relator Especial considera sin embargo que será necesario tal vez aportar algunas precisiones en los comentarios para hacer una distinción entre los actos unilaterales que dependen de un tratado y los actos unilaterales propiamente dichos. El Relator Especial ha considerado siempre que podía establecerse una doble dependencia: dependencia con relación a otro acto y dependencia con relación a la aceptación del acto unilateral por su destinatario. Ello le había llevado a prever en su primer informe la noción de doble autonomía⁶, que se ha abstenido de mencionar en el nuevo proyecto, pues los comentarios de los miembros de la Comisión han estado lejos de ser favorables. Ahora bien, incluso si no se utiliza la palabra «autónomo» debe quedar bien entendido que los actos unilaterales referidos no dependen de otros actos jurídicos preexistentes ni de otras normas jurídicas. La cuestión sigue abierta y el Relator Especial espera con interés que se exprese la opinión mayoritaria de la Comisión al respecto.

45. Otra cuestión tratada en el informe es la relativa al carácter inequívoco del acto unilateral. Como ya se ha dicho, la manifestación de la voluntad del Estado debe ser inequívoca y esta cuestión está vinculada más a la intención del Estado que al contenido del acto. En efecto, la manifestación de la voluntad debe ser clara, aunque el contenido del acto pueda no serlo. Por «inequívoca» es necesario entender «clara», pues como ha dicho el representante de un Estado en la Sexta Comisión es evidente que no hay acto jurídico unilateral si el Estado que lo realiza no tiene claramente la intención de producir un efecto normativo.

46. Finalmente, siempre en lo que se refiere al nuevo proyecto de artículo 1, el término «públicamente», que debía interpretarse como conocimiento del Estado destinatario del acto, el cual debe tener conocimiento de éste para que produzca sus efectos, ha sido sustituido por la frase «y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional». Lo importante es reflejar en el proyecto que el acto debe ser del conocimiento del destinatario, pues los actos unilaterales del Estado le obligan en la medida en que ha entendido comprometerse jurídicamente y si los otros Estados interesados han tenido conocimiento de este compromiso.

47. Por otra parte, en el informe objeto de examen se sugiere la supresión de un artículo inspirado en el artículo 3 de la Convención de Viena de 1969 por considerar que, distintamente a lo que ocurre en ésta, el proyecto de artículos se refiere a los actos unilaterales en el sentido genérico del término, que abarca todas las categorías de actos unilaterales. La Convención se refiere a un tipo de actos convencionales, el tratado, que la Convención define pero sin excluir los otros actos, distintos del tratado, a los que la Convención se podría aplicar también. Además, se ha tenido en cuenta la opinión de los miembros de la Sexta Comisión que no deseaban incluir en el proyecto un artículo relacionado con esta cuestión.

⁶ Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/486.

48. El nuevo proyecto de artículo 2 mantiene la esencia del antiguo artículo 3, con los ajustes de redacción sugeridos por los miembros de la Comisión en el anterior período de sesiones. En el informe se presenta también un nuevo proyecto de artículo 3, que se inspira en gran medida en el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 y recoge el texto del antiguo artículo 4 con algunas modificaciones. Algunos Estados han indicado que, en el caso de la capacidad de los representantes o de otras personas para comprometer al Estado, podía seguirse de cerca la Convención. El Relator Especial ha considerado que el párrafo 1 del proyecto de artículo debe mantenerse igual, recordando los comentarios que se hicieron cuando se presentó el segundo informe, que en gran medida recogen los comentarios expresados cuando la Comisión adoptó su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y los formulados por los representantes en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. En cambio, se ha modificado el párrafo 2 y se ha ampliado su esfera de aplicación para permitir que otras personas distintas de las mencionadas en el párrafo 1 puedan actuar en nombre del Estado y comprometerle en el plano internacional. Este texto responde a la especificidad de los actos unilaterales y se aleja de la disposición correspondiente de la Convención. Se trata en efecto de tener en cuenta la necesidad de crear una mayor confianza y seguridad en las relaciones internacionales, aunque pudiera contrariamente pensarse que una disposición de esta naturaleza pudiese producir un efecto contrario. El Relator Especial piensa, por su parte, que extender tal habilitación a otras personas que se considere que puedan actuar en nombre del Estado pudiera más bien favorecer la confianza, que es precisamente la base de la labor que la Comisión trata de realizar. En este párrafo se utilizan los términos «persona» y «habilitada», que sustituyen a las palabras «representante» y «autorizada», que no fueron aceptadas el pasado período de sesiones por los motivos expuestos en los párrafos 106 y 107 del tercer informe.

49. El nuevo proyecto de artículo 4, cuyo origen está en la Convención de Viena de 1969, se mantiene en los mismos términos presentados en el antiguo artículo 5. Esta disposición intenta resolver dos cuestiones diferentes: cuando la persona que actúa no está habilitada para representar al Estado o cuando ella, estando autorizada, no tiene la facultad específica para actuar en determinada área o bien, estando habilitada y actuando en el área de su competencia, se excede en su actuación. En estos casos, el Estado puede confirmar este acto. Según la Convención, esta confirmación del Estado puede ser expresa o tácita, pero en este caso concreto, considerando la especificidad de los actos unilaterales y que, en algunos casos, el enfoque debe ser restrictivo, se ha considerado que tal confirmación debería ser expresa para dar mayores garantías al Estado que formula el acto unilateral.

50. En el segundo informe se había incluido una disposición específica, el proyecto de artículo 6, relativa a la manifestación del consentimiento, la cual fue considerada como demasiado convencional, es decir, demasiado próxima a la disposición correspondiente de la Convención de Viena de 1969 y, por lo tanto, no aplicable o no justificable en el contexto de los actos unilaterales.

Como se indica en el párrafo 125 del informe, si se considera que, efectivamente, los artículos 3 y 4 pueden cubrir la expresión del consentimiento, una disposición específica sobre la manifestación de voluntad o la expresión del consentimiento no sería necesaria. La cuestión de la manifestación de la voluntad está íntimamente vinculada al nacimiento del acto, es decir, al momento en que el acto produce sus efectos jurídicos, lo que, en el caso de los actos unilaterales, es el momento de su formulación. En cambio, según el derecho de los tratados, el nacimiento de un tratado o el momento en que produce sus efectos jurídicos están relacionados con su entrada en vigor. Esta cuestión es sin duda alguna la más compleja e importante del tema y será tratada en la segunda parte del informe, del que la Comisión debe ocuparse en una etapa ulterior.

51. En cuanto al silencio, que está relacionado con la expresión del consentimiento, el Relator Especial considera, para descartarlo del estudio, que no es un acto jurídico, como lo reconoce la mayoría de los miembros de la Comisión, aunque no por ello se pueda decir que no produce efectos jurídicos. Sabida es, por el contrario, la importancia que tiene el silencio en la formación de voluntades y de acuerdos y en relación con los mismos actos unilaterales. Ahora bien, independientemente de que el silencio sea o no un acto jurídico e independientemente del hecho de que el presente estudio se refiera a actos formulados con la intención de producir un efecto jurídico, el silencio, a juicio del Relator Especial, no puede ser considerado como independiente de otro acto. Por el silencio un Estado puede aceptar una situación e incluso renunciar a un derecho, aunque difícilmente pueda realizar una promesa. En todo caso, el silencio es esencialmente un comportamiento reactivo que necesariamente debe estar relacionado con otro comportamiento, con una actitud o con un acto jurídico anterior.

52. Finalmente, se aborda en el informe la cuestión de la nulidad del acto unilateral, que debe ser examinada a la luz de la Convención de Viena de 1969 y del derecho convencional en general. El nuevo proyecto de artículo 5 se inspira de manera general en las disposiciones de la Convención y recoge el antiguo artículo 7 presentado en el segundo informe, y el Relator Especial indica que, en el nuevo texto, ha añadido un motivo importante de nulidad, en respuesta a una observación que hizo el Sr. Dugard el pasado período de sesiones⁷, en lo que se refiere a la nulidad de un acto contrario a una decisión adoptada por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, relativo al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. Aunque el Consejo puede adoptar también decisiones en virtud del Capítulo VI acerca de la creación de comisiones de investigación, este motivo de nulidad se refiere únicamente a las decisiones del Consejo adoptadas en virtud del Capítulo VII.

53. En conclusión, el Relator Especial indica que su informe constituye una introducción general al tema y que tiene la intención de desarrollar sus diferentes aspectos teniendo en cuenta las orientaciones que le den los

⁷ Anuario... 1999, vol. I, 2595.ª sesión, párr. 24.

miembros de la Comisión en el marco del grupo de trabajo que ésta debe crear.

54. El Sr. CANDIOTI da a las gracias al Relator Especial por sus esfuerzos para sistematizar una cuestión que plantea muchas dificultades a causa de la complejidad y diversidad de sus aspectos y para aportar nuevos elementos que permiten circunscribir y precisar el objeto del estudio. Comparte las apreciaciones del Relator Especial acerca de la importancia de los actos unilaterales en la práctica cotidiana de la diplomacia y acerca de la necesidad de intentar un ordenamiento y explicitación de los principios generales del derecho y de las reglas consuetudinarias que regulan la materia a fin de contribuir a la estabilidad de las relaciones internacionales. Es de lamentar al respecto que pocos Estados hayan respondido hasta ahora al cuestionario que les ha enviado la Secretaría sobre la cuestión. Las informaciones que brindarían las respuestas a este cuestionario, en particular sobre las prácticas concretas en materia de actos unilaterales, serían de invalorable utilidad para los trabajos del Relator Especial y de la Comisión.

55. El orador, al igual que el Relator Especial, cree que las normas del derecho de los tratados codificadas por la Convención de Viena de 1969 constituyen una fuente de inspiración para el análisis de las reglas que gobiernan los actos unilaterales de los Estados. Los tratados y los actos unilaterales son en efecto dos especies de un mismo género: el género de los actos jurídicos. Por lo tanto, las reglas que reflejan los elementos y las características comunes a cualquier tipo de actos jurídicos deberían ser aplicables tanto a los actos jurídicos bilaterales, los tratados, como a los actos jurídicos unilaterales. Ahora bien, este paralelismo no puede entrañar una transposición automática de las normas de la Convención a la codificación de las reglas que gobiernan los actos unilaterales de los Estados. Existen diferencias importantes y por ello el Relator Especial aconseja, muy prudentemente, «un paralelismo flexible».

56. Son válidas las observaciones del Relator Especial sobre la cuestión del estoppel y su eventual vinculación con los actos unilaterales. Es indudable que el estoppel no es en sí un acto jurídico, ni bilateral ni unilateral, sino una situación o un efecto que se produce en ciertas circunstancias, tanto en el marco de los actos jurídicos como en el de los meros hechos, y que produce determinadas consecuencias sobre una relación jurídica entre dos o más sujetos de derecho internacional. Conviene, pues, descartarlo por ahora del estudio general de los actos unilaterales y reservar para más adelante la consideración de su eventual incidencia en contextos particulares.

57. Con relación a la definición del acto unilateral en el nuevo proyecto de artículo, la nueva formulación propuesta por el Relator Especial, que es una versión simplificada de sus anteriores propuestas, es un paso adelante, aunque todavía pueda ser sin duda susceptible de mejoramiento. La definición debe enunciar los elementos esenciales del acto unilateral, es decir, una expresión o manifestación de voluntad mediante la cual un Estado, por sí solo, sin necesidad del concurso de otro u otros sujetos de derecho internacional, se propone producir efectos jurídicos en el plano internacional. Por consiguiente, los elementos de la definición son dos, a saber,

la expresión unilateral de voluntad por un Estado y la intención de producir por este medio efectos jurídicos en el plano internacional. Con buen criterio, el Relator Especial descarta el concepto de autonomía, que es ambiguo y puede significar simultáneamente dos cosas distintas, a saber, la unilateralidad de la manifestación de voluntad y la exclusión del campo de estudio de aquellos actos unilaterales que están regulados por otras normas específicas.

58. A juicio del orador, se podría eliminar también el adjetivo «inequívoca», que califica la manifestación de la voluntad. En efecto, debe entenderse que siempre, en derecho, la expresión de la voluntad tiene que ser entendible y clara; si es equívoca y no se la puede aclarar a través de los medios normales de interpretación, no crea un acto jurídico. Por lo demás, en la definición de «tratado» que figura en la Convención de Viena de 1969 no se exige que el acuerdo de voluntades sea «inequívoco», pero va de suyo que tiene que serlo para constituir verdaderamente un acuerdo.

59. En cuanto a la necesidad del conocimiento por el destinatario del acto de expresión de voluntad, no es necesario tampoco desarrollar en detalle esta cuestión en la definición. En efecto, este aspecto está implícito en las palabras «expresión» o «manifestación» de la voluntad. Una voluntad que no se expresa o manifiesta de una manera que pueda llegar a ser conocida por sus eventuales destinatarios no puede tener valor jurídico alguno. Ésta parece ser más bien una condición de validez que un elemento de la definición.

60. En lo que se refiere al nuevo proyecto de artículo 3, el orador está de acuerdo con los criterios expuestos por el Relator Especial para justificar las reglas contenidas en los dos párrafos de este texto. No obstante, con relación al párrafo 2, en vez de referirse a los «Estados interesados», correspondería atenerse solamente a la práctica y a la intención del Estado que realiza el acto unilateral, ya que en principio este es el único «Estado interesado» cuya expresión de voluntad, a través de otras personas habilitadas —fuera del Jefe de Estado o de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores—, configura el acto unilateral.

61. En lo que se refiere al nuevo proyecto de artículo 5, relativo a la nulidad del acto unilateral, es necesario probablemente considerarlo como una aproximación preliminar al problema, pues la enunciación de las causales de nulidad debe sistematizarse y elaborarse con más detalle. Quizás el Relator Especial, en un trabajo ulterior, después de haber estudiado la cuestión de la nulidad del acto unilateral, podría tratar de establecer cuáles son las condiciones de validez de los actos unilaterales. A este respecto, sería necesario considerar el contenido materialmente posible del acto, la licitud del acto conforme al derecho internacional, la ausencia de vicios en la manifestación de voluntad, la necesidad de notoriedad en la expresión de la voluntad y la producción de efectos en la esfera internacional. Una vez identificadas y desarrolladas estas condiciones será más fácil una presentación articulada de las reglas relativas a la nulidad.

62. Para finalizar, el orador dice que aguarda con sumo interés la continuación del examen del tema del Relator

Especial, que promete tratar materias sumamente importantes como la forma, los efectos, el fundamento de la obligatoriedad, la interpretación, la modificación, la duración, la suspensión y la revocación del acto unilateral. El orador está seguro de que, una vez que el Relator Especial haya presentado estos desarrollos a la Comisión, ésta tendrá una visión global de los aspectos más importantes del tema y estará en condiciones de profundizar y enriquecer el debate y de hacer progresar los trabajos.

63. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA rinde homenaje a la excelente labor realizada por el Relator Especial para tener en cuenta las preocupaciones tanto de los miembros de la CDI como de los representantes de los Estados en la Sexta Comisión. Hay ritmo y movimiento en el tercer informe del Relator Especial, aunque queden por resolver algunas cuestiones de fondo, entre ellas la de la recepción de la manifestación de la voluntad por el destinatario del acto y, en particular, la forma de esta recepción, así como la de la especificación del destinatario o de la generalidad del círculo de los destinatarios.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2625.ª SESIÓN

Martes 23 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación)
(A/CN.4/506 y Add.1¹)

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir debatiendo los proyectos de artículo 5 a 8, contenidos en el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/506 y Add.1).

2. El Sr. SIMMA desea expresar su desacuerdo con algunas de las observaciones hechas por el Sr. Brownlie (2624.ª sesión). En particular, no sabe muy bien a qué se

refería el Sr. Brownlie cuando criticó al Relator Especial por no haber tenido en cuenta la residencia habitual en la lista de factores que vinculan al Estado con la persona y que se enumeran en el proyecto de artículo 5. Si se refería a la residencia habitual como medio de adquirir la nacionalidad, ésta es una cuestión que se debatió largamente en el examen del tema de la nacionalidad en relación con la sucesión de los Estados y no es oportuno volverla a debatir aquí.

3. Sin embargo, suponiendo que pudiera tenerse en cuenta la residencia habitual en el contexto de la protección diplomática, se plantean dos cuestiones. En primer lugar, la residencia habitual de una persona en un Estado, ¿da a este Estado el derecho a ejercer la protección diplomática? A su juicio, si la persona interesada posee otra nacionalidad adquirida *jure soli* o *jure sanguinis*, o por naturalización de buena fe, el Estado cuya única vinculación con la persona consista en la residencia habitual de ésta en el mencionado Estado no adquiere, en virtud solamente de este hecho, el derecho a ejercer la protección diplomática. La situación sería distinta si la persona interesada fuera apátrida o refugiada, posibilidad esta que se consideró en relación con el artículo 8. En segundo lugar, un Estado cuya nacionalidad haya adquirido una persona natural mediante el *jus soli*, el *jus sanguinis* o la naturalización ¿pierde el derecho a la protección diplomática si la persona interesada reside habitualmente en otro país? El Sr. Brownlie pareció dar a entender que ello era así. En tales circunstancias, la residencia habitual se convertiría en el enemigo natural de la protección diplomática. El orador rechaza categóricamente esta opinión, que en el peor de los casos podría conducir a una reactivación de la cláusula Calvo², y apoya sin reservas el argumento del Relator Especial que figura en el párrafo 117 del informe y que fue fuertemente criticado por el Sr. Brownlie.

4. A diferencia también del Sr. Brownlie, el Sr. Simma entiende que la manera en que el Relator Especial hizo valer el asunto Nottebohm fue inteligente y oportuna. Considerando que se trata del principal asunto de referencia en materia de protección diplomática, no puede estar de acuerdo en que se le haya atribuido demasiada importancia. Observa incidentalmente que la expresión «del *jus soli* o del *jus sanguinis*» del párrafo 112 debería leerse «del *jure soli* o del *jure sanguinis*».

5. Insta al Relator Especial a que trate más a fondo la cuestión de la naturalización de mala fe y sus consecuencias en sus comentarios al artículo 5, y desearía también que se examinara con más detenimiento la distinción entre la naturalización de buena o de mala fe.

6. Acepta la idea de fondo del artículo 6 y apoya la inclusión de una referencia a la nacionalidad «dominante y efectiva». También acepta la sugerencia de que dicha referencia figure después del artículo 7. La referencia de los párrafos 155 y 156 al Tratado de Bar-Yaacov³ induce hasta cierto punto a error, por cuanto lo que se llama la práctica contemporánea de los Estados Unidos se remonta en realidad al siglo XIX. En lo relativo al artículo 7, la Comisión debería decidir cómo desea abordar la cuestión

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

² Véase Anuario... 1956, vol. II, págs. 203 y 204, doc. A/CN.4/96.

³ N. Bar-Yaacov, *Dual Nationality*, Londres, Stevens and Sons, 1961.

de la neutralidad terminológica en lo que concierne al género.

7. Es partidario de retener el artículo 8, aunque es un claro ejemplo de la coincidencia entre la responsabilidad del Estado con respecto a las obligaciones erga omnes y la protección diplomática. El término «protección» del párrafo 181 está empleado en sentido lato, cosa que debería evitarse en el contexto de la protección diplomática.

8. El Sr. LUKASHUK informa a la Comisión de que la mayoría de los miembros participantes en las consultas oficiosas celebradas el día anterior se pronunciaron a favor de las propuestas del Relator Especial.

9. Aunque por lo general acata las opiniones del Sr. Simma en lo tocante a la gramática latina, observa que habitualmente las expresiones *ius soli* y *ius sanguinis* se emplean en nominativo.

10. En cuanto al fondo del informe, quizás se presta demasiada atención, tanto en los comentarios como en los proyectos de artículos, a las cuestiones de la nacionalidad que guardan relación con un sector distinto del derecho internacional. El artículo 5, por ejemplo, es un intento de definir los medios legítimos de adquirir la nacionalidad «por razón de lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización». A su modo de ver sería más correcto decir que «...se entenderá el Estado cuya nacionalidad posea (legítimamente) la persona a quien se pretenda proteger».

11. Si bien reconoce la pertinencia de las cuestiones de la nacionalidad para el tema de la protección diplomática y la conveniencia de resolver algunas de ellas en este contexto, estima que la protección diplomática es de por sí un tema suficientemente complejo y que sería adecuado aplazar el examen de algunas de las cuestiones relacionadas con la nacionalidad hasta que se complete el proyecto. El artículo 5 sería aceptable si se modificara en los términos que ha propuesto.

12. El artículo 6 tiene por objeto revocar una norma reconocida del derecho internacional, según la cual el Estado de nacionalidad no puede ejercer la protección diplomática contra un Estado del que la persona perjudicada sea también nacional. Ciertamente es que hay motivos para efectuar esta alteración, pero no ha llegado todavía el momento oportuno. Es evidente que el Estado de nacionalidad puede ejercer una cierta protección en favor de un nacional frente a un Estado del que esta persona también sea nacional. Sin embargo, ello no significa que el derecho de protección diplomática se ejerza con todas sus consecuencias. Propone, pues, que el artículo 6 se deje también en suspenso.

13. Aunque los importantes cambios de la práctica existente que entrañaría la aplicación del artículo 7 están sobradamente justificados, no tienen en cuenta los derechos del tercer Estado en cuyo territorio esté presente la persona interesada. En su opinión, convendría añadir un tercer párrafo al artículo que dejase en claro que el tercer Estado está facultado a conferir el derecho de protección diplomática a uno solo de los Estados de la nacionalidad.

14. Por último, el artículo 8 refleja el desarrollo progresivo del derecho internacional y está corroborado por la

práctica internacional y por instrumentos tales como el Convenio Europeo sobre Funciones Consulares. El problema de la protección de las personas apátridas y los refugiados es sumamente pertinente, ya que hay muchos millones de personas pertenecientes a estas categorías en todo el mundo. Entiende que la fórmula *and/or* de la versión inglesa podría sustituirse por *or*. El texto entre corchetes podría suprimirse, ya que la residencia legal en el Estado demandante es prueba suficiente de la existencia de un vínculo efectivo.

15. El Sr. HERDOCIA SACASA da las gracias al Relator Especial por su bien documentado informe y dice que el tema de la protección diplomática supone un formidable desafío para la Comisión, por cuanto se trata de reafirmar la validez de una institución respecto de la cual los tribunales de arbitraje, los tribunales civiles y las comisiones especiales han tomado muchas decisiones complejas, y de reflejar en sus actuaciones no sólo la tradición reconocida sino también novedades recientes como es la condición de la persona como sujeto de derecho internacional y participante en el ordenamiento jurídico internacional, especialmente en las esferas de los derechos humanos y el derecho humanitario. Otro difícil objetivo es el de promover el desarrollo progresivo de la protección diplomática, especialmente en favor de las personas apátridas y los refugiados.

16. Aunque el artículo 5 esclarece hasta cierto punto el significado del término «Estado de nacionalidad», su alcance podría resultar algo restrictivo. La lista de factores vinculantes puede incluir otros nexos reconocidos por el derecho internacional, como ha observado el Sr. Brownlie. En particular, el caso de las personas apátridas y los refugiados, mencionado en el artículo 8, debería quedar comprendido en las disposiciones del artículo 5. Algunos autores sostienen que, además de los nacionales propiamente dichos, otras personas podrían estar representadas o protegidas en virtud de acuerdos especiales por un Estado que no fuera el de su nacionalidad. Por ejemplo, en relación con la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Réparation Oppenheim* dice que hay casos en los que un Estado puede ejercer la protección en favor de personas que no tengan su nacionalidad⁴.

17. La mundialización y la migración masiva son fenómenos contemporáneos que hacen más apremiante la necesidad de enfocar con un criterio práctico la cuestión de la protección diplomática. En el párrafo 117, el Relator Especial reconoce que el requisito del vínculo auténtico exigido en el asunto *Nottebohm* podría menoscabar la doctrina tradicional de la protección diplomática si se aplicase de un modo estricto, ya que privaría de la protección diplomática a un gran número de personas que se han visto obligadas a abandonar su país y hacerse residentes de otro. Por consiguiente, el artículo 5 debe dejar abierta la posibilidad de que se tengan en cuenta los derechos y las aspiraciones de personas que han sido desarraigadas y desplazadas y que apenas tienen una tenue conexión con un Estado en particular. Las circunstancias han cambiado desde la época del asunto *Nottebohm* y no

⁴ Véase *Oppenheim's International Law* (2617.ª sesión, nota 11), pág. 515.

hay que atribuirle una importancia excesiva ni tampoco insuficiente.

18. En lo relativo al artículo 6, el proyecto de convención sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard⁵ y el Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (en adelante «Convenio de La Haya de 1930») pesaron mucho a la hora de enunciar el principio de que un Estado no puede conceder protección diplomática a uno de sus nacionales frente a otro Estado del que esta persona sea también nacional, norma que se deriva del asunto *Canevaro* y que fue confirmada por la CIJ en el fallo relativo al asunto *Réparation*. Si bien hay quien piensa, desde luego, que sería mejor prescindir de este principio, importantes tratadistas siguen considerándolo una norma del derecho internacional consuetudinario. Otros autores, como Combacau, niegan que la jurisprudencia del asunto *Mergé*, que dio primacía al principio de la nacionalidad efectiva o dominante sobre la igualdad de derechos entre Estados, haya invalidado la regla tradicional, pero no obstante admiten que su alcance es menor⁶. Independientemente del asunto *Nottebohm*, que sigue considerándose un marco fundamental de referencia, el principio de la igualdad soberana de los Estados continúa gozando, lógicamente, de un fuerte apoyo. En los casos en que se ha demostrado debidamente la doble nacionalidad, toda aplicación indiscriminada del principio de la nacionalidad dominante o efectiva podría tener consecuencias absurdas o incluso socavar la soberanía del Estado. Como se observa en el asunto *Alexander*, «ningún gobierno reconocería el derecho de otro a intervenir de este modo en favor de una persona a quien considerase nacional de su Estado» [véase pág. 2531]. Por consiguiente, tal vez sea necesario modificar el artículo 6 para tener en cuenta los casos de doble nacionalidad acreditada. En el párrafo 158, el propio Relator Especial declara que el tribunal debe actuar con cautela al aplicar el principio de la preponderancia de la efectividad cuando los vínculos entre la persona que posee la doble nacionalidad en los dos Estados tienen prácticamente la misma fuerza, ya que se podría socavar gravemente la igualdad de los dos Estados de nacionalidad. Abundando en este segmento, el orador afirma que no parece razonable, por lo menos en términos generales, que una persona que haya aceptado voluntariamente la nacionalidad de un Estado se niegue a ajustar su conducta al ordenamiento jurídico y los procedimientos internos resultantes de su elección. De ello se sigue que el artículo 6 no puede servir de regla general y que deben tenerse en cuenta los dictados del sentido común y la necesidad práctica.

19. El artículo 7 supone un paso en la buena dirección, por cuanto establece que todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad puede ejercer la protección diplomática en favor de una tercera persona. Como señala el Relator Especial en el párrafo 170, el único requisito en estas circunstancias es

demostrar que existe un vínculo de nacionalidad de buena fe entre el Estado y la persona lesionada.

20. El artículo 8 ofrece un ejemplo de desarrollo progresivo del derecho internacional, en cuanto permite el ejercicio de la protección diplomática en favor de personas apátridas o refugiados residentes en el Estado demandante. El Sr. Lukashuk ha dicho acertadamente que no debería ser necesario demostrar la existencia de un vínculo con el Estado interesado. El artículo refleja el carácter humanitario del derecho internacional, que no puede permanecer indiferente a la suerte de estas personas. Asimismo, el artículo reafirma la importancia de la institución de la protección diplomática para alcanzar un objetivo básico del derecho internacional, la coexistencia civilizada basada en la justicia.

21. El Sr. GOCO dice que el artículo 5 menciona los tres vínculos que sirven para definir el Estado de nacionalidad, a saber, el nacimiento, la nacionalidad de los padres y la naturalización de buena fe. Se entiende pues que los conocidos principios del *jus solis* y el *jus sanguinis*, junto con la naturalización, constituyen los únicos vínculos aceptables. A su juicio este es un planteamiento en exceso restrictivo, ya que existen otros factores que pueden vincular efectivamente a un particular con un Estado determinado y conferirle el derecho a la protección diplomática. Se da, por ejemplo, el caso de las personas que desean repatriarse a su país de origen, aunque las circunstancias les han hecho perder su condición de ciudadanos de este país. La residencia habitual es otro ejemplo: una persona puede haberse naturalizado en otro país por causa de la situación política en su país de origen. El propio Relator Especial cita otros factores en el párrafo 153 de su informe.

22. Es un hecho reconocido que todo Estado está facultado a determinar quiénes poseen su nacionalidad de conformidad con el derecho interno. Pero el derecho internacional puede fijar límites a esta facultad en relación con la protección diplomática por cuanto otros Estados podrían tener motivos válidos para poner en duda esta determinación. Aunque el Estado de nacionalidad tiene derecho, como se reconoce en el artículo 3, a ejercer la protección diplomática en favor de un nacional ilegalmente perjudicado por otro Estado, podría abstenerse de hacer valer este derecho por múltiples razones; también podría tener en cuenta otros vínculos de nacionalidad con esa persona, salvo que otros Estados opusieran objeciones válidas. Así pues, no hay que pensar que los vínculos mencionados en el artículo 5 son exclusivos.

23. El orador relata un incidente de especial pertinencia para el proyecto de artículos, del que tuvo conocimiento personal. Un conocido curandero de Filipinas, que se había presentado a las elecciones para el cargo de alcalde y las había ganado, vio frustradas sus ambiciones cuando su elección se anuló so pretexto de que se había ido del país durante un período de inestabilidad y se había naturalizado en otro país. El Tribunal Supremo hizo suya la opinión del Fiscal General sobre la ilegibilidad de la persona y rechazó los argumentos de ésta basados en la necesidad de buscar refugio durante un período de inestabilidad en su país de origen. Más tarde esta persona siguió practicando sus artes en la Federación de Rusia y

⁵ Véase art. 16 a (Anuario... 1956, vol. II, pág. 226, doc. A/CN.4/96, apéndice 9).

⁶ Véase J. Combacau y S. Sur, *Droit international public*, 4.ª ed., París, Montchrestien, 1999, págs. 327 y 328.

fue encarcelada bajo la acusación de práctica abusiva y fraude; en esta ocasión pidió y obtuvo protección diplomática del Gobierno de Filipinas. Este es un ejemplo de las facultades discrecionales del Estado respecto del ejercicio de la protección diplomática. Aunque no se puso en duda la existencia del *ius sanguinis*, el requisito de poseer la nacionalidad para ejercer un cargo público se aplicó estrictamente, pero cuando la persona fue encarcelada en el extranjero se le concedió la protección diplomática al máximo nivel.

24. No se dio por sentado que el encarcelamiento de esta persona en la Federación de Rusia hubiera constituido un acto ilegítimo, ni desde luego que la persona hubiera sido lesionada por algún concepto. Se le había encarcelado por un malentendido respecto de sus actividades y una vez aclarada la situación fue puesta en libertad. Sin embargo, subsistía el hecho de que había sido encarcelada durante varios meses, hasta que fue puesta en libertad y se le permitió regresar a su país de origen. Desde luego podía cuestionarse seriamente el derecho de Filipinas a ejercer la protección diplomática porque el vínculo de nacionalidad era dudoso. Pero si se hubiera denegado la solicitud de protección de la persona, ésta habría tenido que valerse de sus propios medios; y como señaló el anterior Relator Especial, el Sr. Bennouna, en su informe preliminar⁷, el ejercicio de la protección diplomática es más un deber moral que una obligación jurídica, a condición de que sea acorde con los intereses supremos del Estado de nacionalidad.

25. Por todo ello el orador desea proponer la siguiente adición al artículo 5, con los cambios de redacción que puedan ser necesarios: «...a condición, no obstante, de que el Estado de nacionalidad pueda considerar otros lazos o vínculos con la nacionalidad en el ejercicio de la protección diplomática, y otro Estado o Estados no planteen objeciones válidas a nivel internacional». Más adelante expondrá sus observaciones sobre otros proyectos de artículos.

26. El Sr. DUGARD (Relator Especial) observa que el caso descrito por el Sr. Goco podría encajar en las disposiciones del párrafo 1 del artículo 7.

27. El PRESIDENTE dice que, con arreglo a la ley japonesa, una persona que sea nacional del Japón por haber nacido en este país no pierde su nacionalidad cuando adquiere la nacionalidad de otro país. Se pregunta si ocurre lo mismo en Filipinas.

28. El Sr. TOMKA duda de que pueda ejercerse la protección diplomática cuando no se ha denunciado un hecho ilícito internacional.

29. El Sr. GOCO coincide con el Relator Especial en considerar que la medida adoptada por el Gobierno de Filipinas en favor de la persona mencionada se inserta obviamente en el ámbito del artículo 7. En respuesta a las observaciones del Presidente y del Sr. Tomka dice que, como el Gobierno de la Federación de Rusia aceptó las consideraciones expuestas por el Gobierno de Filipinas, tanto la cuestión de si se había cometido un acto ilícito

internacional como la cuestión de la doble nacionalidad dejaron de plantearse.

30. El Sr. GALICKI dice que la declaración del Sr. Goco confirma su impresión de que subsiste un equívoco respecto del artículo 5. A su modo de ver, la finalidad de este artículo consiste simplemente en definir los medios o métodos de adquirir la nacionalidad. El Relator Especial ha complicado innegablemente la cuestión, al calificar estos métodos de factores que constituyen vínculos en los párrafos 101 y 102 del informe. Si bien el derecho internacional describe adecuadamente y reconoce la concesión de la nacionalidad por razón del lugar de nacimiento o la nacionalidad de los padres, la naturalización —aunque vaya acompañada del calificativo «de buena fe»— deja un gran margen para la diferenciación según cuales sean los antecedentes de cada caso, como la adopción, el matrimonio o, por ejemplo, el domicilio habitual y legítimo. Estos factores han de ser considerados por el Estado cuando tramite la concesión de la nacionalidad a una persona. Si entiende correctamente el objetivo del artículo 5 de ello se infiere que añadir otros factores de vinculación reconocidos por el derecho internacional general no haría más que alterar la estructura del artículo.

31. El Sr. GAJA toma nota de la sugerencia del Sr. Lukashuk de que se aplase el examen de las cuestiones a que se refiere el artículo 5 y dice que él iría incluso más lejos. ¿Qué necesidad hay de establecer criterios para saber si una persona posee o no una determinada nacionalidad? En lo referente al proyecto sobre la protección diplomática, esto parece innecesario. Más bien se trata de determinar si un Estado que ha defendido la reclamación de una persona tenía derecho a hacerlo. La nacionalidad interviene en este contexto, pero no es necesario considerar los elementos que la integran.

32. El artículo 5 no trata de cualquier modo de abarcar todas y cada una de las normas de derecho internacional relativas a la nacionalidad. Afirma que el lugar de nacimiento, la nacionalidad de los padres y la naturalización son criterios adecuados, pero no tiene en cuenta la posibilidad de que, con arreglo al derecho internacional, un Estado pueda, en determinadas circunstancias, estar obligado a conceder o no la nacionalidad a determinadas personas. Por otra parte, el artículo 5 daría argumentos a un Estado para oponerse a la concesión de la nacionalidad por otro Estado. Al alegar que la naturalización no se había hecho de buena fe, lo que afirmarían el Estado es que se hizo de mala fe; esto sería insólito por parte de un Estado, y una acusación de mala fe no se tomaría a la ligera. El Relator Especial recuerda en su introducción (2617.ª sesión) lo sensibles que son los Estados a cualquier sugerencia de impropiedad en el ejercicio de lo que consideran su prerrogativa soberana, o sea, la concesión de la nacionalidad a las personas.

33. Convendría pues atenerse al más prudente criterio adoptado por la CIJ en el asunto *Nottebohm* y suponer que los Estados en principio son libres de conceder la nacionalidad a las personas. El que una determinada persona posea o no la nacionalidad de un determinado Estado es algo que tiene que ver con la aplicación de la legislación de dicho Estado y que es preferible dejar al criterio de éste. Según el fallo del asunto *Nottebohm*, la

⁷ Véase 2617.ª sesión, nota 2.

manera de abordar el requisito de la nacionalidad es permitir que otros Estados, si lo desean, impugnen la existencia de un vínculo efectivo entre un Estado y su nacional. Esta solución es similar a la propuesta por el Sr. Brownlie (2624.ª sesión): sustituir la nacionalidad por la efectividad. No obstante, el orador cree que el requisito de la nacionalidad debería retenerse, dejándolo en principio a la discreción del Estado demandante. La falta de efectividad permitiría simplemente que otros Estados objetasen una reclamación.

34. Es cierto, como ha señalado el Relator Especial, que en la práctica de los Estados hay pocos ejemplos de impugnaciones de la efectividad de la nacionalidad. No obstante, aún menos son los ejemplos de Estados que impugnen el modo en que otro Estado haya concedido su nacionalidad. El número de casos que ilustran uno u otro criterio no es decisivo; lo que debe determinarse más bien es si los Estados a los que se presente una reclamación se consideran facultados para oponer la objeción de la falta de efectividad.

35. Si la Comisión retiene el criterio de efectividad, debería introducir algunas restricciones para hacerlo viable. La Comisión debe considerar si la falta de efectividad de la nacionalidad de una persona puede ser impugnada por otro Estado, o si sólo es el Estado que tenga los vínculos más importantes el que puede alegar que no existían vínculos auténticos con el Estado demandante. En el párrafo 109 de su informe, el Relator Especial señala acertadamente que algunos pasajes del fallo en el asunto *Nottebohm* confirman la existencia de un criterio relativo: la idea de que sólo el Estado que posea los vínculos más significativos puede alegar la inexistencia de un vínculo auténtico entre la persona y el Estado demandante. Sin embargo, en otras partes del fallo la prueba de la efectividad o el vínculo auténtico se describe de un modo más general.

36. El asunto *Barcelona Traction* concernía a una empresa y no a una persona, pero la CIJ se remitió, no obstante, a la prueba del asunto *Nottebohm*. Aunque no aceptó explícitamente esta prueba, la Corte consideró si era válida con respecto al Canadá y llegó a la conclusión de que había vínculos suficientes entre la *Barcelona Traction* y este país. No comparó estos vínculos con los de España, donde funcionaban las empresas filiales, o con los de Bélgica, país del que la empresa que poseía las acciones de la *Barcelona Traction* se consideraba nacional.

37. Dejando aparte el apoyo proporcionado por estos magistrados de la CIJ, la prueba absoluta parece también preferible por motivos de política. La protección diplomática se basa en la idea de que el Estado de nacionalidad resulta especialmente afectado por los perjuicios causados, o que es probable que se causen, a una persona. No es una institución destinada a posibilitar la presentación de reclamaciones por los Estados en defensa de personas, aunque podría utilizarse para proteger ciertos derechos humanos, a saber, los de los nacionales del Estado. La falta de un vínculo auténtico es una objeción al alcance de cualquier Estado, independientemente de que exista un vínculo más sólido con este mismo Estado. Si no existiera un vínculo auténtico, el Estado de nacionalidad no resultaría especialmente afectado. Esto signi-

fica que hay que volver al fallo del asunto *Nottebohm* y, más concretamente, a la cita del Relator Especial que figura en el párrafo 106 de su informe: «al ser otorgada por un Estado, [la nacionalidad] sólo legitima a éste para ejercer la protección frente a otro Estado si constituye la traducción, en términos jurídicos, de la conexión que tiene con aquél la persona y que lo convierte en nacional suyo» [véase pág. 23].

38. En cuanto al artículo 8, quizás hay alternativas a la nacionalidad que deberían tenerse en cuenta en determinadas circunstancias, y el caso de los refugiados y las personas apátridas merece ciertamente un examen detenido. Hay que determinar si podría establecerse un paralelo con la nacionalidad cuando se da el requisito de la residencia habitual. Sin embargo, la Comisión no iría muy lejos si se admite el ejercicio de la protección diplomática, porque un refugiado o una persona apátrida suele ser víctima de un perjuicio por parte del Estado de residencia y no es probable que este Estado intervenga. Se trata más bien de proteger los derechos humanos y tratar de determinar si un Estado que no sea el Estado de residencia tiene derecho a presentar una reclamación.

39. El Sr. KAMTO, refiriéndose al comentario del Sr. Gaja sobre la posibilidad de utilizar la protección diplomática para la protección de los derechos humanos, pregunta si un acto internacionalmente ilícito podría dar lugar por sí solo a la protección diplomática, o si un acto que sólo tiene probabilidades de ser internacionalmente ilícito podría surtir también este efecto.

40. El Sr. GAJA dice que hay un cierto conflicto de opiniones a este respecto. Por su parte, él piensa que la protección diplomática debe estar vinculada a un acto internacionalmente ilícito, pero que podría preverse también una acción preventiva para impedir que ocurra el acto ilícito. Otros estiman que la protección diplomática sólo puede ejercerse después de que haya tenido lugar el acto internacionalmente ilícito.

41. El Sr. ECONOMIDES dice que el artículo 5 está estrechamente relacionado con el artículo 3 y contiene la definición de nacional y no del Estado de nacionalidad. Los criterios para otorgar la nacionalidad —lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización— son adecuados y suscitan la aceptación general. Uno sólo de estos criterios basta para establecer un vínculo efectivo entre el Estado de nacionalidad y su nacional, aunque éste resida habitualmente en otro Estado. No está de acuerdo con lo dicho en el párrafo 117 del informe de que el requisito del vínculo auténtico exigido en fallo del asunto *Nottebohm* menoscaba gravemente la doctrina tradicional de la protección diplomática. Por el contrario, siempre que una persona tenga la nacionalidad de un Estado con arreglo a uno de los criterios mencionados habrá margen para el ejercicio de la protección diplomática por parte de este Estado.

42. En el párrafo 104 del informe el Relator Especial señala que la nacionalidad no se reconoce en el caso de la naturalización forzada. Si bien es una observación pertinente, no parece tener en cuenta la sucesión de Estados, institución que confiere al Estado sucesor el derecho a otorgar su nacionalidad en masa y de manera autoritaria, en particular a personas que posean la nacionalidad del

Estado predecesor y tengan su residencia habitual en el territorio del Estado que fue objeto de la sucesión. Es una importante y reconocida excepción en el derecho internacional a la regla de la naturalización voluntaria.

43. La expresión objeto de la protección debería evitarse, por lo menos en la versión francesa, por sus connotaciones peyorativas. La referencia a la naturalización «de buena fe» también es dudosa: sería preferible hablar de naturalización «válida».

44. El artículo 6, relativo a la doble nacionalidad, representa una importante innovación. La norma a este respecto es la del Convenio de La Haya de 1930 según la cual un Estado no puede conceder protección diplomática a uno de sus nacionales frente a otro Estado cuya nacionalidad posea también esta persona. El artículo 6, en cambio, confiere al Estado de la nacionalidad más efectiva o dominante de la persona el derecho a ejercer protección diplomática frente a otro Estado. ¿Está justificada la importante modificación propuesta por el Relator Especial? El orador coincide con el Sr. Herdocia Sacasa y con el Sr. Lukashuk en pensar que no. En primer lugar, ello contradeciría el principio de la igualdad soberana de los Estados y permitiría la injerencia en los asuntos internos del Estado demandante con respecto a una persona que fuera legalmente nacional de dicho Estado. En segundo lugar, sería difícil distinguir entre la nacionalidad dominante y la no dominante o menos dominante. En tercer lugar, los casos en que un Estado de nacionalidad presenta una reclamación contra otro Estado de nacionalidad que ejerce la protección diplomática de una persona poseedora de doble nacionalidad son escasos y espaciados en el tiempo. Por último, la doble nacionalidad confiere varias ventajas a los que la poseen; ¿por qué no debería acarrear también algún inconveniente?

45. El artículo 7 es otra novedad en relación con el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1930, que permitía que un tercer Estado aplicase la teoría de la nacionalidad dominante. Según el artículo 7, el Estado de nacionalidad puede ejercer la protección diplomática en favor de una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad frente a un tercer Estado. Esta innovación es aceptable por cuanto implica una relación legal normal entre un Estado de nacionalidad que actúe en interés de su nacional y un tercer Estado al que se imputa un acto internacionalmente ilícito contra este nacional. El concepto del ejercicio conjunto de la protección diplomática por dos o más Estados de nacionalidad es también aceptable, siempre y cuando estos Estados no apliquen la solución de la nacionalidad exclusiva. No obstante, en el artículo 7 o en el comentario debería preverse la posibilidad de que dos Estados de nacionalidad ejerzan simultáneamente, pero por separado, la protección diplomática frente a un tercer Estado en favor de una persona que tenga doble nacionalidad. En tal caso, el tercer Estado debería poder recurrir a la solución tradicional, o sea aplicar el principio de la nacionalidad dominante con objeto de desestimar la demanda de uno de los Estados.

46. Está de acuerdo en términos generales con el artículo 8, pero es preciso que, para beneficiarse de la protección diplomática, a los refugiados se les haya reconocido previamente el derecho de asilo y tengan residencia legal durante un cierto tiempo, por ejemplo cinco años como

mínimo. El vínculo efectivo mencionado entre corchetes no es un criterio pertinente en el contexto del artículo 8.

47. El Sr. MOMTAZ da las gracias al Relator Especial por la útil información que proporciona en su informe, que sin duda ayudará a la Comisión a ultimar el examen de un tema tan controvertido. El artículo 5 no plantea ningún problema importante, aunque debería hacerse una distinción más clara entre la nacionalidad que la legislación nacional vigente concede automáticamente por *jus soli* y *jus sanguinis*, y la nacionalidad otorgada por naturalización. En el primer caso, la falta de un vínculo efectivo entre la persona y el Estado de nacionalidad no puede impugnarse; resulta pues difícil aceptar la opinión contraria expuesta por los autores mencionados en el párrafo 112 del informe. Es cierto que en un determinado número de casos la falta de este vínculo deja sin efecto práctico la nacionalidad concedida con los criterios de *jus soli* y *jus sanguinis*. Por esto precisamente leyes recientes promulgadas en algunos Estados prescriben que la persona cuya nacionalidad se haya concedido en virtud del *jus soli* ha de solicitar la confirmación de su nacionalidad a las autoridades competentes, confirmación que en algunos casos está sometida a ciertas condiciones, entre ellas la existencia de un vínculo efectivo. En cambio, en el caso de la naturalización la existencia de un vínculo efectivo entre la persona y el Estado que confiere la nacionalidad es esencial. Sólo en este contexto cabe hablar de buena fe o más bien de que la naturalización pueda impugnarse invocando la mala fe.

48. El artículo 6 plantea algunas dificultades. El orador reconoce su honradez intelectual al Relator Especial, que ha debatido las dos escuelas de pensamiento sobre la doble nacionalidad. Las actividades de codificación examinadas han revelado una clara tendencia a favor de la norma de la no responsabilidad de los Estados respecto de las reclamaciones presentadas por personas que tengan doble nacionalidad. Los tratadistas están muy divididos sobre esta cuestión, pese a que muchos autores modernos acreditados que se citan en el párrafo 145 del informe consideran que la protección diplomática es aplicable a los casos de doble nacionalidad. De las decisiones de los tribunales tampoco se desprende un consenso a este respecto.

49. El Relator Especial menciona repetidamente los precedentes establecidos por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que ha examinado un número impresionante de casos de doble nacionalidad y es claramente favorable al principio de la nacionalidad dominante. Sin embargo, estos precedentes deben considerarse con precaución. Las Declaraciones de Argel de 1981, mencionadas en el párrafo 148, fueron en realidad declaraciones del Gobierno de la República Democrática y Popular de Argelia acerca de la liquidación de las reclamaciones por parte del Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de la República Islámica del Irán⁸. La finalidad de estas declaraciones era resolver litigios entre nacionales de los Estados Unidos y del Irán. Este hecho fue mencionado por el propio Tribunal en su decisión relativa al asunto Esphahanian, la primera de las muchas basadas en el principio de la nacionalidad dominante.

⁸ Véase *International Legal Materials*, vol. XX, n.º 1 (enero de 1981), pág. 223.

50. El Relator Especial hace referencia, en el párrafo 148, a la peculiaridad institucional del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y cita un pasaje de la decisión relativa al asunto Esphahanian en el que se dice que no es un ejercicio típico de protección diplomática de los nacionales. Este problema podría analizarse con más detenimiento considerando el párrafo 3 del artículo III de la Declaración del Gobierno de la República Democrática y Popular de Argelia relativa a la liquidación de las reclamaciones por el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Islámica del Irán, según el cual si la cuantía de las reclamaciones supera los 250.000 dólares de los EE.UU. —como ocurría en el asunto Esphahanian— la persona puede recurrir directamente al Tribunal⁹. Es interesante observar que su nacionalidad iraní permitió al Sr. Esphahanian hacerse accionista, en condiciones muy favorables, de una empresa estadounidense que operaba en el Irán.

51. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha tenido que considerar varias veces si, al expropiar los bienes de sus nacionales sin saber que tenían la nacionalidad estadounidense, el Irán cometió un acto internacionalmente ilícito. Esta misma cuestión se ha planteado en otros casos. El orador desea señalar que, con arreglo a la ley iraní, sólo los nacionales del Irán tienen derecho a poseer bienes inmuebles. En otros términos, las personas de doble nacionalidad aprovecharon en gran medida su nacionalidad iraní para adquirir bienes inmuebles y valores.

52. El artículo III de la declaración especifica que, cuando las reclamaciones son de menos de 250.000 dólares, el Estado de nacionalidad puede hacer suya la reclamación de su nacional. En tales casos el procedimiento es más parecido a la protección diplomática. Así pues, quizás conviniese desarrollar ulteriormente la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, más en concreto partiendo de cantidades inferiores a 250.000 dólares para las reclamaciones presentadas por el Estado o Estados del nacional interesado.

53. Duda de que la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos sea pertinente. Observa, a este respecto, que el artículo 6 no se ajusta al derecho internacional consuetudinario y se suma a las opiniones expuestas sobre esta cuestión por el Sr. Economides, el Sr. Herdocia Sacasa y el Sr. Lukashuk.

54. El artículo 7 va bien encaminado, y el artículo 8 es acertado: su único inconveniente es que pone en duda, hasta cierto punto, la ficción en que se sustenta la institución de la protección diplomática. Está de acuerdo con el argumento expuesto por el Relator Especial en el párrafo 178.

55. Por último señala que, de conformidad con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cada Estado Parte se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio los derechos reconocidos en este instrumento. Huelga decir que los refugiados y las personas apátridas están comprendidos en esta disposición.

56. El Sr. HE dice que, mientras que el artículo 1 pretende hacer una descripción del término «protección diplomática» tal y como se entiende en la terminología del derecho internacional, y el artículo 3 se basa en el supuesto de que el Estado de nacionalidad tiene derecho a ejercer la protección diplomática en favor del nacional que haya sido perjudicado por un acto internacionalmente ilícito de otro Estado, el artículo 5 expone el principio de que la base del derecho a recibir protección de un Estado está constituida por el vínculo de nacionalidad. Es un hecho reconocido que cada Estado está facultado a decidir quiénes son nacionales suyos, de conformidad con sus propias leyes. No obstante, cuando conceden la nacionalidad los Estados tienen que ajustarse a las normas internacionales. El lugar de nacimiento, la nacionalidad de los padres y la naturalización son los nexos generalmente aceptados por el derecho internacional, pero para la naturalización debe existir un vínculo auténtico y efectivo entre el Estado y la persona, y ello no sólo en el caso de la doble nacionalidad o la nacionalidad plural sino también cuando la persona tenga una sola nacionalidad. La concesión de nacionalidad reconocida a los efectos de la protección diplomática debe hacerse de buena fe. Así pues, la conclusión a que llega el párrafo 120 es lógica y ha suscitado un amplio apoyo.

57. Sin embargo, hay cuestiones que no se han resuelto con respecto a este artículo. El párrafo 94 del informe, después de señalar que el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática se basa en el vínculo de nacionalidad entre la persona lesionada y el Estado, añade que «salvo que medien circunstancias extraordinarias», el Estado no podrá dispensar su protección a personas que no sean nacionales suyos. Esto plantea dos cuestiones: en primer lugar, ¿puede incluirse en el concepto «circunstancias extraordinarias» a las personas apátridas y a los refugiados para los que se prevé la protección diplomática en virtud del artículo 8? El orador no lo cree, ya que la protección diplomática sólo puede ejercerla discrecionalmente un Estado en favor de sus nacionales. En segundo lugar, ¿podría conferirse a un Estado, mediante un acuerdo internacional, el derecho a representar a otro Estado y actuar en favor de los nacionales de éste? La respuesta a esta pregunta ha de ir precedida de un estudio más detenido. Ambas cuestiones precisan de una mayor aclaración.

58. También hay que determinar si el contenido de la protección diplomática debe comprender formas de protección que no sean reclamaciones, ya que el artículo 2, relativo al uso de la fuerza, queda suprimido. Se ha afirmado que la protección diplomática es, por su propia naturaleza, un procedimiento internacional consistente en la apelación de un Estado a otro para que cumpla sus obligaciones con el primero. En su informe preliminar el anterior Relator Especial sostuvo que, en principio, el Estado tenía facultades discrecionales para elegir los medios de acción con que defender a sus nacionales, pero que no podía recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en el ejercicio de protección diplomática. Así pues, la posible utilización de otras formas de protección es cosa que debe examinarse con más detenimiento.

59. El artículo 6 enuncia el principio de que, en los casos de doble nacionalidad, el derecho a presentar una reclamación podrá ser ejercido por un Estado con el que

⁹ *Ibíd.*, pág. 231.

el interesado tenga vínculos legales o de otro tipo más fuertes y auténticos. Aunque hay divergencias de opinión sobre este asunto, las opiniones más autorizadas se pronuncian en favor del principio de la nacionalidad dominante en los casos en que intervengan personas poseedoras de la doble nacionalidad. Las palabras clave del artículo 6 son los adjetivos «dominante o efectiva» aplicados a la nacionalidad. En el párrafo 153 se cita una serie de factores derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos; todos estos factores podrían tenerse en cuenta para determinar la efectividad del vínculo de la persona con el Estado de nacionalidad. El esclarecimiento de estos factores sería una importante contribución a la aplicación del artículo 6, y el Tribunal debe proceder con precaución cuando aplique el principio de la nacionalidad dominante, sopesando todos los factores pertinentes de modo que esta difícil cuestión pueda resolverse satisfactoriamente.

60. El párrafo 2 del artículo 7 es indiscutible en principio, pero sería mejor citar un ejemplo concreto para fundamentar su aplicación. El artículo 8, en la versión presentada por el Relator Especial, es un ejercicio de desarrollo progresivo del derecho más que de codificación. Por regla general la protección diplomática se limita a los nacionales. Aunque los tratados de derechos humanos prevén una cierta protección para las personas apátridas y los refugiados, la mayoría de los Estados no tienen la intención de hacer extensiva la protección diplomática a esos dos grupos. Un cierto número de decisiones judiciales hacen hincapié en que un Estado no puede cometer un acto internacionalmente ilícito contra una persona apátrida, y, por consiguiente, ningún Estado está facultado a intervenir o a presentar una reclamación en su favor. La Convención sobre el estatuto de los refugiados establece claramente que la expedición de documentos de viaje no da en modo alguno derecho al titular a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares del país que haya expedido los documentos ni confiere a estas autoridades el derecho de protección. La Convención para reducir los casos de apatridia no menciona el tema de la protección. A pesar de las novedades registradas en los últimos años respecto de la protección de los refugiados y las personas apátridas, no parece que haya llegado el momento de abordar el problema de la cuestión de la protección diplomática de estas personas.

61. El Sr. KAMTO señala que hay dos factores de activación de la protección diplomática: un acto internacionalmente ilícito y el vínculo de la nacionalidad. Es bien comprensible pues que el Relator Especial, en su labor caracterizada por las impresionantes investigaciones efectuadas, tome como punto de partida el vínculo de nacionalidad que debe existir entre el beneficiario de la protección diplomática y el Estado que la ejerce. Pero no corresponde a la Comisión considerar, en el marco de la codificación de la protección diplomática, la cuestión de la nacionalidad ni los métodos para su adquisición. Está completamente de acuerdo con las opiniones del Sr. Gaja a este respecto. Esta cuestión debe ser de la competencia de los Estados, por cuanto está regulada por la legislación nacional y en este caso prevalece evidentemente el principio de la soberanía del Estado.

62. Tiene ciertas dudas respecto de la conveniencia de retener el artículo 5 y, en caso de que se retenga, en qué

forma. Si se retuviera el artículo, podría cambiarse su redacción de manera que dijese: «A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, por “Estado de la nacionalidad” se entenderá el Estado cuya nacionalidad tenga o haya adquirido la persona». De proceder así, la explicación de los medios por los que la persona puede adquirir dicha nacionalidad incumbiría a la legislación nacional. Pero esta fórmula sólo es satisfactoria a primera vista, porque las otras hipótesis propuestas, en particular por el Sr. Herdocia Sacasa, no están plenamente comprendidas en esta definición. El Sr. He se ha referido a la situación de un Estado que, en virtud de un acuerdo, está obligado a defender los intereses de otro Estado en un tercer país. Pero si el Relator Especial quiere excluir este caso, quizás debiera explicar en el comentario hasta qué punto esta situación no está comprendida en el ámbito de la protección diplomática e indicar claramente que la descarta. Si debe retenerse cualquier parte del artículo 5, la versión más adecuada sería la que ha propuesto.

63. En cuanto al vínculo efectivo, no es posible excluir por completo el fallo en el asunto Nottebohm. El Sr. Momtaz se ha referido a la protección diplomática con respecto a las entidades jurídicas, pero ello también podría aplicarse a las personas. En ciertos casos, el vínculo efectivo seguiría siendo necesario para determinar si otro Estado puede ejercer la protección diplomática. Después de todo, el Relator Especial ya reintrodujo el concepto del vínculo efectivo al hablar de la nacionalidad dominante. Y qué determina pues la nacionalidad dominante si no es el vínculo efectivo. Por lo tanto, según el fallo en el asunto Nottebohm el concepto de vínculo efectivo debe atenuarse, pero no hay que prescindir de él por completo.

64. En lo tocante al artículo 6, quizá debiera retenerse el concepto de nacionalidad dominante. Lo que debe determinarse es si el Estado de la nacionalidad dominante puede ejercer la protección diplomática frente al Estado de otra nacionalidad más «débil». ¿Tiene el Estado dominante el derecho a hacerlo? El Relator Especial debería aclarar este punto.

65. No tiene objeciones que oponer al artículo 7, y el artículo 8 le parece muy atractivo, por su relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional, concepto del que es partidario. El Relator Especial ha tratado de basar el artículo 8 en un razonamiento mucho más sólido que el de algunos que lo preceden. Personalmente prefiere que se retenga el término «vínculo efectivo», porque representa un progreso suficientemente importante para complementarlo con algunas precauciones. La protección diplomática de los refugiados no puede ejercerse tan fácilmente sin añadir un cierto número de condiciones sumamente precisas, entre ellas el vínculo efectivo. Sería partidario incluso de agregar al proyecto de artículo, o por lo menos al comentario, la idea expuesta por el Sr. Economides de que ha de transcurrir un determinado plazo antes de que se ejerza la protección. La Comisión es consciente desde luego de la dimensión humanitaria del artículo 8. Pero, precisamente para proteger los derechos de los refugiados y, por ende, defender el derecho humanitario o los derechos humanos, no es posible dejar de estipular un cierto número de condiciones, máxime

teniendo en cuenta que está en juego un concepto bien establecido.

66. Más importante es determinar, en el caso de la protección diplomática de los refugiados, si el Estado de refugio puede ejercer la protección frente al Estado de nacionalidad del refugiado. El Relator Especial señala acertadamente en el párrafo 184 que sería inadecuado que el Estado de refugio ejerciera la protección diplomática en favor del refugiado que haya huido para evitar la persecución. A su modo de ver, no sólo en el comentario sino también en el propio artículo 8 debería figurar la idea de que, independientemente de las circunstancias que se contemplen, el Estado de refugio no puede ejercer la protección diplomática en favor de un refugiado frente al Estado de nacionalidad de éste. Dicho esto, se plantea la cuestión de la finalidad de la protección diplomática, y al orador le resulta difícil imaginar en tal caso que la protección diplomática pueda ejercerse frente a un Estado que no sea el Estado de nacionalidad, o sea, el Estado del que huyó el refugiado, salvo que se considere que dicho refugiado era, por ejemplo, un hombre de negocios que podía hacer operaciones internacionales desde el Estado de refugio. Por una parte, la situación de los refugiados suele considerarse temporal y por otra los refugiados están sometidos a una serie de restricciones que no les permiten trabajar en otro país o gozar de dicha protección. Así pues, aunque evidentemente se trata de hacer progresar el derecho, hay que ofrecer mejores ejemplos y, si se retiene la idea, es menester que del artículo 8 se infiera claramente que la protección no puede ejercerse frente al Estado de nacionalidad del refugiado.

67. El Sr. LUKASHUK expresa sus dudas respecto de un punto. Aunque los beneficiarios de la protección diplomática son personas, el proyecto de artículos no menciona los derechos de la persona. La persona que reside en otro Estado decide cuál de sus dos pasaportes ha de presentar. En otras palabras, decide cuál es su condición jurídica. ¿Tiene derecho a hacerlo? ¿Tiene la persona derecho a rechazar la protección diplomática de un determinado Estado? No está seguro de que ello sea así, pero le parece que debería prestarse atención a los derechos de la persona.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

2626.ª SESIÓN

Miércoles 24 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Candiotti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr.

Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/506 y Add.1¹)

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. GALICKI observa que en su primer informe (A/CN.4/506 y Add.1), el Relator Especial afirma que el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática se basa en el vínculo de nacionalidad entre el perjudicado y el Estado. Este planteamiento parece justificado, porque da cuenta de un modo bastante claro y, en gran medida, exhaustivo del efecto de la institución de la nacionalidad de las personas en el alcance y el ámbito concreto de la protección diplomática.

2. En el artículo 5 el Relator Especial define, a los efectos de la protección diplomática, el sentido de la expresión «Estado de la nacionalidad» en relación directa con los medios por los cuales la persona protegida puede adquirir la nacionalidad. Se mencionan tres criterios para la adquisición de la nacionalidad a saber, el nacimiento, la nacionalidad de los padres o la naturalización de buena fe, respecto de los cuales el Relator Especial señala en el párrafo 101 de su informe que son vínculos que se reconocen generalmente en el derecho internacional. En el curso del debate se propuso añadir al artículo 5 otros factores de vinculación reconocidos por el derecho internacional en general, como por ejemplo la residencia habitual, pero el Sr. Galicki no cree que deba agregarse ningún otro vínculo a los enumerados en el artículo 5. En realidad, hay otros muchos medios de adquirir la nacionalidad. Esto puede decirse en especial de la naturalización, que la doctrina divide en involuntaria y voluntaria; otra distinción es que también la nacionalidad se haya adquirido por adopción, legitimación, reconocimiento, matrimonio u otro medio. Aunque el Relator Especial limita la naturalización a la buena fe, es una noción de amplio alcance que reviste formas distintas en función de diferentes causas. Entre estas últimas, la residencia habitual suele revestir importancia, aunque generalmente se la asocia a otros factores de vinculación. Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad, que concierne a las clases de personas a las que los Estados Partes facilitan, en su derecho interno, la adquisición de su nacionalidad, vincula tres de las siete categorías mencionadas a la residencia legal y habitual. No obstante, el Sr. Galicki estima que, si se deja de lado la situación excepcional prevista en el proyecto de artículo 8, en ningún caso la residencia habitual puede sustituir al vínculo de nacionalidad como factor de vinculación necesario del perjudicado a un Estado habilitado para ejercer la protección diplomática en favor de esta persona.

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

3. En cuanto al término «naturalización», el Relator Especial lo acompaña de una calificación precisa, «de buena fe». Como ha señalado el Sr. Simma (2625.^a sesión), la expresión «de buena fe» deberá examinarse más adelante. El propio Relator Especial admite que el derecho internacional no reconoce la naturalización en todas las circunstancias. El Relator Especial da ejemplos de naturalizaciones fraudulentas, concedidas de modo discriminatorio, forzadas y concedidas sin que hubiera ninguna clase de vínculo. Estos ejemplos de naturalizaciones «de mala fe» no agotan desde luego la lista de situaciones en las cuales la negativa a reconocer la naturalización puede estar justificada. Esta negativa puede deberse a la mala fe del Estado interesado o a la de la persona de que se trate. Por ejemplo, el Convenio europeo sobre la nacionalidad prevé en el apartado b del párrafo 1 de su artículo 7 la pérdida de la nacionalidad en caso de «adquisición de la nacionalidad del Estado Parte como consecuencia de una conducta fraudulenta, falsa información o disimulación de un hecho pertinente por parte del solicitante». No obstante, aunque una naturalización de mala fe sea posible, cabe observar que, como se señala en el párrafo 105 del informe, se presume que el Estado Parte ha obrado de buena fe. A este respecto, diríase que no hay razón para limitar exclusivamente a los Estados esta presunción de buena fe sino que debería hacerse extensiva a las personas.

4. Aunque el artículo 5 no previese la exigencia de la buena fe para la naturalización, al Sr. Galicki le resultaría muy difícil sumarse a la opinión del Sr. Momtaz (ibíd.), según el cual es imposible impugnar la nacionalidad adquirida sobre la base del *jus soli* o del *jus sanguinis*. Si ello fuera así, el artículo 6 perdería gran parte de su razón de ser. Como se recordará, el apartado e del párrafo 1 del artículo 7 del Convenio europeo sobre la nacionalidad prevé la posibilidad de la pérdida de la nacionalidad en caso de «ausencia de todo vínculo efectivo entre el Estado Parte y un nacional que resida habitualmente en el extranjero».

5. Poniendo fin a sus comentarios sobre el artículo 5, el Sr. Galicki dice que la propuesta del Sr. Kamto (ibíd.) de abreviar este artículo de modo que se termine después de la palabra «proteger», sin mencionar los criterios para la adquisición de la nacionalidad, no deja de ser interesante. Teniendo en cuenta las discrepancias manifestadas durante el debate, en el que se criticó la ausencia de algunos criterios para la adquisición de la nacionalidad —como, por ejemplo, la repatriación—, esta solución de avenencia parece la mejor. Bastaría una redacción más concisa y condensada del artículo 5 para expresar el vínculo necesario entre la nacionalidad del perjudicado y el derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer su protección diplomática en favor de esta persona.

6. En lo tocante al artículo 6, que se refiere al problema mucho más complejo de la nacionalidad múltiple en relación con el derecho a ejercer la protección diplomática, el Relator Especial está dispuesto a reconocer a un Estado del que sea nacional la persona perjudicada el derecho a ejercer su protección diplomática frente a otro Estado cuya nacionalidad posea también esta persona. Para ello debe cumplirse la condición de que la nacionalidad del Estado que ejerce la protección sea la nacionalidad dominante o efectiva. No ha sido fácil llegar a esta conclusión,

ya que el punto de partida del análisis, que es el artículo 4 del Convenio de La Haya de 1930, es bastante desalentador por cuanto dispone que «un Estado no puede ejercer su protección diplomática en favor de uno de sus nacionales frente a otro Estado del que esta persona sea también nacional». Todavía quedan partidarios de este principio.

7. Sin embargo, como ha demostrado el Relator Especial, al tiempo que aparecía el principio de la nacionalidad dominante o efectiva el planteamiento de la cuestión del ejercicio de la protección diplomática en favor de personas con doble o múltiple nacionalidad ha evolucionado considerablemente. El Relator Especial ofrece un gran número de ejemplos —principalmente de decisiones judiciales que van desde el asunto *Nottebohm* a la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos— de la aplicación del principio de la nacionalidad dominante o efectiva en los casos de doble nacionalidad. En el párrafo 160 de su informe, el Relator llega a la conclusión de que el principio enunciado en el artículo 6 refleja la posición actual en el derecho internacional consuetudinario y es compatible con la evolución de las normas internacionales de derechos humanos, que conceden la protección jurídica a las personas incluso frente al Estado del cual son nacionales. Sin embargo, la situación no parece tan sencilla. En primer lugar, la evolución de las normas internacionales de los derechos humanos se ha originado exclusivamente, hasta ahora, en disposiciones de los tratados, y es limitada porque sólo atañe a los Estados que están obligados por estas disposiciones y por los derechos y libertades que enuncian. Además, el Relator Especial admite honradamente en el párrafo 146 de su informe que los juristas están divididos en cuanto a la aplicabilidad del principio de la nacionalidad dominante. El Relator ofrece muchos ejemplos, sacados de la práctica, de Estados que se niegan a ejercer su protección diplomática en favor de sus nacionales frente a otro Estado del que también sean nacionales, y cita la opinión consultiva de la CIJ sobre el asunto *Réparation*, en el cual se describe como «práctica ordinaria» la seguida por los Estados de no proteger a sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también tuvieran [véase pág. 16].

8. Según el Relator Especial, el Convenio europeo sobre la nacionalidad no se pronuncia al respecto. Esto es exacto, pero hay que saber que el proyecto de convenio redactado en 1995 contenía una disposición especial que prevenía la posibilidad de que el Estado de nacionalidad ejerciera su protección diplomática en favor de una persona determinada frente a otro Estado del que esta persona fuera también la nacional por motivos humanitarios u otros motivos análogos. Empero, ante las fuertes críticas y la enérgica oposición expresada por numerosos Estados, entre ellos Polonia, esta disposición se suprimió finalmente del texto definitivo del Convenio. Hay que recordar también que, aunque hoy día los Estados toleran mejor la multiplicidad de nacionalidades que hace treinta o cincuenta años, muchos Estados consagran en su derecho interno la norma enunciada en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1930, según la cual «una persona que posea dos o más nacionalidades podrá ser considerada nacional por cada uno de los Estados del que posea la nacionalidad», y parece que incluso hoy los

Estados no están verdaderamente deseosos de renunciar a este derecho.

9. Concluyendo sus observaciones acerca del artículo 6, el Sr. Galicki estima necesario subrayar que el principio de la nacionalidad dominante o efectiva puede ser aplicable en los casos de doble nacionalidad cuando la protección diplomática es ejercida por uno de los Estados del que la persona interesada es nacional frente a un tercer Estado. No obstante, cuando se trata de aplicar este principio contra otro Estado cuya nacionalidad posee también el interesado, no parece que la codificación de esta norma esté suficientemente justificada por el estado actual del derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, considerando el proyecto de artículo 6 a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional, diríase que la posibilidad de que un Estado de nacionalidad ejerza su protección diplomática frente a otro Estado de nacionalidad no debería depender del criterio de la nacionalidad dominante, que será la del Estado que desee ejercer su protección, sino más bien de la ausencia de un vínculo auténtico y efectivo entre el interesado y el otro Estado del que sea nacional.

10. El artículo 7, que se refiere a la protección diplomática ejercida en favor de una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad frente a terceros Estados, deja un poco perplejo al Sr. Galicki. En efecto, en este artículo el Relator Especial parece rechazar el principio de la nacionalidad dominante o efectiva, que ha tratado de aplicar en el artículo 6. En el párrafo 173 de su informe, el Relator Especial reconoce que el Estado demandado tiene derecho a presentar objeciones en los casos en que la nacionalidad del Estado demandante se haya adquirido de mala fe. El Sr. Galicki entiende que el vínculo de la nacionalidad adquirida de buena fe no puede sustituir por completo al principio de la nacionalidad dominante o efectiva tal y como se expresa en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1930, y se confirma en la jurisprudencia posterior, incluida la decisión de la CIJ en el asunto *Nottebohm*. Se plantea desde luego el problema de saber si a la noción de buena fe debe dársele una interpretación lata o restrictiva; por ejemplo ¿necesita un vínculo efectivo? En este mismo artículo 7 el Relator Especial adopta un planteamiento puramente formal de la nacionalidad, sin preocuparse de que exista un vínculo efectivo entre la persona interesada y los Estados de que se trata. A este respecto el Sr. Galicki estima que, si bien puede dejarse de lado el principio de la nacionalidad dominante, convendría no obstante insertar en el artículo 7 una cláusula de salvaguardia que impida que los Estados puedan invocar este artículo para ejercer su protección diplomática en favor de una persona con múltiples nacionalidades en ausencia de un vínculo efectivo con esta persona.

11. Por último, el Sr. Galicki apoya plenamente el texto del artículo 8 propuesto que, como han señalado numerosos miembros de la Comisión, posee dos méritos indiscutibles. En primer lugar, refleja la tendencia de las normas jurídicas internacionales a humanizarse y a tener en cuenta el factor humanitario. En segundo lugar, muestra de modo ejemplar cómo la Comisión puede cumplir, en el momento oportuno y en el sector adecuado, una de sus principales funciones, a saber, el desarrollo progresivo del derecho internacional. Este artículo 8 deberá afinarse sin duda, pero ello no merma en nada su validez.

12. El Sr. KABATSI, tras rendir tributo al ingente trabajo realizado por el Relator Especial en la elaboración de los proyectos de artículos propuestos, como demuestra el número de decisiones de la jurisprudencia y de obras citadas en las notas de pie de página, dice que, en términos generales, el artículo 5 no le plantea ningún problema, aunque considera que el Relator Especial corre riesgos inútiles y se expone a críticas al desarrollar excesivamente la noción de nacionalidad. En efecto, no es necesario saber cómo se ha adquirido la nacionalidad ni considerar su validez a los efectos del artículo 5. Este artículo es una continuación natural del artículo 1, que se refiere al campo de aplicación de la protección diplomática, y del artículo 3, que trata del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales. No se discute que, a reserva de los límites fijados por el derecho internacional, incumbe a cada Estado determinar quiénes son nacionales suyos en virtud de su derecho interno. Normalmente, siempre que un Estado declara que una persona tiene su nacionalidad, se supone que esta persona es desde luego nacional de este Estado. Esto significa que el Estado no tiene que probar que esta nacionalidad es válida para ejercer su protección diplomática. Corresponde al Estado demandado, como indica el Relator Especial en el párrafo 118 de su informe, demostrar que la nacionalidad no es válida por las razones enumeradas en el párrafo 104 del mismo informe, a las cuales puede añadirse una naturalización que vulnere las disposiciones de derecho interno del Estado demandante. Si, según el principio enunciado en el artículo 5, a los efectos de la protección diplomática de las personas naturales el Estado de la nacionalidad es el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretende proteger, ¿por qué socavar este principio indicando las circunstancias en las que puede impugnarse la validez de la nacionalidad? Parece que la Comisión se esté aventurando en la esfera de las reglas primarias, mientras que el tema pertenece a las secundarias. Sobre este punto el Sr. Kabatsi piensa, como algunos miembros de la Comisión que ya han intervenido respecto de este asunto, que el artículo 5 no debe mencionar los criterios para la adquisición de la nacionalidad.

13. En lo tocante al artículo 6, el Sr. Kabatsi está satisfecho del texto propuesto, pese al principio tradicional de la no responsabilidad del Estado frente a sus nacionales, por los motivos indicados en el informe del Relator Especial. Aunque, como el Relator Especial señala en el párrafo 153, la determinación de la nacionalidad efectiva o dominante puede plantear un problema, no por ello es menos posible. En la práctica, entre dos Estados cuya nacionalidad posea la persona interesada, la cuestión de la nacionalidad efectiva o dominante tendrá preeminencia si la valoración de la fuerza respectiva de los vínculos se inclina claramente en favor del Estado que reivindicó a la persona como nacional suyo. Como se desprende del párrafo 158 del informe, esta no es una cuestión que deba resolverse positiva o negativamente. Toda duda acerca de la existencia de un vínculo de nacionalidad efectiva o dominante entre el Estado demandante y el Estado demandado deberá zanjarse en favor de este último. Se trata de una disposición muy útil de *lege ferenda*, y el Sr. Kabatsi es partidario de ella.

14. El orador aprueba también el proyecto de artículo 7, que no le plantea ningún problema, y el proyecto de ar-

título 8, tanto más cuanto que el antiguo artículo 4 se ha suprimido, supresión que el Sr. Kabatsi aprobó en su día. No aprobaría el artículo 8 si se considerase que la protección diplomática es un derecho de la persona que puede oponerse al Estado protector, ya que ello impondría una obligación adicional hacia los refugiados y los apátridas por parte de los Estados de asilo o de acogida. Sin embargo, como el ejercicio de la protección diplomática corresponde a las facultades discrecionales del Estado, esta disposición no impone ninguna carga adicional al Estado en relación con los refugiados y los apátridas que puedan encontrarse en su territorio. Se trata de una disposición perteneciente a la esfera de los derechos humanos, que es útil en la medida en que prevé una protección para personas que de todos modos se encuentran en situación precaria. Es fuerte la tentación de rechazar este proyecto de artículo alegando que no corresponde al tema, en la medida en que éste se circunscribe a los artículos 1 y 3 y quizás al artículo 5, pero, teniendo presente que encuentra justificaciones en la doctrina y en algunos convenios y responde a motivos humanitarios, el artículo consagra un desarrollo progresivo del derecho y por consiguiente es válido. Probablemente hay un tercer tipo de personas que podrían gozar de protección a tenor de este artículo, sobre todo si se acepta el principio de residencia habitual defendido por algunos en relación con el artículo 5; se trata de las personas que no son refugiados ni apátridas propiamente dichos pero son residentes habituales, y posiblemente permanentes, del Estado de acogida. Este Estado debería estar en condiciones de ejercer su protección diplomática en favor de estas personas, especialmente cuando, por diversas razones, el Estado de nacionalidad nominal no esté en condiciones de hacerlo evidentemente frente a terceros Estados. Esto significaría quizás llevar demasiado lejos el concepto del desarrollo progresivo del derecho, pero es una idea que merece la pena considerar.

15. El Sr. KATEKA hace suyos los principios que informan el artículo 5, que se basa en una aplicación liberal, en interés de las personas, del principio del vínculo efectivo enunciado en el fallo correspondiente al asunto *Nottebohm*. Con todo, hay que guardarse de cualquier disposición abierta que pueda prestarse a interpretaciones equivocadas y proponer por el contrario criterios concretos, evitando por ejemplo la imprecisa fórmula «cualquier otro vínculo reconocido por el derecho internacional». En cuanto al criterio de la «residencia habitual», que algunos miembros de la Comisión proponen añadir, sólo sería pertinente si la residencia habitual es resultado de la libre elección y de la voluntad del interesado. Ello sin embargo no siempre es así y la Comisión ha de dar prueba de circunspección.

16. El artículo 6 codifica el principio de la nacionalidad dominante o efectiva en los casos de nacionalidad doble o múltiple. Se trata de un principio controvertido que divide a los expertos y a los tribunales internacionales. El hecho de que el Estado de la nacionalidad activa pueda ejercer su protección diplomática frente al Estado de la nacionalidad inactiva socavaría el principio de la igualdad de los Estados. Conviene pues revisar el artículo 6 para evitar todo litigio entre Estados de los que el interesado sea nacional.

17. El artículo 8 tiene que ver con el desarrollo progresivo del derecho internacional y se aparta evidentemente de la sabiduría tradicional, que reserva el ejercicio de la protección diplomática al Estado de nacionalidad. A este respecto se ha preguntado si una persona que satisfaga el criterio de la residencia habitual podría beneficiarse de la protección diplomática. A esto se ha respondido que si el interesado es apátrida o refugiado, corresponde al país de acogida ejercer esta protección. Pero la realidad no es tan sencilla. Por ejemplo, la República Unida de Tanzania ha acogido a casi un millón de refugiados procedentes de países vecinos. Algunos de estos refugiados residen en ese país desde hace más de 30 años conservando la nacionalidad de su país de origen desde el punto de vista técnico, aunque no tengan ningún contacto práctico con él. El ACNUR asegura su protección, en el sentido previsto en la Convención sobre el estatuto de los refugiados. Si se aprobara el artículo 8 con la redacción propuesta, la República Unida de Tanzania debería ejercer su protección diplomática en favor de refugiados que tienen su residencia habitual en su territorio. Es completamente legítimo preguntarse, en este caso, si el país de acogida debe soportar esta carga adicional, siendo así que ya sufre las consecuencias de la falta de asistencia de la comunidad internacional. El Sr. Kateka no acepta el argumento según el cual el artículo 8 prevé que el ejercicio de la protección diplomática quede a la discreción del Estado. Asimismo, a su modo de ver la idea expuesta de que un tercer Estado podría ejercer su protección diplomática en favor de los refugiados y apátridas frente al Estado de acogida si se diera un hecho internacionalmente ilícito va demasiado lejos. Si este último Estado incumpliera una obligación erga omnes correspondería al ACNUR, en su calidad de potencia «protectora», resolver el problema con el gobierno del país interesado. De hecho, si una organización internacional puede ejercer una protección funcional en favor de su personal, no hay motivo para que las Naciones Unidas o el ACNUR no puedan hacerlo con refugiados que están bajo su «protección». Esto aliviaría la carga de los Estados de acogida, que en su mayor parte son países en desarrollo enfrentados a graves problemas que afectan no sólo a la vida económica sino también al medio ambiente y al orden público. Así pues, el Sr. Kateka pide encarecidamente a la Comisión que en este asunto proceda con prudencia.

18. Sr. HAFNER hace suyo en general el criterio propuesto por el Relator Especial para las situaciones contempladas en los artículos 5 a 8.

19. El artículo 5, además de requerir sin duda alguna modificaciones de forma, plantea otro problema, ya aludido anteriormente: el de la naturalización de «buena fe». La «buena fe» es un criterio subjetivo, muy difícil de aplicar. En el contexto actual no es, desde luego, conveniente, como tampoco lo es la noción de «nacionalidad efectiva», que limitaría el derecho de un Estado a ejercer su protección diplomática, lo que iría en contra del objetivo perseguido, o sea, el interés bien entendido de las personas afectadas. Por todo ello el Sr. Hafner preferiría la propuesta del Sr. Kamto de suprimir del artículo 5 las palabras «por razón del lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe». Sin embargo, a modo de compromiso entre la posición del Sr. Kamto y la del Relator Especial, propone que se conserven los útiles criterios del *jus solis* y el *jus sanguinis* y

también el de la naturalización, acompañado de la cláusula «de conformidad con el derecho internacional», en la inteligencia de que la naturalización abarca todos los demás medios de adquirir la nacionalidad además de los dos mencionados en primer lugar.

20. El artículo 6 se refiere a un caso particular en el contexto de la disposición del artículo 7 y por consiguiente debería ir detrás de éste y no delante. Este artículo plantea un problema de forma derivado de la falta de una definición del término «perjudicado», que el Comité de Redacción debería probablemente considerar. Frente a la mundialización y a libre circulación de las personas a través de las fronteras, conviene definir con precisión las condiciones en que puede ejercerse el derecho a que se refiere este artículo. Se prevén dos criterios, el de la nacionalidad dominante y el de la nacionalidad efectiva. Se trata de saber si son diferentes o sinónimos. La jurisprudencia parece basarse en la hipótesis de que son equivalentes. Pero si se añade, como se ha propuesto, la conjunción «y» entre los adjetivos «dominante» y «efectiva», esto significaría que la noción de la nacionalidad dominante es distinta de la de nacionalidad efectiva. Esto contradeciría la jurisprudencia y modificaría el derecho del Estado a ejercer su protección diplomática. Personalmente el Sr. Hafner prefiere el concepto de «nacionalidad dominante», ya que presupone que uno de los dos vínculos de nacionalidad es más poderoso que el otro. En cambio, la expresión «nacionalidad efectiva» hace pensar que ninguno de los vínculos de nacionalidad bastaría para confirmar el derecho de un Estado a ejercer su protección diplomática, ya que podría sostenerse igualmente, en el caso de una persona con dos nacionalidades por ejemplo, que ninguno de los vínculos de nacionalidad es efectivo. De ello se sigue que ningún Estado podría ejercer su protección diplomática.

21. En lo referente al artículo 7, el Sr. Hafner observa que el párrafo 1 no hace más que reproducir el contenido del artículo 5, sin añadir nada. En cuanto al párrafo 2, cabe preguntarse no sólo si hay casos en los cuales puede aplicarse en la práctica, sino incluso si existe un nexo entre estos ejercicios de la protección diplomática. Por ejemplo, si un Estado de nacionalidad renuncia a ejercer su protección diplomática o se declara satisfecho de la respuesta del Estado demandado, ¿surtirá esto efecto sobre otro u otros Estados de nacionalidad que pueden ejercer su protección diplomática? La protección diplomática no se presta a un ejercicio conjunto y no hay ninguna necesidad de prever este caso particular.

22. En cuanto a la regla enunciada en el artículo 8, el Sr. Hafner admite que guarda relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y acepta el objetivo previsto. No obstante, el problema es intrincado y convendría distinguir, para facilitar la aplicación, entre el caso de los apátridas y el de los refugiados, que no son el mismo. Por ejemplo, en lo relativo a los refugiados ¿es pertinente la condición exigida, esto es, la residencia legal en el territorio del Estado demandante? El Sr. Hafner, al igual que otros miembros de la Comisión, piensa que es el Estado que ha concedido el estatuto de refugiado, y no el Estado de residencia, el que debería estar habilitado para ejercer la protección diplomática. En efecto, si un Estado miembro de la Unión Europea, de conformidad con la política general de la Unión, concede

el derecho de asilo a una persona o le reconoce el estatuto de refugiado, esta persona tendría derecho a residir legalmente en otro país de la Unión Europea. En este caso no es necesario transferir al Estado de residencia legal del interesado el derecho a ejercer la protección diplomática: esta protección debería ejercerla el Estado que ha reconocido la condición de refugiado. La situación sería desde luego distinta si se añadiese el criterio del vínculo dominante o del vínculo efectivo al de la residencia legal habitual con carácter de criterio subsidiario. En efecto, puede ocurrir —y ha ocurrido— que personas instaladas en otro país donde han adquirido el estatuto de refugiado regresen a su país de origen cuando mejora la situación en éste. En tal caso, sólo el Estado de origen debería estar habilitado a ejercer su protección diplomática. El proyecto de artículos debe contener una disposición específica que se refiera a este problema. Por último, convendría prever también el caso en que el refugiado haya sufrido un perjuicio antes de salir de su país de origen.

23. El Sr. SIMMA, refiriéndose al análisis y las hipótesis del Sr. Hafner acerca del artículo 8, observa que es muy frecuente que una persona que ha adquirido el estatuto de refugiado en el primer país miembro de la Unión Europea en el que ha entrado se instale en otro país miembro y resida en él muchos años. Si esta persona necesitara protección diplomática, ¿debería limitarse el derecho a ejercer esta protección, como sugiere el Sr. Hafner, al país en cuyo territorio haya entrado por primera vez la persona, con el que quizás ya no tendría ningún vínculo efectivo?

24. El Sr. HAFNER admite que sería razonable que en el caso expuesto por el Sr. Simma el país de residencia legal fuera el que estuviera habilitado para ejercer la protección diplomática. Pero el problema consiste en determinar el momento a partir del cual debe reconocerse este derecho: ¿cuántos años de residencia debería justificar el refugiado para que el Estado de residencia tuviera el derecho a ejercer la protección diplomática en favor de esta persona? El problema es insoluble y por ello el Sr. Hafner ha previsto que se conceda el derecho a ejercer la protección diplomática al Estado que haya otorgado el estatuto de refugiado, por analogía con el Estado de nacionalidad, quedando entendido que este derecho no es más que un derecho y no una obligación. El Estado de referencia puede siempre negarse a ejercerlo cuando su ejercicio constituya una carga para él en el sentido de lo expuesto por el Sr. Kateka.

25. El Sr. KUSUMA-ATMADJA se pregunta también si lo que se debate es la protección diplomática o la nacionalidad, tanto si es única como si es doble o múltiple.

26. En tal caso el problema, aunque quizás sea fácil de resolver en un marco regional bien integrado como el de la Unión Europea, no lo sería tanto en un marco regional poco integrado como el de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental y aún menos en el marco de una comunidad internacional compuesta de Estados soberanos. La solución quizás consistiera, como se ha propuesto ya, en una cuidadosa delimitación del campo de aplicación de la protección diplomática, sobre la base de la teoría clásica del derecho de la nacionalidad.

27. El Sr. Kusuma-Atmadja está persuadido de que el Relator Especial tendrá debidamente en cuenta las observaciones formuladas en sus trabajos futuros.

28. El Sr. KAMTO dice que el compromiso propuesto en el artículo 5 es sorprendente, puesto que no se ve la necesidad de indicar algunos criterios para la adquisición de la nacionalidad y no otros. Sería preferible pues suprimir la frase «por razón del lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe» y sustituirla por la fórmula propuesta por el Sr. Hafner, añadiendo las palabras «de conformidad con el derecho internacional».

29. En lo referente al proyecto de artículo 8, el Sr. Hafner llevaba razón al afirmar, como otros miembros, que debe distinguirse entre la cuestión de los apátridas y la de los refugiados. Sin embargo, el ejemplo que ha expuesto de la Unión Europea no es muy convincente, por cuanto las reglas que regulan la circulación de personas en la Unión ya no son las mismas que en el resto de mundo. Cualquier país miembro de la Unión Europea en el que resida un titular de un pasaporte Schengen que goce del estatuto de refugiado en el sentido de la Convención sobre el estatuto de los refugiados podría conceder a éste la protección diplomática. En cambio, la propuesta de habilitar al Estado que ha concedido el estatuto de refugiado a los efectos de la protección diplomática parece adecuada, ya que por lo menos crearía un vínculo y no solamente fáctico sino también jurídico. Por este medio el Estado habría tratado de reconocer su estatuto específico para los refugiados.

30. Por último, el Sr. Kamto comparte la preocupación legítima expuesta por el Sr. Kateka en sus últimas observaciones acerca de los países que acogen a un gran número de refugiados. La respuesta jurídica acertada consistiría en estipular que la protección diplomática no es una obligación internacional sino un derecho subjetivo del Estado, que éste es libre de ejercer o no.

31. El Sr. CRAWFORD señala que en el marco de la protección funcional parece razonable conceder o reconocer a un Estado que ha otorgado el estatuto de refugiado el derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a las pérdidas sufridas después de la concesión del estatuto. Esta restricción le parece intrínseca al debate; ello significa que, cuando los acontecimientos fueran anteriores a la concesión del estatuto, la protección diplomática quedaría totalmente excluida. Sin embargo, a riesgo de parecer retrógrado siente una cierta reluctancia a llegar incluso a este punto.

32. En efecto, en lo tocante a la protección de los refugiados lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. Si un Estado llegara a suponer que la concesión del estatuto de refugiado es como un primer paso hacia la concesión de la nacionalidad, y que todo ejercicio de protección diplomática equivale de hecho a declarar al individuo interesado que la concesión del estatuto de refugiado entraña la de la nacionalidad, esto sería un nuevo elemento disuasivo que delimitaría la concesión del estatuto de refugiado. Ahora bien, para el Sr. Crawford el estatuto de refugiado en el sentido clásico de la palabra es un medio sumamente importante de proteger a los individuos contra la persecución o un temor fundado a ésta. Si la Comisión carga

demasiado la barca, las graves dificultades con que ya se tropieza para mantener el sistema clásico podrían empeorar aún más.

33. El Sr. GAJA, refiriéndose al proyecto de artículo 6, se suma a la opinión de los miembros que prefieren la palabra «dominante» a la palabra «efectivo», puesto que se trata de comparar los vínculos de una persona con uno u otro Estado. Sin embargo, los motivos que se han expuesto para esta elección no le parecen del todo aceptables. La nacionalidad adquirida por el nacimiento puede muy bien ser la nacionalidad efectiva. Todo depende del sentido, más o menos amplio, que se dé a la palabra «efectivo». Parece ser que los miembros preferirían utilizar este término en un sentido que sólo permita al Estado de nacionalidad ejercer la protección diplomática solo en casos extremos.

34. El Relator Especial y el Sr. Hafner se inclinan a dar el sentido más amplio posible a la noción de protección diplomática, porque ello responde al interés de la persona. Conviene esclarecer el campo de aplicación del proyecto de artículos, que todavía no ha sido definido. Hay que saber si la protección diplomática pertenece en exclusiva a las reglas relativas al trato de los extranjeros o si abarca también la protección de los derechos humanos en general y, en tal caso, si para esa protección el Estado de nacionalidad tiene la posibilidad de hacer valer reclamaciones que otros Estados no están habilitados a presentar. Este es el fondo de la cuestión. Si la respuesta es negativa, el vínculo de nacionalidad pierde todo sentido y no es necesario ampliar la noción de protección diplomática. Si es afirmativa, se regresa a la situación prevaleciente antes de la segunda guerra mundial, cuando los Estados sólo procuraban proteger los intereses de sus nacionales.

35. El Sr. SIMMA, refiriéndose a las observaciones relativas al proyecto de artículo 8, en las que se establece una distinción entre los que interpretan que la protección diplomática es una facultad discrecional y no una obligación del Estado y los que ven aparecer en el debate una tendencia a transformar un derecho del Estado en un derecho de la persona, estima que debe encontrarse un equilibrio entre los trabajos relativos a la protección diplomática y los referentes a la responsabilidad de los Estados. En efecto, la defensa de los derechos individuales puede preverse en relación con el marco del tema de la responsabilidad de los Estados.

36. En lo relativo al proyecto de artículo 5, la propuesta del Sr. Kamto de que el artículo se termine después de la frase «la persona a quien se pretenda proteger» parece haber suscitado el consenso de numerosos miembros. No obstante, la expresión «de conformidad con el derecho internacional» que se propone agregar sigue estando asociada, en la práctica de la Comisión, a una acción de los Estados. Así pues, en el curso de los trabajos sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados se ha afirmado que los Estados pueden otorgar la nacionalidad «de conformidad con el derecho internacional»². Al declarar que una persona adquiere una nacionalidad «de conformidad con el derecho internacional», se corre el

² Véase el párrafo 2 del comentario al artículo 3 [Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), cap. IV].

riesgo de dar la impresión de que, al elegir la mala nacionalidad, esta persona podría infringir el derecho internacional. Conviene pues actuar con extremada prudencia en la elección de los términos empleados.

37. El Sr. ECONOMIDES estima que hay que descartar del campo de aplicación del artículo 8 a los refugiados económicos que trabajan en un país extranjero pero conservan relaciones totalmente normales con su propio país. El Estado de nacionalidad está en condiciones de ejercer la protección diplomática de estas personas si es necesario. Según el orador, el artículo 8 se aplica a los refugiados políticos. A diferencia del refugiado económico, el refugiado político no mantiene ninguna relación con su país de origen ni busca su protección; necesita pues la protección de otro país. Para beneficiarse de esa protección no basta con que resida en el país que ejerce la protección diplomática, sino que además debe haber sido reconocido legalmente como refugiado, en el sentido de lo dispuesto en la Convención sobre el estatuto de los refugiados, por el Estado en cuyo territorio resida. Esta situación es un poco más restrictiva que la prevista en el proyecto de artículo 8, pero el Sr. Economides entiende que deberían exigirse las dos condiciones.

38. El Sr. GALICKI expresa su satisfacción general por el proyecto de artículo 8, del que ha observado el carácter humanitario. Sin embargo, no cree que la razón de ser jurídica de este artículo guarde relación alguna con los derechos humanos; su objetivo son los casos en que una determinada persona, en una situación determinada, se encuentra privada de la posibilidad de pedir la protección diplomática. El proyecto de artículo 8 ofrece un sucedáneo del Estado de nacionalidad a los efectos de la protección diplomática para el apátrida, que no puede recurrir a ningún Estado, y para el refugiado, que no puede dirigirse al Estado del que es nacional. No hay en este caso ninguna concurrencia ni confusión con la protección de los derechos humanos. Este proyecto de artículos se sitúa en un plano completamente distinto.

39. El Sr. KAMTO es sensible a los argumentos expuestos por el Sr. Crawford, cuyo punto de vista no tiene nada de retrógrado. Sin embargo, la situación de los refugiados es de carácter esencialmente temporal y debe seguirlo siendo. Si bien los refugiados políticos pueden continuar siendo refugiados mientras el régimen que les ha expulsado siga instalado en el poder, puede pensarse que las otras categorías de refugiados —no los refugiados económicos, que no entran en el ámbito de la disposición y constituyen una categoría controvertida, sino los que han sido desplazados como consecuencia de guerras o de catástrofes— regresarán rápidamente a sus países de origen. Estos refugiados conservan la nacionalidad de su país. Más concretamente, la estancia del refugiado en el extranjero dura de dos a cinco años por término medio, e incluso para un período más largo, el tiempo por sí solo no debería implicar consecuencias jurídicas sin la voluntad del Estado de acogida. La protección que le confiere el estatuto de refugiado es suficiente, en espera de que a su regreso pueda solicitar eventualmente la protección diplomática. En todo caso, la observaciones del Sr. Crawford merecen ser tomadas en consideración en el examen futuro de este proyecto de artículo.

40. El Sr. SIMMA observa que la palabra «refugiado», en el proyecto de artículo 8, no puede interpretarse en modo alguno en el sentido de que comprenda a los que el Sr. Economides llama refugiados económicos, sino que designa únicamente a los refugiados en el sentido de la Convención sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados. La expresión «refugiado económico» debe evitarse, porque en sentido estricto no es jurídica.

41. El Sr. MOMTAZ dice que es muy sensible a las preocupaciones del Sr. Kateka ya que, según las estadísticas del ACNUR, su país, la República Islámica del Irán, es el que acoge actualmente el mayor número de refugiados, pero no las comparte por cuanto el proyecto de artículo 8 confiere simplemente un derecho al Estado y no le impone ninguna obligación. El Estado de acogida sigue en libertad de conceder o no su protección diplomática a las personas que se refugien en él.

42. Además de los refugiados políticos y los económicos antes mencionados, existe una tercera categoría de refugiados, que se compone de las personas desplazadas por conflictos armados o catástrofes naturales. Quizás convendría reflexionar más detenidamente sobre la propuesta del Sr. Economides de que sólo se conceda la protección diplomática en virtud del artículo 8 a las personas que hayan obtenido el estatuto de refugiado propiamente dicho, sea o no por razones políticas.

43. El Sr. HAFNER precisa ante todo que la noción de interés de la persona es de alcance más amplio que la de derechos humanos. Al igual que el Sr. Simma, piensa que la noción de refugiado económico carece de toda realidad y que las dos palabras son términos contradictorios. La palabra «refugiado» debe utilizarse en el sentido que le atribuyen las convenciones internacionales pertinentes.

44. El argumento del Sr. Crawford tiene sus puntos válidos, pero el problema consiste precisamente en determinar a partir de qué momento es legal la residencia. Por otra parte, si sólo se concede el derecho a ejercer la protección diplomática al Estado donde reside legalmente el refugiado, se priva a éste del derecho a gozar de la protección diplomática de otro Estado. Ahora bien, los casos de perjuicio de la persona se registrarían sin duda con más frecuencia en el país donde la persona tenga su residencia legal, porque allí es donde se supone que pasa la mayor parte de su tiempo. Si se otorgara solamente a este Estado el derecho a ejercer la protección diplomática, no estaría desde luego habilitado para ejercerla contra él mismo. En tal caso, otro Estado debería tener la posibilidad de ejercer esta protección, y sería ciertamente el Estado que haya otorgado en primer lugar el estatuto de refugiado. Como puede verse, se trata de una cuestión compleja que justifica la distinción entre la situación de los apátridas y la de los refugiados, y que se les dediquen dos párrafos —o incluso dos artículos— separados.

45. El Sr. SEPÚLVEDA desea hacer observaciones generales sobre todos los proyectos de artículos presentados, y dice que el Relator Especial ha conseguido sistematizar con talento una serie de conceptos jurídicos que permitirán definir la naturaleza y el campo de aplicación de la protección diplomática en el mundo contemporáneo. En esta esfera, la Comisión puede conferir credibi-

lidad y respetabilidad a un proceso que en América Latina ha provocado mucha hostilidad. Este antagonismo es producto de casi dos siglos de amargas experiencias de intervenciones armadas y presiones de todo tipo que han acabado deformando el sentido mismo del concepto de protección diplomática. Ahora se ofrece la oportunidad de establecer sobre bases distintas principios que, negociados de común acuerdo, servirán para satisfacer los intereses de todos los Estados. El Sr. Sepúlveda prefiere no pronunciarse por ahora sobre la oportunidad de dedicar un capítulo a las definiciones y piensa que es imperativo determinar antes el campo de aplicación de la protección diplomática; propone que se adopte a este respecto un cierto número de criterios esenciales.

46. Ante todo, hay que considerar la protección diplomática como un procedimiento —no una medida ni una acción— que adoptaría un Estado respecto de otro Estado, excluyendo así los procedimientos que pueda emprender una persona privada frente a un Estado en el caso, por ejemplo, de que exista un acuerdo en materia de inversiones o comercio para someter los litigios al arbitraje internacional. Esta protección se origina en un acto o una omisión que constituye un acto internacionalmente ilícito, lo que significa que se ejerce cuando un Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales. Esta protección presupone igualmente la existencia de un daño causado a una persona privada extranjera o a sus bienes o de una relación de causalidad entre el daño sufrido y el acto u omisión ilícitos. Es un principio de imputabilidad o atribución que puede poner en marcha el procedimiento de la protección diplomática. Para que el daño sea atribuible al Estado es indispensable que exista una denegación de justicia, es decir que no haya ninguna posibilidad de obtener reparación o satisfacción del Estado al que es imputable el hecho. Una vez que se hayan agotado todos los recursos administrativos o judiciales internos y si el daño producido por el incumplimiento de la obligación internacional no ha sido reparado, podrá ponerse en marcha el procedimiento de protección diplomática. El ejercicio de este procedimiento tiene una naturaleza potestativa, esto es, que el Estado de la nacionalidad tiene un poder discrecional que no engendra una obligación automática e ineluctable en derecho internacional. Por lo demás, es preferible que el proyecto de artículos se refiera en lo esencial al trato de los nacionales y más particularmente de las personas naturales. Parece conveniente, en efecto, descartar a las personas jurídicas habida cuenta de las evidentes dificultades que entrañaría la determinación de su nacionalidad: ésta podría ser la del Estado de sede o de registro, la de los accionistas o incluso quizá la del centro principal de decisiones. Por último, la protección diplomática no debe comprender en ningún caso el uso o la amenaza del uso de la fuerza. Sólo pueden emplearse medios pacíficos para obtener la reparación de los daños causados a una persona privada extranjera que haya sido víctima de un acto internacionalmente ilícito y recurra al Estado de su nacionalidad para pedirle la protección diplomática después de que se hayan agotado todos los demás recursos disponibles.

47. Así pues, el artículo 2 debería rehacerse por completo, ya que en el marco de la protección diplomática la prohibición del recurso a la fuerza debería ser tajante y no admitir ninguna excepción. El Sr. Sepúlveda recuer-

da que la interpretación demasiado generosa del párrafo 4 del Artículo 2 y del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas ha dado lugar a numerosos abusos de poder y que a menudo los hechos han demostrado a posteriori que la invocación a la legítima defensa no estaba justificada. En un artículo de este tipo, cuando están en juego la vida o la seguridad de nacionales de un Estado, prever que la comunidad internacional pueda adoptar medidas colectivas eficaces sería más razonable que autorizar un recurso unilateral a la fuerza.

48. La cuestión central planteada por el artículo 3 es la de saber quién es el titular de los derechos reivindicados cuando el Estado de la nacionalidad imputa a otro Estado la responsabilidad de los daños causados a uno de sus nacionales. No hay que olvidar que la que sufre el daño es la persona y no el Estado y que ésta tiene a su disposición recursos para obtener reparación que no son la protección diplomática. El perjudicado no sólo puede elevar el caso a una instancia judicial o a un tribunal administrativo interno, sino que además puede dirigirse a un tribunal arbitral internacional o a un órgano de protección de los derechos humanos, según la naturaleza del litigio y el perjuicio sufrido. El Estado que presenta una reclamación en su nombre sólo ejerce una función supletoria y no un derecho exclusivo o absoluto. Además, esta función la ejerce de manera discrecional y no existe una correlación automática y necesaria entre el daño causado al nacional y la protección diplomática. Por otra parte, el artículo 3 plantea un problema de formulación: cuando dice que «el Estado de la nacionalidad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado* por otro Estado», debe recordarse que el artículo 1 prevé que el perjuicio en cuestión ha de estar causado «por un acto o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado». Si la condición sine qua non para ejercer el derecho de protección diplomática es que el perjuicio sea causado por un acto internacionalmente ilícito, quizás convendría precisarlo también en el artículo 3 o en un capítulo dedicado a las definiciones.

49. El artículo 4 plantea varias cuestiones importantes y, ante todo, la de saber si el Estado tiene verdaderamente «la obligación jurídica» de ejercer la protección diplomática, como prevé el párrafo 1. Es cierto que es deber moral del Estado proteger los intereses de sus nacionales, pero más que de una obligación jurídica en el sentido estricto de la palabra se trata de una obligación política y por consiguiente de alcance limitado. Presentar la protección diplomática como un medio de reaccionar ante una violación grave de una norma del jus cogens tampoco es una idea muy buena. Estas violaciones requerirían más bien la adopción, por la comunidad de los Estados, de medidas coercitivas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Por último, el artículo 4 prevé un número tan elevado de excepciones y de cláusulas de salvaguardia que en la práctica será inaplicable.

50. En lo relativo al artículo 5, el Sr. Sepúlveda propone la siguiente modificación de la parte final: «...por Estado de la nacionalidad se entenderá el Estado que haya otorgado su nacionalidad a la persona a quien se pretenda proteger, por razón de lugar de nacimiento, nacionalidad de cualquiera de los padres o naturalización efectiva», e insiste en la expresión «cualquiera de los

padres», ya que las legislaciones varían a este respecto. En efecto, parece justificado establecer como condición previa para que un Estado ejerza la protección diplomática que dicho Estado haya reconocido efectivamente que la persona que desea proteger posee su nacionalidad. En caso de naturalización, el Estado sólo aceptará ejercer la protección diplomática si el solicitante tiene con dicho Estado un vínculo auténtico y efectivo.

51. El problema planteado por el artículo 6 es complejo, porque muchos Estados establecen que la nacionalidad de origen no se puede perder aunque el nacional adquiera después otra nacionalidad, lo que podría entenderse en el sentido de que el Estado de origen (el primer Estado de nacionalidad) conserva en todos los casos la facultad de ejercer su protección diplomática en favor de uno de sus nacionales frente al Estado cuya nacionalidad haya adquirido esta persona (el segundo Estado de nacionalidad). A este respecto sería preferible atenerse al principio enunciado en el artículo 4 del Convenio de La Haya de 1930, según el cual «un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también posea esa persona». No es legítimo que gracias a la protección diplomática una persona en posesión de la doble nacionalidad pueda ejercer (o hacer ejercer) un recurso contra un país al que debe lealtad y fidelidad.

52. Otra cuestión esencial que habrá que reconsiderar es la de la denegación de justicia, que reviste gran importancia en el marco de la protección diplomática.

53. El Sr. Sepúlveda ha apreciado la referencia del Relator Especial, en su informe, a los trabajos de dos grandes juristas latinoamericanos, García Amador y Orrego Vicuña, pero desea señalar que otros varios autores de América Latina han escrito también acerca del tema de la protección diplomática: además del imprescindible Carlos Calvo, piensa en particular en Podestá Costa, Jiménez de Aréchaga y César Sepúlveda. Tendrá mucho gusto en proporcionar al Relator Especial la bibliografía pertinente.

54. El Sr. LUKASHUK está preocupado por el hecho de que el proyecto de artículos no contiene ninguna disposición relativa a los derechos del ciudadano o del nacional. Es cierto que el derecho a ejercer la protección diplomática es un derecho del Estado y no de la persona. Pero a fuerza de hablar de la persona como «objeto» de la protección se acabará estableciendo sin querer analogías con los convenios para la protección de los pájaros migratorios u otras especies amenazadas. Como ha subrayado el Sr. Simma, el proyecto debería mantener el equilibrio entre los derechos del Estado, por una parte, y los del ciudadano, por la otra. En esta óptica, el Sr. Lukashuk propone que se introduzcan en el proyecto tres disposiciones, que podrían enunciarse del modo siguiente: primero, «el ciudadano tiene derecho a pedir al Estado del que es nacional que le conceda la protección diplomática»; segundo, «el ciudadano tiene derecho a rechazar la protección diplomática de un Estado del que tenga la ciudadanía» y, tercero, «toda persona que posea la nacionalidad de dos o más Estados tiene derecho, durante su estancia en el territorio de un tercer Estado, a expresar su opinión cuando se trata de declarar cuál es su nacionalidad efectiva. Esta opinión debe ser tomada en considera-

ción por el tercer Estado». Estas disposiciones no constituyen quizá un avance considerable en materia de desarrollo progresivo del derecho, pero corresponden a una realidad concreta y deberían suscitar una acogida favorable de los Estados.

55. El Sr. HERDOCIA SACASA, refiriéndose a los comentarios del Sr. Sepúlveda, dice que la cuestión del agotamiento de los recursos internos (o de la denegación de justicia) es, en efecto, muy importante. Debe tenerse en cuenta que las vías y procedimientos de los recursos internos son muy diferentes en cada país; no conviene hacer de la protección diplomática un mecanismo automático, corriendo con ello el riesgo de inmiscuirse en las prerrogativas de los Estados y atentar contra su soberanía.

56. Comparte plenamente la opinión del Sr. Sepúlveda sobre la necesidad de excluir categóricamente y en todos los casos el uso o la amenaza del uso de la fuerza. La Comisión debe procurar, con una labor de codificación, fortalecer la credibilidad del principio de la protección diplomática, a veces controvertido, pero también debe establecer claramente que el derecho a la protección diplomática sólo puede ejercerse por medios pacíficos. Convendría que este enunciado figurara expresamente en un artículo.

57. El Sr. GOCO observa que la cuestión de la denegación de justicia, mencionada por el Sr. Sepúlveda, es especialmente vidriosa en el contexto de la protección diplomática. Como ha subrayado el Sr. Herdocia Sacasa, cada tribunal tiene sus propias reglas de procedimiento, criterios de admisibilidad, etc., y cuando un Estado considera que uno de sus nacionales ha sido víctima de una denegación de justicia, la parte contraria (el Estado que se le opone) puede sostener una opinión totalmente distinta. ¿Cómo zanjar la cuestión en tal caso?

58. Es cierto que las denegaciones de justicia son muy frecuentes y que convendría establecer al respecto una norma internacional mínima, un precepto moral en materia de derechos de la defensa que deberían respetar todas las sociedades civilizadas; con todo, a los efectos del tema que se está considerando la Comisión debería iniciar su examen en el momento en que los recursos internos de que dispone el nacional perjudicado ya se han agotado. Tratar de remontarse a un momento anterior haría que la Comisión se saliera forzosamente del marco de su mandato.

59. El Sr. DUGARD (Relator Especial) agradece sinceramente al Sr. Sepúlveda su propuesta de facilitarle una bibliografía de autores latinoamericanos, que le será sin duda de gran utilidad. En lo que se refiere al problema de la denegación de justicia, hace observar modestamente que esta cuestión pertenece al ámbito de las reglas primarias. Si la Comisión se dedicara al estudio de este tema, necesitaría probablemente varios decenios para concluirlo. Se contentará pues con examinar más adelante la cuestión del agotamiento de los recursos internos, que de por sí ya es suficientemente enrevesada.

60. El Sr. TOMKA recuerda que la principal razón de que la Comisión no consiguiese, en los años cincuenta y sesenta, codificar las reglas de la responsabilidad de los

Estados fue que el Relator Especial se concentró excesivamente en la cuestión del «trato de los extranjeros». Desearía que, ahora que se está estudiando la protección diplomática, la Comisión no tropiece de nuevo con el problema de los derechos y de las obligaciones de los Estados frente a los extranjeros y renuncie a examinar la denegación de justicia, que constituye, evidentemente, una regla primaria.

61. El Sr. ROSENSTOCK comparte por entero la opinión del Sr. Tomka. La Comisión ha decidido no aventurarse en el terreno de las reglas primarias y debe atenerse a esta decisión. El problema de la denegación de justicia no tiene que considerarse en relación con el tema que se está estudiando.

62. Los artículos 5 a 8 le parecen globalmente satisfactorios y se limitará pues a hacer unas breves observaciones al respecto. La expresión «naturalización de buena fe» empleada en el artículo 5 es en efecto discutible y quizás pudiera suprimirse pura y simplemente la última parte de la frase, después de las palabras «la persona a quien se pretenda proteger»; cabe preguntarse, en efecto, si la enumeración que sigue a esta frase no complica las cosas más que aclararlas. La observación del Sr. Brownlie sobre la necesidad de tener en cuenta las realidades del mundo actual atribuyendo más importancia al lugar de residencia le parece pertinente, pero las preocupaciones expuestas por el Sr. Kateka también merecen ser tenidas en cuenta. No hay que agravar aún más la carga que pesa sobre los países de acogida, a los que podría desalentarse de conceder asilo a los refugiados.

63. El artículo 6 refleja adecuadamente las preocupaciones del mundo moderno, que atribuye cada vez más importancia a la persona, como demuestran, por ejemplo, los esfuerzos actuales para eliminar las consecuencias de la apatridia. El enfoque adoptado por el Relator Especial en este artículo coincide también con la jurisprudencia internacional reciente.

64. El artículo 7 no le plantea ningún problema y podría remitirse directamente al Comité de Redacción. No obstante, el Sr. Rosenstock comparte la opinión de los miembros que han propuesto que se invierta el orden de los artículos 6 y 7. Los párrafos 175 y siguientes del informe contienen argumentos muy convincentes en favor del artículo 8, que también debería remitirse al Comité de Redacción.

65. El Sr. Rosenstock espera con impaciencia los próximos informes del Relator Especial, a quien invita a no reaccionar de manera excesivamente pavloniana a las nociones de «violación de una norma de jus cogens» o «violación de una obligación erga omnes». Estas dos cuestiones podrían hacer que la Comisión se saliera de su mandato y provocar enfrentamientos inútiles.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2627.ª SESIÓN

Jueves 25 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación)
(A/CN.4/506 y Add.1¹)

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El Sr. TOMKA dice que el artículo 5 es una definición del «Estado de la nacionalidad». La necesidad de esa definición es clara, pues según el artículo 3 el Estado de la nacionalidad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado por otro Estado. Pero la colocación del artículo en el proyecto es poco usual, pues un término utilizado en el artículo 3 sólo se define en el artículo 5. En realidad, el artículo 1, titulado «Alcance», es un intento de definir la protección diplomática y por lo tanto podría ser útil, como se hace con frecuencia en esos casos, dedicar un artículo exclusivamente a las definiciones de los términos, que va inmediatamente seguido por el artículo 1.

2. Si bien la adquisición de la nacionalidad *jure sanguinis* o *jure soli* no plantea ningún problema particular en el contexto de la protección diplomática, la adquisición de la nacionalidad por naturalización podría hacerlo. El Relator Especial señala acertadamente en el párrafo 104 de su primer informe (A/CN.4/506 y Add.1) que el derecho internacional puede no reconocer las naturalizaciones en todas las circunstancias. Parece deducirse de la labor del Relator Especial que, desde un punto de vista jurídico mayoritario, el caso de la concesión de la nacionalidad por naturalización exige una vinculación más estrecha entre un individuo y un Estado, que usualmente se califica de «vínculo efectivo o auténtico». Ahora bien, el Relator Especial no hace suya esa posición, principalmente por el argumento, expresado en el párrafo 117, de preocuparle los millones de personas que en teoría quedarían excluidas del beneficio de la protección diplomática si se aplicase estrictamente el requisito del vínculo efectivo o auténtico propuesto en el fallo de la CIJ en el

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

asunto Nottebohm, con lo que se menoscabaría la doctrina tradicional de la protección diplomática.

3. Personalmente, no está totalmente convencido de que, en el actual mundo de globalización y migración, existan millones de personas que hayan dejado su Estado de nacionalidad y organizado su vida en Estados cuya nacionalidad no adquieren nunca. Si esas personas no adquieren nunca la nacionalidad del Estado a que se han trasladado, un artículo 5 en el que se requiera la naturalización de buena fe no les proporcionará una protección mayor, puesto que nunca se habrán naturalizado.

4. Desafortunadamente, el Relator Especial no ha desarrollado la afirmación que ha hecho en el párrafo 112 de que es difícil limitar el requisito del vínculo auténtico a los casos de naturalización. En su opinión, ese requisito cumple su función precisamente en el caso de la naturalización. Es superfluo exigir el requisito del vínculo auténtico en los casos de adquisición de la nacionalidad *jure sanguinis* o *jure soli*, pues la vinculación necesaria ya está contenida, como se reconoce generalmente, en los principios del *jure sanguinis* y *jure soli*.

5. En lugar del requisito de un vínculo auténtico en los casos de naturalización, el Relator Especial ha propuesto el requisito de la naturalización de buena fe, que ha de presumirse, y la carga de la prueba de existir mala fe recae en el Estado demandado. Por su parte, el orador no conoce ningún caso de que un tribunal haya sentenciado que un Estado soberano ha actuado de mala fe y agradecería al Relator Especial que facilitase ejemplos a ese respecto de la práctica judicial internacional. El Relator Especial ha reconocido él mismo, en el párrafo 108, la resistencia de la CIJ a pronunciar un fallo en ese sentido. Así pues, sería injusto hacer recaer la carga de la prueba de la mala fe en el Estado demandado. Sería preferible utilizar en el artículo 5 las palabras «naturalización válida», como ha propuesto el Sr. Economides (2625.^a sesión) y se ha hecho en el asunto Flegenheimer [véase pág. 377], citado en el párrafo 111. En el comentario podría explicarse entonces cuál es el significado de naturalización válida, es decir, la naturalización otorgada de conformidad con los requisitos del derecho internacional con inclusión del requisito del vínculo auténtico.

6. El artículo 6 también plantea varias cuestiones interesantes. Como han señalado el Sr. Galicki (2626.^a sesión) y otros miembros, el artículo se aparta del derecho internacional consuetudinario que debería formar la base del examen de la cuestión. Esa es también la conclusión a que ha llegado el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones celebrado en Varsovia en 1965, en el cual ha aprobado una resolución según la cual el Estado demandado podía rechazar una demanda internacional presentada por un Estado a causa del daño que hubiese experimentado una persona que poseyese al mismo tiempo la nacionalidad del Estado demandante y la del demandado². En opinión del Instituto, esas reclamaciones eran inadmisibles ante el tribunal al que se hubiese presentado la demanda. El Sr. Galicki ha recordado oportunamente a los miembros que los Estados pertenecientes al Consejo de Europa han adoptado una

posición similar cuando aprobaron el Convenio europeo sobre la nacionalidad.

7. Es paradójico que, en sus comentarios al artículo 5, el Relator Especial rechace el requisito del vínculo efectivo y auténtico y después, en el artículo 6, introduzca la noción de eficacia en relación con la nacionalidad. Si en algunos países, tales como Suiza y el Reino Unido, se considera que la regla general es el no ejercicio de la protección diplomática en beneficio de las personas con doble nacionalidad frente al Estado de su segunda nacionalidad y que la concesión de la protección diplomática es simplemente una excepción en circunstancias particulares —en el caso del Reino Unido, cuando el Estado demandado considera que el reclamante es un nacional del Reino Unido y por consiguiente no tiene su nacionalidad (párr.156)—, entonces habría que reflejar esa práctica en el texto del artículo 6. Ese artículo debería formularse de nuevo en términos negativos de manera que dijera: «El Estado de la nacionalidad no puede ejercer la protección diplomática en favor de un nacional perjudicado contra otro Estado del que la persona perjudicada sea también nacional salvo que el Estado demandado considere que esa persona es nacional del primer Estado [o Estado reclamante]».

8. En el párrafo 1 del artículo 7 no hay necesidad de referirse expresamente a «los criterios enumerados en el artículo 5» y debería suprimirse la palabra «también».

9. El artículo 8, presentado como una propuesta de *legge ferenda*, debería examinarse con precaución. En el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en el período de sesiones sería prudente conseguir observaciones de los Estados. En cierto sentido el artículo 8 modifica la naturaleza de la protección diplomática en cuanto derecho perteneciente al Estado, que le permite garantizar, en la persona de sus nacionales, el respeto por las normas del derecho internacional. En el proyecto se reconoce el derecho de un Estado a garantizar el respeto por el derecho internacional en relación con personas que no sean nacionales suyos.

10. El Sr. AL-BAHARNA dice que el artículo 5 exige la adquisición de la nacionalidad del Estado por el lugar de nacimiento, la nacionalidad de los padres o la naturalización para que el Estado de la nacionalidad pueda prestar la protección diplomática a una persona natural. Sin embargo, la manera en que el artículo está redactado sugiere que su finalidad sea definir la expresión «Estado de la nacionalidad», aunque ése no sea el caso. En su lugar, la Comisión necesita establecer la base sobre la cual un nacional pueda reclamar la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, y esa base es el nacimiento, la nacionalidad de los padres o la naturalización. Así pues, el principio que debe enunciarse en el artículo 5 ha de formularse de manera que diga: «A los efectos de la protección diplomática, las personas naturales que hayan adquirido su nacionalidad sobre la base del lugar de nacimiento, la nacionalidad de sus padres o la naturalización pueden disfrutar de la protección diplomática del Estado de su nacionalidad». Esta redacción es mucho menos complicada. En su propuesta ha suprimido las palabras «individuales» y «se entenderá» así como la expresión superflua «de buena fe». La naturalización y la legislación relativa a la nacionalidad son una fuente de la

² Véase 2617.^a sesión, párr. 32 y nota 12.

nacionalidad sin necesidad de más calificativos, lo mismo que las otras dos fuentes, a saber el lugar de nacimiento y la nacionalidad de los padres. Pero cuando la cuestión se plantea ante un tribunal como consecuencia de una demanda entablada por una persona naturalizada, el tribunal puede preguntar si esa naturalización es de buena fe o no. Ello está en conformidad con el asunto *Nottebohm*.

11. Esas tres fuentes constituyen el vínculo de nacionalidad que existe entre el nacional perjudicado y su Estado de la nacionalidad a los efectos de reclamar la protección diplomática. Ese principio se apoya en varias convenciones y diversos asuntos sentenciados en tribunales internacionales. Según el artículo 1 del Convenio de La Haya de 1930, al que se alude en los comentarios, «incumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento quiénes serán nacionales suyos». El Relator Especial ha confirmado, en el párrafo 100, que en materia de derechos humanos se exige a los Estados que cumplan las normas internacionales de concesión de la nacionalidad, y en el mismo párrafo ha aludido a determinados límites al principio de que el otorgamiento de la nacionalidad está dentro de la jurisdicción nacional. Sin embargo, por lo que se refiere al artículo 5, no parece existir duda alguna en que los puntos de conexión del lugar de nacimiento, la nacionalidad de los padres y la naturalización constituyen el vínculo auténtico o efectivo que el derecho internacional reconoce generalmente a los efectos de la protección diplomática.

12. Podría preguntarse si debe haber un vínculo auténtico o efectivo adicional en el caso de la naturalización, como en el asunto *Nottebohm*. Al parecer no es posible generalizar ese asunto, que debe limitarse en por lo menos tres aspectos. En primer lugar, se trataba de dos nacionalidades, una basada en la nacionalidad guatemalteca original de *Nottebohm* durante más de 34 años, por lo que había establecido un vínculo auténtico y efectivo con su Estado de la nacionalidad, y otra nacionalidad mucho más débil basada en su naturalización en Liechtenstein. Según la CIJ, los hechos habían indicado claramente la ausencia de cualquier vinculación entre *Nottebohm* y Liechtenstein y la existencia de una estrecha y larga conexión entre él y Guatemala, vínculo que su naturalización no había debilitado en nada. De ello se deduce la necesidad de limitar el requisito del principio de un vínculo auténtico a las circunstancias especiales del asunto *Nottebohm* y no considerarlo como un principio general de derecho internacional que pueda aplicarse a todos los casos de protección diplomática sin distinción. Por lo tanto, el orador está de acuerdo con el Relator Especial, en el párrafo 111, en que el principio de un vínculo efectivo o auténtico no debe considerarse como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable a los casos en que no exista una doble o múltiple nacionalidad. En segundo lugar, el principio de un vínculo efectivo y auténtico parece estar limitado en su aplicación a los casos de nacionalidad doble o múltiple. La tercera cuestión que el asunto *Nottebohm* podría plantear es que, con la excepción del lugar de nacimiento y la nacionalidad de los padres, la naturalización es el único factor que induce a confusión en las peticiones de protección diplomática, porque las leyes de los Estados en materia de nacionalidad varían considerablemente en

cuanto a las condiciones exigidas para conceder la nacionalidad por naturalización. Además, los Estados podrían conceder la naturalización a una persona mediante un abuso de derecho o de mala fe, como el asunto *Nottebohm* había demostrado. La Corte había estimado que Liechtenstein había eximido del cumplimiento de algunas de sus leyes relativas al plazo de residencia con el fin de atender a la urgencia de la solicitud de naturalización. Así pues, en el párrafo 104 del informe se dice acertadamente que el derecho internacional no reconoce la naturalización en todas las circunstancias. La naturalización adquirida de modo fraudulento y la naturalización concedida de una manera que constituye una discriminación por motivo de raza o de sexo son ejemplos de naturalización que no puede reconocerse.

13. El artículo 6 trata de la doble nacionalidad, que el Relator Especial considera un hecho de la vida internacional, pero está de acuerdo en que la doble o múltiple nacionalidad ha suscitado dificultades en lo referente a las obligaciones militares y a la protección diplomática. Pero en sus comentarios, en el párrafo 122, el Relator Especial admite que los intentos hechos en la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, celebrada en La Haya en 1930, así como por otros órganos internacionales, para reducir o abolir la doble o múltiple nacionalidad han fracasado. Como consecuencia, en el Convenio de La Haya de 1930 se ha reconocido finalmente que una persona con dos o más nacionalidades podía ser considerada como nacional por cada uno de los Estados cuya nacionalidad poseía. El principio de la doble nacionalidad probablemente seguirá ganando terreno mientras que el derecho internacional lo reconozca, a pesar de la prohibición expresa en muchas legislaciones nacionales de poseer simultáneamente la nacionalidad de otro Estado.

14. Según el párrafo 123 del informe del Relator Especial, el peso de la autoridad parece apoyar la norma propugnada en el artículo 6. Ahora bien, es importante tener presente que, según el artículo 4 del Convenio de La Haya de 1930, un Estado no puede conceder la protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad esa persona también posea. Al proponer el artículo 6, el Relator Especial ha invertido la norma del Convenio de La Haya de 1930 redactándola en forma afirmativa en lugar de negativa. De esa manera, ha introducido el principio de la nacionalidad efectiva en cuanto solución. En otras palabras, cuando un Estado de la nacionalidad ejerce la protección diplomática frente a otro Estado de la nacionalidad, el tribunal debe aplicar el criterio de la nacionalidad efectiva, lo que significa que debe examinar las circunstancias de la reclamación y tratar de averiguar con cuál Estado de la nacionalidad el nacional perjudicado tiene un vínculo efectivo y auténtico.

15. ¿Por qué no se adopta el principio del artículo 4 del Convenio de La Haya de 1930 en lugar del principio invertido del artículo 6? Si la doble nacionalidad origina conflictos y confusión en la práctica de los Estados, ¿por qué la Comisión no intenta codificarlo con el fin de que tenga mayor credibilidad? La adopción del artículo 4 del Convenio de La Haya de 1930 sería una medida útil para la reducción de los conflictos surgidos de la doble nacionalidad con respecto de la protección diplomática.

16. Sin embargo, podría aducirse con fundamento que ese artículo está basado en el asunto *Nottebohm* así como en la práctica de los Estados. Así pues, la Comisión puede estimar que el proyecto de artículo 6 es aceptable. Si así lo hace, el orador quisiera introducir algunas modificaciones de manera que su texto fuera el siguiente: «A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9, el Estado de la nacionalidad podrá conceder protección diplomática a un nacional perjudicado en un Estado del cual también es nacional cuando su nacionalidad efectiva sea la del primer Estado». Ese nuevo texto tiene la ventaja de evitar la utilización de las palabras «contra» y «en favor de» así como la repetición de las expresiones «nacional perjudicado», «persona perjudicada» y «persona», y preferir la palabra «efectiva», que está más en concordancia con el asunto *Nottebohm* que «dominante». Las dos palabras son sinónimas, pero la expresión «vínculo efectivo y auténtico» es la que se usa en el asunto *Nottebohm*.

17. El orador sugiere que se redacte de nuevo el párrafo 1 del artículo 7 de manera que se eviten las palabras o expresiones «en favor de», «contra un Estado» y «también». Así el párrafo 1 diría lo siguiente:

«Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá, de conformidad con el artículo 5, otorgar la protección diplomática a esa persona respecto de una reclamación por daños proveniente de otro Estado del que no sea nacional.»

Se sustituye la frase «de conformidad con los criterios enumerados» por la frase «de conformidad con el artículo 5» porque la enumeración de esos criterios no es exhaustiva. Está de acuerdo con el Relator Especial en que el principio de la nacionalidad efectiva o dominante no es de aplicación cuando el Estado de la nacionalidad quiere proteger a un nacional que tenga doble nacionalidad en otro Estado del que no sea nacional. Asimismo está de acuerdo con la afirmación hecha en el párrafo 170 del informe de que la mejor manera de resolver el conflicto que plantea el requisito de un vínculo efectivo en los casos de doble nacionalidad en los que intervengan terceros Estados es pedir al Estado demandante únicamente que demuestre que existe un vínculo de nacionalidad de buena fe entre él y la persona lesionada.

18. El párrafo 2 del artículo 7 permite a dos o más Estados de la nacionalidad que ejerzan la protección diplomática en favor de una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad. La reclamación de ese nacional resultaría reforzada en el Estado demandado si dos o más Estados de la nacionalidad respaldasen su reclamación ejerciendo conjuntamente la protección diplomática en su favor. Pero el párrafo 2 ya no sería aplicable si un Estado declinase proceder de esa manera en el caso de una persona con doble nacionalidad, y únicamente dos Estados podrían ejercer la protección diplomática conjuntamente cuando un tercer Estado de la nacionalidad se negase a ello. El párrafo 2 podría volver a redactarse de la manera siguiente: «De conformidad con el artículo 5, dos o más Estados podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática respecto de una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad a los efectos de estos proyectos de artículos». El orador ha evitado emplear la expresión «en

el sentido de», que le ha parecido inexacta, y también la expresión «a favor de».

19. El Relator Especial tiene razón en decir que el artículo 8 está en armonía con la evolución contemporánea por lo que se refiere a la protección de los apátridas y los refugiados. También debe ser acogido con beneplácito como un paso adelante en el desarrollo progresivo del derecho internacional. En caso de ser aprobado significaría una inversión del principio, enunciado en el asunto *Dickson Car Wheel Company* citado en el párrafo 175, de que un Estado no infringe las leyes internacionales al causar un daño a una persona carente de nacionalidad. Ese fallo tan severo va en contra de las reglas y normas internacionales y los principios de equidad en caso de que se aplique a determinadas categorías de refugiados políticos y apátridas. No hay razón para inquietarse por el principio general establecido en el artículo porque no se impone ninguna obligación. La palabra «podrá» implica que el Estado dispone de un margen de elección en la cuestión y puede examinar cada caso en cuanto a su fondo. Sin embargo, el orador sugiere que las palabras and/or sean sustituidas por la palabra or en el texto inglés y que en lugar de «residente legal» el texto diga «residente habitual». La palabra «legal» no añade nada y únicamente complicaría la situación de las personas interesadas. Deberían suprimirse las palabras entre corchetes y sustituir el punto y coma por una coma. Por último, no es partidario de la idea de dividir el artículo en dos partes, una en referencia a los refugiados y la otra a los apátridas.

20. El Sr. LUKASHUK se refiere a una observación del Sr. Al-Baharna relativa al alcance de los proyectos de artículos y dice que en el artículo 1 se omite la importante cuestión del alcance territorial. Presume que el daño a la persona o propiedad de un nacional ocurre en el territorio del Estado. Pero la persona o la propiedad podrían en realidad encontrarse en el territorio de otro Estado. Por lo tanto, debería incluirse un párrafo, análogo al que figura en el proyecto sobre responsabilidad de los Estados, concerniente a la esfera de soberanía, jurisdicción o control del Estado. La referencia en el artículo 1 a un perjuicio «a la persona o a los bienes de un nacional» da la impresión de que se trata de un daño físico. Sería más exacto hablar de «un daño a los derechos de la persona o a los derechos de propiedad de un nacional».

21. El Sr. Sreenivasa RAO dice que la documentación presentada por el Relator Especial en los artículos 5 a 8 sienta las bases para una fructuosa labor tanto de codificación como de desarrollo progresivo del derecho internacional. Ha abarcado admirablemente todo el campo y no ha tomado a mal que en ocasiones se hayan manifestado juicios contrarios con vigor considerable.

22. En cuanto al artículo 5, recomienda que se omitan cuestiones tales como el derecho de un Estado a conceder su nacionalidad, porque tienden a distraer la atención de las cuestiones esenciales. La exposición de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad que figura en el artículo 5 en comparación con el artículo 1 da la impresión de que el derecho de un Estado a conceder su nacionalidad se pone en tela de juicio y que los Estados no están facultados para conceder su nacionalidad por causas distintas de la buena fe. Pero se trata esencialmente de

una cuestión de impugnabilidad más que de nacionalidad. Lo que importa es la finalidad con la que un Estado ejerce su derecho al presentar una reclamación contra terceros Estados. Vistos desde ese ángulo, la cuestión de la nacionalidad de buena fe, el asunto Nottebohm y otras cuestiones cobran sentido. El asunto Nottebohm no consistía en el derecho de un Estado a conceder su nacionalidad sino en el derecho de Liechtenstein a presentar una reclamación contra Guatemala. A su juicio, el derecho internacional no impone restricciones al derecho de los Estados a conceder su nacionalidad, salvo tal vez los indicados en el párrafo 100, es decir, los tratados en materia de derechos humanos que anulan la legislación en virtud de la cual se denegaría la concesión de la nacionalidad a determinadas personas. Así, los párrafos 97, 98, 101 y 102 se refieren a la cuestión de la impugnabilidad más que al derecho de un Estado a conceder su nacionalidad, que es virtualmente absoluto. La conclusión sacada en el párrafo 120 a la luz del asunto Nottebohm debe modificarse en consecuencia.

23. El artículo 6 pretende solucionar los conflictos que a veces surgen cuando un Estado de la nacionalidad hace suya una reclamación contra otro Estado, cuestión que es muy delicada. En la práctica, por ejemplo en el asunto del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, los conflictos se solucionaron sobre la base de un acuerdo y no mediante la conciliación de principios paralelos de derecho internacional. El orador está de acuerdo con el Sr. Economides en que las personas de doble nacionalidad si bien tienen determinadas ventajas en virtud de esa condición deben también estar dispuestas a aceptar que tal vez se les nieguen determinados derechos extraordinarios. En cualquier caso, los Estados son más pragmáticos que los teóricos del derecho internacional. Sólo aceptarán fórmulas que coincidan con sus intereses en un particular contexto. Por lo tanto ha de tenerse cuidado en que la singularidad de las consecuencias de la múltiple nacionalidad no quede reforzada. Siempre que sea posible, las reclamaciones derivadas de esa condición deben tratarse sobre la base de un acuerdo entre Estados. A falta de tal acuerdo, podrían tal vez proponerse determinados principios mediante el desarrollo progresivo.

24. Debe suprimirse la palabra «también» en la frase «del que no sea también nacional» del párrafo 1 del artículo 7. En el párrafo 2 se reconoce el derecho de dos o más Estados de la nacionalidad a patrocinar conjuntamente las reclamaciones, pero el Estado contra el cual se presentan podría en algunos casos ser objeto de una presión indebida, especialmente por parte de Estados con mayor influencia política o económica. No está seguro de la medida en que esa conducta debe estimularse.

25. El artículo 8 constituye un importante intento de desarrollo progresivo y ha planteado difíciles cuestiones jurídicas. Se pregunta si no entran en juego normas primarias cuando se abordan cuestiones relativas a apátridas y refugiados. A ese respecto pide orientación a aquellos de sus colegas que tienen mayor pericia en distinguir entre normas primarias y secundarias.

26. El artículo 6 permite que el Estado de la nacionalidad ejerza la protección diplomática en favor de un nacional perjudicado contra otro Estado del que la persona perjudicada sea también un nacional, pero el artículo

8 otorga a los refugiados y los apátridas virtualmente el mismo estatuto que a un nacional. Por lo tanto, no es claro si el Estado receptor puede hacer reclamaciones en favor de refugiados contra el Estado de su nacionalidad. Ello podría originar importantes problemas prácticos. Cuando los refugiados huyeron, normalmente dejaron sus bienes tras sí en el Estado de la nacionalidad y expuestos a ser confiscados. El Estado receptor normalmente se abstendrá de apoyar reclamaciones no sólo por razones de conveniencia política sino también porque podría perjudicar la causa de los propios refugiados. Por otra parte, es poco frecuente que se planteen problemas entre refugiados y terceros Estados y no es necesario ocuparse de ellos.

27. Cuando un Estado receptor se siente obligado por consideraciones morales o prácticas a respaldar respecto de terceros Estados las reclamaciones de personas que viven en su territorio, dentro de la jurisdicción o bajo su control, ello no debe considerarse que es un deber jurídico sino una acción discrecional. Si el Estado receptor procede prudentemente, actuará de acuerdo con los demás Estados interesados. El orador está seguro de que el Relator Especial no ha sugerido en ningún momento que la concesión del estatuto de refugiado es el penúltimo paso en el proceso de conceder un derecho de nacionalidad. Ha indicado sencillamente que un Estado puede, por razones humanitarias, apoyar determinadas reclamaciones de refugiados, colocándolos en un plano de igualdad con los nacionales porque no había nadie más que quisiera ocuparse de su causa.

28. En conjunto, el artículo 8 se ocupa de cuestiones relativas a los derechos humanos que deben pertinentemente tratarse sobre la base del consentimiento y en foros internacionales como el ACNUR.

29. El Sr. KATEKA dice que está actualmente muy de moda encomiar sin sinceridad los derechos humanos, el imperio del derecho y la buena gobernanza. A quien deje de hacerlo se le considera un reaccionario o un oponente a los derechos humanos. La Comisión no debe estimar que su obligación es seguir a la multitud en una cuestión tan importante. El país receptor no tiene ninguna obligación jurídica de ejercer la protección diplomática. En la mayoría de los casos, los Estados receptores de refugiados son países en desarrollo sobre los que pesan otros graves problemas y por ello no pueden, por razones prácticas, ejercer la protección diplomática.

30. El Sr. GOCO dice que las anteriores observaciones del Sr. Sreenivasa Rao acerca de la denegación de justicia se referían a los refugiados y los apátridas en su país de origen. Desde un punto de vista práctico, la protección diplomática no es una institución eficaz en tales casos, puesto que no está asegurado que el Estado de origen muestre interés a ese respecto. En cuanto al artículo 6, no comprende por qué el Estado de la nacionalidad quiera ejercer la protección diplomática respecto de una persona que sea nacional de otro Estado.

31. El Sr. KABATSI dice que se debe agradecer al Sr. Sreenivasa Rao que haya planteado la cuestión del ejercicio de la protección diplomática respecto de los apátridas o refugiados por parte del Estado receptor contra el Estado de la nacionalidad. No quiere prestar su apoyo

al artículo 8 si sus disposiciones se ensanchan para abarcar los derechos de propiedad de los apátridas o los refugiados en el país receptor. Tal interpretación del artículo debe ser rechazada con firmeza y espera que el Relator Especial incluya la aclaración pertinente en el comentario.

32. El Sr. ECONOMIDES dice que debe felicitarse al Sr. Sreenivasa Rao por haber señalado los puntos que los artículos 6 y 8 tienen en común. Como ya ha dicho, tiene dudas en otorgar al Estado de la nacionalidad el derecho a ejercer la protección diplomática respecto de un nacional que es también nacional del otro país interesado. La disposición contenida en el artículo 8, que va incluso más lejos que el artículo 6, le parece que incluso suscita más dudas. Debe quedar totalmente claro que un Estado receptor puede ejercer la protección diplomática únicamente cuando el estatuto de refugiado del individuo considerado ha sido reconocido oficialmente. Esa es ya la situación en la práctica y debe especificarse con claridad en la ley.

33. El Sr. ROSENSTOCK dice que el punto que había querido señalar acerca de los límites temporales del derecho del Estado receptor a ejercer la protección diplomática respecto de apátridas o refugiados en su territorio ha quedado comprendido en las observaciones del Sr. Economides. En cuanto a los comentarios del Sr. Kateka y otros miembros que han manifestado el temor de que la disposición del artículo 8 imponga una carga adicional sobre los países receptores, quiere subrayar que no es cuestión de que los países receptores tengan la obligación de ejercer la protección diplomática. Tienen sencillamente la capacidad discrecional de hacerlo.

34. El Sr. SIMMA manifiesta que está de acuerdo. Aunque comprende el punto de vista de los miembros que han expresado el temor de que la opción ofrecida a los Estados receptores pueda, en la práctica, convertirse en una carga, estima sin embargo que no se debe privar a los Estados de residencia del derecho a ejercer la protección diplomática respecto de los apátridas o refugiados que se encuentren en su territorio. Ese derecho tal vez no se ejerza con mucha frecuencia, pero no debe negarse por ningún motivo. En cuanto a dividir el artículo 8 en dos disposiciones separadas que traten respectivamente de los apátridas y de los refugiados, es partidario de mantener el texto del Relator Especial. Por lo que se refiere al artículo 6, que también cuenta con su apoyo, el principio que formula tiene una importancia suficiente para que no sea objeto de regímenes o disposiciones bilaterales. Por último, con referencia a las observaciones del Sr. Sreenivasa Rao acerca del artículo 5, se pregunta si el aspecto relativo a la impugnabilidad puede excluirse totalmente de la cuestión objeto de consideración. En cuanto a saber si la cuestión considerada es la impugnabilidad o la nulidad, es preciso decir algo a ese respecto, pues se trata de una cuestión que ha desempeñado un papel importante en el asunto *Nottebohm*, por ejemplo. No está seguro de si el Sr. Sreenivasa Rao sugiere que ese punto se excluya totalmente o que se le conceda una importancia más limitada.

35. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que, en vista de la multitud de desplazados y refugiados existente en todo el mundo, el artículo 8 es importante y debe mante-

nerse tanto si la disposición que contiene es una norma primaria como una norma secundaria. El estatuto de refugiado está claramente definido en la Convención sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, y la idea de extender la protección diplomática a los apátridas y los refugiados es evidentemente pertinente. No estima que la concesión a los países receptores del derecho a ejercer la protección diplomática respecto de los apátridas o refugiados en su territorio signifique un primer paso hacia la adquisición de la nacionalidad, por lo que está de acuerdo con los miembros que han subrayado que la disposición no impone una obligación sino que simplemente ofrece un derecho o facultad que los Estados receptores pueden ejercer discrecionalmente. Aunque admite que esta facultad no sea fácil de ejercer en la práctica, está convencido de que la norma establecida en el artículo es importante y forma parte del desarrollo progresivo del derecho internacional.

36. El Sr. HE dice que reconoce que el problema de la protección de las personas lesionadas que sean apátridas o refugiados es importante y debe solucionarse, pero se pregunta si las instituciones adecuadas para ese fin no son las organizaciones existentes en materia de derechos humanos, el ACNUR y los organismos internacionales establecidos en el marco de los tratados de derechos humanos. Los países, especialmente los desarrollados, que albergan a cientos de miles de refugiados pueden estimar que el ejercicio de la protección diplomática respecto de esas personas simplemente aumenta la carga que pesa sobre ellos.

37. El Sr. SEPÚLVEDA se refiere a las observaciones del Sr. Sreenivasa Rao sobre el artículo 5 y dice que no está seguro de que las normas primarias deban excluirse en todas las circunstancias. Además, debe abordarse la cuestión de la denegación de justicia y el agotamiento de los recursos internos, pues ambas cuestiones están indisolublemente unidas a la protección diplomática. En cuanto al artículo 8 se inclina a insistir en que se establezca un trato separado para los apátridas y los refugiados, respectivamente. Por otra parte, la cuestión de la protección diplomática que un Estado podría o debería conceder a los refugiados frente al Estado de la nacionalidad u origen debería especificarse con más detalle y vincularse a las normas vigentes que rigen las reclamaciones contra los Estados de origen. A ese respecto, recuerda que en 1981 y 1982 México había acogido a 50.000 refugiados que huían del régimen político entonces existente en Guatemala. En lugar de ejercer la protección diplomática frente a Guatemala, una medida que se habría considerado contenciosa, el Gobierno de México había preferido buscar una solución diplomática. Esa solución se pudo encontrar finalmente y la mayoría de los refugiados han vuelto ahora a su país. Debería hacerse mayor hincapié en la manera en que los países que han de hacer frente a una gran afluencia de refugiados pueden resolver el problema sin recurrir al ejercicio de la protección diplomática. A esa cuestión alude brevemente el párrafo 184 del informe.

38. El Sr. AL-BAHARNA señala que el artículo 8 ha dado lugar a considerables diferencias de opinión y dice que continúa siendo partidario del artículo, pero se pregunta si no se podría encontrar un compromiso mediante la modificación del principio de su texto de manera que

diga lo siguiente: «Sin perjuicio del artículo 5, un Estado puede, en circunstancias excepcionales, ejercer la protección diplomática...». También podría ser necesaria la adición de un segundo párrafo al artículo 5. Por lo que respecta a la observación del Sr. Sreenivasa Rao de que un Estado receptor podría ser reacio al ejercicio de la protección diplomática respecto de refugiados, llama la atención sobre la última parte del artículo 8, que dice: «...siempre que el daño se haya causado después de que esa persona pasara a ser residente legal del Estado demandante». Podría ser útil que exista un artículo separado sobre los refugiados, que en algunos casos han dejado su país de origen como consecuencia de un crimen de genocidio, pero el orador señala la dificultad de distinguir entre refugiados que no tienen documentación para probar su nacionalidad, por una parte, y los apátridas, por otra parte.

39. El Sr. GALICKI dice que apoya la idea de dividir el artículo 8 en dos partes, una referente a la cuestión relativamente fácil de los apátridas y la otra relativa al problema más espinoso de los refugiados. El artículo 8, en su redacción actual, no resuelve el problema del posible daño a los bienes de un refugiado después de que haya abandonado su país de origen. El artículo 6, en caso de aprobarse, debería también decir algo acerca de la posibilidad de ejercer la protección diplomática respecto del Estado de la nacionalidad de un refugiado. En relación con ello, debe recordarse que existe una tendencia en el derecho internacional contemporáneo a evitar situaciones que entrañen la pérdida de la nacionalidad o, cuando es posible, a eliminarlas. Por ejemplo, el Convenio europeo sobre la nacionalidad contiene una disposición especial que impone al Estado de residencia la obligación de facilitar la adquisición de su nacionalidad a los refugiados (apartado g del párrafo 4 del artículo 6). Es el tipo de solución que probablemente se busque en el futuro y la Comisión no debería cerrar los ojos a posibilidades de esa clase.

40. El Sr. SIMMA se refiere a la observación del Sr. Sepúlveda acerca de la posible exclusión de la cuestión de la denegación de justicia del tema que se examina y dice que tiene la esperanza de que, en tal caso, la cuestión del agotamiento de los recursos internos sea tratada separadamente. En cuanto a la cuestión de la protección de las personas que huyan de un genocidio, que ha planteado el Sr. Al-Baharna, el problema se situaba adecuadamente en la conexión entre la protección diplomática y la responsabilidad de los Estados, y tal vez podría examinarse más detenidamente en relación con esta última cuestión. Por último, en cuanto a la observación del Sr. He, el ACNUR es sin duda el organismo que más directamente se ocupa de los refugiados. Sin embargo, tiene entendido que no se dedica a ejercer la protección diplomática en sentido técnico sino que presta formas más directas de asistencia.

41. El Sr. LUKASHUK dice que está dispuesto a apoyar los principales elementos del artículo 8, pero con algunas modificaciones. También está a favor de la propuesta del Sr. Economides acerca de los derechos del Estado de origen respecto de las personas que tienen vínculos étnicos, culturales o de otra clase con ese Estado. Es probable que el problema cobre cada vez mayor importancia con el transcurso del tiempo y es su

creencia que debe formularse una disposición adecuada para incluirla en el proyecto.

42. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que la cuestión de los apátridas, que está regida por el criterio de la residencia legal, es totalmente diferente de la cuestión de los refugiados, cuyo estatuto ha de concederse expresamente. Las dos situaciones no son lo mismo y no deberían incluirse juntas en un artículo. Está de acuerdo con el Sr. Simma en que la labor del ACNUR no está en ningún sentido relacionada con la protección diplomática.

43. El Sr. Sreenivasa RAO agradece a los miembros de la Comisión las excelentes ideas que han formulado sobre la base de su propia y modesta contribución. Se ha referido al artículo 5 en el sentido de plantear esencialmente una cuestión de impugnabilidad en lugar de poner en tela de juicio la validez de la nacionalidad, y el Sr. Simma ha preguntado cuál es la diferencia. La impugnabilidad es un instrumento procesal que permite a los Estados impedir que se presenten reclamaciones sin plantearse la cuestión sustantiva de la validez del fundamento de las mismas. No se trata de la base sobre la cual un Estado puede otorgar su nacionalidad, lo cual indudablemente no forma parte de la cuestión. Lo que es preciso determinar es, una vez concedida la nacionalidad, con qué finalidad puede utilizarse en países extranjeros al tratar con otros Estados.

44. El Sr. BAENA SOARES dice que, como otros miembros han señalado, la redacción del artículo 5 podría mejorarse mediante la supresión de la última frase, «por razón de lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe». La enumeración de los modos de adquisición de la nacionalidad parece simplemente complicar el texto. Una versión más concisa se adaptaría mejor a la finalidad perseguida. Apoya la propuesta de añadir las palabras «tenga o» antes de las palabras «haya adquirido» y le parece aceptable la propuesta del Sr. Hafner relativa a la última frase. El Estado conserva el derecho de determinar la nacionalidad, aunque deba ejercerlo dentro de los límites fijados por las normas del derecho internacional.

45. El artículo 6 se presta a controversia y su destino final dependerá hasta cierto punto de la decisión que se tome acerca del párrafo 4 del artículo 9. El orador es partidario de conservar la idea expresada en el artículo 6, siempre que el Comité de Redacción tenga en cuenta las circunstancias sobre las que ha llamado la atención y acepta la posibilidad de redactar de nuevo el artículo.

46. Encuentra dificultades con el párrafo 2 del artículo 7, que prevé la concesión conjunta de la protección diplomática por dos o más Estados con los cuales la persona considerada tiene vínculos de nacionalidad. El tema merece una consideración más detenida a causa de las cuestiones, con inclusión de problemas prácticos, que puede plantear, y a causa de su interrelación con otras disposiciones del proyecto. El artículo 8 constituye un importante paso adelante en el desarrollo progresivo del derecho internacional, según las preocupaciones de la comunidad internacional, pero su eficacia y solidez serían mayores si las situaciones contempladas se describieran con mayor detalle y el alcance del artículo se fijara con mayor claridad. Deben tenerse presentes las realida-

des, las circunstancias prácticas y los imperativos que condicionan la aplicación de la disposición. Las dificultades que ha señalado el Sr. Sreenivasa Rao también deben tenerse en cuenta. Es preciso atender a la necesidad de afinar la distinción entre apátridas y refugiados haciendo más estricto el texto del artículo.

47. Por último, en el proyecto de artículos debería hacerse una mención expresa de la necesidad de agotar los recursos internos antes de que se ejerza la protección diplomática. No considera que sea una duplicación innecesaria el que el mismo principio se incorpore en el trabajo de que se ocupa la Comisión acerca de otro tema. En el proyecto debería establecerse explícitamente el principio de que una persona lesionada debe haber agotado los recursos jurídico internos del Estado contra el cual tiene una reclamación antes de recurrir a la protección diplomática del Estado de la nacionalidad.

48. El Sr. ROSENSTOCK está de acuerdo con que el agotamiento de los recursos internos es una parte esencial de la cuestión, pero ello no debe interpretarse en el sentido de que, en todos los casos, no se pueda hacer nada hasta que un procedimiento inútil haya quedado agotado: el efecto del agotamiento de los recursos internos está de por sí limitado a los casos en que no hay un procedimiento interno mediante el cual una injusticia pueda ser remediada.

49. El Sr. ECONOMIDES está de acuerdo con el Sr. Baena Soares y el Sr. Rosenstock en que el agotamiento de los recursos internos es una parte esencial de la cuestión. Es indudable que hay excepciones al requisito de que se agoten los recursos internos, con inclusión de casos de denegación de la justicia, como ha señalado el Sr. Sepúlveda. El Relator Especial ha dicho que la cuestión podría quedar comprendida en el tema de la responsabilidad de los Estados y que otra solución sería que él mismo se ocupara de ella. La cuestión reviste suficiente importancia para que la Comisión necesite saber con exactitud dónde y cuándo va a ser tratada.

50. El PRESIDENTE interviene como miembro de la Comisión y dice que tiene dificultades conceptuales con la referencia que se hace en el artículo 5 a la nacionalidad adquirida «por razón de lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe». En el párrafo 102 de su informe, el Relator Especial ha decidido el lugar de nacimiento como un caso de *jus soli* y la nacionalidad de los padres como un caso de *jus sanguinis*. Ahora bien, la nacionalidad según el principio del *jus sanguinis* también se otorga sobre la base del nacimiento y al mismo tiempo que éste tiene lugar. Así pues, debe entenderse que el nacimiento abarca tanto el *jus soli* como el *jus sanguinis*.

51. En el artículo 6 prefiere el término «dominante» al término «efectiva», porque entraña la noción de prioridad respecto de otras. Deben examinarse con mayor detenimiento los casos en que una persona lesionada utiliza las ventajas de la nacionalidad del Estado autor de la lesión y en que esa utilización reviste importancia para la lesión sufrida. Está de acuerdo en que el concepto de nacionalidad dominante puede también desempeñar un papel en relación con el artículo 7. En cualquier caso, los artículos 6 y 7 deben examinarse conjuntamente para tener la

seguridad de que abarcan todos los casos de múltiple nacionalidad.

52. En cuanto al artículo 8, la protección diplomática se limitaba tradicionalmente a los nacionales y se estimaba que la nacionalidad era un fuerte vínculo entre el Estado y el individuo. En tiempos recientes y en casos especiales, otros factores como la residencia habitual han creado vínculos mucho más fuertes que la nacionalidad. El debate sobre los refugiados ha puesto de manifiesto la compleja naturaleza de la cuestión. La existencia de refugiados se ha debido a los conflictos políticos y cada caso presenta características especiales. No es seguro que una regla general abarque las situaciones políticas anormales.

53. Una de esas anomalías políticas es el caso de los 800.000 coreanos que están ahora en el Japón. En 1910 el Japón anexionó Corea y dio la nacionalidad japonesa a todos los habitantes³. En la Declaración de El Cairo de 1943⁴, los dirigentes de Gran Bretaña, China y los Estados Unidos manifestaron que las tres grandes Potencias, conscientes de la esclavitud del pueblo de Corea, estaban decididas a que en el debido momento Corea fuera un país libre e independiente. Cuando las fuerzas aliadas ocuparon el Japón en 1945, ese principio se aplicó y, como resultado, la totalidad de los 2,5 millones de residentes en el Japón de origen coreano perdieron la nacionalidad japonesa. Tres cuartas partes de ellos optaron por volver a Corea pero el resto permaneció en el Japón por carecer de medios de subsistencia en la península de Corea.

54. Como el Japón aplicaba la norma del *jus sanguinis*, en el país había seis generaciones de coreanos que no tenían la nacionalidad japonesa. Técnicamente, los dos gobiernos de la península coreana pretendieron que eran sus nacionales. Como no tenían pasaportes, viajaban al extranjero con un documento de viaje japonés que garantizaba su vuelta al país. El Japón les facilitaba una asistencia consular en caso de necesidad. ¿Habría tenido el Japón el derecho de ejercer protección diplomática en favor de ellos contra un tercer Estado?

55. A juicio del orador, la cuestión no podía ser resuelta mediante una regla general tal como la que estaba elaborando la Comisión. La solución tenía que ser la normalización política de la situación en la península de Corea. Así pues, si bien debe resolverse la cuestión de la protección diplomática de los refugiados, no está seguro de que una regla general a tal respecto sea el modo adecuado de hacerlo.

56. El Sr. DUGARD (Relator Especial) resume el debate y dice que la cuestión de si la denegación de justicia debe incluirse en el estudio puede examinarse en consultas informales. Está totalmente de acuerdo en que el agotamiento de los recursos internos es una cuestión que debe tratarse junto con el examen de la protección diplomática, aun cuando también sea considerada dentro del tema de la responsabilidad de los Estados.

³ Véase el Tratado de anexión por el Gobierno Imperial del Japón, de 22 de agosto de 1910.

⁴ Estados Unidos, Departamento de Estado, *A Decade of American Foreign Policy: 1941-1949, Basic Documents* (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1950), pág. 20.

57. Por lo que respecta al artículo 5, el Sr. Kusuma-Atmadja ha señalado acertadamente que es la protección diplomática, y no la adquisición de la nacionalidad, lo que constituye el objeto del estudio de la Comisión. Tal vez en el artículo 5 no se haga esa distinción con suficiente claridad. El Sr. Simma ha dicho con razón que la cuestión real es si un Estado de la nacionalidad pierde el derecho a proteger a una persona cuando ésta resida habitualmente en otro país; en otras palabras, de lo que se trata es de la recusación del derecho de un Estado a proteger a un nacional, no de las circunstancias en que un Estado puede conceder su nacionalidad. Como el Sr. Sreenivasa Rao ha señalado, la impugnabilidad entra en juego y ello debe resolverse en una nueva redacción del artículo. El Sr. Gaja y el Sr. Kamto han hecho acertadas propuestas acerca de los textos que permitirán suprimir en los artículos las referencias al lugar de nacimiento, la nacionalidad de los padres y la naturalización. Se han opuesto objeciones a la utilización de la expresión «mala fe» y ello también es una cuestión de redacción.

58. El Sr. Brownlie ha hecho una crítica más sustancial del artículo 5, diciendo que reflejaba un mundo burgués al ignorar el hecho de que mucha gente carecía de documentos de identidad o pasaportes y únicamente la residencia ocasional o habitual les permitía conectar con un determinado país. Evidentemente eso es cierto, pero en tal caso con toda seguridad si un Estado quisiera ejercer la protección diplomática en favor de una persona que residiese en su territorio de manera habitual, podría concederle la nacionalidad. Todas las personas tienen la posibilidad de conseguir la nacionalidad si pueden probar al Estado de la nacionalidad que habitualmente residen en él. Así pues, aunque se han hecho muchas sugerencias sobre la manera de mejorar el artículo 5, en ninguna se ha puesto en tela de juicio la necesidad de esa disposición. Nadie ha sugerido que la regla dimanante del asunto *Nottebohm* tenga un carácter absoluto y deba codificarse. Por lo tanto, cree que el artículo puede remitirse perfectamente al Comité de Redacción.

59. El artículo 6 presenta grandes dificultades y ha dado lugar a una clara división de opiniones. Está de acuerdo en que sería más apropiado colocarlo después del artículo 7. Pero no considera, a diferencia de algunos miembros, que se trata de un caso claro de desarrollo progresivo del derecho internacional. Se enfrentan dos puntos de vista, ambos respaldados por personas de gran autoridad, y corresponde a la Comisión elegir entre los principios que compiten. El Sr. Momtaz ha hecho un firme alegato a favor del principio de no responsabilidad por parte del Estado demandado. Por otro lado, el Sr. Sepúlveda ha señalado con convicción que muchos Estados no permiten a un nacional perder su nacionalidad o renunciar a ella. Pueden así existir casos en que una persona haya roto todos los lazos con el Estado de la nacionalidad original y adquirido la nacionalidad de otro Estado pero sin embargo siga formalmente ligado por un vínculo de nacionalidad con el Estado de origen. Ello significaría que, si el Estado de origen lesionase a esa persona, el segundo Estado de la nacionalidad no podría prestarle protección. Con toda claridad el proyecto debe contener una disposición que abarque la sustancia del artículo 6. Sin embargo, como los puntos de vista son tan opuestos y parece poco probable que la división pueda

eliminarse en el Comité de Redacción, el orador propone que el artículo 6 se examine en consultas informales.

60. El artículo 7 cuenta con un amplio apoyo, se han formulado algunas acertadas sugerencias sobre su redacción y el principio enunciado en el artículo no ha sido seriamente puesto en tela de juicio. Por lo tanto, propone que se le remita al Comité de Redacción.

61. El artículo 8 constituye con toda evidencia un paso adelante en el desarrollo progresivo del derecho internacional y una mayoría abrumadora de los miembros ha manifestado que lo apoyan. Las objeciones opuestas no están realmente bien fundadas. En primer lugar, el Estado se reserva indudablemente el derecho a ejercer la protección diplomática con plena discreción a ese respecto. En segundo lugar, no ha habido ninguna sugerencia de que el Estado en el que la persona haya obtenido asilo pueda entablar una acción contra el Estado de origen. Ello se indica con plena claridad en los párrafos 183 y 184 del informe, aunque tal vez podría indicarse con mayor claridad en el propio artículo. En tercer lugar, no es probable que se quebrante la disposición: los apátridas y los refugiados que residan en un particular Estado no es probable que viajen al extranjero con frecuencia, pues el Estado de residencia tendría que facilitarles documentos de viaje, algo que en la práctica no es frecuente. Solamente respecto de una persona que utilice esos documentos y sea objeto de una lesión en un tercer Estado distinto del Estado de origen podría ejercerse la protección diplomática. El Sr. Kabatsi ha señalado ese punto con el ejemplo que ha dado. Se han formulado varias sugerencias acerca del mejoramiento del artículo, incluso la de dividirlo en una parte dedicada a los apátridas y otra a los refugiados. Esas cuestiones se tratarán mejor en el Comité de Redacción y propone que a él se remita el artículo.

62. En conjunto, los artículos 5, 7 y 8 pueden remitirse al Comité de Redacción, pero sólo si, después de examinar el informe sobre las consultas informales acerca de los artículos 1 a 3, la Comisión lo decide así. Por otra parte, el artículo 6 debe examinarse en consultas informales.

63. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión ha terminado el debate sobre los artículos 5 a 8. Dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea, como ha recomendado el Relator Especial, examinar el artículo 6 en consultas informales y puede tomarse una decisión definitiva sobre la remisión de los restantes artículos al Comité de Redacción después de que se disponga del informe sobre las consultas informales relativas a los artículos 1 a 3.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2628.^a SESIÓN

Viernes 26 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)¹ (A/CN.4/504, secc. D, A/CN.4/509², A/CN.4/510³)

[Tema 4 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

1. El PRESIDENTE invita al Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) a informar sobre la labor de ese Grupo de Trabajo.

2. El Sr. Sreenivasa RAO (Presidente del Grupo de Trabajo) dice que para comprender mejor en qué ha consistido la labor del Grupo de Trabajo conviene recordar brevemente cuáles han sido desde el 49.º período de sesiones de la Comisión, en 1997, las principales etapas del examen del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En ese período de sesiones, la Comisión adoptó la decisión de concentrarse ante todo sobre la cuestión de la prevención en el marco del subtítulo «Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas»⁴ y nombró al Sr. Sreenivasa Rao Relator Especial para esta parte del tema. En el 50.º período de sesiones, en 1998, el Relator Especial presentó un primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas⁵, así como una serie de 17 proyectos de artículos para una futura convención sobre la prevención del daño transfronterizo sensible. En esos proyectos de artículos que la CDI ha aprobado en primera lectura y ha remitido a la

Asamblea General para su examen por parte de la Sexta Comisión al final del 50.º período de sesiones, el Relator Especial ha procurado circunscribir el tema.

3. El artículo 1 (Actividades a las que se aplican los presentes proyectos de artículo) prevé que las actividades a que se refiere la futura convención entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Esas actividades no son solamente, como se había pensado inicialmente, actividades que se puede calificar de «ultrapeligrosas», por ejemplo las actividades nucleares, sino todas las actividades que pueden causar un daño sensible por sus consecuencias sobre la población, los bienes, el entorno, etc., lo que amplía algo la esfera de aplicación del proyecto de convención.

4. Pero en cambio se ha decidido dejar de lado cierto número de esferas que hasta el momento se habían considerado comprendidas en el marco del tema. No quedarán dentro del alcance de la convención las actividades que causan daños al patrimonio común de la humanidad (global commons), es decir, recursos o regiones geográficas que no pertenecen a la jurisdicción exclusiva de un Estado determinado. También se han excluido de la aplicación de la futura convención las actividades causantes de un daño que no es sensible a corto plazo y que no puede atribuirse a una causa bien definida (tal es el caso de las contaminaciones de diversos orígenes que tienen a largo plazo efectos acumulativos perjudiciales).

5. La CDI y la Sexta Comisión han aprobado ese enfoque, pero han subrayado que no debía interpretarse como una falta de interés por las cuestiones mencionadas, que podrían examinarse después en otros contextos.

6. Después de delimitar claramente el alcance del tema, se ha planteado la cuestión de saber si es conveniente incluir, en el proyecto de artículos, una lista de las actividades tomadas en consideración. Esa cuestión ya la había examinado el Grupo de Trabajo establecido en el 49.º período de sesiones que llegó a la conclusión de que, teniendo en cuenta la evolución de la técnica, no era posible elaborar una lista de esa clase. Además, se estimó que esa «cristalización» no era útil ni conveniente en una convención-marco. Así pues, se juzgó finalmente preferible dejar a los Estados partes en la futura convención el cuidado de decidir ellos mismos cuáles eran las actividades a las que se aplicarían las reglas, solución que el Sr. Sreenivasa Rao aprueba totalmente.

7. ¿Es preciso igualmente definir en el proyecto lo que se entiende por «un riesgo transfronterizo sensible»? No existe en la doctrina ninguna definición satisfactoria de ese concepto. En el contexto de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, se había considerado que un riesgo significativo es un riesgo que no es insignificante o de minimus y que puede ser apreciable o detectarse o determinarse mediante criterios o parámetros comunes. Es indudable que era posible prever, en el contexto de la futura convención sobre la prevención de los daños transfronterizos sensibles, que se fijara un «nivel de riesgo» admisible o tolerable, por ejemplo por una organización internacional apropiada o mediante negociación, pero teniendo en cuenta la incertidumbre que rodea a esta cuestión, se ha

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1998, vol. II (segunda parte), párr. 55.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

⁴ Anuario... 1997, vol. II (segunda parte), párr. 168.

⁵ Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/487 y Add.1.

estimado que sería mejor, también en este caso, dejar que decidiesen los Estados partes en la convención.

8. Esa es la base sobre la que el Grupo de Trabajo emprendió el reexamen de la primera serie de 17 artículos con el fin de que fuesen aprobados en segunda lectura. El artículo 3 (Prevención) dispone que los Estados deben tomar todas las medidas apropiadas para prevenir los daños transfronterizos sensibles o reducir el riesgo al mínimo. Todo el mundo está de acuerdo en reconocer que los Estados tienen, a ese respecto, la obligación de ejercer la diligencia necesaria. Pero subsiste la cuestión de saber si el Estado no ha ejercido esa diligencia y debe ser considerado responsable. En un principio se había señalado que, si esa falta de diligencia no había entrañado ningún daño, no cabía comprometer la responsabilidad del Estado. Sin embargo, esa posición se ha abandonado en 1998: se considera ahora que el Estado que pudiera quedar afectado por la falta de diligencia de otro Estado tendrá por lo menos la posibilidad de pedir la celebración de consultas. Esa solución, a la cual el Sr. Sreenivasa Rao es personalmente favorable, plantea desgraciadamente otro problema, que es el de la relación entre el artículo 3 y el artículo 12 (Factores de un equilibrio equitativo de intereses), donde se invita a respetar un justo equilibrio entre los intereses de los Estados de que se trate. La realización de ese justo equilibrio supone que los Estados discutan y negocien entre ellos soluciones, lo que, queda entendido, podría ir contra la obligación que les incumbe de ejercer la diligencia debida que se requiere: se ha aducido que después de haber impuesto una regla imperativa en el artículo 3, la Comisión no puede sugerir en el artículo 12 que el mismo está abierto a negociaciones entre los Estados de que se trate para asegurar la protección de cierto equilibrio equitativo de intereses. Después de haber examinado largamente la cuestión, los miembros del Grupo de Trabajo han estimado sin embargo que la posibilidad dada a los Estados en los artículos 10 a 13 de la convención de celebrar consultas y negociaciones no menoscabaría en nada el deber de diligencia enunciado en el artículo 3 sino que al contrario permitiría cristalizar la obligación en cuestión.

9. El Grupo de Trabajo también se ha ocupado del título del estudio de la prevención y ha sugerido, sin que esa propuesta sea unánime, que se supriman las palabras «causados por actividades peligrosas», dado que una actividad que causa un daño sensible es por definición peligrosa. Algunos miembros del Grupo de Trabajo han señalado también que en el título inglés del conjunto del tema preferían la palabra *activities* en lugar de *acts*. La mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo consideraron no obstante que ese cambio, de un interés más técnico o intelectual que práctico, no justificaba que se modificase un título que no había planteado problemas desde hacía más de dos decenios, tanto más cuanto que de los debates de la Sexta Comisión se deducía que para los Estados se trataba de una cuestión marginal.

10. El Grupo de Trabajo ha examinado cuidadosamente los artículos 1 a 17 y se han propuesto modificaciones. Esas modificaciones se recogerán en el tercer informe sobre el tema (A/CN.4/510) que presentará a la Comisión a comienzos de la segunda parte de su período de sesiones.

Actos unilaterales de los Estados (continuación*)
(A/CN.4/504, secc. C, A/CN.4/505⁶, A/CN.4/511⁷)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL⁸ (continuación*)

11. El PRESIDENTE recuerda que para facilitar los trabajos de la Comisión la secretaría ha distribuido un documento oficioso en inglés donde figura el texto de las respuestas, clasificadas en observaciones generales y observaciones específicas, que hasta la fecha se han recibido en contestación a un cuestionario sobre el tema de los actos unilaterales de los Estados que se había dirigido a los gobiernos de conformidad con una decisión tomada por la Comisión en su 51.º período de sesiones⁹. Hasta la fecha han respondido 11 Estados y el texto de las respuestas que se reciban ulteriormente será también distribuido como documento oficioso e incorporado en la versión final de las respuestas de los gobiernos al cuestionario (A/CN.4/511).

12. El Sr. HERDOCIA SACASA felicita al Relator Especial por el trabajo que ha realizado y su tercer informe sobre los actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/505) con tanto más motivo que los actos unilaterales son manifestaciones de voluntad a que se recurre cada vez con mayor frecuencia y que carecen todavía de un marco normativo claro. Es cierto que la doctrina y las decisiones judiciales, por muy valiosas que sean, comienzan solamente a esbozar la personalidad de este nuevo actor que emerge, solo, en la esfera de las obligaciones internacionales, sin una orientación bien determinada. El Relator Especial ha logrado depurar la terminología de los actos unilaterales para darle los atributos de la certidumbre, la seguridad, la estabilidad y la confianza, en interés no sólo de los que los formulan, sino también de los que los invocan o los rechazan.

13. El orador señala que por lo menos 6 de los 11 gobiernos que han respondido al cuestionario han señalado que han tenido trabajo en responder a determinadas cuestiones porque no les parece posible elaborar o definir normas comunes que rijan el conjunto de los actos unilaterales, que son muy numerosos, complejos y diversos. Ese mismo sentimiento se desprende de los debates celebrados en la Sexta Comisión en el quincuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, donde un grupo de Estados ha aconsejado a la CDI que proceda de forma progresiva, comenzando más bien por las declaraciones que crean obligaciones que por las que tienen por finalidad adquirir o conservar derechos. Esas preocupaciones se deben, tal vez no sin razón, a dos problemas. En primer lugar, ¿es posible formular normas aplicables a todos los tipos de actos unilaterales? En segundo lugar, ¿debería la CDI determinar en primer

* Reanudación de los trabajos de la 2624.ª sesión.

⁶ Véase la nota 2 supra.

⁷ *Ibid.*

⁸ Véase el texto del proyecto de artículos incluido en su tercer informe en 2624.ª sesión, párr. 35.

⁹ Véase Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 594.

lugar si es oportuno formular únicamente reglas generales o bien formular también reglas particulares? Por su parte, el orador no cree que esos problemas sean verdaderamente imposibles de solucionar. Sencillamente, la CDI debe actuar con circunspección y con visión de futuro.

14. Con esa perspectiva, la solución final consiste tal vez, inspirándose en los métodos de trabajo utilizados con éxito por la Comisión, en dividir el proyecto de artículos en dos partes: en la primera se enunciarían las disposiciones generales aplicables a todos los actos unilaterales y en la segunda figurarían las disposiciones aplicables a categorías dadas de actos unilaterales específicos que, por su singularidad, no pueden someterse a una reglamentación uniforme.

15. El orador considera, como otros miembros de la Comisión, que los artículos 1 a 5, que deberán figurar en la primera parte del proyecto de artículos, son la expresión acertada de un conjunto general de normas aplicables a todos los actos unilaterales y no plantean realmente problemas de fondo.

16. Después de referirse brevemente a aspectos precisos del informe que se examina, el orador dice que está de acuerdo con el Relator Especial (párrafos 19 y 20 del informe) en que las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 no pueden pura y simplemente aplicarse de manera automática a los actos unilaterales de los Estados: sólo pueden aplicarse por analogía y servir de marco de referencia flexible.

17. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 1 (Definición del acto unilateral), el orador señala con satisfacción que el Relator Especial ha sustituido el término «declaración» por el término «acto», que tiene un alcance más amplio. La inclusión de la noción de «intención» es acertada, pues se trata de un elemento esencial del tema. El Estado debe ser consciente del hecho de que al formular un acto unilateral contrae un compromiso jurídico: en ello reside precisamente uno de los aspectos fundamentales que diferencian los actos políticos de los actos unilaterales. El orador también aprueba el empleo de la expresión «que es del conocimiento» en lugar de la palabra «públicamente». Está de acuerdo en que sería tal vez necesario suprimir la palabra «inequívoca» que califica la manifestación de la voluntad del Estado. Por otra parte, señala que la noción de la autonomía del acto unilateral no figura en la definición propiamente dicha que ha propuesto el Relator Especial, aunque sea sin embargo esencial para aclarar la situación al permitir el establecimiento de la distinción entre los actos convencionales y los actos unilaterales.

18. El orador está de acuerdo con el nuevo proyecto de artículo 2 (La capacidad del Estado de formular actos unilaterales), según el cual todo Estado tiene esa capacidad, pero desearía que se añadiese al final de la disposición la frase «conforme al derecho internacional». En cuanto al nuevo proyecto de artículo 3 (Personas habilitadas para formular actos unilaterales en nombre del Estado), está conforme con el párrafo 1. Señala que el párrafo 2 amplía algo el alcance del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969, de conformidad sin duda con la jurisprudencia, por ejemplo los fallos de la CIJ en los asuntos *Essais nucléaires*, y con la práctica. Pero la

Comisión debe mostrar mucha prudencia respecto de ese punto. El orador acepta el nuevo proyecto de artículo 4 (La confirmación ulterior de un acto formulado por una persona no habilitada para ello). En lo referente al nuevo proyecto de artículo 5 (Nulidad del acto unilateral), el orador sugiere que se incluya, en la versión española como en las versiones inglesa y francesa, una disposición preliminar indicando los casos en los cuales el acto unilateral es nulo. Por lo demás, aprueba el paralelismo con la disposición correspondiente de la Convención, completada con un motivo complementario de nulidad referente a la incompatibilidad entre un acto unilateral y una decisión del Consejo de Seguridad, en el apartado g. Por otra parte, propone que no se mencione, en el apartado a, el «consentimiento», que pertenece más bien a la terminología convencional. El orador manifiesta algunas dudas acerca de la pertinencia de la disposición enunciativa en el apartado h, que estipula la nulidad de un acto unilateral contrario a una norma de importancia fundamental del derecho interno del Estado autor del acto. Esa disposición reenvía al derecho constitucional de los Estados, pero el orador subraya que en un régimen democrático los actos unilaterales no deben necesariamente ser ratificados por los parlamentos nacionales. Los actos unilaterales de cuya consideración se trata son actos formulados en determinados casos por el poder ejecutivo que pueden tener efectos sobre los actos de carácter legislativo o sobre la coordinación entre los diferentes poderes del Estado.

19. Por último, el orador estima que la Comisión debe proceder con una gran prudencia en la utilización de expresiones como «creación de derechos» o «confirmación de derechos». En ese sentido, el párrafo 49 del informe debe ser objeto de aclaraciones. De todas maneras, no debe olvidarse que el principio del carácter relativo de los tratados es aplicable a los actos unilaterales. En el artículo 34 de la Convención de Viena de 1969 se establece claramente el principio de que «un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento». Asimismo, el principio *res inter alios acta*, sobre el cual el Relator Especial no ha dejado de insistir, tiene a ese respecto una gran importancia: permite preservar el derecho internacional y sobre todo evitar la creación de derechos frente a terceros Estados sin su consentimiento.

20. El Sr. GAJA dice que el tercer informe del Relator Especial contiene importantes progresos en el análisis del tema y propone proyectos de artículos que pueden contribuir a la definición de un marco jurídico adecuado. Sin embargo, el orador esperaba que los progresos fueran mayores y está un poco decepcionado, pero la falta no recae solamente sobre el Relator Especial. En efecto, el tercer informe se ha redactado antes de recibirse las respuestas de los 11 Estados que hasta ahora han contestado al cuestionario que les había enviado la Comisión. Conviene recordar que ese cuestionario tenía por finalidad pedir a los gobiernos materiales e información sobre su práctica en materia de actos unilaterales, así como su parecer con respecto a ciertos aspectos del estudio sobre el tema¹⁰. Ahora bien, si las respuestas recibidas hasta el momento contienen varios elementos interesantes para

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 593.

los trabajos de la Comisión, no se refieren en ningún sentido a la práctica de los Estados considerados en materia de actos unilaterales. Ha habido al parecer un problema de comunicación o tal vez un error de interpretación, porque la Comisión no ha obtenido lo que pedía, a saber, materiales e información sobre la práctica de los Estados. A causa de ello el tercer informe del Relator Especial y el documento oficioso preparado por la secretaría acerca de las respuestas de los Estados recibidas hasta el momento contienen pocas informaciones sobre las prácticas de estos últimos. Ello es extremadamente preocupante, pues en tanto que no se haya reunido un número suficiente de datos sobre la práctica de los Estados y no se los haya analizado, será difícil identificar los diversos elementos característicos de los diferentes actos unilaterales y determinar si pueden establecerse reglas comunes a esos actos y en qué medida.

21. Por otra parte, el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados establecido en el 51.º período de sesiones de la Comisión¹¹ había adoptado provisionalmente una definición de los actos unilaterales como punto de partida para el acopio de los elementos de la práctica de los Estados al respecto¹² que el orador estima preferible a la que propone el Relator Especial en el nuevo proyecto de artículo 1, y ello por dos razones. En primer lugar, como han puesto de relieve el Sr. Candioti (2624.ª sesión) y el Sr. Herdocia Sacasa, el adjetivo «inequívoca» es superfluo. En segundo lugar, mientras que en la definición inicial el acto debía notificarse al Estado o a la organización interesada o ponerse de otra manera en su conocimiento, basta ahora con que el Estado o la organización interesada hayan tenido conocimiento del mismo. Esta expresión es desafortunada, pues permite pensar que ese conocimiento puede haberse tenido, por ejemplo, mediante actividades de espionaje o mediante la acción de los servicios de información. Ahora bien, es necesario que el Estado autor del acto haga algo para ponerlo en conocimiento de su destinatario o sus destinatarios y la comunidad internacional. Así pues, para el orador la definición adoptada en el 51.º período de sesiones por el Grupo de Trabajo debería ser objeto de un nuevo examen. Es preciso tratar ahora de hacer una lista de los diversos tipos de actos unilaterales a los que se aplicará el proyecto de artículos, tanto si esos actos están sometidos a reglas comunes como si dependen de un régimen particular. Podría ser útil que en el artículo 1 se diesen indicaciones, bien entendido no exhaustivas, sobre los tipos de actos considerados, con inclusión de sus efectos, y deberá recordarse a ese respecto que no existe una opinión unánime en cuanto al carácter unilateral de actos como el consentimiento o la protesta.

22. En su tercer informe, el Relator Especial analiza varios aspectos de la formulación de actos unilaterales y examina su validez. El orador no tiene todavía una posición decidida acerca de varias de esas cuestiones, y no la tendrá mientras no se haya hecho un recuento y un análisis de la práctica de los Estados en la materia y se haya examinado cómo las reglas que se han calcado de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 pueden

aplicarse a todos los actos unilaterales o a algunos de ellos.

23. Una cuestión que por el contrario todavía no se ha examinado, y que merecería serlo, es la de la competencia para concluir tratados desde el punto de vista del derecho interno, que es objeto del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. En el nuevo proyecto de artículo 3, que corresponde al artículo 7 de la Convención, se definen las personas habilitadas para formular actos unilaterales en nombre del Estado, pero no dice nada sobre si por el hecho de la existencia de disposiciones constitucionales o legislativas, otros órganos del Estado deben intervenir para que el acto pueda formularse válidamente. Es indudable que un jefe de Estado puede ratificar el tratado, pero ello no significa que no existan disposiciones constitucionales que exijan una autorización previa u otro acto del Parlamento. Esa es la razón de que convenga en primer lugar determinar si existen disposiciones constitucionales aplicables a los actos unilaterales, y después en qué medida las disposiciones constitucionales aplicables a los tratados pueden serlo por analogía, de conformidad con el derecho constitucional, a determinados actos unilaterales comprendidos en los trabajos de la Comisión, para determinar seguidamente si el incumplimiento de esas disposiciones constitucionales tiene consecuencias para la validez de los actos unilaterales. El apartado h del nuevo proyecto de artículo 5 parece referirse a ese respecto al contenido del acto, y no a la competencia para formularlo.

24. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA centra su intervención en determinados criterios conservados en el proyecto de definición general del acto unilateral y precisa que tendrá sumo cuidado en no poner en tela de juicio su pertinencia contentándose con relativizarlos.

25. En lo que se refiere en primer lugar al criterio de la intención, se pregunta si el hecho de sólo tener en cuenta la intención del autor no equivale a privilegiar únicamente el enfoque doctrinal e ignorar totalmente el sentido práctico. En efecto, el acto unilateral es con toda evidencia sobre todo un acto interesado y, por lo tanto, un acto que tiene primordialmente una finalidad. Es un acto interesado respecto de su objeto y del contexto en el que se inscribe. Mediante el análisis de la intención se puede sin duda descubrir el interés, es decir el objetivo perseguido. Pero, en todos los casos, es porque un Estado tiene interés en actuar por lo que se decide a hacerlo. La «manifestación de voluntad» de que se habla en el proyecto de definición es de hecho una acción. Es cuando se expresa la manifestación de voluntad cuando se dice que el Estado ha tomado la iniciativa de actuar, es decir, de contraer obligaciones o de reafirmar derechos. Pero para tomar esa iniciativa es preciso que el Estado encuentre en ello interés. Si no, no se arriesgaría ciertamente en actuar. Entonces sería tal vez necesario integrar la noción de interés en la búsqueda de una definición objetivo del acto unilateral, no para sustituirla a la noción de intención sino para dar un sentido y un contenido a la intención, que es más difícil de determinar. Esa es la razón de que si la noción de interés puede estar implícita antes de la manifestación de voluntad, deba figurar con la mayor nitidez posible entre el número de elementos determinantes del acto unilateral y no aparecer simplemente en filigrana. Por una parte, si tiene un fundamento en derecho,

¹¹ *Ibíd.*, párrs. 577 y ss.

¹² *Ibíd.*, párr. 589.

ese interés se convierte en interés jurídico y es el que está en el centro de los efectos jurídicos buscados cuando el Estado toma la iniciativa de formular un acto. Por otra parte, conservar la noción de interés permite evitar un debate sobre la noción de carácter inequívoco; en efecto, un interés localizado es un interés necesariamente inequívoco, es inevitablemente un interés que corresponde al efecto jurídico de la decisión o del acto. La definición propuesta por el Relator Especial no es ni ininteligible ni inadmisibles, pero mejoraría si se la centrara, para mayor claridad, en la noción de interés.

26. Por lo que se refiere al criterio de la autonomía, es indudable que plantea problemas pues, para ser determinante, el interés jurídico debe proceder de un régimen jurídico. Ahora bien, existen intereses jurídicos que son inherentes a la naturaleza misma del Estado sin tener que pasar necesariamente, por lo que se refiere a la fuente de las obligaciones, por una disposición convencional o jurídica previa. Por ejemplo, va en interés de un Estado mantener relaciones de buena vecindad con otro Estado: incluso puede estar en juego su propia existencia. En ese caso, el interés político confina con el interés jurídico. Esos intereses inherentes a la naturaleza misma del Estado no provienen necesariamente de un régimen de derecho internacional: proceden a veces, si no es con gran frecuencia, de un régimen de derecho interno. Los problemas subyacentes a esa dialéctica derecho interno-derecho internacional se plantean en general, en el plano teórico y práctico, en términos de validez o de impugnabilidad internacional. Pero cuando se cumple la condición previa de la validez o de la impugnabilidad internacional, la frontera entre los dos regímenes se hace más flexible e incluso porosa. El problema del fundamento jurídico del interés se plantea más bien en términos de fuente que en términos de régimen, que en su caso serían el derecho consuetudinario, el derecho convencional o el derecho internacional general. La obligación de mantener relaciones de buena vecindad puede justificar evidentemente la formulación de un acto. Pero se trata de una obligación de derecho internacional general. Si se tiene en cuenta el criterio de la autonomía como criterio de definición de un acto unilateral del Estado respecto de otros regímenes, será necesario utilizarlo con una precaución infinita. En realidad, como el Relator Especial indica en el párrafo 61 de su tercer informe, un criterio de esa naturaleza no puede entenderse en un sentido demasiado amplio y de lo que se trata es de excluir a través de este criterio los actos vinculados a otros regímenes, como serían todos los actos vinculados al derecho de los tratados. Ahora bien, el Relator Especial confirma inmediatamente después, en el párrafo 62 del informe, que el acto unilateral de que se trata nace en el momento de su formulación. ¿De qué nace? ¿Por qué? ¿En vista de qué? No se da ninguna respuesta a esas preguntas.

27. Conviene detenerse en el examen del criterio de la «publicidad», especialmente por lo que se refiere a la determinación de sus modalidades (es decir, la manera en que el acto se pone en conocimiento del destinatario) y las formas del acto unilateral (es decir, de la prueba de que el destinatario ha tenido perfectamente conocimiento del acto). Esos problemas no parecen haber sido tenidos suficientemente en cuenta en el proyecto de definición del acto unilateral propuesto. El Relator Especial da

mayor importancia al fondo, pero los aspectos formales del acto unilateral debieran haber sido destacados en una imagen de conjunto y completa del acto unilateral, lo que no se ha hecho en el proyecto. Para ello es conveniente un método más equilibrado de enfocar la cuestión, en especial en la perspectiva de una estructuración del régimen que habrá necesariamente que distinguir de las disposiciones generales. El Sr. Herdocia Sacasa ha señalado la posibilidad de seguir el procedimiento elegido en la elaboración del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados¹³, es decir, el establecimiento de disposiciones generales y de disposiciones específicas. El orador no es hostil a ese procedimiento pero propondría más bien, respetando la manera de proceder del Relator Especial, la integración en su propio proyecto de al menos un conjunto de disposiciones generales, por ejemplo las que propone a justo título en el nuevo proyecto de artículo 1.

28. Un artículo 1 sobre la definición es sin duda necesario. Pero la definición que propone el Relator Especial presenta un doble inconveniente. El primero es la incógnita que plantea el hecho de que el Relator Especial no haya tomado en consideración los aspectos formales del acto unilateral. El segundo se debe a la incertidumbre de una definición que él basa en un criterio, el de «la intención de producir efectos jurídicos», que puede calificarse de tendencioso. La intención es una tendencia, una perspectiva. Basar una definición en una perspectiva no parece suficiente, pues el producto normativo así obtenido sólo tendría un valor indicativo y no imperativo. El orador teme que se dé mayor importancia a la soft law, con menoscabo de la exigencia de formular hard law en el proyecto de artículos.

29. Sin duda será necesario inscribir en el mismo registro de las disposiciones generales el nuevo artículo 2. Ese proyecto de artículo recuerda el vínculo inherente que existe entre el Estado y el acto unilateral. Es la personalidad jurídica del Estado la que se refleja en esa manifestación de voluntad, indicando que cualquiera que sea su talla o su importancia política, un Estado sigue siendo un Estado y que todos los Estados son equiparables. La noción de personalidad jurídica se funde con la de la igualdad de los Estados. La capacidad que el Estado tiene de formular actos unilaterales es, pues, inherente a su naturaleza y es normal que el proyecto de artículo 2 no haya sido objeto de observaciones particulares por parte del Relator Especial, pues ello hubiera sido simplemente una redundancia.

30. En este conjunto de disposiciones generales, tal vez podrían introducirse dos proyectos de disposición. En primer lugar sería oportuno un proyecto de artículo cuyo objeto fuera consagrar la diversidad de las denominaciones y de las formas de los actos unilaterales de los Estados. Sería un complemento del proyecto de artículo 1, un poco como se ha hecho con el apartado a del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 y de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (denominada en adelante «Convención de Viena de 1986») y que dice lo

¹³ El texto del proyecto de artículos figura en *ibíd.*, párr. 47.

siguiente: «se entiende por “tratado” un acuerdo internacional [...] cualquiera que sea su denominación particular». Una referencia a la denominación tranquilizará a todos los miembros que, con razón, se han preguntado por la práctica que revela la diversidad de los actos unilaterales del Estado. El orador entiende igualmente que este primer conjunto de disposiciones se refiere no sólo a la denominación sino también al campo de aplicación del proyecto de artículos. Se adjuntaría aquí la tipología de las diferentes categorías, no sólo designadas sino acompañadas de su definición. Se estaría entonces en presencia de una primera parte de disposiciones no escuetas, sino con su contenido pertinente, como se tiene el derecho de esperar.

31. Una vez efectuado este trabajo habría que abordar todo el conjunto de disposiciones dedicadas al régimen, cuya primera disposición sería el nuevo proyecto de artículo 3. Más que «Personas habilitadas para formular actos unilaterales en nombre del Estado» convendría titularlo «Competencia para formular actos unilaterales en nombre del Estado», ello para permanecer en el nivel de las nociones fundamentales del derecho, como prolongación de la noción de capacidad. Ese proyecto de artículo tiene dos párrafos que deberían completarse con un tercero, constituido por el nuevo proyecto de artículo 4 cuyo sitio es en realidad el sistema del proyecto de artículo 3. Se examinaría así de un modo integrador el problema de la competencia, haciendo justicia a un principio general del derecho, el de la legalidad. Después, en un capítulo dedicado a las causas de nulidad, se deberían incluir las consecuencias de un acto unilateral emanado de una autoridad incompetente.

32. El proyecto del artículo 3 debería redactarse de nuevo no sólo para integrar en su marco el proyecto de artículo 4 sino también para tener en cuenta los tres principios siguientes. En primer lugar, es procedente la transposición de las categorías de las autoridades identificadas por el derecho de los tratados (jefe de Estado, primer ministro, ministro de relaciones exteriores) al derecho de los actos unilaterales. En segundo lugar, la ampliación del círculo de autoridades calificadas para obligar al Estado por vía unilateral no debería incluir ciertas técnicas particulares del derecho de los tratados, tales como los plenos poderes. Por el contrario, esa ampliación debería apoyarse, de una parte, sobre el nivel del autor del acto unilateral en el funcionamiento del Estado, es decir, en el ejercicio del poder político dentro del Estado y, por otra parte, sobre la particularidad técnica de la esfera en la que ha intervenido el autor del acto unilateral, a reserva de confirmación en los dos casos. En tercer lugar, en esas mismas condiciones podría ser procedente la ampliación del círculo de las autoridades a los jefes de misión diplomática o a los representantes permanentes de Estados ante organizaciones internacionales.

33. Es seguramente a causa de esos elementos de diferenciación por lo que puede tener alguna pertinencia la referencia a la noción de «otras circunstancias» que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo 3. Sin esos elementos no podría saberse a qué se refiere. La noción de «la práctica seguida por los Estados interesados» está admitida en el derecho internacional, pero la de «otras circunstancias» tiene un carácter relativo tanto en el espacio como en el tiempo.

34. En resumen, convendría reorganizar el proyecto del artículo 3 de la manera siguiente. El título debería modificarse de la forma indicada antes. En el párrafo 1 sería preciso sustituir la frase «son considerados representantes del Estado para formular actos unilaterales en su nombre» por la frase «son competentes para formular en nombre del Estado actos unilaterales». Como nadie puede poner en duda la competencia de las autoridades comprendidas en ese párrafo, esta fórmula mucho más directa permitiría evitar una contorsión inútil. En la versión francesa del párrafo 2, la fórmula *Une personne est considérée comme habilitée par l'État pour accomplir en son nom un acte unilatéral* es muy pesada. Sería necesario sustituirla por: *Une personne est présumée compétente pour accomplir au nom de l'État un acte unilatéral*. Se trata aquí en efecto de la presunción de competencia para formular este o aquel acto. Después, sería preciso terminar como sigue el párrafo: *à moins que la pratique des États intéressés ou d'autres circonstances ne permettent d'établir son incompétence*. En ese caso, bien la autoridad es competente o bien no lo es. Así pues, se declara que después de todo los Estados tienen la libertad de hacerse representar por la autoridad que elijan. Quien no sea jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores se presume competente salvo que la práctica u otras circunstancias no demuestren su incompetencia. Decirlo de una manera tan sencilla, tan escueta, haría más inteligible este párrafo, al que seguiría entonces un tercer párrafo con el contenido del proyecto de artículo 4.

35. Esas propuestas de redacción encontrarán ciertamente una solución en el Comité de Redacción, al que convendría remitir el texto de estos proyectos de artículos. El orador se ha abstenido deliberadamente de abordar el nuevo proyecto de artículo 5, que plantea cuestiones graves y complejas, a las que no puede darse solución sin disponer de suficiente material relativo a la práctica de los Estados. Sin embargo, esos problemas no disminuyen en nada la excelencia del trabajo que ha realizado el Relator Especial en su tercer informe.

36. El Sr. GOCO evoca la cuestión de la intención y pone en tela de juicio lo que se dice a ese respecto en el párrafo 34 del informe. No comprende cómo se puede determinar la intención antes de llegar a la etapa del arbitraje. Incluso en los asuntos *Essais nucléaires*, a cuyo respecto el Presidente Mitterrand había declarado que los ensayos nucleares de Francia se interrumpirían, su intención únicamente se hizo manifiesta cuando la CIJ llegó a la conclusión de que por el hecho de ser su declaración pública e inequívoca resultaba vinculante, incluso si el Presidente no había tenido realmente la intención de interrumpir los ensayos. Una declaración atribuida al Presidente Clinton según la cual una parte de la ex Yugoslavia no recibiría ninguna ayuda de los Estados Unidos en tanto que el Presidente Milosevic siguiera en el poder estaría sujeta al mismo razonamiento: Un jefe de Estado en ejercicio queda vinculado por sus declaraciones. Ex Embajador de Filipinas en el Canadá, el orador se acuerda de las dificultades creadas por la célebre exclamación del general De Gaulle, *Vive le Québec libre!*¹⁴. En

¹⁴ Véase C. Rousseau, «Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 72 (enero-marzo de 1968), n.º 1, págs. 164 y ss.

este caso también la declaración era imputable a un jefe de Estado en ejercicio. Pero mientras que el problema planteado por una declaración no llega a la etapa del arbitraje o de una decisión judicial, la intención en que se basa no puede determinarse porque siempre es posible negarla.

37. Por otra parte, la distinción entre acto político y acto jurídico es más bien imprecisa. Se dice que un acto es político cuando se circunscribe a los límites del territorio de un Estado particular, pero que se convierte en jurídico cuando afecta a otros Estados. Pero en el mundo contemporáneo, cualquier acto de un Estado tiene repercusión sobre otros Estados. Es más, la definición de territorio nacional de un Estado plantea problemas. Esa definición implica siempre la delimitación de una porción del territorio de otro Estado y es difícil saber si se trata de una cuestión política o jurídica.

38. El orador se reserva el derecho de volver a abordar ulteriormente otros aspectos de la cuestión de los actos unilaterales de los Estados.

39. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que el Relator Especial ha tenido manifiestamente en cuenta las observaciones hechas por los miembros para la elaboración de su tercer informe, que es mucho más claro respecto de determinadas cuestiones.

40. Uno de los actos unilaterales del Estado mencionados en el segundo informe¹⁵ se refería a las declaraciones que hacen determinados países para formular reservas prohibidas por determinadas convenciones. A partir de 1960, un artículo de Anand¹⁶ mantenía claramente la posición de que ese tipo de declaraciones debía interpretarse como equivalente a una reserva. En el tercer informe, la declaración figura entre los ejemplos de acto unilateral que tienen efectos jurídicos. La Declaración Truman¹⁷ se cita como ejemplo en el párrafo 164. Pero en aquella época los demás Estados estaban dispuestos a seguir ese ejemplo porque los progresos de la tecnología hacían posible la ampliación de la prospección y explotación de los recursos mineros de los fondos marinos. Por lo tanto, ese acto unilateral ha servido de base al desarrollo progresivo del derecho internacional.

41. Hay otro ejemplo de acto unilateral que, en su época, era contrario al derecho internacional, a saber, la declaración de independencia de Indonesia, proclamada el 17 de agosto de 1945. El Japón ocupaba entonces Indonesia y prohibía la escucha de radios extranjeras. A pesar de ello había corrido el rumor de que las fuerzas japonesas iban a firmar su capitulación el 16 de agosto de 1945. El Japón había tomado disposiciones para conceder la independencia a Indonesia en una fecha ulterior. Incluso se había preparado un proyecto de constitución. Pero entonces la República Indonesia habría sido creada

por una potencia extranjera, lo que era inadmisibile. En vista de ello la juventud revolucionaria clandestina forzó al Presidente Sukarno a declarar la independencia antes de la conclusión de un tratado de paz. Las fuerzas japonesas, desmoralizadas, no opusieron ninguna resistencia a los partidarios de la independencia, que las desarmaron y pudieron seguir la lucha. Ello constituye un ejemplo de acto unilateral ilícito en el momento en que ha sido formulado pero que procedía de una intención clara. No es necesario que el acto unilateral sea lícito para que tenga efectos jurídicos. Todo depende de la manera en que se actualice la intención en que se basa. A veces un acto de origen ilícito puede justificarse si tiene tras sí la fuerza de todo un pueblo. El Presidente Sukarno explicó su decisión diciendo que se había presentado una ocasión que no se podía dejar pasar. Después, Indonesia ha normalizado sus relaciones con sus vecinos y concluido acuerdos bilaterales sobre los fondos marinos y el subsuelo, con lo que ha añadido un aspecto económico al acto político que constituyó la declaración de independencia.

42. El PRESIDENTE dice que el Relator Especial le ha comunicado su deseo de proceder a consultas en el marco de un grupo de trabajo que, por lo tanto, debe crearse.

43. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que el Grupo de Trabajo estará compuesto por los siguientes miembros: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Pambou-Tchivounda y Sr. Sepúlveda. El Grupo de Trabajo está abierto a la participación de otros miembros.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2629.ª SESIÓN

Martes 30 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

¹⁵ Véase 2624.ª sesión, nota 4.

¹⁶ R. P. Anand, «Reservations to multilateral conventions», *Indian Journal of International Law*, vol. I, n.º 1 (julio de 1960), pág. 84.

¹⁷ Declaración sobre la política de los Estados Unidos respecto a los recursos naturales del subsuelo y el fondo marino de la plataforma continental, de 28 de septiembre de 1945 (M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 4, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1965, págs. 756 y 757).

Actos unilaterales de los Estados (continuación)
(A/CN.4/504, secc. C, A/CN.4/505¹, A/CN.4/511²)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL³ (continuación)

1. El Sr. LUKASHUK felicita al Relator Especial por los progresos que ha efectuado en el cumplimiento de una tarea sumamente difícil. Sin embargo, el tercer informe (A/CN.4/505) revela que hay otras dificultades en perspectiva.
2. El proyecto de artículos no refleja debidamente la relación entre los actos unilaterales y el derecho internacional. Refiriéndose al fallo de la CIJ en los asuntos *Essais nucléaires*, el orador señala que es preciso recoger en un artículo separado el principio de que la fuerza vinculante de los actos unilaterales viene determinada por el derecho internacional y específicamente por el principio de la buena fe.
3. Los actos unilaterales tienen efectos jurídicos conforme al derecho internacional y esa idea se debe también expresar en el proyecto. El orador, sin formular una propuesta oficial, sugeriría que se insertasen en el artículo 1 las palabras «de conformidad con el derecho internacional» después de «producir efectos jurídicos».
4. La relación entre los actos unilaterales y las normas imperativas de derecho internacional es importante. A diferencia del Relator Especial, el orador opina que un acto unilateral que contradice una norma imperativa la viola. Sólo por acuerdo mutuo y sólo en sus relaciones mutuas pueden los Estados prescindir de esas normas: prescindir de ellas unilateralmente está prohibido. El Relator Especial ha señalado la existencia de actos unilaterales que tienen por objeto modificar normas imperativas pero carecen de valor jurídico. Estos actos —ofertas, promesas— adquieren valor jurídico solamente cuando otros Estados los aceptan. Ejemplo de que los Estados pueden proponer la modificación de normas imperativas son las interpretaciones recientes y altamente unilaterales del principio que proscribe la utilización de la fuerza.
5. Hay que establecer una distinción entre los actos unilaterales que surten efectos jurídicos desde el momento de su formulación e independientemente de las medidas adoptadas por otros Estados y los actos unilaterales que sólo surten efectos jurídicos cuando otros Estados los aceptan. No todos los actos que plasman normas jurídicas exigen la aceptación de otros Estados: dentro de los límites de la ley, los Estados pueden ejercer unilateralmente sus propios derechos.
6. El Relator Especial ha podido determinar con precisión las principales cuestiones que es preciso resolver en la fase inicial, pero no es posible abarcar con unas normas generales toda la variedad de actos unilaterales.

Sería necesario identificar los actos unilaterales que merecen estudio y determinar luego las características jurídicas de cada uno de ellos. El análisis de la doctrina y de la práctica de los Estados revela que, en la mayoría de los casos, la promesa, la protesta, el reconocimiento y la renuncia se consideran actos unilaterales. La lista no es exhaustiva, pero podría servir de punto de partida.

7. Los actos unilaterales se pueden dividir, a juicio del orador, en varias categorías. En primer lugar, los actos unilaterales «puros», es decir, los que aplican verdaderamente el derecho internacional y no necesitan acción alguna de otros Estados. En segundo lugar están los actos por los que los Estados asumen obligaciones. A menudo se ha llamado promesas a estos actos, aunque el término está mal utilizado porque obedece a imperativos morales y no jurídicos. Cuando otros Estados los reconocen, estos actos crean una forma de acuerdo y, como tal, pueden crear para otros Estados no sólo derechos sino también obligaciones. El ejemplo clásico de actos de esta clase es la declaración formulada por Egipto en 1957 en relación con el régimen del Canal de Suez⁴. Por último, hay actos que corresponden a la posición del Estado en relación con una situación o un hecho determinado —reconocimiento, denuncia o protesta— y que son también puramente unilaterales porque no requieren el reconocimiento de otros Estados.

8. El orador acoge con agrado la referencia que se hace en el nuevo proyecto de artículo 1 a la «intención de» producir efectos jurídicos, porque en algunas circunstancias se producen efectos jurídicos indirectamente, después del reconocimiento de un acto unilateral por otros Estados. En cambio, la supresión del término «autónomo», que figuraba en anteriores definiciones del acto unilateral (antiguo artículo 2), plantea ciertas dificultades. Esa supresión significaría que los actos unilaterales comprenden los efectuados en relación con tratados. Sin embargo, como algunos miembros de la Comisión insisten en que se suprima ese término, la solución podría consistir en insertar la palabra «unilateralmente» después de «la intención de producir». En este contexto se entendería que ese término guarda relación con la naturaleza autónoma del acto. El empleo de la palabra «formulada» no satisface al orador, por lo menos en la versión rusa, porque describe en general la generación de un acto y no su resultado.

9. El Relator Especial llama acertadamente la atención sobre el hecho de que los Estados pueden producir actos unilaterales por acuerdo tácito. En los últimos tiempos, el acuerdo tácito ha desempeñado una importante función en la elaboración del derecho internacional general, comprendido el *jus cogens*. En muchos casos el Consejo de Seguridad ha adoptado resoluciones, incluso algunas por las que se establecen tribunales internacionales ad hoc, ejerciendo facultades que la Carta de las Naciones Unidas no le concede —y los Estados Miembros han reconocido tácitamente esas decisiones, que han adquirido así vigencia.

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

² *Ibid.*

³ Véase el texto del proyecto de artículos incluido en su tercer informe en 2624.ª sesión, párr. 35.

⁴ Declaración (con carta de presentación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas) relativa al Canal de Suez y a las disposiciones adoptadas para su funcionamiento (El Cairo, 24 de abril de 1957) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 265, n.º 3821, pág. 299).

10. En cuanto al apartado f del nuevo proyecto de artículo 5, un acto unilateral que está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional no puede tener valor jurídico antes de que otro Estado la reconozca. Se puede interpretar que este párrafo legaliza la violación, no sólo de normas consuetudinarias, sino también de normas convencionales. En el apartado g del artículo 5 hay que especificar que un acto unilateral es inválido no sólo si contradice una decisión del Consejo de Seguridad, sino también y tanto más si contradice la Carta de las Naciones Unidas. Desearía que al final del apartado se añadiese la frase «y los fallos de los tribunales internacionales». El apartado h se podría completar con un texto de la Convención de Viena de 1969 relativo a los conflictos con la legislación nacional en el contexto de la competencia de un Estado para concertar un tratado internacional. Por último, el párrafo introductorio del artículo se debe modificar para aclarar que el Estado en cuestión es aquel que ha realizado un acto unilateral.

11. El Sr. AL-BAHARNA se refiere al párrafo 14 del tercer informe y dice que el Relator Especial no parece abrigar duda sobre la pertinencia del tema, pero huelga suscitar esta cuestión porque la Comisión había tomado ya una decisión al respecto cuando lo aprobó⁵. En el párrafo 17 el Relator Especial destaca la relación que existe entre este tema y la Convención de Viena de 1969, pero en el párrafo 18 indica las diferencias entre el derecho aplicable a los actos unilaterales y el derecho de los tratados. Sería desaconsejable ajustarse a la Convención, porque hay diferencias esenciales entre el derecho de los tratados y el derecho de los actos unilaterales. En realidad, no existe paralelismo alguno entre ambos.

12. En la Sexta Comisión, algunas delegaciones expresaron la duda de que exista siquiera un paralelismo flexible, como se señala en el párrafo 22, y sostuvieron que el trabajo en materia de actos unilaterales se debe efectuar independientemente del derecho de los tratados. Aunque el carácter de un tratado, que requiere dos o más partes, difiere del carácter de un acto unilateral, una vez que el acto unilateral es formulado válidamente y se reconoce su aplicabilidad, puede quedar sujeto a todas o algunas de las consecuencias jurídicas atribuibles a un acto realizado en virtud de un tratado de conformidad con la Convención de Viena de 1969. Por lo tanto, todas o algunas de las consecuencias de los tratados, en relación por ejemplo con la validez, capacidad, nulidad, revocación, reserva, buena fe e interpretación, podrían por analogía ser aplicables mutatis mutandis a un acto unilateral formulado con la intención de producir efectos jurídicos.

13. En las respuestas de los gobiernos al cuestionario sobre los actos unilaterales enviado por la Comisión en su período de sesiones precedente, el Reino Unido decía por ejemplo que se daba una importancia excesiva a la Convención de Viena de 1969 y que no estaba convencido de que las disposiciones de la Convención se pudiesen aplicar mutatis mutandis a todas las categorías de actos unilaterales del Estado. Georgia, por su parte, dijo que las disposiciones de la Convención no se podían aplicar mutatis mutandis a los actos unilaterales a causa de su

diferente carácter. El Relator Especial debe tener en consideración estas opiniones.

14. En relación con el estoppel o preclusión, en la Sexta Comisión algunos representantes reconocían la existencia de una relación entre el estoppel y los actos unilaterales, mientras que otros la denegaban porque su carácter era distinto. El Relator Especial tiene razón en afirmar que el estoppel no guarda relación con los actos unilaterales y en el párrafo 27 del informe se destacan las notables diferencias entre ambos, comprendido el hecho de que el elemento característico del estoppel no es el comportamiento del Estado, sino la confianza de otro Estado en ese comportamiento. El acto unilateral tiene por objeto crear una obligación jurídica al Estado que lo realiza, mientras que el estoppel no crea tal relación en el Estado que lo utiliza.

15. El Relator Especial indica las dificultades que entraña la formulación de una definición jurídica adecuada de «actos unilaterales del Estado». El párrafo 31 contiene una lista de varios elementos, todos los cuales figuran ya en el proyecto, pero el Relator Especial ha tratado de mejorar el texto teniendo en cuenta los debates habidos en la Sexta Comisión y las observaciones formuladas por escrito por los gobiernos. En el párrafo 34 se indica que la intención del Estado autor del acto es fundamental para el tema, que se debe limitar a los actos unilaterales formulados por los Estados con el propósito de producir efectos jurídicos, lo que excluye todos los actos políticos del Estado o las declaraciones o actos unilaterales formulados con intenciones políticas. La CDI debe apoyar la posición del Relator Especial a este respecto.

16. El Relator Especial justifica la utilización del término «acto unilateral» en vez de «declaración unilateral» por las inquietudes expresadas en la Sexta Comisión, aunque en el párrafo 40 conviene en que la mayoría de los actos unilaterales se formulan mediante declaraciones, cuando no todos. Los ejemplos citados en los párrafos 37 a 47 demuestran todos que los actos unilaterales se formulan en la mayoría de los casos mediante declaraciones. En el párrafo 41 se afirma que actos formulados mediante declaraciones orales o a través de declaraciones escritas se pueden apreciar en la práctica y el Relator Especial reconoce en el párrafo 47 que ha recurrido al término «actos» para atender una importante corriente de opinión que considera este término más amplio y menos restrictivo.

17. La nueva definición de actos unilaterales guarda silencio sobre la forma en que el acto se puede expresar y sin embargo estos actos se han de efectuar de una manera u otra —no se producen en el vacío—. Aunque a nadie escapa la complejidad de establecer una definición general, la nueva definición contenida en el artículo 1 no constituye una solución satisfactoria. Por lo tanto, el orador sugeriría que se insertase la frase «en forma de declaración o en alguna otra forma aceptable» después de «formulada» o bien que se añadiese un segundo párrafo con el siguiente texto: «El acto unilateral de un Estado definido en el párrafo 1 puede adoptar la forma de una declaración u otra forma aceptable». Sugeriría también que se incluyese una disposición en el artículo 1, quizá en párrafo aparte, en la que se especificase que el acto uni-

⁵ Véase Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, párr. 248, anexo II y adición 3.

lateral de un Estado se puede formular verbalmente o por escrito.

18. En los párrafos 48 a 59 del informe se citan ejemplos fundados en precedentes y en la práctica de los Estados para justificar el empleo de la expresión «producir efectos jurídicos» en el nuevo proyecto de artículo 1. El orador apoya la nueva versión propuesta por las razones aducidas en el párrafo 48. El Relator Especial se refiere una y otra vez al principio generalmente aceptado de que el Estado no puede, por medio de un acto unilateral, imponer obligaciones a otro Estado o a una organización internacional sin su consentimiento. No obstante, muchos de los casos mencionados guardan relación con el régimen de los tratados más que con el de los actos unilaterales.

19. En la sección relativa a la «autonomía» de los actos unilaterales, el Relator Especial se ocupa de una cuestión fundamental: la «característica de no dependencia» de tales actos, como se señala en el párrafo 60. Como se dice en el párrafo 61, la razón para incluir la expresión «autónomos» en la definición de los actos unilaterales era excluir los actos vinculados a otros regímenes, como serían todos los actos vinculados al derecho de los tratados. El orador es partidario de que se incluya el término porque la «autonomía» es una característica importante de un acto unilateral. No está pues de acuerdo con el tono apologético del Relator Especial ni con la declaración liberatoria contenida en el párrafo 69.

20. El término «inequívoca», que figuraba en la anterior definición de los actos unilaterales, se ha conservado en el nuevo proyecto de artículo 1. Es un elemento fundamental y necesario, porque es difícil imaginar cómo se podría formular un acto unilateral de una manera ambigua o que diese la impresión de establecer condiciones o restricciones, o cómo se lo podría revocar rápida y fácilmente. La cuestión que se plantea en el párrafo 71 es si el carácter inequívoco del acto debe estar vinculado con la manifestación de la voluntad o con el contenido del acto.

21. La «publicidad» es también un elemento esencial de la definición, pero la palabra tiene amplias connotaciones que podrían suponer el recurso a los medios de comunicación, cuando lo que se quiere decir es que por lo menos el destinatario y otros Estados interesados deben tener conocimiento del compromiso contenido en el acto unilateral. La expresión «formulada públicamente» que se utilizaba en el anterior artículo 2 se sustituyó en el Grupo de Trabajo por «que se notifica al Estado o la organización interesados, o se pone de alguna otra manera en conocimiento de ese Estado o esa organización»⁶, que parece aceptable. La nueva formulación propuesta por el Relator Especial «y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional» requiere aclaración. La referencia a «Estado u organización internacional» no corresponde a las palabras «uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales» que se utilizan en la oración precedente y crea confusión. Las entidades se citan en plural en relación con los efectos jurídicos pero en singular en relación con la «publicidad». Cabe suponer que la disparidad es involuntaria. La última parte del artículo 1 se debe pues re-

dictar de nuevo de la siguiente manera: «internacionales y que es del conocimiento de ese Estado u organización internacional o de esos Estados u organizaciones internacionales» o sencillamente: «y que se pone en su conocimiento». Por otra parte, la formulación contenida en el antiguo artículo 2 es correcta y convendría mantenerla sin modificación. Por lo tanto, las palabras «es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional» se deben sustituir por el texto anterior «es notificado o puesto de otra manera en conocimiento del Estado o de la organización internacional interesados». En el párrafo 131 del resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión (A/CN.4/504) se puede ver que esta última expresión recibió el apoyo de las delegaciones. Siendo así, ¿por qué cambiarla?

22. El orador está de acuerdo con la propuesta de que se suprima el anterior artículo 1 (Alcance del presente proyecto de artículos). El nuevo proyecto de artículo 1 contiene ya los elementos del campo de aplicación existentes en la versión anterior. Además, el proyecto no necesita la adición de un artículo fundado en el artículo 3 de la Convención de Viena de 1969. No parece existir ningún paralelismo entre ambas situaciones. Como se dice en el párrafo 89 del informe, el término «unilateral» es suficientemente amplio para abarcar todas las manifestaciones de voluntad formuladas por el Estado.

23. El nuevo proyecto de artículo 2 es aceptable y el orador está de acuerdo con el párrafo 1 del nuevo proyecto de artículo 3 porque los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores pueden, sin ningún lugar a dudas, vincular a sus Estados por medio de actos unilaterales. En sus respuestas al cuestionario de la Comisión, el Gobierno de los Países Bajos había añadido a esas tres categorías los jefes de las misiones diplomáticas, pero el orador duda de que el jefe de una misión diplomática pueda asumir tan importante función sin una autorización precisa.

24. El orador no está totalmente dispuesto a apoyar el párrafo 2 del nuevo proyecto de artículo 3 en su forma actual, porque es demasiado amplio. Seguramente nadie puede investigar la práctica y las circunstancias de cada Estado y decidir si una persona que ha formulado un acto unilateral está autorizada para actuar en nombre del Estado. Con ello se da pie para que cualquier funcionario formule un acto unilateral, que con toda probabilidad será invalidado luego. La Comisión debe limitar la categoría de personas que pueden formular actos unilaterales en virtud del párrafo 2 a los jefes de las misiones diplomáticas y a otros ministros de Estado, que estarán plenamente habilitados para hacerlo con fines específicos únicamente. De esta manera se puede trazar la línea divisoria entre la autoridad general atribuida a las tres categorías de personas enumeradas en el párrafo 1 y la autoridad más limitada atribuida a la categoría de personas a que se refiere el párrafo 2.

25. El nuevo proyecto de artículo 4 no cuenta con el apoyo del orador, porque no es suficientemente restrictivo. Si una persona formula un acto unilateral sin estar habilitada para ello, ¿cómo puede el Estado correspondiente aprobar luego esta acción ilícita? En el derecho de las obligaciones, esta persona actúa ilegalmente y su acción es por lo tanto nula ab initio. De ahí que un Estado

⁶ Véase Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 589.

no pueda luego convalidar un comportamiento que no estaba inicialmente autorizado. Sin embargo, el artículo está relacionado con el párrafo 2 del nuevo proyecto de artículo 3, cuya sustitución por una disposición más específica ha propuesto el orador. Si su propuesta se acepta, el Estado no necesitaría el artículo 4 para invalidar los actos formulados por personas no autorizadas. Conviene sin embargo señalar a la atención del Relator Especial que el nuevo proyecto de artículo 4 se refiere al artículo 3 en general, mientras que se debe hacer referencia precisa al párrafo 2 del artículo 3, porque los actos unilaterales de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 no se pueden poner nunca en tela de juicio.

26. En cuanto al silencio y a los actos unilaterales (párrafos 126 a 133 del informe), el silencio guarda relación con el principio del estoppel, que escapa al alcance del tema estudiado. El orador aprueba el nuevo proyecto de artículo 5 relativo a la nulidad de los actos unilaterales, pero sería útil incluir en él otra causa de nulidad, a saber, el acto formulado por una persona no autorizada para ello. El proyecto de artículo sigue de cerca la Convención de Viena de 1969, pero es dudoso que las reglas de interpretación aplicables a las causas que provocan la nulidad de los tratados en el derecho de los tratados se puedan aplicar mutatis mutandis a los mismos factores enumerados en el nuevo proyecto de artículo 5.

27. El Sr. HE está de acuerdo con la supresión del antiguo artículo 1 y con su incorporación en el nuevo proyecto de artículo 1, que constituye una importante mejora y sirve de punto de partida para elaborar el proyecto de artículos.

28. No es fundamental conservar el elemento de la autonomía en la definición. Por un lado, los actos unilaterales deben estar vinculados a normas de derecho internacional preexistentes, aunque se podrían excluir los actos vinculados a otros regímenes, por ejemplo al derecho de los tratados. Por otra parte, aunque en algunos casos no es necesario que el Estado destinatario acepte el acto unilateral, en otros casos están en juego los intereses del Estado destinatario y es obligatorio que se responda.

29. El orador observa que a las palabras «manifestación de voluntad» se añade «con la intención» y estima que conviene evitar esta repetición. El nuevo proyecto de artículo 1 se debería remitir al Comité de Redacción para que éste prepare un texto más preciso y elegante.

30. El párrafo 2 del nuevo proyecto de artículo 3 procede de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969. No está claro sin embargo el significado de la frase «si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados». Se podría utilizar una terminología más precisa, por ejemplo «una persona está habilitada para representar al Estado en la formulación de actos unilaterales», con objeto de establecer la aptitud de las personas que representan al Estado o actúan en su nombre.

31. El párrafo 3 del antiguo artículo 4, extraído del apartado c del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969, corresponde enteramente al alcance y al significado del nuevo proyecto de artículo 3 y convendría conservarlo. Sería también prudente suprimir el antiguo artículo 6, puesto que su contenido está recogido ya en los nuevos proyectos de artículos 3 y 4.

32. Si bien es cierto que el silencio tiene efectos jurídicos en ciertos casos, por ejemplo en asuntos relacionados con la denuncia, la protesta o el reconocimiento, no es posible considerarlo un acto unilateral en sentido estricto porque falta la intención, que es uno de los elementos importantes de la definición de acto unilateral. No es necesario pues incluir el silencio en el proyecto.

33. Por último, el orador está de acuerdo en que el nuevo proyecto de artículo 5 se debe redactar siguiendo las líneas generales y la metodología de la Convención de Viena de 1969.

34. El Sr. SIMMA elogia al Relator Especial por la valentía con que ha abordado un tema que, a su juicio, no se presta a la codificación.

35. En relación con los actos unilaterales, la Comisión se halla en una situación difícil. La práctica de los Estados es amplia y todos convienen en que los Estados recurren constantemente a los actos unilaterales, pero esta abundante práctica no parece fácilmente accesible. Da la impresión de que ni siquiera los Estados encuentran fácil explicar sus acciones y a este respecto basta leer las respuestas al cuestionario. Los actos unilaterales tienen atractivo para los Estados precisamente por la mayor libertad de que disponen para su aplicación en comparación con los tratados. La cuestión reside en cómo «codificar» esta libertad relativa de acción. La Comisión se halla ante un dilema: o estructura rígidamente, a modo de la Convención de Viena de 1969, una gran variedad de actos unilaterales y el producto será entonces totalmente inaceptable para los Estados o limita su labor a los actos unilaterales para los que existen por lo menos ciertas trazas de un régimen jurídico aceptado, en cuyo caso el resultado tendría una utilidad limitada, porque se estaría prescribiendo algo que los Estados hacen de todos modos. Sin embargo, si la Comisión continúa con el tema, éste es el camino que habrá de seguir.

36. Incluso la jurisprudencia es peculiar: la Comisión se ha centrado exclusivamente en los casos *Essais nucléaires* y *Statut juridique du Groënland oriental*. En los asuntos *Essais nucléaires*, la CIJ se halló ante un nudo gordiano político, que cortó llegando a conclusiones precipitadas sobre la naturaleza vinculante de las promesas unilaterales, cuando en otras circunstancias habría quizá sido mucho más prudente. En el caso *Statut juridique du Groënland oriental*, los juristas siguen abrigando dudas sobre si se trata de un acto unilateral propiamente dicho o de una declaración formulada en el contexto de un tratado.

37. La Comisión debe adoptar un criterio más inductivo, a saber, debe examinar primero los actos unilaterales específicos en relación con una definición de trabajo —y el artículo 1 no debe ser otra cosa que una definición de trabajo— y tratar luego de hallar problemas comunes precisos y encontrar quizás soluciones aplicables a todos los casos. Es arriesgado, sin embargo, que la Comisión siga examinando la aplicabilidad de la Convención de Viena de 1969 sin una idea clara de qué actos unilaterales desea abordar.

38. La Comisión no sabía realmente qué aceptarían los Estados a este respecto y decidió que la Secretaría enviara un cuestionario para ayudar al Relator Especial a pre-

parar una recopilación de la práctica de los Estados⁷. En febrero de 2000, el Relator Especial presentó su informe aunque la recopilación de la práctica de los Estados no estaba todavía lista y no se habían recibido respuestas al cuestionario. Ha llegado quizá la hora de esperar respuesta.

39. Refiriéndose al informe propiamente dicho, el orador dice que nunca ha visto un documento de las Naciones Unidas con tales imperfecciones de lenguaje. El párrafo 25, por ejemplo, es incomprensible.

40. En lo que respecta al nuevo proyecto de artículo 1, el Relator Especial se ha desviado en ciertos puntos de la definición de trabajo que el Grupo de Trabajo y la Comisión en su conjunto habían acordado tras un considerable debate al término del 51.º período de sesiones. El orador no entiende por qué el Relator Especial se refiere de nuevo a ciertos puntos sobre los cuales la mayoría de los miembros habían expresado dudas en ese período de sesiones. Por ejemplo, en los párrafos 70 a 77 vuelve sobre la palabra «inequívoca», aunque el término sigue siendo confuso porque no queda claro si la manifestación de voluntad inequívoca sería aplicable en el sentido de que el Estado debe claramente pensar lo que dice. Los párrafos 71 y 73 parecen ir en esa dirección, mientras que la definición sugiere además que los Estados formulan declaraciones deliberadamente equívocas. Por ejemplo, la Organización de Liberación de Palestina ha sido reconocida por gran número de Estados como representante legítimo del pueblo palestino pero, por lo menos en un contexto jurídico internacional, nadie sabe qué significa esta declaración. Los Estados desean evidentemente que su declaración siga siendo equívoca. De ahí que sea arriesgado utilizar el adjetivo «inequívoco», que procede suprimir.

41. El nuevo proyecto de artículo 1 constituye un notable progreso en relación con la versión precedente (antiguo artículo 2), pero el orador no ve la necesidad de hablar en el nuevo proyecto de artículo 4 de una confirmación «expresa». ¿Por qué no podría el Estado confirmar implícitamente la validez de un acto unilateral formulado por una persona no habilitada para ello?

42. Es verdaderamente extraño leer, en el párrafo 128, que vale preguntarse si un Estado puede formular un acto unilateral a través del silencio, puesto que es imposible «formular» con el silencio un acto jurídico.

43. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 5 le ha chocado leer en los párrafos 142 y 143 que un Estado había expresado dudas en cuanto al dolo porque consideraba que la disposición contenida en el apartado b del antiguo artículo 7 podría interferir con algunos de los métodos aceptados mediante los cuales los Estados conducen su política exterior y convencen a otros Estados de sumarse a esa política. A juicio del orador, el dolo debe seguir siendo un motivo de invalidez.

44. En lo que respecta a la fuerza, la observación del párrafo 150 induce a error. En el apartado e del nuevo proyecto de artículo 5 el Relator Especial dice acertadamente que si la formulación del acto ha sido obtenida por

la amenaza o el uso de la fuerza el acto es nulo. Pero esto es completamente distinto de decir que un acto en sí contrario a la prohibición del uso de la fuerza es nulo.

45. Además, es sorprendente que en el párrafo 153 no se haga referencia alguna al apartado h del nuevo proyecto de artículo 5, que parece haber sido añadido a posteriori. Es necesario remediar la ausencia de observaciones sobre ese apartado. El orador tiene el mismo problema que el Sr. Lukashuk con la frase preliminar del nuevo proyecto de artículo 5 y se pregunta qué Estado puede invocar la nulidad de un acto unilateral. A diferencia del Sr. Lukashuk, el orador estima sin embargo que, por lo menos en lo que se refiere a los apartados f y g, el Estado que formula un acto unilateral contrario al jus cogens o a una decisión del Consejo de Seguridad no es el único que tiene derecho a invocar esa nulidad. El examen de las consecuencias de las resoluciones del Consejo en la validez de los actos jurídicos es confuso. Guarda relación con un comentario del Sr. Dugard, quien dijo, según la cita que figura en el párrafo 156, que el proyecto de artículo 7 debería incluir las resoluciones del Consejo entre los factores que se podrían invocar como causa de nulidad de un acto unilateral. Por ejemplo, si un Estado formula una declaración contraria a una resolución del Consejo, especialmente en relación con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que pide a los Miembros que no reconozcan como Estado a una entidad determinada, podría sostenerse que ese acto unilateral es nulo⁸. Evidentemente, se plantea un problema que es preciso atacar. El Relator Especial lo hace pero afirma luego que incluso las resoluciones del Consejo adoptadas sobre la base del Capítulo VI de la Carta pueden ser vinculantes. Ello es cierto desde el punto de vista jurídico, según se dice en el párrafo 160, pero afirmar que una resolución o decisión del Consejo basada en el Capítulo VI puede invalidar un acto jurídico unilateral de un Estado es ir demasiado lejos.

46. A juicio del orador, la única posibilidad que llevaría a algo como la pérdida del efecto pretendido por los actos unilaterales sería que el Consejo de Seguridad tomase una decisión basada expresamente en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas o en la que se hiciese referencia expresa al Artículo 39. Naturalmente, el orador conoce la práctica nacida como consecuencia de la guerra fría, durante la cual el Consejo sólo pudo llegar en muchos casos a una decisión oscureciendo la base jurídica de sus decisiones, y en la opinión consultiva en el asunto Namibia algunos miembros de la CIJ habían hecho un considerable esfuerzo para dar fuerza vinculante a una resolución del Consejo que no mencionaba su base jurídica. Sin embargo, como la guerra fría ha terminado, no hay razón para que una declaración formulada por un Estado sea inválida de modo automático a causa solamente de una decisión del Consejo cuyo carácter vinculante no está claro. El orador llama la atención sobre el Artículo 103 de la Carta según el cual, en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas en virtud de la Carta y las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta. Pero tal prevalencia no significa

⁷ Véase 2624.ª sesión, nota 5.

⁸ *Ibíd.*, nota 7.

necesariamente que el acto jurídico tenga que ser inválido.

47. El Sr. Sreenivasa RAO estima que la cuestión del efecto de las resoluciones del Consejo de Seguridad en la validez jurídica de los actos unilaterales es importantísima. Está en general de acuerdo en que las recomendaciones del Consejo formuladas en virtud del Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas no invalidarían un acto unilateral.

48. Observador sagaz, el Sr. Simma sabe seguramente que el Consejo de Seguridad es a veces deliberadamente equívoco en cuanto a las consecuencias de sus resoluciones para los Estados Miembros, especialmente cuando omite una referencia específica al Capítulo VI o al Capítulo VII de las Naciones Unidas. El orador se pregunta si el Sr. Simma estima que el Artículo 25 se puede invocar solamente cuando las resoluciones del Consejo sean absolutamente inequívocas.

49. Aun si los actos jurídicos unilaterales no quedan invalidados por una resolución del Consejo de Seguridad, el orador señala que los Estados Miembros de las Naciones Unidas tienen que cumplir las obligaciones que esas resoluciones imponen, especialmente cuando son aprobadas por unanimidad. Es incluso imaginable que los Estados hayan de reconsiderar actos unilaterales cuando éstos contradigan resoluciones del Consejo.

50. El Sr. ELARABY señala que, aunque el Sr. Simma desaprueba la utilización de la palabra «inválidas», se ha referido al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en el que se especifica claramente que, en caso de conflicto entre las obligaciones de los Estados Miembros en virtud de la Carta y sus obligaciones en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán sus obligaciones en virtud de la Carta. A juicio del orador, la disposición contenida en el Artículo 103 significa que las obligaciones jurídicas incompatibles, ya sea en virtud de un tratado o como consecuencia de un acto unilateral, son nulas.

51. El Sr. SIMMA no tiene nada que oponer a la adopción de medidas equívocas por el Consejo de Seguridad. Su argumento consiste en que la nulidad de un tratado o de un acto unilateral es la más trascendental de todas las sanciones jurídicas disponibles. Un sistema jurídico puede condenar un acto de diversas maneras menos extremas, por ejemplo declarándolo oponible. Si el Consejo impone un embargo sobre las armas y ciertos Estados concluyen un acuerdo o formulan un acto unilateral en contrario, el acuerdo o el acto no serán nulos sino que sencillamente no se aplicarán. Si la norma A prevalece sobre la norma B, no se sigue necesariamente que la norma B sea nula. Por ejemplo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando una norma de derecho interno es incompatible con una norma de derecho comunitario, no se considera que la norma interna sea nula sino simplemente inaplicable en ciertos casos.

52. El Sr. TOMKA comparte en general las opiniones del Sr. Simma. En la Convención de Viena de 1969 no se estipula que la no conformidad con una resolución del Consejo de Seguridad sea causa de nulidad de un tratado y en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas

no se pretende invalidar obligaciones contraídas en virtud de otros tratados. Estas obligaciones pueden quedar en suspenso cuando una decisión del Consejo active una obligación que impone la Carta, pero el tratado sigue vigente y será vinculante de nuevo cuando se revoque la decisión del Consejo. Lo mismo se aplica a los actos unilaterales. Si, en el apartado g del proyecto de artículo 5, la expresión «decisión del Consejo de Seguridad» tiene por objeto incluir decisiones tomadas en virtud del Capítulo VI, se están dando al Consejo más atribuciones que las que ha pretendido obtener hasta la fecha.

53. El Sr. SEPÚLVEDA dice que, según el nuevo proyecto de artículo 5, se puede declarar nulo un acto unilateral si, en el momento de su formulación, contradice una decisión del Consejo de Seguridad. Un acto unilateral se puede sin embargo invalidar mucho más tarde. Por ejemplo, la declaración unilateral de independencia de Rhodesia en 1965 fue luego anulada por el Consejo en su resolución 217 (1965) de 20 de noviembre de 1965, que aplicó además medidas coercitivas —principalmente sanciones económicas— en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En ese caso, la decisión del Consejo vino después del acto unilateral.

54. El Sr. PELLET elogia al Relator Especial por haber abordado una vez más un tema que, a diferencia del Sr. Simma, considera codificable. El tercer informe contiene aclaraciones y modificaciones útiles, pero sigue siendo hasta cierto punto abstracto y faltan ejemplos prácticos, una carencia especialmente lamentable en el caso de un tema cuya aceptabilidad depende de la capacidad de la Comisión para fundar sus propuestas en la práctica actual de los Estados.

55. En lo que respecta a las repercusiones en el tema actual del derecho de los tratados y en particular de la Convención de Viena de 1986, sigue sin estar claro si el proyecto abarca los efectos de los actos unilaterales de los Estados en las organizaciones internacionales y los efectos de los actos de las organizaciones internacionales cuando el comportamiento de éstas es comparable al de un Estado. Sólo se menciona a las organizaciones internacionales en el nuevo proyecto de artículo 1 y únicamente como destinatarias y no autoras de actos internacionales. Aunque la Comisión ha decidido prudentemente excluir del proyecto las resoluciones de las organizaciones internacionales, la palabra «resolución» no abarca todo el abanico de actos de esas organizaciones. Las organizaciones internacionales y sobre todo las organizaciones de integración regional pueden también comprometerse unilateralmente frente a Estados y a otras organizaciones internacionales. Las cuestiones que plantean estos actos se habrán de abordar pues mutatis mutandis a la luz de la Convención.

56. Los destinatarios de actos unilaterales de los Estados pueden ser también otras entidades, como los movimientos nacionales de liberación o los particulares. Se plantea la cuestión de si los actos unilaterales, al igual que los tratados, pueden crear obligaciones integrales. El orador sospecha que sí e insta al Relator Especial a que examine la cuestión.

57. El Relator Especial ha adoptado acertadamente un criterio flexible en la relación que establece entre el pro-

yecto de artículos y el derecho de los tratados, puesto que su propósito es destacar las características distintivas de los actos unilaterales por oposición a los tratados y una de esas características es el problema de la interpretación de los actos unilaterales. La Comisión inició un interesante debate en el período de sesiones precedente sobre la interpretación de los actos unilaterales especiales que constituyen las reservas a los tratados.

58. Aunque el orador no ha entendido nunca totalmente la sutileza de las normas que rigen el estoppel en el Reino Unido y en los Estados Unidos, la idea fundamental en derecho internacional parece ser que el Estado o la organización internacional no debe vacilar en su comportamiento frente a sus asociados e inducirles con ello a error. Pregunta pues qué significado tiene la frase «los actos relacionados con el estoppel» en el párrafo 25. Cualquier acto unilateral podría probablemente dar lugar al estoppel, pero le preocupa hasta cierto punto la declaración contenida en el párrafo 27, es decir, que el elemento característico del estoppel no es el comportamiento del Estado sino la confianza que se crea en otro Estado. ¿No sería preferible decir que el estoppel puede ser el resultado de un acto unilateral cuando ese acto impulsa al destinatario a fundarse en la posición expresada por el Estado autor del acto? El estoppel forma parte del tema por cuanto es una de las posibles consecuencias de un acto unilateral. Será pues preciso abordarlo cuando el Relator Especial examine los efectos de los actos unilaterales.

59. El nuevo proyecto de artículo 1 es el que más dificultades presenta a causa de su influencia en todos los demás artículos. Aunque muchas facetas del criterio adoptado por el Relator Especial son convincentes y esta versión es mejor que el antiguo artículo 2, no puede estar enteramente de acuerdo con el texto que se propone. La omisión de la palabra «declaración» es satisfactoria, aunque sólo sea porque su relación con la expresión «actos unilaterales» es sumamente ambigua. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la forma del acto unilateral no tiene gran importancia, pero le intriga la ambigüedad de su posición en relación con el silencio. Aunque las opiniones del orador no son tan tajantes como las de algunos otros miembros, estima que la Comisión debe adoptar una posición clara sobre este asunto, ya sea en los artículos, ya sea por lo menos en las observaciones.

60. Los asuntos *Essais nucléaires* demuestran que, contrariamente a lo que se da a entender en el párrafo 41 del informe, la «falta de ambigüedad» puede ser consecuencia, no de un acto formalmente identificable, sino de una combinación de declaraciones verbales que eluden la necesidad de una confirmación escrita formal. Además, el orador está persuadido de que los actos plurilaterales mencionados en el párrafo 45 tienen igual efecto que los actos unilaterales en lo que respecta a sus destinatarios. Por ejemplo, una declaración conjunta de los vencedores frente al vencido o una declaración conjunta sobre el alivio de la deuda de un tercer país constituye claramente un acto plurilateral que el destinatario interpreta como unilateral. No está claro, sin embargo, cómo es posible distinguir estos actos de los tratados plurilaterales. En todo caso, el Relator Especial debe adoptar una posición clara y determinar si entran en el alcance del proyecto de artículos.

61. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la finalidad del autor del acto es fundamental para la definición del acto unilateral y no está de acuerdo con el Sr. He en que exista una duplicación entre los términos «manifestación de voluntad» e «intención». No obstante, si bien la intención es un elemento fundamental de la definición del acto unilateral, el silencio no puede entrar en todos los casos en el ámbito de la definición. El silencio de Siam en el caso *Temple de Préah Vhéar* fue quizá un acto unilateral, pero se extendió durante un largo período de tiempo, mientras que un acto da una idea de instantaneidad. Además, el acto involuntario no reúne ciertamente las condiciones necesarias para que se le considere un acto unilateral.

62. Suponiendo que la intención es fundamental, la siguiente cuestión es el objeto de la intención. El orador comparte la opinión del Relator Especial de que el objeto es producir efectos jurídicos. Sin embargo, lo esencial, en el momento de la definición, es saber qué efectos jurídicos se propone producir el autor del acto, independientemente de que esos efectos se materialicen o no. Hay acto unilateral si el autor pretende que se produzcan ciertos efectos jurídicos. El informe es ambiguo a este respecto. Los párrafos 48 a 59 se centran, no en los efectos que el autor desea obtener, sino en los que efectivamente se obtienen. En cambio, el nuevo proyecto de artículo 1 se atiene acertadamente a la intención del autor.

63. Con el nuevo proyecto de artículo 1 el Relator Especial introduce restricciones innecesarias puesto que habla de «efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales». La definición de los tratados en el apartado a del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 debe servir de orientación a este respecto. En virtud de la Convención, un tratado es un acuerdo internacional que se rige por el derecho internacional. El orador opina que es fundamental utilizar estos mismos términos en relación con los actos unilaterales y decir que un acto unilateral es ante todo y sobre todo un acto que se rige por el derecho internacional, de modo que el autor del acto se sitúe de entrada en el terreno del derecho internacional, aunque es posible prever importantes problemas de derecho interno. Por ejemplo, se puede hablar de un acto unilateral cuando un Estado adopta una posición imperturbable en su derecho interno y manifiesta una indiferencia completa en relación con el derecho internacional, como hicieron los Estados Unidos en el caso de la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996 (Ley Helms-Burton)*⁹. El orador se pregunta una vez más por qué el Relator Especial ha deseado limitar los efectos jurídicos de los actos unilaterales a las relaciones con otros Estados o con organizaciones internacionales, puesto que los pueblos, los movimientos de liberación nacional o los particulares pueden también ser los beneficiarios de obligaciones unilateralmente asumidas. El Comité de Redacción debe suprimir la frase «en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales» e insertar en su lugar «que se rige por el derecho internacional».

⁹ Véase *International Legal Materials*, vol. XXXV, n.º 2 (marzo de 1996), pág. 359.

64. El destinatario de un acto unilateral debe evidentemente tener conocimiento de él para que produzca efectos jurídicos. Sin embargo, también en este caso el problema es el régimen jurídico y no la definición. La idea de conocimiento suscita la cuestión del momento en que el conocimiento existe y de cómo determinar si el destinatario posee ese conocimiento. Cabe que un Estado sólo tenga conocimiento del acto después de transcurrido cierto tiempo. En ese caso se plantea la cuestión de si el acto unilateral existe solamente a partir del momento en que se tiene conocimiento de él o a partir del momento en que el Estado destinatario indica que ha tenido conocimiento del acto. No obstante la observación del Departamento Federal Suizo de Asuntos Extranjeros, citada en el párrafo 78 del informe¹⁰, el conocimiento es, a juicio del orador, una noción que plantea más problemas de los que resuelve. Nada justifica la supresión de la idea de la «formulación pública» del acto. Lo que cuenta, por razones teóricas y prácticas a la vez, es la publicidad de la formulación del acto más bien que su recepción.

65. La noción de «autonomía» de los actos unilaterales sigue causando gran perplejidad al orador. Aparentemente, el Relator Especial ha decidido no mencionar el carácter autónomo de estos actos en la definición y esta ausencia complace al orador. Sin embargo, en el párrafo 69 se da a entender que la idea de la autonomía va subyacente, argumento que no convence. Un acto unilateral no puede producir efectos a menos que el derecho internacional general lo autorice de una forma u otra. Esta autorización puede ser específica, por ejemplo los Estados pueden determinar unilateralmente la extensión de sus aguas territoriales dentro del límite de 12 millas náuticas a partir de la línea de base, o puede ser más general, pues los Estados, de manera general, pueden comprometerse unilateralmente a limitar su autoridad soberana. Sin embargo, los actos unilaterales no son nunca autónomos. Los que no tienen fundamento en el derecho internacional son nulos. No se trata de un problema de definición sino de validez o licitud.

66. En cuanto a la supresión del antiguo artículo 1, es perfectamente imaginable excluir del proyecto ciertas categorías de actos unilaterales, por ejemplo los relativos a la conclusión y aplicación de tratados (ratificaciones, reservas, etc.). En este caso habría que preparar una lista detallada de los actos que se han de excluir y ello exigiría la reintroducción de un proyecto de artículo sobre el alcance, comparable a los artículos 1 y 3 de la Convención de Viena de 1969. Habría que especificar que el proyecto de artículos es aplicable solamente a los actos unilaterales de los Estados y no a los actos de las organizaciones internacionales. En tal caso, la Convención de Viena de 1986 no sería ya pertinente. En segundo lugar, los actos unilaterales relativos a la conclusión y aplicación de tratados quedarían excluidos. En tercer lugar, se excluirían los actos plurilaterales, sin descartar necesariamente la posibilidad de que produzcan iguales efectos que los actos unilaterales *stricto sensu*.

67. Si la mayoría de los miembros de la Comisión lo desea, se debería quizá indicar claramente que el proyec-

to no versa sobre los efectos jurídicos producidos por los actos unilaterales en entidades distintas de los Estados y, quizá, de las organizaciones internacionales. Como ha explicado ya, el orador lamentaría que se limitase de esta manera el alcance del proyecto.

68. El nuevo proyecto de artículo 2, que corresponde al antiguo artículo 3, no plantea dificultades. El nuevo proyecto de artículo 3 y, en particular, las observaciones correspondientes del Relator Especial son menos convincentes. La referencia que se hace en los párrafos 103 y 104 a las conferencias sobre promesas de contribuciones—tema en el que el Relator Especial no llega a ninguna conclusión clara—tendría quizá mejor cabida en la parte correspondiente a la intención de quedar vinculado. En general, cabe lamentar que muchas de las consideraciones relativas al proyecto de artículos sean poco concluyentes. Es difícil explicar por qué, en los párrafos 105 y 106, el Relator Especial considera que los ministros técnicos no comprometen al Estado cuando en otro lugar parece decir que los altos funcionarios pueden hacerlo. Si es así en el caso de los altos funcionarios, ciertamente lo es también en el caso de los ministros técnicos. El orador acoge con agrado la decisión del Relator Especial de modificar el texto del nuevo proyecto de artículo 3—que en su forma anterior (antiguo artículo 4) se acercaba quizá demasiado a las normas correspondientes de la Convención de Viena de 1969—pero abriga dudas en cuanto a la redacción del párrafo 2. Se debe aclarar que «una persona» significa otra persona. Además, cabe preguntarse si es adecuado hablar de «los Estados interesados», en plural. Seguramente, el Estado que formula un acto unilateral es el único interesado y se ha de utilizar por lo tanto el singular. La referencia a «otras circunstancias» en el mismo párrafo es utilísima; cabría quizá mencionar específicamente a este respecto en el comentario al artículo 3 las seguridades que dé en un proceso internacional el agente del Estado u otro representante autorizado. Un ejemplo adecuado a este respecto es el caso Timor oriental.

69. Respecto del nuevo proyecto de artículo 4, cabe preguntarse por qué se utiliza el adverbio «expresamente» en relación con la confirmación por un Estado de un acto unilateral formulado por una persona no autorizada para actuar en su nombre. La confirmación de un acto unilateral se debe regir por las mismas normas que su formulación. El orador prefiere el texto anterior, que era menos rígido. En la versión francesa las palabras *effets juridiques* deben ir en singular. En cuanto al tema del silencio y los actos unilaterales (párrafos 126 a 133), el orador reitera su opinión de que, aunque ciertos tipos de silencio no constituyen ciertamente ni pueden constituir un acto unilateral, hay otros a los que se podría describir como «silencios elocuentes», que expresan deliberadamente un consentimiento y que por lo tanto sí constituyen un acto unilateral. Un ejemplo concreto es el caso Temple de Préah Vihear.

70. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 5, habría que dedicar un artículo separado, con las correspondientes observaciones, a cada una de las causas de nulidad de los actos unilaterales. El orador se opone enérgicamente a que se incluya el apartado g, relativo a los actos unilaterales que contradicen una decisión del Consejo de Seguridad, y señala que la Convención de Viena de 1969 guarda un silencio prudente en relación con este punto.

¹⁰ L. Caflisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1995», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, n.º 4 (1996), págs. 593 y ss., en particular pág. 596.

Aparte de que la disposición puede ofender la sensibilidad de los Estados, no es necesario aislar las decisiones del Consejo que forman sencillamente parte del derecho derivado de la Carta de las Naciones Unidas y, por consiguiente, del derecho de los tratados en general. Aunque acoge con agrado la decisión del Relator Especial de fundar el apartado f del artículo 5 en el artículo 53 de la Convención, el orador se pregunta por qué no se ha tenido también en cuenta el artículo 64 de esa Convención, que versa sobre la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general. En realidad, se podría perfectamente insertar en el proyecto la definición de *ius cogens*.

71. Por último, al remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción, la Comisión debería invitar a éste a examinar las diferencias entre la formulación propuesta por el Relator Especial y las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 y reflexionar sobre la conveniencia de añadir un artículo en el que se defina el alcance del proyecto y sobre la cuestión de los actos unilaterales que el proyecto no abarca.

72. El Sr. BAENA SOARES felicita al Relator Especial por la imaginación y el espíritu de conciliación de que ha dado pruebas en la preparación de este tercer informe, así como por su serena aceptación de las críticas y sugerencias formuladas en el seno de la CDI, en la Sexta Comisión y en las respuestas de los gobiernos al cuestionario y dice que la disponibilidad de una información más amplia sobre la práctica de los Estados habría facilitado grandemente su labor. En su informe a la Asamblea General, la Comisión debería quizá reiterar en términos más precisos su llamamiento a los Estados para que faciliten esa información.

73. Al igual que la mayoría de los miembros, el orador reconoce la importancia del tema como medio para reforzar la estabilidad y la previsibilidad de las relaciones internacionales. Está también de acuerdo con el término de «paralelismo flexible» que el Relator Especial utiliza para definir la relación entre el proyecto de artículos y la Convención de Viena de 1969 y apoya la posición del Relator Especial en la cuestión del estoppel.

74. En el nuevo proyecto de artículo 1 se han recogido muchas de las sugerencias formuladas en la CDI y en la Sexta Comisión y la nueva versión constituye sin duda alguna un progreso en relación con la versión examinada en el período de sesiones precedente. La decisión de mantener la idea de «manifestación de voluntad inequívoca» como elemento esencial de la definición de actos unilaterales es acertada. Aunque, en algunas negociaciones diplomáticas, cierto grado de ambigüedad puede allanar el camino hacia la solución, en el presente contexto no es aceptable. Es preciso seguir debatiendo la idea de la no independencia de un acto unilateral para hallar una formulación que recabe el consenso. En cuanto a la publicidad que se debe dar a un acto para que llegue al conocimiento del Estado interesado o de la organización internacional interesada, el Relator Especial podría quizá indicar en sus observaciones en qué formas de publicidad piensa.

75. En el nuevo proyecto de artículo 3 se hace referencia, no sólo a la práctica seguida por los Estados, sino

también a «otras circunstancias». Sería preferible un texto más restrictivo. Dicho sea de paso, en relación con los «ministros técnicos» de que se habla en el párrafo 105 del informe, un gabinete se compone generalmente de políticos, algunos de los cuales pueden estar más versados que otros en ciertos temas, pero no es posible describir a ninguno de ellos como un «ministro técnico». El segundo de los dos casos a que se refiere el párrafo 117 en relación con el nuevo proyecto de artículo 4 es el de una persona habilitada para formular un acto en nombre del Estado pero que actúa fuera del ámbito de esa competencia. Por desgracia, esta hipótesis no se recoge en el proyecto de artículo.

76. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 5, el Relator Especial merece elogio por el cuidado con que ha individualizado las ocho causas de nulidad de los actos unilaterales para recoger las opiniones expresadas en la CDI y en la Sexta Comisión, pero podría haber descrito más detalladamente en las observaciones los motivos que le indujeron a incluir algunas de ellas. Es satisfactorio que se haya incorporado en el apartado c la corrupción. La corrupción se combate hoy en día universalmente, mediante instrumentos jurídicos como la Convención Interamericana contra la Corrupción. El orador se pregunta, sin embargo, si es necesario reducir la posibilidad de corrupción a la efectuada «directa o indirectamente por otro Estado». No se puede excluir la posibilidad de que la persona que formula el acto unilateral pueda ser corrompida por otra persona o por una empresa. Por último, aunque elogia la inclusión, en el apartado g, de los actos unilaterales que contradicen una decisión del Consejo de Seguridad, observa que el Relator Especial se ha referido al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en su presentación verbal del informe y lamenta que en el texto no figure una referencia análoga.

77. El Sr. ROSENSTOCK está menos convencido que el Sr. Simma de que el tema examinado no es codificable, pero comparte sus dudas y, en gran medida, sus opiniones. En particular, desea instar al Relator Especial a que haga mayor hincapié en la práctica de los Estados y, como método de trabajo, a que se centre separadamente en cada tema. En relación con el apartado g del nuevo proyecto de artículo 5, no está nada claro que la resolución 221 (1966) del Consejo de Seguridad, de 9 de abril de 1966, en virtud de la cual se detuvo al buque Joanna V en relación con las sanciones a Rhodesia hubiese sido aprobada de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Los elementos fundamentales para ello faltaban, pero el orador no tiene ninguna duda de que, si la acción del Consejo no obligó a detener el petrolero, con toda certeza permitió hacerlo. Se trata de una cuestión sumamente compleja que se sitúa en la frontera entre las obligaciones jurídicas y políticas y el orador no cree que mencionarla de pasada sea una manera responsable de abordarla.

78. El Sr. Sreenivasa RAO felicita al Relator Especial por su manera positiva de abordar un tema complejo y difícil y dice que el ejercicio habría sido más útil todavía si se hubiese hecho más hincapié en la información que falta sobre la práctica de los Estados. Las cuestiones en relación con las cuales los miembros deben esperar orientación del Relator Especial son las circunstancias y las normas generales del derecho internacional que diferen-

cian los actos unilaterales de los actos políticos y les permiten surtir efectos jurídicos.

79. Respecto a la definición de los actos jurídicos en el nuevo proyecto de artículo 1, el efecto jurídico producido por un acto no indica necesariamente o no indica siempre el propósito inicial del Estado que formuló el acto. Un Estado es una entidad política cuyas intenciones pueden ser equívocas o inequívocas, según el contexto. A juicio del orador, se debe evaluar siempre el criterio del efecto realmente producido para determinar la naturaleza de la intención. El examen contextual de las consideraciones de política es importantísimo cuando se trata de evaluar la intención a que obedece un acto. Sería necesario adoptar un método inductivo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de política.

80. En relación con las conclusiones del Relator Especial acerca del estoppel, es difícil también separar el comportamiento del Estado que formula un acto unilateral del efecto que el acto produce en el Estado destinatario, especialmente si se acuerda que no es necesario considerar autónomos los actos unilaterales. La cuestión merece también un examen detenido. Por último, aunque el asunto a que se refiere el apartado h del nuevo proyecto de artículo 5 está sin duda alguna relacionado con el nuevo proyecto de artículo 3, tiene importantes aspectos que indican que no está exclusivamente relacionado con él. ¿Puede el Estado utilizar las disposiciones de su propia ley nacional para eludir las obligaciones internacionales que haya por otra parte creado con un acto unilateral válido? En otras palabras, ¿puede el Estado, después de haber formulado un acto unilateral, pretender que su derecho interno no prevé tal acto, aunque éste haya creado una obligación internacional? Es necesario seguir reflexionando al respecto.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2630.^a SESIÓN

Miércoles 31 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Actos unilaterales de los Estados (continuación)
(A/CN.4/504, secc. C, A/CN.4/505¹, A/CN.4/511²)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL³ (continuación)

1. El Sr. GOCO felicita al Relator Especial por haber conseguido, pese a las dificultades inherentes al tema, producir un coherente y detallado tercer informe (A/CN.4/505), en el que se abordan numerosas cuestiones delicadas y se tienen en cuenta las diversas opiniones expresadas en la Comisión y en otras instancias.

2. Refiriéndose a las respuestas de cierto número de gobiernos al cuestionario que se les había enviado sobre los actos unilaterales de los Estados cuyo texto fue distribuido como un documento oficioso⁴, el Sr. Goco advierte que, en sus observaciones generales sobre la cuestión, esos Estados parecían estar de acuerdo en considerar que los actos unilaterales son de naturaleza muy diversa, aunque reconocen también que los Estados los utilizan a menudo en sus relaciones internacionales. En ausencia de un tratado formal, estos actos son el medio de que un Estado dispone para dar a conocer sus deseos a otro Estado, una manera cómoda de despachar los asuntos corrientes en diplomacia.

3. Las respuestas versan también sobre cuestiones precisas. En relación con la aplicabilidad de la Convención de Viena de 1969, parece haber consenso en estimar que esta Convención no es quizá aplicable a los actos unilaterales, pero puede orientar útilmente al respecto. A propósito de las personas facultadas para actuar en nombre del Estado, los Estados que han respondido al cuestionario están de acuerdo en considerar que la Convención es pertinente por analogía. Respecto de las formas que debe revestir el acto unilateral, las declaraciones tanto orales como escritas son aceptables, pero ello depende del tipo de acto. En cuanto al contenido del acto unilateral, puede ser de diversos tipos sin limitación a ciertas categorías, pero un Estado, Italia, ha citado tres: los actos que mencionan la posibilidad de invocar una situación jurídica, los actos que generan obligaciones jurídicas y los actos necesarios para el ejercicio de un derecho soberano. En relación con los efectos jurídicos, las respuestas hacen hincapié en la creación y en la extinción de obligaciones así como en la creación y la revocación de los derechos de otros Estados. Varios Estados establecerían una distinción entre los diferentes actos y los efectos jurídicos que éstos producirían. Un Estado, los Países Bajos, estima que los actos unilaterales no pueden producir efectos incompatibles con las normas generales del derecho internacional. Los Estados parecen estar de acuerdo en reconocer la importancia y la utilidad de los actos unilaterales y parecen reconocer también el principio de reciprocidad, en particular frente a Estados amigos. En cuan-

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

² *Ibid.*

³ Véase el texto del proyecto de artículos incluido en su tercer informe en 2624.^a sesión, párr. 35.

⁴ Véase 2628.^a sesión, párr. 11.

to a las normas aplicables, los Estados admiten que los principios de interpretación de la Convención se aplican por analogía, teniendo debidamente en cuenta el carácter particular de los actos unilaterales. La validez de los actos unilaterales se puede someter a los órganos convencionales competentes. En lo que respecta a la duración de los actos, los Estados atribuyen importancia a la cuestión de la revocabilidad porque estiman que si el acto pierde su carácter de comodidad se le puede revocar o se le puede poner fin en caso de modificación fundamental. Un Estado estima que su duración es ilimitada pero que es posible ponerle término mediante su denuncia en tratados bilaterales. Los Estados aceptan unánimemente la revocabilidad, pero consideran que es preciso enviar una notificación de revocación y que la Convención se puede aplicar por analogía, aunque habrá que tener en cuenta las circunstancias particulares del caso. Los motivos de revocación pueden ser el error, el fraude, la corrupción, la inobservancia de las normas del derecho internacional y el incumplimiento por los Estados de una obligación adquirida en virtud de tratados internacionales. Cabe esperar que otros Estados estén dispuestos a responder a este cuestionario. El Sr. Goco tiene entendido que las respuestas se recibieron después de terminado el tercer informe. Quizá fuese posible sin embargo inspirarse útilmente en dichas respuestas cuando se siga estudiando el tema.

4. En los párrafos 30 a 36 de su informe, el Relator Especial aborda en detalle los elementos constitutivos de una definición precisa del acto unilateral del Estado y pide que se llegue a un acuerdo definitivo sobre este asunto. La definición que propone en el nuevo proyecto de artículo 1 está bien concebida y contiene todos los elementos enumerados en el párrafo 31. Se habla en particular de «una manifestación de voluntad inequívoca del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos». A juicio del Sr. Goco, ello significa que la declaración debía ser preparada, bien meditada, deliberada y calculada. Es lo que cabe esperar de un Estado soberano y muy especialmente de una declaración dimanante de un jefe de Estado. No cabe duda de que la protesta, la denuncia, la promesa, el reconocimiento y todos los demás actos de la misma naturaleza son y deben ser plenamente intencionales, pero cabe preguntarse si las declaraciones unilaterales se limitan a este tipo de acto y si no procede incluir en la definición solamente las declaraciones formuladas voluntariamente por el Estado y eliminar los actos o las declaraciones formuladas de manera quizá incompleta, aunque con el objeto de producir efectos. Cabe también preguntarse si estos efectos deben ser jurídicos o políticos. A menudo, los jefes de Estado hacen en público declaraciones que se alejan de los discursos que tenían preparados. Las personalidades públicas son vulnerables a las trampas que les tienden los periodistas. No es raro oír a los dirigentes en la radio o la televisión proferir amenazas de invasión o de retirada de tropas, ofrecer concesiones e incluso formular reivindicaciones. A este respecto es muy interesante el ejemplo de las islas Spratly: nadie se interesaba en ellas hasta que se descubrieron en ellas ricos yacimientos petrolíferos. Desde entonces, por lo menos cinco países reivindican su posesión y han llegado incluso a proferir amenazas contra sus competidores. Estas declaraciones son sin duda alguna unilaterales y producen efectos, pero cabe preguntarse si

las reivindicaciones y las amenazas tienen efectos jurídicos en el sentido de la definición propuesta. Uno de los Estados que han respondido al cuestionario ha indicado claramente que los efectos de los actos unilaterales no pueden ser incompatibles con las normas generales del derecho internacional. Ahora bien, en derecho internacional no se admiten las amenazas. Este punto se aborda como parte de la cuestión de la nulidad del acto unilateral en los párrafos 149 y 150 del informe. Otro ejemplo invita a meditar sobre los efectos del acto unilateral: la declaración del Presidente De Gaulle, *Vive le Québec libre!*⁵, que, después de tantos años, resuena todavía en los oídos de los secesionistas de Quebec.

5. En lo que respecta a la intención, el Sr. Goco está de acuerdo con el Relator Especial en que es difícil clasificar los actos en diferentes categorías y determinar si son puramente políticos y carecen pues de efectos jurídicos. La intención del Estado autor es evidentemente un criterio decisivo, pero cabe preguntarse cómo se puede conocer esa intención. Que el Estado autor quede vinculado por un acto unilateral dependerá en definitiva de los hechos observados y de su apreciación. En sus fallos sobre los casos *Essais nucléaires* a menudo citados, la CIJ llegó a la conclusión de que Francia estaba legalmente vinculada por la declaración de que se proponía interrumpir sus ensayos nucleares en la atmósfera porque dicha declaración se había efectuado públicamente, lo que ponía de manifiesto la intención de Francia de acatarla. Sin embargo, para determinar esta intención fue necesaria una decisión de justicia. En otras palabras, Australia y Nueva Zelandia tuvieron que entablar una acción judicial. El Sr. Goco conviene en que los Estados pueden realizar actos unilaterales sin darse cuenta de las consecuencias de sus intenciones. En los asuntos citados, había ciertos indicios de que el Presidente Mitterrand no tenía verdaderamente intención de poner inmediatamente fin a los ensayos nucleares. El problema con las declaraciones en las que se enuncia una obligación o un compromiso es que es posible modificarlas e incluso negarlas. Entretanto, su obligatoriedad es incierta y a ello obedece que el Estado destinatario rehúse tomarlas en serio.

6. El Sr. Goco observa la omisión de la palabra «públicamente», omisión que se explica en los párrafos 78 y 79 del informe. Es importante que la declaración sea conocida por el otro Estado, lo que, a su juicio, corresponde al sentido del término «publicidad». En todo caso, todo lo que un jefe de Estado o de gobierno declara es necesariamente público. De la definición, en la que se utilizan las palabras «manifestación de voluntad inequívoca», se desprende también que la intención subyacente es considerar los actos unilaterales como declaraciones oficiales que, en la práctica, deben quizá ser formuladas por escrito. Tal vez el único caso en que un Estado puede dirigir a otro Estado una declaración no escrita es el de las situaciones de conflicto o de antagonismo naciente, pero las técnicas de comunicación modernas son tales que, hoy en día, toda declaración verbal se recoge inmediatamente por escrito de modo que la distinción entre lo escrito y lo dicho no tiene ya sentido.

⁵ *Ibíd.*, nota 14.

7. El Sr. Goco no tiene ninguna objeción importante que oponer a la utilización de los términos «acto», «efectos jurídicos», «autonomía» ni carácter «inequívoco» del acto unilateral. En el nuevo proyecto de artículo 2 (La capacidad del Estado de formular actos unilaterales) cabría quizá añadir la palabra «competencia». El examen del silencio, que se efectúa en el párrafo 126, es interesante pero se podría observar que, en el derecho de la prueba, el silencio puede equivaler a una confesión. En una situación de conflicto, si un Estado desafía a otro Estado a que pruebe que lo que afirma acerca de un acto de ese otro Estado es falso y ese otro Estado guarda silencio, este silencio equivale a un asentimiento. En cuanto al artículo sobre la nulidad del acto unilateral, sería preferible el título «Revocabilidad del acto unilateral». El acto unilateral es en efecto más flexible que un tratado y debería ser pues más fácilmente revocable, pero por iguales motivos que los que acarrearán la nulidad.

8. El Sr. Goco opina que los nuevos cinco proyectos de artículo propuestos, al igual que las respuestas de los gobiernos al cuestionario, se pueden remitir al Comité de Redacción o al Grupo de Trabajo para un examen más amplio.

9. El Sr. ECONOMIDES da las gracias al Relator Especial por su tercer informe, que constituye un neto progreso en relación con el informe precedente. Comienza con observaciones de carácter general sobre el informe y dice que es evidente el interés que presenta el estudio de la cuestión. El acto unilateral del Estado, en el sentido en que se lo entiende en el proyecto, existe en la práctica internacional y constituye incluso una fuente de derecho internacional, aunque el artículo 38 del Estatuto de la CIJ no lo mencione. Ciertamente, esta fuente puede en ciertas condiciones crear derechos y obligaciones de carácter subjetivo a los Estados, pero no puede crear en principio derecho objetivo, es decir, normas internacionales de aplicación general. Los Estados no pueden legislar por vía unilateral. No cabe duda de que este es un tema difícil de tratar. En primer lugar porque, en general, las constituciones nacionales y los derechos internos no dicen nada o casi nada sobre los actos unilaterales de los Estados que pueden vincular a éstos en el plano internacional, a diferencia por ejemplo de los convenios y el derecho consuetudinario, que generalmente se abordan en el ámbito del derecho interno de los Estados. En segundo lugar, porque la práctica internacional en relación con estos actos no es ni mucho menos abundante. En efecto, hay pocos actos por los que los Estados confieren derechos a otros Estados, asumiendo por su parte las obligaciones que corresponden a esos derechos. Incumbe, pues, a la Comisión, con pocos instrumentos y escasa orientación, codificar normas en un sector poco conocido y ello con un objetivo doble: proteger a los Estados contra su propia actuación proponiéndoles un conjunto coherente de normas claras en relación con los actos unilaterales que pueden vincularlos en el plano internacional y proteger el interés de la comunidad internacional estableciendo las normas esenciales de esta nueva fuente del derecho.

10. La segunda observación general del Sr. Economides versa sobre la relación entre los actos unilaterales de los Estados y la Convención de Viena de 1969. Como explica perfectamente el Relator Especial, esta relación es evidente. Si la Convención no existiese, no sería en

efecto posible codificar los actos unilaterales de los Estados que les vinculan en el plano del derecho internacional. La Convención abrió verdaderamente el camino a la codificación de los actos unilaterales de los Estados así como a la codificación de los actos de las organizaciones internacionales. Conviene sin embargo evitar la reproducción idéntica de las soluciones contenidas en la Convención. Ésta se debe utilizar razonablemente y con mucha prudencia como fuente de inspiración, cuando las características del acto unilateral vinculante coincidan perfectamente con las del acto convencional. En otras palabras, partiendo del estudio del acto unilateral del Estado, habría que orientarse eventualmente hacia las soluciones de la Convención, pero no seguir el camino inverso.

11. En tercer lugar, el Sr. Economides habría preferido que se incluyeran en el proyecto el estoppel y el silencio, en cuanto comportamientos unilaterales de los Estados que pueden engendrar efectos de derecho en el plano internacional. De momento, sin embargo, puede aceptar que se deje de lado esta cuestión y se la examine más adelante.

12. Refiriéndose a los nuevos proyectos de artículo propiamente dichos, el Sr. Economides estima, en lo que concierne al artículo 1, que los elementos esenciales de la definición del acto unilateral son tres. En primer lugar, la voluntad del Estado de comprometerse por dicho acto generando derechos y obligaciones. El Sr. Economides prefiere hablar de derechos y obligaciones más que de efectos jurídicos, noción esta más amplia y más bien imprecisa. En segundo lugar, el carácter autónomo, no dependiente o «no vinculado» del acto, es decir, el hecho de que este acto no está condicionado por las demás fuentes del derecho internacional, en particular tratados internacionales o normas de derecho consuetudinario preexistentes. Es en efecto preferible —ciertamente más fácil y más seguro— limitarse al carácter autónomo del acto en vez de pretender excluir del campo de aplicación del proyecto todos los demás actos unilaterales de los Estados, que no interesan efectivamente para los proyectos de artículo y que son sumamente numerosos y variados. En tercer lugar, los destinatarios del acto, que pueden ser otros Estados u organizaciones internacionales. En este punto es preciso preguntarse más especialmente si la comunidad internacional en su conjunto puede ser también beneficiaria de un derecho dimanante de un acto unilateral de un solo Estado, de varios Estados o de todos ellos. El Sr. Economides opina que es preciso responder afirmativamente a esta pregunta. Se puede también aceptar el elemento propuesto por el Sr. Pellet (2629.^a sesión), en virtud del cual el acto unilateral está sometido al derecho internacional y se rige por este último, igual que sucede con un tratado internacional. Está también de acuerdo con el Sr. Candiotti, el Sr. Herdocia Sacasa y otros miembros en no incluir en la definición los elementos de carácter inequívoco del acto y de publicidad del mismo. Estos elementos se podrían recoger en la parte relativa a las condiciones de validez del acto internacional. En cambio, en la definición contenida en el artículo 1 no se destaca suficientemente la autonomía del acto unilateral mientras que, a juicio del Sr. Economides, este es un elemento decisivo para distinguir los actos unilaterales generadores de derechos y

obligaciones en el plano internacional de los demás actos unilaterales de los Estados.

13. El nuevo proyecto de artículo 2 recoge la disposición del artículo 6 de la Convención de Viena de 1969. Esta disposición, que deriva implícitamente del nuevo proyecto de artículo 1, se debería completar a juicio del Sr. Economides de la siguiente manera: «Todo Estado tiene la capacidad de formular actos unilaterales que puedan generar derechos y obligaciones en el plano internacional».

14. El Sr. Economides está de acuerdo con el párrafo 1 del nuevo proyecto de artículo 3 (Personas habilitadas para formular actos unilaterales en nombre del Estado). Sin embargo, como ha propuesto el Sr. Pambou-Tchivounda, sería preferible redactar esta disposición de un modo más enérgico y directo. Habría por lo menos que reemplazar las palabras «son considerados representantes del» por las palabras «representan al». Tampoco la expresión «Estados interesados» que figura en el párrafo 2 tiene razón de ser en esta disposición. Además, este párrafo se podría redactar de la siguiente manera:

«También se consideraría que una persona está habilitada para formular actos unilaterales en nombre del Estado si se demuestra, partiendo de la práctica de este Estado y de las circunstancias en que se ha formulado el acto, que esa persona está habilitada para actuar en su nombre.»

15. El Sr. Economides no tiene nada que oponer al nuevo proyecto de artículo 4 (La confirmación ulterior de un acto formulado por una persona no habilitada para ello), que podría perfectamente convertirse en el párrafo 3 del artículo 3, como ha propuesto juiciosamente el Sr. Pambou-Tchivounda.

16. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 5 (Nulidad del acto unilateral), el Sr. Economides tiene la impresión de que la propuesta es un tanto prematura. Esta disposición se debería examinar una vez elaboradas las disposiciones sobre la validez de los actos unilaterales y, sobre todo, el artículo sobre la revocación del acto unilateral. En efecto, las condiciones de validez están estrechamente relacionadas con las causas de nulidad y es evidente además que, si el acto unilateral es revocable, el Estado tiene más interés en recurrir a este medio que en invocar una causa de nulidad. Las causas de nulidad deberían pues guardar esencialmente relación con los actos unilaterales no revocables, es decir, aquellos que vinculan al Estado autor del acto en relación con otra entidad.

17. El Sr. Economides no tiene nada que oponer a que remitan los nuevos proyectos de artículos al Comité de Redacción.

18. El Sr. KATEKA felicita al Relator Especial por su excelente tercer informe, en el que se tienen en cuenta los comentarios de los miembros de la CDI al mismo tiempo que las observaciones formuladas por los gobiernos en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Las respuestas de los gobiernos al cuestionario, que llegaron por desgracia demasiado tarde para que se las pudiese recoger en el informe, revelan una gran divergencia de opiniones acerca de la posibilidad de dictar normas generales aplicables

a todos los actos unilaterales y acerca de los tipos de actos que tales normas abarcarían.

19. A la Comisión incumbe guiar a la comunidad internacional delimitando claramente el tema y hallando un compromiso entre un criterio «maximalista», que consistiría en codificar todos los tipos de actos unilaterales, y un criterio «minimalista», en virtud del cual se examinarían uno a uno los diferentes «actos que generan obligaciones».

20. Aunque inicialmente opinaba lo contrario, el Sr. Kateka se pliega ahora a los argumentos de quienes estiman que no es posible prescindir en la materia de la Convención de Viena de 1969, aunque hay quienes juzgan que con ello se da preeminencia al régimen de Viena. El Relator Especial ha decidido alejarse de la Convención en el nuevo proyecto de artículo 1 y no incluir una disposición inspirada en su artículo 3, estableciendo así claramente una diferencia entre los actos unilaterales y los tratados.

21. En lo que respecta a la definición de actos unilaterales, el Sr. Kateka opina que debería englobar todos los actos unilaterales formulados por un Estado en cualquier forma que sea (es decir, tanto verbalmente como por escrito). En cambio, no le parece necesario precisar que debe tratarse de una expresión de voluntad «inequívoca», porque puede ser difícil apreciar esta cuestión en la práctica. La última oración del nuevo proyecto de artículo 1, de la que se desprende que el acto sólo produciría efectos jurídicos a partir del momento en que su «destinatario» (es decir, uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales) tuviese conocimiento de él, quizá no sea tampoco demasiado oportuna porque se concede así al autor del acto unilateral una ventaja sobre el destinatario, que sólo puede tener conocimiento de dicho acto a posteriori.

22. El nuevo proyecto de artículo 2 no plantea problemas. En cambio, la redacción del nuevo proyecto de artículo 3 y en particular de su párrafo 2 es quizá demasiado restrictiva. Si se observan la práctica diplomática y también la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal y en particular su artículo 12, se observa que ciertos enviados de los Estados están implícitamente habilitados en su sector de competencia respectivo para formular actos unilaterales en nombre del Estado que representan.

23. En los párrafos 103 y 104 del informe, el Relator Especial suscita la cuestión de si los actos unilaterales —en el caso preciso que cita las promesas— de un Estado con motivo de una conferencia en la que se anuncian contribuciones voluntarias se han de considerar simples actos políticos o actos que vinculan jurídicamente al Estado autor de la declaración. En teoría, se debería considerar jurídicamente vinculado al autor de la declaración, porque se supone que hace de buena fe una promesa que crea una espera en los destinatarios. Por desgracia, la práctica enseña que las promesas de esta clase no se suelen cumplir. Los archivos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales rebosan de ejemplos. Por lo tanto, el Relator Especial haría mejor en considerar estas

declaraciones como declaraciones políticas más bien que como actos que producen efectos jurídicos.

24. El nuevo proyecto de artículo 4 es aceptable. En cuanto a si un Estado, al guardar silencio, puede efectivamente realizar un acto unilateral, el Relator Especial tiene perfectamente razón cuando dice, en el párrafo 129 del informe, que parece imposible que un Estado pueda prometer u ofrecer algo mediante el silencio. Es útil prever nociones como el consentimiento, la protesta, la renuncia o el estoppel, pero una disposición sobre el silencio y los actos unilaterales no tiene cabida en el proyecto de artículos.

25. El nuevo proyecto de artículo 5 se inspira directamente en la sección 2 de la parte V de la Convención de Viena de 1969. En el apartado g de este artículo se prevé, como una causa de nulidad, que el acto contradiga una decisión del Consejo de Seguridad. Habida cuenta de las observaciones formuladas por el Sr. Lukashuk (2629.ª sesión), el Sr. Kateka se pregunta si no valdría más suprimir esta disposición y referirse en cambio a esta cuestión en el comentario.

26. Para terminar, el Sr. Kateka recuerda que, según enseña la experiencia, actos unilaterales que parecían inicialmente contrarios a las normas del derecho internacional vigente habían contribuido en la práctica a la evolución de este derecho. Cabe citar, a modo de ejemplo, la «doctrina Nyerere»⁶, propugnada por el antiguo presidente de Tanzania del mismo nombre, que consiste en rechazar, cuando un Estado sucede a otro, el principio de la sucesión automática respecto de los tratados bilaterales concertados por la antigua Potencia colonial. Esa doctrina, al principio fuertemente criticada, se recogió finalmente en la sección 3 de la parte III de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (en adelante «Convención de Viena de 1978»).

27. El Sr. HAFNER rinde tributo al Relator Especial, que se había propuesto llevar a cabo una tarea difícil cuya viabilidad se había puesto varias veces en duda: ciertos miembros, como el Sr. Simma (2629.ª sesión), estimaban que no era posible formular normas generales aplicables a todos los actos unilaterales, mientras que otros, como el Sr. Pellet, subrayaban que esta codificación correspondía a una verdadera necesidad. El orador, por su parte, opina que la Comisión debe por lo menos intentar hacerlo, aunque la codificación se revele a fin de cuentas imposible. El Relator Especial no ha podido tener en cuenta los comentarios de los gobiernos, que no le habían llegado todavía cuando elaboró su informe, pero la Comisión debe ahora trabajar a la luz de sus respuestas al cuestionario si desea que los proyectos de artículo que se redacten sean aceptables para los Estados y no acaben siendo letra muerta. Debe también tener más en cuenta la práctica de los Estados. A este respecto, el Sr. Hafner se permite corregir un ligero error que ha cometido el Relator Especial en el párrafo 53 del informe. El establecimiento de la neutralidad permanente no se puede hacer por acto unilateral: debe tratarse como mínimo de un acto bilate-

ral. En cambio, la declaración de neutralidad en tiempo de guerra es un acto puramente unilateral, que no depende de la aceptación de los beligerantes. La nota de pie de página sobre la declaración formulada por el Gobierno de Austria a la que remite el párrafo 53 no tiene nada que ver con la neutralidad. El ejemplo que se cita corresponde únicamente a las notificaciones dirigidas por el Gobierno austríaco a cuatro signatarios de su Tratado de Estado sobre el restablecimiento de una Austria independiente y democrática. Sin embargo, la práctica en la materia es muy rica y el Relator Especial habría podido, por ejemplo, referirse útilmente a las declaraciones formuladas en el ámbito del conflicto de las Islas Malvinas (Falkland) o de la guerra del Golfo.

28. Antes de examinar los nuevos proyectos de artículos uno a uno, el Sr. Hafner desearía señalar que, en dos notas de pie de página de la versión francesa del informe, se llama Mme en vez de M. a varios miembros de la Comisión. Desearía que, de modo general, las traducciones se hiciesen con mayor cuidado y más rigor.

29. En lo que respecta al proyecto de artículo 1, comparte las opiniones ya expresadas sobre la utilidad de exigir una manifestación de voluntad «inequívoca». Exigir la misma cosa en materia de tratados equivaldría a excluir del campo de aplicación del derecho de los tratados todos aquellos que comprenden «ambigüedades constructivas». Ahora bien, en la práctica, nadie ignora que nunca se ha hecho así. No parece pues necesario incluir esta precisión en el artículo 1. Ello no quiere decir que no sea necesario limitar el campo de aplicación de este artículo. Debe quedar claro que los actos de que se trata son actos unilaterales autónomos y no actos realizados en correlación con un tratado. Los actos unilaterales tienen en efecto una naturaleza muy diversa: por tales actos los Estados pueden sencillamente «desencadenar» derechos y obligaciones preestablecidos en un régimen convencional o incluso en el derecho consuetudinario, pero pueden también «modelar» las obligaciones que se proponen asumir. El Sr. Hafner sugiere que la Comisión se atenga de momento a los actos de la segunda categoría.

30. En el nuevo proyecto de artículo 1 se dice que el acto unilateral se formula con la intención de producir «efectos jurídicos», pero sin precisar si estos efectos se producirán en derecho interno o en derecho internacional. Como ha subrayado el Sr. Pellet, habría que indicar claramente que los actos unilaterales en cuestión están sujetos al derecho internacional.

31. En lo que respecta al nuevo proyecto de artículo 2 y siempre que la traducción inglesa formule unilateral acts corresponda al original español, el Sr. Hafner señala que cualquiera puede «formular» un acto unilateral. A su juicio, habría sido más adecuado utilizar en inglés el verbo issue, pero esta es una cuestión que podrá resolver el Comité de Redacción.

32. El orador considera difícil emitir un juicio sobre el nuevo proyecto de artículo 3 mientras no se haya determinado definitivamente, en el artículo 1, qué actos entran en el campo de aplicación del proyecto de artículos. Sin embargo, no puede hacer suya la propuesta del Sr. Economides de que se reemplacen, en el párrafo 1, las

⁶ Véase la Declaración de Arusha de 1967 (J. K. Nyerere, Ujamaa: Essays on Socialism, Londres, Oxford University Press, 1968, pág. 13).

palabras «son considerados representantes del» por «representan al». Ello no sólo podría plantear problemas de incompatibilidad con la constitución de ciertos países, sino que la presencia de la palabra «considerados» crea una presunción *iuris tantum*, que es necesaria en este artículo.

33. El nuevo proyecto de artículo 5, que el Sr. Simma compara alternativamente con una mina de oro o con un campo de minas, contiene efectivamente demasiadas cosas. Los diferentes motivos de nulidad enumerados se debían haber tratado en artículos separados, como se hizo acertadamente en la Convención de Viena de 1969, porque las consecuencias son cada vez diferentes. Así, el apartado g, relativo a la nulidad de los actos unilaterales que contradicen una decisión del Consejo de Seguridad, plantea más problemas de los que resuelve: como tan acertadamente ha recordado el Sr. Simma, las obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas prevalecen sobre las obligaciones contraídas en virtud de un tratado (Art. 103). Ahora bien, por obligación contraída en virtud de la Carta se entienden también las obligaciones resultantes de resoluciones o de decisiones de cumplimiento obligatorio tomadas por los órganos de las Naciones Unidas (y no sólo por el Consejo). Además, a menudo sucede que sólo ciertas partes de estas decisiones o resoluciones son de cumplimiento obligatorio, de modo que habría que precisarlo también.

34. El Sr. Hafner considera por otra parte que no procede establecer una diferencia en los motivos de nulidad entre los actos unilaterales y los tratados; ahora bien, en la Convención de Viena de 1969 no existe ninguna disposición en la que se prevea que un tratado se puede declarar nulo si contradice obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Por todas estas razones, a juicio del orador el apartado g no se impone.

35. El motivo de nulidad mencionado en el apartado h, a saber, el conflicto con una norma de importancia fundamental de derecho interno, plantea también un problema. Esta norma de importancia fundamental puede resultar, por ejemplo, de la constitución del Estado autor del acto unilateral. Cabe preguntarse si un Estado que, al formular un acto unilateral, contradijese una obligación constitucional podría declarar a posteriori que ese acto unilateral es nulo. En este caso se daría prelación al derecho interno y ello es inadmisibles.

36. El Sr. Hafner comparte también las reservas del Sr. Lukashuk sobre la utilización, en la versión francesa, del artículo indefinido un en la frase de introducción del artículo. Habría que precisar claramente qué Estado está habilitado para invocar la nulidad de un acto unilateral. La razón indica que sólo el Estado autor del acto, con exclusión de todos los demás, dispone de esta posibilidad, porque de lo contrario se correría el riesgo de abrir la caja de Pandora.

37. En este contexto, la propuesta del Sr. Economides de centrarse en las condiciones de «revocación» de los actos unilaterales antes de pasar a la cuestión de la nulidad no carece de interés; esta solución ofrecería probablemente la ventaja de ser más práctica.

38. Teniendo en cuenta todas estas observaciones, el Sr. Hafner estima que sólo los nuevos proyectos de artículo 1 a 4 propuestos por el Relator Especial se pueden remitir al Comité de Redacción. Habría que repensar en cambio enteramente el nuevo proyecto de artículo 5.

39. El Sr. KAMTO estima que el tercer informe del Relator Especial constituye un progreso significativo, porque se percibe el deseo de tener en cuenta los debates habidos en la CDI y las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión. Como tantas veces se ha dicho, el tema es complejo, pero ello no quiere decir que sea imposible codificarlo. Se trata de una categoría de actos demasiado importantes en la vida internacional, por lo menos tan antiguos como los tratados y que, al igual que estos últimos, constituyen una fuente del derecho internacional contemporáneo. A la CDI incumbe exhortar al Relator Especial, que no ha dispuesto para la redacción de su informe de las observaciones formuladas por los gobiernos en respuesta al cuestionario, a que despliegue un esfuerzo complementario para averiguar la práctica en la materia. Dicho esto, el Relator Especial adopta un criterio amplio para obtener una panorámica general de los actos en cuestión y este criterio es pertinente siempre que permita luego centrar bien el tema y definir con precisión el campo que abarcan los actos unilaterales. Las propuestas que se han hecho aquí y allá, incluso en la Sexta Comisión, tienden a limitar el estudio a ciertos tipos de actos como la promesa y el reconocimiento y son excesivamente restrictivas, porque su adopción excluiría una buena parte de los actos unilaterales de los Estados.

40. En lo que respecta a las cuestiones preliminares examinadas por el Relator Especial, es preciso evidentemente evitar toda analogía excesiva, posible fuente de confusión, con el derecho de los tratados. En cuanto al estoppel, no se trata en realidad de un acto jurídico, sino más bien de un hecho generador de efectos jurídicos y el Sr. Kamto opina, al igual que el Sr. Pellet, que convendría examinarlo como parte de los efectos de los actos unilaterales.

41. Tratándose precisamente de estos efectos, conviene estudiarlos a fondo y no es posible hacerlo sin examinar la actitud o la reacción de los destinatarios del acto. Se imponen dos observaciones al respecto. En primer lugar, en ciertos casos un acto unilateral puede convertirse en un elemento constitutivo de un acuerdo internacional. Es lógico, y la práctica lo confirma, que desde el momento en que existe un encuentro de dos voluntades expresadas simultánea o sucesivamente, ya sea en un solo documento o en documentos distintos, se está en presencia de un acuerdo internacional en el sentido de la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial debe examinar la cuestión para determinar con más precisión qué actos entran en la categoría de actos unilaterales propiamente dichos, por oposición a los actos unilaterales «convencionales». Esta cuestión no ha de ser necesariamente objeto de un proyecto de artículo y se podría abordar en el comentario.

42. En segundo lugar, el Sr. Kamto no está convencido de que sea preciso prescindir a priori del silencio. El silencio puede en efecto, y la doctrina lo admite, constituir un verdadero acto jurídico. El silencio, que opera como un asentimiento, puede en ciertas ocasiones permitir que el acto unilateral inicial produzca todos sus efectos jurídicos, en particular cuando este acto tiene por

objeto crear obligaciones para uno o varios Estados. El Estado puede en ciertos casos expresar su consentimiento por el silencio, aun cuando en derecho de los tratados el consentimiento haya de ser explícito. Sea como fuere, la cuestión del silencio merece examen. En lo que respecta al nuevo proyecto de artículo 1 propuesto por el Relator Especial, el Sr. Kamto preferiría atenerse a la definición tradicional del acto jurídico unilateral, a saber, una manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos. Mencionar la intención como hace el Relator Especial en el proyecto de artículo 1 es, desde el punto de vista jurídico, una tautología: la intención es en efecto consustancial a la manifestación de la voluntad y si hay expresión de voluntad hay forzosamente intención. En cuanto al término «inequívoca» ya criticado por varios miembros de la Comisión, el Relator Especial desea expresar con él las ideas que desarrolla en los párrafos 73 y 76 de su informe, a saber, las ideas de claridad y certeza. Para el Sr. Kamto, es éste un elemento de apreciación que tradicionalmente incumbe al juez y no tiene lugar en la definición del acto unilateral. Sería preciso insistir más bien en la necesaria precisión del acto unilateral. En cuanto a la última oración del artículo 1, «y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional», el Sr. Kamto opina, al igual que el Sr. Economides, que se trata más bien de una condición de validez del acto unilateral. El orador secunda por otra parte la propuesta del Sr. Economides de que se elabore una disposición específica sobre las condiciones de validez del acto unilateral que preceda la relativa a su nulidad.

43. Siempre en relación con el nuevo proyecto de artículo 1, el Relator Especial establece una distinción entre las declaraciones políticas y los actos unilaterales destinados a producir efectos jurídicos. A este respecto, el Sr. Kamto no ve bien qué criterio se ha utilizado para la distinción y se pregunta si se trata de un criterio formal o de un criterio relacionado con el contenido del acto, que cabría vincular al *negotium*. La naturaleza de ciertos actos es evidente a causa de su forma, pero la de otros actos sólo se puede determinar por el análisis del contexto. Cabe a este respecto lamentar que el Relator Especial no haya insistido suficientemente en esta noción de contexto, en la que se basó por ejemplo la CIJ en el caso *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* para llegar a la conclusión de que un comunicado conjunto constituía un acuerdo internacional. El contexto puede ser igualmente determinante en el caso de la naturaleza de un acto unilateral.

44. El nuevo proyecto de artículo 2 no plantea problemas al Sr. Kamto, pero el nuevo proyecto de artículo 3 requiere un comentario. El Relator Especial ha evocado acertadamente el ejemplo de una legislación interna que tiene efectos extraterritoriales, a saber, la Ley Helms-Burton⁷. El orador se pregunta si se puede prescindir de estos actos internos que tienen efectos extraterritoriales y, en caso afirmativo, por qué motivo. En cambio, si es preciso considerar que entran en el campo del estudio, convendría quizá reexaminar el proyecto de artículo 3 para incluir, por ejemplo, al parlamento entre las «Personas habilitadas para formular actos unilaterales en nombre

del Estado». Es dudoso que el actual párrafo 2 de este proyecto de artículo abarque a esta categoría de autores de actos unilaterales.

45. El nuevo proyecto de artículo 4 no requiere ninguna observación especial, pero el nuevo proyecto de artículo 5 no podrá ser objeto de un examen a fondo mientras no se hayan estudiado las condiciones de validez del acto unilateral.

46. En conclusión, el Sr. Kamto estima que los nuevos proyectos de artículo 1 a 4 se pueden transmitir al Comité de Redacción.

47. El Sr. PELLET señala que el problema de los actos unilaterales internos que tienen efectos extraterritoriales mencionado por el Sr. Kamto es sumamente importante y en el momento actual no está de ninguna manera resuelto. El orador recuerda que, respecto a la Ley Helms-Burton, en su opinión en ese caso, el Congreso de los Estados Unidos no había tenido intención de situarse en el terreno del derecho internacional. Considera que para entrar en el estudio los actos unilaterales se deben regir por el derecho internacional.

48. En cuanto a la idea de mencionar la necesaria precisión de los actos unilaterales, el Sr. Pellet está totalmente en desacuerdo con el Sr. Kamto. Las obligaciones pueden ser precisas o imprecisas, pero no dejan por ello de ser obligaciones, y lo mismo sucede con las que se desprenden de actos unilaterales de los Estados. Introducir la noción de precisión en la definición parece peligroso para la continuación de los trabajos.

49. El Sr. KAMTO teme haberse explicado mal: desea solamente que se diga en el comentario que en ciertos casos el grado de precisión de un acto unilateral puede permitir que produzca plenos efectos.

50. El Sr. TOMKA observa que el Relator Especial ha hecho un gran esfuerzo para tener en cuenta las críticas formuladas el período de sesiones precedente por los miembros de la Comisión, ampliando el campo de su estudio a todos los actos unilaterales que producen efectos jurídicos. No ha podido en cambio tener en cuenta las observaciones presentadas por escrito por los gobiernos en respuesta al cuestionario y el Sr. Tomka observa a este respecto que muchas de esas respuestas expresan dudas sobre el método de conjunto adoptado, porque estiman en particular que no es prudente tratar de someter diferentes tipos de actos unilaterales a un conjunto de reglas generales únicas. A juicio de un Estado, esta operación es incluso inútil y otro considera que lo mejor que la Comisión puede hacer es elaborar un estudio didáctico que verse sobre las características propias de los diferentes actos unilaterales.

51. El principal problema que plantea la definición propuesta en el nuevo proyecto de artículo 1 reside en la expresión «producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados». Así se obtiene una definición muy amplia de los actos unilaterales, lo que no permite formular en la práctica reglas comunes para un abanico de actos tan diversos como el reconocimiento y una ley por la que se establece una zona económica exclusiva. Este último ejemplo, que el Relator Especial prevé en el párrafo 54 de su informe, demuestra que un acto unilate-

⁷ Véase 2629.ª sesión, nota 10.

ral puede ser un instrumento que active derechos previstos en un tratado o en el derecho internacional general. En este caso, las consecuencias jurídicas del acto en cuestión vienen determinadas por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o, para los Estados que no son Parte en la misma, por el derecho internacional general y no por las normas relativas a los actos unilaterales que la Comisión está elaborando. Cabe preguntarse cuál sería por ejemplo la pertinencia del nuevo proyecto de artículo 3 en el caso de un acto formulado por un parlamento. Se debe pues excluir del estudio lo que el Gobierno italiano llama en su respuesta al cuestionario «actos unilaterales necesarios para poder ejercer un derecho soberano». Parece difícil elaborar normas comunes para otros actos, como el reconocimiento, la protesta o la denuncia. El Sr. Tomka recuerda que el reconocimiento de los Estados y de los gobiernos figura entre los temas de posible estudio sometidos por la Secretaría a la Comisión en su primer período de sesiones, en 1949⁸, y que ésta nunca juzgó oportuno inscribir en su programa de trabajo. A juicio del Sr. Tomka, es preciso tomar muy en serio el deseo de prudencia expresado por ciertos Estados y le parece preferible proceder por etapas. A este respecto, la categoría de actos unilaterales que crean obligaciones es sin duda la que mejor se presta a la identificación y a la elaboración de normas. Cuando el Relator Especial estudia nociones como la intención del Estado autor del acto o los efectos jurídicos se refiere casi siempre a obligaciones o compromisos, según indica en el párrafo 35 de su informe.

52. En lo que respecta al nuevo proyecto de artículo 1, el Sr. Tomka prefiere abstenerse de comentarlo en este momento, porque su texto dependerá del alcance del proyecto de artículos y de una decisión que la CDI deberá tomar si desea progresar en su labor y dar a sus resultados la oportunidad de no ser rechazados o «congelados» por los Estados en la Sexta Comisión.

53. Los nuevos proyectos de artículo 2 y 3 no plantean ningún problema especial y son aceptables. En lo que respecta al nuevo proyecto de artículo 4, un acto unilateral realizado sin autorización puede ser confirmado, no sólo expresamente como propone el Relator Especial, sino también per concludentiam, cuando el Estado no invoque la ausencia de autorización para anular el acto y cumpla en cambio la obligación asumida.

54. El nuevo proyecto de artículo 5 es el que más problemas plantea y probablemente sea necesario redactarlo de nuevo. Conviene en efecto distinguir los casos en que un acto sólo se puede anular si el Estado invoca un motivo de nulidad (nulidad relativa) y aquellos otros en que la nulidad es una sanción impuesta por el derecho o resulta directamente del derecho internacional (nulidad absoluta o ex lege). Los Estados pueden invocar como causas de nulidad de actos unilaterales formulados en su nombre el error, el fraude o la corrupción, que son los objetos de los apartados a, b y c, respectivamente, del proyecto de artículo. Lo mismo sucede con la situación que pretende regular el apartado h, a saber, la del acto unilateral que contradice una norma de importancia fundamental del derecho interno del Estado autor del mismo, aunque no

se debe interpretar que esta disposición dé prelación al derecho interno sobre los compromisos asumidos en derecho internacional. El Sr. Tomka estima que el apartado h se habría debido concebir diferentemente para poner de manifiesto el hecho de que, cuando se ha formulado el acto unilateral, se ha violado una norma de importancia fundamental del derecho interno o constitucional en relación con la facultad de asumir obligaciones internacionales o de formular actos jurídicos en el plano internacional.

55. La amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas para obtener la formulación del acto y el conflicto del acto unilateral con una norma imperativa de derecho internacional, objeto respectivamente de los apartados e y f del proyecto de artículo 5, son casos de nulidad absoluta resultante directamente del derecho y estos actos son nulos ab initio.

56. La coerción sobre la persona que realiza el hecho, prevista en el apartado d del nuevo proyecto de artículo 5, es un caso aparte, porque la persona en cuestión no expresa la voluntad del Estado que se considera representa, sino la del Estado que ejerce la coerción. Sin voluntad no existe acto jurídico y, en ausencia de acto, no hay nada que anular. Los casos precedentes eran casos de negotium nullum, pero aquí nos encontramos con un caso de non negotium.

57. Por último, en lo que respecta al apartado g del nuevo proyecto de artículo 5, el Sr. Tomka recuerda la duda que expresó a este respecto (2629.ª sesión) y hace suyas a este respecto las opiniones formuladas por el Sr. Hafner.

Las reservas a los tratados⁹ (A/CN.4/504, secc. B, A/CN.4/508 y Add.1 a 4¹⁰, A/CN.4/L.599)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

58. El Sr. PELLET (Relator Especial) presenta su quinto informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/508 y Add.1 a 4), que se divide en dos partes: la parte I, que contiene la introducción y una versión revisada y completada de la presentación que hizo de su cuarto informe¹¹ en el 51.º período de sesiones y que la Comisión, por falta de tiempo, no pudo examinar entonces; un capítulo sobre las alternativas a las reservas y a las declaraciones interpretativas; y un anexo que contiene el texto consolidado del conjunto de proyectos de directrices consagradas a las definiciones aprobadas en primera lectura o propuestas en el quinto informe, con nueve proyectos de directrices nuevos que figuran en cursiva y que llevan provisionalmente los números 1.1.8, 1.4.6 a 1.4.8 y 1.7.1 a 1.7.5. A

⁹ Véase el texto del proyecto de directrices aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en sus períodos de sesiones 50.º y 51.º en Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 470.

¹⁰ Véase la nota 1 supra.

¹¹ Anuario... 1999, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/499 y A/CN.4/478/Rev.1.

⁸ Véase Yearbook... 1949, pág. 280, párr. 15.

la parte I seguirá, en el curso de la segunda parte del período de sesiones, una parte II, sobre el procedimiento relativo a las reservas y a las declaraciones interpretativas dividida en dos capítulos dedicados a la formulación, la modificación y la retirada de reservas y de declaraciones interpretativas y al diálogo en materia de reservas, es decir, a la formulación y a la retirada de aceptaciones de reservas y declaraciones interpretativas y de objeciones a ellas.

59. En su introducción, el Relator Especial recapitula brevemente los trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema y los resultados obtenidos y da una idea general de algunos hechos importantes acaecidos a este respecto desde el examen del tercer informe¹², empezando por un análisis de las respuestas al cuestionario dirigido a los Estados y a las organizaciones internacionales¹³. Observa que, aunque el porcentaje de respuesta es satisfactorio en relación con el que habitualmente se obtiene, no lo es en términos absolutos: en efecto, sólo 33 de los 188 Estados Miembros de las Naciones Unidas han respondido, y entre los que no lo han hecho figuran muchos Estados, uno de cuyos nacionales es miembro de la Comisión. En lo que respecta a las organizaciones internacionales, el porcentaje de respuestas es más satisfactorio, ya que alcanza el 40 %, pero es preciso indicar que brillan por su silencio las organizaciones internacionales de integración y sobre todo las Comunidades Europeas, cuya práctica y cuyas posiciones sería sin embargo sumamente importante conocer con exactitud. Es lamentable que las Comunidades Europeas, ricas y sobradamente dotadas de personal competente, sin problemas financieros, adopten esta actitud cuando exigen cada vez más frecuentemente ser parte en tratados multilaterales en pie de igualdad con los Estados.

60. El Relator Especial llama a la atención de la Comisión sobre la decisión de fecha 2 de noviembre de 1999 que el Comité de Derechos Humanos tomó en el caso *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago*¹⁴, de la que se reproducen amplios extractos en el párrafo 12 de su informe. Según tiene entendido, es la primera vez que el Comité aplica a un caso concreto la doctrina de su comentario general n.º 24, sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de sus Protocolos Facultativos o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto¹⁵. En este caso se trataba en esencia de saber si una reserva emitida por Trinidad y Tabago, por la que excluía la posibilidad de que los condenados a muerte sometiesen su asunto al Comité, era lícita. El Comité decidió, con razón o sin ella, que la reserva no era lícita y llegó a la conclusión de que «La consecuencia es que el Comité no tiene impedimentos para examinar la presente comunicación con arreglo al

Protocolo Facultativo»¹⁶. Esta posición corresponde al comentario general n.º 24, pero es evidentemente incompatible con el párrafo 10 de las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, que la Comisión aprobó en su 49.º período de sesiones, en 1997¹⁷, y en las que observaba que incumbía al Estado que formulaba la reserva, y a él solamente, sacar las consecuencias de la ilicitud de una reserva cuando ésta ha sido observada por un órgano de vigilancia de los derechos humanos cuya competencia se reconoce en el párrafo 5 de dichas conclusiones preliminares. En otras palabras, en el asunto mencionado, el Comité mantiene su posición confirmando su comentario general n.º 24 y, como señala el Relator Especial en los párrafos 10 a 15 de su informe, lo mismo sucede más generalmente en el caso de los demás órganos de vigilancia de los derechos humanos que han comunicado sus observaciones sobre las conclusiones preliminares. Se observa pues que el Comité y la Comisión están de acuerdo en lo que respecta a la posibilidad de que los órganos de vigilancia de los derechos humanos aprecien la validez de una reserva, pero disienten en lo que respecta a las consecuencias que tiene la observación de la ilicitud de una reserva. Se plantea pues la cuestión de qué efecto dará la Comisión a las conclusiones preliminares que aprobó en su 49.º período de sesiones. El Relator Especial cree entender que ciertos miembros de la Comisión juzgan oportuno examinar la cuestión en el período de sesiones en curso o, como quiera que sea, sin duda alguna en el siguiente. Como indica en el párrafo 18, personalmente no es demasiado favorable. En efecto, estima que sería prudente que la Comisión, como órgano compuesto de internacionalistas generalistas, dé lo que le parezca ser la buena solución en derecho internacional. Sin embargo, no ve qué interés tiene en este momento entrar de nuevo en pugna con los órganos de vigilancia de los derechos humanos. Las conclusiones son preliminares y la Comisión deberá reexaminarlas, pero con dos condiciones previas. En primer lugar, sería preciso que no sólo los órganos de vigilancia de los derechos humanos sino también los Estados formularan sus observaciones sobre las conclusiones preliminares. Ahora bien, como se indica en el párrafo 16, los primeros no lo han hecho seriamente; de los segundos, sólo cinco lo han hecho y las respuestas no son suficientemente representativas para poder extraer una tendencia significativa. En segundo lugar, la Comisión tendría que haber concluido el examen de la parte esencial del proyecto de Guía de la práctica, sobre todo en lo que respecta a la licitud de las reservas por un lado y a los efectos de las reservas por otro. Sólo entonces podrá verificar el fundamento de las conclusiones preliminares en relación con los derechos humanos y, en el mejor de los casos, sólo podrá hacerlo en su período de sesiones de 2001 y más probablemente en el 54.º período de sesiones, en 2002. De ahí que el Relator Especial estime que más vale dejar que la situación se decante. En definitiva, el objetivo no es ganar por la mano a los órganos de vigilancia de los derechos humanos, sino tratar de obtener la solución más razonable y que mejor satisfaga al interés general.

¹² Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/491 y Add.1 a 6.

¹³ Véase Anuario... 1995, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 489.

¹⁴ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/55/40), vol. II, anexo XI, comunicación n.º 845/1999, *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago*, pág. 260.

¹⁵ *Ibid.*, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40), vol. I, anexo V, pág. 122.

¹⁶ *Ibid.*, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/55/40), vol. II, anexo XI, pág. 268, párr. 6.7.

¹⁷ Anuario... 1997, vol. II (segunda parte), párr. 157.

61. El Relator Especial desea subrayar otro hecho importante en relación con el tema del que no tenía conocimiento cuando estableció su quinto informe. En su 50.º período de sesiones, en su decisión 1998/113 de 26 de agosto de 1998, titulada «Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos», la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías decidió pedir a uno de sus miembros, la Sra. Françoise Hampson, que elaborase un documento de trabajo sobre esta cuestión¹⁸. En cumplimiento de su misión, la Sra. Hampson presentó un documento de trabajo bastante sucinto¹⁹ en el que se contentaba con presentar «algunas de las cuestiones pertinentes» (párr. 3), pero que es interesante y que sería útil distribuir a los miembros de la Comisión. Al parecer, la Sra. Hampson disponía del segundo informe sobre las reservas a los tratados²⁰ pero no de las conclusiones preliminares de la Comisión. La Sra. Hampson parte del principio del «carácter único» de los tratados de derechos humanos y llega a la conclusión, después de haber formulado excelentes preguntas que deja sin respuesta, de que se impone un estudio más a fondo sobre la base esencialmente de las respuestas a cuestionarios detallados que convendría dirigir a los Estados. En el párrafo 34 de su documento de trabajo precisa que: «Dicho estudio tendría consecuencias financieras. La persona que lo lleve a cabo necesitará asistencia en la investigación, probablemente en forma de dos asistentes a tiempo completo, para que el estudio pueda tener un alcance amplio». El Relator Especial no puede por menos de observar a este respecto que los Relatores de la Subcomisión tienen más exigencias que los Relatores Especiales de la Comisión y remite a este respecto a la nota de pie de página en el párrafo 37 de su informe. En su resolución 1999/27, de 26 de agosto de 1999, la Subcomisión, que pasó entretanto a llamarse Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, tomó nota del documento de trabajo indicado, decidió nombrar a la Sra. Hampson Relatora Especial y pidió al Secretario General que le prestase toda la asistencia que necesitara para cumplir su tarea. Por su parte, en su decisión 2000/108, de 26 de abril de 2000, la Comisión de Derechos Humanos decidió pedir a la Subcomisión que solicitase a la Sra. Hampson que presentara a la Subcomisión, en su 52.º período de sesiones, los términos de referencia revisados para su propuesto estudio sobre las reservas a los tratados de derechos humanos, indicando con más precisión cómo este estudio complementaría la labor que ya se estaba realizando en la materia, en particular en la Comisión. El Relator Especial se propone pues dirigirse a la Sra. Hampson —que por su parte no ha estimado necesario hacerlo— y se pregunta si debería limitarse a interrogarla sobre sus intenciones o si debería ir más lejos y proponerle una colaboración más estrecha. Personalmente, está persuadido de que la Comisión tiene verdadero interés en mostrarse abierta a un diálogo mutuamente fructífero con los órganos de vigilancia de los derechos humanos. Por ejemplo, se podría invitar a la Relatora Especial de la Subcomisión a una de las sesiones, pública o privada, del período de

sesiones siguiente para proceder a un intercambio de opiniones, pero se podrían prever otros tipos de cooperación y el Relator Especial agradecería a los miembros de la Comisión que le comunicasen su opinión y le transmitiesen sus sugerencias. Dicho esto, el Relator Especial estima que esta es otra razón para no precipitarse y declarar definitivas las conclusiones preliminares. Sería enojoso que la Comisión diese la impresión de querer imponerse sin esperar a saber qué tienen que decir al respecto los especialistas en derechos humanos.

62. Volviendo, después de esta reactualización, a la parte de introducción del informe que se está estudiando, el Relator Especial precisa que en los párrafos 22 a 31 se recuerdan las condiciones en que la CDI examinó el tercer informe. En los párrafos 32 a 49 expone las circunstancias en que la Sexta Comisión examinó los capítulos correspondientes de los informes de la CDI. Para ello se ha esforzado por examinar atentamente y tener en cuenta las reacciones de los Estados, aunque no tiene el propósito de mostrarse servil: la CDI y la Sexta Comisión tienen funciones diferentes, pero deben escucharse mutuamente, y la CDI no ha de inclinarse sistemáticamente antes de haber intentado presentar el punto de vista jurídico. Además, ello le ha permitido hacer hincapié en lo que le pareció más problemático, o al contrario más fecundo, en las reacciones de los Estados.

63. Para terminar con esta parte del informe, el Relator Especial llama la atención sobre los párrafos 51 a 56, en los que resume las iniciativas tomadas por otros órganos, trátese del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano o del Grupo de Especialistas en reservas a los tratados internacionales (DI-E-RIT) del Consejo de Europa, que da pruebas de un dinamismo excepcional en la materia y que le ha invitado a participar en septiembre de 2000 en una reunión del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público, en la que se examinarán las reservas a los tratados. En los párrafos 57 a 65 se hace una breve presentación general del quinto informe, cuyas líneas generales había descrito el Relator Especial en el curso de su presentación verbal. Por último, se adjunta en anexo a la parte de introducción del quinto informe un cuadro de concordancia entre los proyectos de directrices propuestos por el Relator Especial y los aprobados en primera lectura por la Comisión.

64. El Relator Especial aborda luego la parte I del informe en cuanto al fondo y, en primer lugar, las alternativas a las reservas y a las declaraciones interpretativas y señala que no tiene conocimiento de que se haya efectuado nunca un estudio sistemático de las alternativas a las reservas, con excepción del bastante somero presentado por Virally durante un coloquio en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) en 1978 sobre las cláusulas liberatorias en materia de instrumentos internacionales de derechos humanos²¹. Esta es en efecto la idea en torno a la cual se articula esta parte del informe: las reservas constituyen uno de los medios que permiten limitar el efecto obligatorio de un tratado frente al Estado o a la organización internacional que las formula. No es sin

¹⁸ Véase E/CN.4/1999/4-E/CN.4/Sub.2/1998/45, págs. 92 y 93.

¹⁹ E/CN.4/Sub.2/1999/28.

²⁰ Anuario... 1996, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478.

²¹ M. Virally, «Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités», *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1982, pág. 5.

embargo el único y es muy interesante e instructivo comparar las reservas con otros medios que permiten alcanzar los mismos objetivos, aunque sólo sea para distinguirlas de ellos y determinar si esos otros medios pueden enseñar algo sobre el régimen jurídico de las reservas. Esta es la idea que inspira al Relator Especial cuando propone al examen de la Comisión nueve proyectos de directrices nuevos.

65. En un primer momento, en los párrafos 71 a 103, el Relator Especial traza una panorámica de las diferentes técnicas de cualificación o interpretación de las obligaciones convencionales y pasa luego a un examen más preciso de cada una de estas técnicas. Reconoce que este método carece hasta cierto punto de rigor, pero tiene la ventaja de poner de manifiesto una idea que parece anodina y es al mismo tiempo bastante fundamental: las reservas no son el alfa y el omega de la flexibilidad en las obligaciones convencionales. Existen otros procedimientos que tienen iguales efectos que las reservas, o efectos comparables, y que, en ciertos casos por lo menos, son sin duda preferibles y más fáciles de utilizar. Esta idea se refleja sin adornos en el proyecto de directriz 1.7.1, que se reproduce en el párrafo 94 del informe y cuyo texto es:

«1.7.1 Alternativas a las reservas

»Los Estados y las organizaciones internacionales pueden recurrir a procedimientos distintos de las reservas para cualificar los efectos de las disposiciones de un tratado en su aplicación a las partes contratantes.»

El Relator Especial no ignora en absoluto lo que tal disposición tendría de inhabitual y sin duda de criticable si figurase en un tratado pero, precisamente, la Guía de la práctica prevista no es un tratado ni pretende serlo. Tiene por objeto ofrecer a los Estados unas directrices generales en las que puedan fundar su conducta. Desde ese punto de vista, parece que una directriz de este tipo sería útil, porque tendría la ventaja de llamar la atención de los diplomáticos y de los dirigentes sobre el hecho de que existen otros procedimientos que podrían tener iguales virtudes que las reservas, sin presentar forzosamente sus inconvenientes, en un caso determinado. En su concepción actual, este proyecto de directriz es quizá un poco elíptico, quizá incluso esotérico, por lo que el Relator Especial propone con fines ilustrativos en el párrafo 95 el proyecto de directriz 1.7.2. Naturalmente, cabría pensar que una disposición de esta clase no tiene lugar en un tratado, aunque sólo sea porque, probablemente, la enumeración propuesta no es completa y no podría de todas maneras serlo. Ciertamente, siempre es posible relegar al comentario los ejemplos que ilustran una proposición general, pero este procedimiento, esta solución de facilidad, convence difícilmente al Relator Especial y en este caso todavía menos puesto que la Guía de la práctica perdería precisamente así una gran parte de su «legibilidad práctica». De ahí que en el proyecto de directriz 1.7.2 se enumeren, de manera no limitativa, diversos procedimientos que permiten cualificar los efectos de las disposiciones de un tratado, procedimientos que se reúnen en dos grupos, uno dedicado a las técnicas previstas en el propio tratado y otro a las técnicas ajenas al tratado. Según se indica en los párrafos 86 a 92 del informe, esta clasificación de las alternativas a las reservas parece la más lógica y la más eficaz. Se trata de recordar a efectos prácticos a los negociadores que comprueban que es imposible ponerse de acuerdo en una cláusula de reserva, que pueden existir otras soluciones que, por una razón u

otra, pueden ser más fáciles de utilizar y que producen al mismo tiempo resultados análogos, comparables a los obtenidos con las reservas. El conjunto de instituciones de esta clase que compiten con las reservas podría recibir el calificativo único de «facultades», pero a condición de tener presente que estos procedimientos son de todos modos sumamente diversos y funcionan de un modo a menudo muy distinto, lo que por otra parte les confiere su utilidad.

66. El Relator Especial suspende de momento la presentación de su informe y propone que el debate que siga se centre en las observaciones generales y en los proyectos de directrices 1.7.1 y 1.7.2, con la esperanza de que se los remita al Comité de Redacción. Una vez que se decida la suerte de estos proyectos, presentará conjuntamente primero los proyectos de directrices 1.7.3, 1.7.4 y 1.1.8, luego los proyectos de directrices 1.4.6 a 1.4.8 y por último el proyecto de directriz 1.7.5.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2631.ª SESIÓN

Viernes 2 de junio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Las reservas a los tratados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. B, A/CN.4/508 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.599)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. KATEKA dice que la introducción al quinto informe (A/CN.4/508 y Add.1 a 4) contiene un útil resumen de los trabajos anteriores de la Comisión sobre este tema. La información contenida en el párrafo 5 de que sólo 33 Estados Miembros y 24 organizaciones internacionales han contestado el cuestionario de la Comisión sobre las reservas a los tratados es un motivo de preocupación. Especialmente inquietante es el hecho de que

¹ Véase el texto del proyecto de directrices aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en sus períodos de sesiones 50.º y 51.º en Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 470.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

hasta ahora no se haya recibido respuesta de ningún país africano. En su opinión, la falta de respuesta se debe más a una falta de capacidad que a una falta de interés. Es necesario tomar medidas, con carácter de urgencia, para fortalecer la capacidad de los departamentos jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores de los países en desarrollo. Cuando se trata de otros temas, la tendencia es también a que se reciban respuestas de una única región geográfica, lo cual dista mucho de ser una situación satisfactoria.

2. En lo que respecta a la opinión expresada por el Relator Especial en el párrafo 17 de que no sería útil examinar nuevamente en esta etapa las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en su 49.º período de sesiones³, parecería que algunos órganos creados en virtud de tratados consideran necesario pedir a la Comisión que ajuste sus conclusiones preliminares al enfoque adoptado en el comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos. Haciendo suya la opinión consignada en el párrafo 16 de que los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados deben actuar estrictamente dentro del marco de su mandato, el Sr. Kateka señala que esos órganos están tratando de utilizar el informe del Relator Especial con el objeto de persuadir a los Estados partes a que retiren o modifiquen sus reservas, como muestra el párrafo 15. Esto es cuando menos un procedimiento desusado.

3. En lo que respecta a la opinión del Relator Especial sobre el sistema de numeración de las disposiciones de la Guía de la práctica, en el párrafo 28 —sistema que algunos miembros, entre los cuales se cuenta, han criticado—, no comprende la conclusión a que llega el Relator Especial de que ahora que ha pasado el período de adaptación ese sistema no plantearía ya mayores problemas. El mero transcurso del tiempo no hace aceptable una situación que no lo es y el silencio de los miembros de la Sexta Comisión no supone su aprobación. Hace un llamamiento al Relator Especial para que simplifique el método de numeración y añade que le resulta especialmente difícil comprender el propósito del «cuadro de concordancia» que figura en el anexo a la introducción del quinto informe.

4. En el párrafo 30, el Relator Especial recuerda que el único propósito del capítulo I de la Guía de la práctica es definir qué se entiende por la expresión «reservas», distinguiéndolas de otras declaraciones unilaterales. En el párrafo siguiente, el Relator Especial, si bien reconoce haber tenido «dudas iniciales», considera que sería conveniente que en los capítulos siguientes de la Guía de la práctica se determinara el régimen jurídico de las reservas propiamente tales así como el de las declaraciones interpretativas. Pero, para no seguir ampliando el ámbito del tema eternamente, ¿no sería mejor completar la cuestión de las definiciones antes de seguir elaborando futuros capítulos? A este respecto hace suya la posición del Reino Unido, mencionada en una nota en el párrafo 37, y señala también a la atención de los miembros la nota siguiente, que está de más y en la cual el propio Relator Especial declara que el tema es extenso y complejo.

5. En lo que respecta a los párrafos 57 a 65 de la presentación general del quinto informe y al capítulo sobre las alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas, según entiende, el objeto de las reservas y otras declaraciones unilaterales semejantes es favorecer la universalidad de los tratados dando cierta flexibilidad a los Estados y organizaciones internacionales a los que ciertas disposiciones de un tratado plantean una determinada preocupación. A estos efectos, las reservas y las declaraciones interpretativas parecerían bastar para preservar el objeto fundamental de un tratado al tiempo que permiten al mayor número posible de Estados pasar a ser partes en dicho tratado. Personalmente, considera innecesario que se examinen los procedimientos alternativos mencionados por el Relator Especial, que lejos de hacer más claro el tema lo vuelven más confuso.

6. En el párrafo 93 del informe el Relator Especial confiesa haber dudado mucho antes de proponer la inclusión en la Guía de la práctica de directrices sobre las alternativas a las reservas. La decisión que tomó en último término de incluir esas directrices es de lamentar. Pese a los argumentos señalados en el párrafo 95, habría sido más apropiado que la referencia a las alternativas a las reservas se hubiese hecho en el comentario. Por otra parte, aun cuando en ese mismo párrafo se señala que la Guía de la práctica no está llamada a convertirse en un tratado internacional, en el párrafo 36 se observa que la Comisión no ha descartado por completo la posibilidad de un proyecto de convención. Lo mejor sería que la Comisión abordase la cuestión de la forma final de la Guía de la práctica una vez completada la elaboración de todas las directrices.

7. La directriz 1.7.1 parece ampliar innecesariamente el alcance del tema, en tanto que la directriz 1.7.2 parece no estar en el lugar apropiado por cuanto sus disposiciones están ya contenidas en las directrices 1.4.1 y 1.4.2. La suspensión, las enmiendas y los acuerdos complementarios están ya debidamente tratados en el régimen de Viena. Por último, el orador subraya la necesidad de elaborar una guía de carácter práctico y uso fácil y reitera su opinión de que el debate sobre las posibles alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas debería reflejarse en el comentario.

8. El Sr. ROSENSTOCK felicita al Relator Especial por su interesante y notable quinto informe. Aun cuando comparte ciertas opiniones del Sr. Kateka sobre el sistema de numeración, la lectura del resumen, el examen y las propuestas le parece fascinante. Sin embargo, debe reconocer que el proyecto en su conjunto no sólo no parece poder completarse en un quinquenio sino que, efectivamente, parece no tener fin. Dadas estas circunstancias, comparte también la opinión del Sr. Kateka. La Comisión no se hará de amigos si promete una cosa y hace otra.

9. En lo que respecta a la propuesta de incluir directrices sobre las alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas, le parece que además de plantearse la cuestión de si esa medida está comprendida en el mandato de la Comisión y la cuestión del tiempo, existe el peligro de que los procedimientos alternativos enunciados constituyan en cierto modo una indicación sobre cómo hacer menos eficaz un tratado. Sin embargo, los procedimientos señalados en el informe, al igual que las propias

³ Véase 2630.ª sesión, nota 17.

reservas, permiten lograr una mayor esfera de acuerdo entre partes con intereses diversos. Por esta razón, así como por las razones señaladas en el párrafo 93 del informe, está de acuerdo con la decisión del Relator Especial de elaborar esa guía como parte de la labor de la Comisión.

10. Es dudoso que algunos de los elementos incluidos en la directriz 1.7.3 sean estrictamente necesarios. A falta de un párrafo o de una directriz que diga explícitamente que no se trata de reservas, ¿se ha de considerar que las cláusulas finales son reservas? La directriz 1.7.4 plantea un problema análogo y es satisfactorio observar que el Relator Especial estaría dispuesto a omitirlo. También cabe felicitarse de las concesiones señaladas en los párrafos 168 y 178 del informe.

11. El único punto del informe que no le parece claro es el análisis de las cláusulas de exclusión y las reservas que figura en los párrafos 160 y siguientes. ¿Por qué no se hace ninguna referencia al hecho de que la capacidad de un Estado que no ha formulado reservas para decidir que no será parte en un tratado con respecto a un Estado que ha formulado reservas no existe en caso de una cláusula de exclusión? Dejando esta cuestión de lado, está totalmente de acuerdo con que el texto consolidado debe remitirse sin demora al Comité de Redacción.

12. En lo que respecta a la cuestión de las conclusiones provisionales de la Comisión sobre el comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, tiende a estar de acuerdo con el deseo del Relator Especial de evitar un enfrentamiento. Desafortunadamente, esa posición tan responsable, basada en el interés de todos y no en el de un grupo especial de intereses, tal vez no sea compartido por quienes parecerían dispuestos a ver desintegrarse el derecho de los tratados si con eso satisfacen sus fines. Al negarse a reconocer el peso o las consecuencias de la expresión de voluntad de los Estados, hay quienes parecen estar muy dispuestos a poner en peligro el acuerdo en el que se basa necesariamente todo el régimen de los tratados. En algún momento en el futuro, las restricciones en ese contexto equivaldrán a una abdicación de la responsabilidad. En este aspecto también comparte la opinión del Sr. Kateka. Se pregunta si, como una medida de protección provisional y a fin de fomentar el hábito de la cooperación, tal vez convenga examinar la posibilidad de emprender una campaña conjunta con los redactores del comentario general n.º 24 para alentar a los Estados a asumir sus responsabilidades y rechazar las reservas inaceptables. El objeto sería eliminar o reducir el vacío que repugna a los redactores del comentario general n.º 24, los que han tratado de usurpar la responsabilidad de la lucha contra ese vacío. Aunque este procedimiento no resolvería el problema, tal vez lo circunscribiría y facilitaría la cooperación en general.

13. El Sr. LUKASHUK dice que después de completar con sincero pesar la lectura del magistral quinto informe del Relator Especial no puede menos que preguntarse si existe una relación directa entre el tema de las reservas a los tratados y la cuestión más general de la redacción de los tratados. La conclusión a la que llega es la de que, de existir esa relación, ella dista mucho de ser directa. Las definiciones que se proponen en los proyectos de directriz al informe podrían dividirse en dos grupos, el prime-

ro compuesto por las directrices 1.1.8, 1.4.6, 1.4.7. y 1.4.8 y el segundo por las directrices 1.7.2 a 1.7.5. Las del primer grupo pueden ser útiles para el debate en el contexto de la redacción de los tratados, pero no están directamente relacionadas con el tema de las reservas a los tratados. Las definiciones del segundo grupo tratan de alternativas a las reservas y declaraciones interpretativas. Habida cuenta de que el propio Relator Especial admite que el número de esas variantes es prácticamente ilimitado y teniendo presentes los argumentos del Sr. Kateka y el Sr. Rosenstock, se inclina a pensar que la incorporación de esas definiciones no permitirá alcanzar ningún resultado satisfactorio y hace un llamamiento al Relator Especial para que se atenga a su promesa de que la parte siguiente de su trabajo se limitará estrictamente a las reservas.

14. El Sr. KAMTO encomia el resumen de la labor anterior sobre el tema que figura en la introducción del informe y que es útil sobre todo para los miembros relativamente nuevos de la Comisión. En relación con la sección referente a los resultados del segundo informe⁴, pregunta si, en caso de que la Comisión esté ya examinando un tema que se planteara también posteriormente en el curso de la labor de un órgano de derechos humanos creado en virtud de un tratado, no sería conveniente que este último órgano aplazara su labor al respecto hasta que la Comisión concluya su proyecto. Está de acuerdo con lo expresado por otros miembros en cuanto a que la relación entre la cuestión de las alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas y el tema que se examina es, en el mejor de los casos, indirecta. Sin perjuicio de tener en cuenta las consideraciones hechas en los párrafos 66 a 68 del informe, duda de que sea conveniente para la Comisión adoptar el enfoque propuesto por el Relator Especial. En primer término, ¿es realmente la función o el deber de la Comisión sugerir a los Estados una cantidad de técnicas destinadas a debilitar los tratados? En su introducción el Relator Especial hace la observación de que los diplomáticos y estadistas consideran que las obligaciones no apremiantes son el ideal. Sea como sea, duda de que el papel de la Comisión consista en ayudarlos a alcanzar ese ideal. La búsqueda de los medios de eximirse de las obligaciones impuestas por un tratado es una tarea que puede ciertamente quedar entregada a los departamentos jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores. La existencia de las reservas ha dado ya al régimen de los tratados un carácter heterogéneo. El establecimiento de otras alternativas o cláusulas de salvedad solo contribuiría a debilitarlo todavía más.

15. La sugerencia que se hace en el párrafo 73 del informe de que los tratados son «cepos para la voluntad» es extraña, pero no refleja debidamente el derecho de los tratados. Esa sugerencia parece entrañar que los Estados son tomados por sorpresa pero, sin embargo, los Estados pueden libremente expresar sus deseos durante todo el proceso de negociación de un tratado y al formular las reservas. No son ni las reservas ni las alternativas a las reservas las que pueden mantener a los Estados fuera de los «cepos» sino, más bien, el derecho de todos los Estados Partes en un tratado a suspender la aplicación de sus disposiciones o a retirarse de un tratado. En el asunto

⁴ *Ibíd.*, nota 20.

to Wimbledon, la CPJI señaló que el derecho a asumir un compromiso internacional era un atributo de la soberanía de los Estados. Por consiguiente, cuando un Estado formula una reserva y otro Estado la acepta, ambos Estados están expresando su voluntad y no metiéndose en un cepo.

16. Por último, propone que se mantenga el proyecto de directriz 1.7.1 y que no se diga nada respecto de alternativas a las reservas o bien que se suprima totalmente el contenido tanto de la directriz 1.7.1 como de la directriz 1.7.2, en caso de que se considere que esas alternativas no quedan comprendidas en el ámbito del proyecto.

17. El Sr. SIMMA dice que la lectura del quinto informe es muy interesante y contiene los elementos de reto intelectual y dudas que la Comisión espera del Relator Especial. A diferencia de otros miembros, considera que el Relator Especial tiene razón al examinar alternativas a las reservas. De hecho, esas alternativas existen en la práctica de los Estados y la cuestión de si es juicioso que la Comisión sugiera a los Estados los medios para que puedan debilitar las obligaciones de los tratados no tiene importancia. Algunas de las alternativas son en realidad mucho menos destructoras que las reservas.

18. Por su parte, el documento de trabajo sobre las reservas a los tratados de derechos humanos presentado por la Sra. Françoise Hampson a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (que pasaría a denominarse Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos)⁵ refleja lo que, en otro contexto, el Sr. Brownlie ha denominado una «mentalidad de sindicalista», esto es, determinados grupos de interés que tratan de preservar su propia parcela de la injerencia de otros grupos. Si la Subcomisión hubiese tenido interés en la cuestión de las reservas, sencillamente habría podido alentar a la Comisión a que prosiguiera su labor en la materia. Aun cuando la Sra. Hampson ha expresado su voluntad de colaborar con el Relator Especial, es manifiesto que la Subcomisión está tratando de forjar su propia vía para brindar una alternativa a la labor de la Comisión que se oriente a los derechos humanos. Desde luego, esto atenta contra la economía de costos y la racionalidad, pero así funcionan las cosas en las Naciones Unidas.

19. El criterio seguido por el Relator Especial en su quinto informe es otro ejemplo del interés cada vez mayor de la comunidad internacional en la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos. Se observa cada vez más una acción concertada de parte de los Estados, en cierta medida quizás en respuesta al principio adoptado por la Comisión de que la responsabilidad de determinar si un Estado que formula una reserva ha ido demasiado lejos no debe quedar entregada exclusivamente a los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados sino que debe ser compartida por el propio Estado que hace la reserva y por los demás Estados partes. En el párrafo 55 de su informe el Relator Especial hace mención de las iniciativas que está coordinando el Consejo de Europa y también existen otros procedimientos en curso en la Unión Europea. El objeto de

todos esos métodos es garantizar una mayor homogeneidad y permitir a los Estados superar sus vacilaciones en criticar a otros Estados. Una descripción más completa de los métodos en uso en las instituciones europeas puede verse en la contribución hecha por Cede a los ensayos en honor a Konrad Ginther⁶.

20. Además, la denominada doctrina de la divisibilidad, conforme a la cual si una reserva es inadmisibles se considera que el Estado que la ha formulado sigue estando de todos modos obligado por todo el tratado y no puede invocar la reserva, está siendo aplicada ahora no sólo por los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas y la Unión Europea, sino también por los Estados. Sería interesante saber si ha habido alguna reacción o protesta de los Estados por la aplicación de la doctrina de la divisibilidad. En algunos casos, reservas que se consideraban inadmisibles fueron retiradas o modificadas en gran medida, según entiende, como respuesta a las reacciones de los Estados. Tiene presentes una reserva hecha por la República Árabe Siria así como otra hecha por Maldivas al adherirse a la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁷. ¿Puede decirse que se está observando un cambio en el derecho? La doctrina de la divisibilidad, ¿está siendo aplicada ahora tanto por los Estados como por los órganos creados en virtud de tratados? De ser así, la Comisión tal vez deba reaccionar a ese cambio. Le agradecería escuchar la opinión del Relator Especial a este respecto. Con toda probabilidad el Relator Especial opinará, al igual que muchos otros en la Comisión, que la doctrina de la divisibilidad es contraria al principio fundamental de la concertación de los tratados, esto es, el consenso. Sin embargo tal vez la divisibilidad pueda conciliarse con el consenso, si los Estados que formulan reservas toman conciencia del peligro de que otros Estados objeten sus reservas y reaccionen de manera análoga a la aplicación de la doctrina de la divisibilidad.

21. En una nota del párrafo 30, el Relator Especial califica de «injurioso» para él un artículo escrito por el abogado austriaco especialista en derecho internacional Karl Zemanek⁸. La opinión de Zemanek de que las reservas de carácter general no deben considerarse en absoluto como reservas ciertamente se aparta de la opinión del Relator Especial. Si embargo, no debe considerarse como «injuriosa» sino como una manifestación de desacuerdo intelectual. Por su parte, está de acuerdo con el Relator Especial en cuanto a que la teoría de Zemanek significaría dejar fuera de todo régimen a una de las reservas de tipo más peligroso, a la luz del régimen relativamente sofisticado que se aplica a las reservas.

22. El informe sugiere que las alternativas a las reservas deben examinarse separadamente de las reservas,

⁶ F. Cede, «European responses to questionable reservations», *Development and Developing International and European Law: Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th birthday*, edición de W. Benedek, H. Isak y R. Kicker, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, pág. 21.

⁷ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* [publicación de las Naciones Unidas (n.º de venta: F.00.V.2), doc. ST/LEG/SER.E/18 (Vol. I)], pág. 198.

⁸ K. Zemanek, «Alain Pellet's definition of a reservation», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3, n.º 2 (1998), págs. 295 a 299.

⁵ *Ibíd.*, nota 19.

pero es difícil disociarlas. Algunos Estados han hecho declaraciones en relación con el artículo 28 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que, de conformidad con el proyecto de directriz 1.1.8, constituyen cláusulas de exclusión. Esa Convención se rige por el régimen general de la Convención de Viena de 1969, cuyo artículo 19 declara que si un tratado dispone que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, toda otra reserva es inadmisibles. Por consiguiente, una declaración hecha con arreglo al artículo 28 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, esto es, una declaración de que no se aceptan los procedimientos establecidos en la Convención, es la única reserva que puede hacerse con respecto a esa Convención. Sin embargo, de hecho varias de las reservas hechas no guardan relación alguna con esos procedimientos. Tal vez convenga reconsiderar si las cláusulas de los tratados que permiten a los Estados no aceptar ciertos procedimientos deben de hecho considerarse como reservas.

23. El Sr. HAFNER dice que, según entiende, la solución del Sr. Simma al problema de las reservas inadmisibles en el caso de que un Estado haga una reserva que otros Estados consideren inadmisibles, presenta dos opciones: el Estado que la ha formulado modifica su reserva o bien denuncia el tratado. Pero ¿qué pasa si el tratado es de carácter «eterno» y no hay modo de que el Estado pueda retirarse del tratado porque sus disposiciones nada dicen sobre terminación o denuncia?

24. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que las observaciones del Sr. Simma arrojan mucha luz sobre las alternativas a las reservas enunciadas por el Relator Especial y le hacen preguntarse cuál será su suerte. ¿Se han de incorporar en un régimen nuevo y complementario destinado a todas esas técnicas, o sólo se plantean a los fines de la información? Las reservas están ya en cierta medida cubiertas y reguladas por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, pero ¿qué pasa con las alternativas?

25. Cuando las alternativas son cláusulas restrictivas o de salvaguardia, ¿cómo podrían considerarse reservas dado que, por definición, han dado lugar a negociación, a la convergencia o divergencia de voluntad de los Estados? En el caso de que den lugar a reacciones adversas, ¿cuáles son las reservas?, ¿las reacciones causadas por las cláusulas o las propias cláusulas?

26. El Sr. SIMMA, en respuesta a una pregunta del Sr. Hafner, dice que no está hablando de retiro en un sentido técnico sino sólo haciendo notar el hecho de que se puede considerar que el Estado que formula la reserva se está adhiriendo condicionalmente al tratado y, si las reacciones a una reserva formulada a más tardar a la fecha de la adhesión o ratificación entrañan la aplicación de la doctrina de la divisibilidad, el Estado no habrá en efecto pasado a ser parte en ese tratado.

27. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que está preparando un nuevo capítulo de su informe sobre la manera de formular no las reservas sino las reacciones a las reservas y declaraciones interpretativas. El título provisional es «Diálogo sobre las reservas». No está seguro de

que el criterio adoptado por algunas instituciones europeas y los países escandinavos pueda considerarse como creador de nuevas normas jurídicas, aun cuando ese criterio impugna hasta cierto punto el principio de la no divisibilidad de los tratados, problema que tendrá en cuenta. Tal vez sea necesario decidir si se añaden proyectos de directrices sobre lo que sigue siendo, por el momento, una práctica limitada casi exclusivamente a los países europeos.

28. El Sr. BROWNLIE felicita al Relator Especial por el gran calidad de la investigación en que fundamenta su informe, que constituye una importante adición a los escritos en la materia, algo que no siempre puede decirse de todos los informes. En general está de acuerdo con la forma en que se ha presentado el tema y las soluciones propuestas. Sin embargo, comparte las advertencias hechas por el Sr. Kateka y el Sr. Rosenstock de que se deben tener presentes el ámbito actual del tema y las relaciones de la Comisión con la Asamblea General.

29. En lo que respecta a los proyectos de directrices 1.7.1 y 1.7.2, le parece bien que el Relator Especial señale qué prácticas no constituyen reservas, pero la cuestión de las estrategias alternativas le plantea dificultades porque se apartan del mandato de la Comisión y deberían tratarse en una introducción.

30. En lo que respecta a la difícil relación entre la Comisión y el Comité de Derechos Humanos y otros órganos de vigilancia de los derechos humanos, considera que se requiere una gran cautela. El Sr. Simma ha hecho una analogía con las controversias entre distintos sindicatos y, desde luego, se plantea también la cuestión general de la jurisdicción de la Comisión y los órganos de derechos humanos. Los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos no han sido creados para ser fuentes de derecho, aun cuando ocasionalmente puedan serlo en el cumplimiento de sus deberes.

31. Un reflejo de ese mismo problema es la medida en que el Relator Especial tiene en cuenta, por así decirlo de jure, las opiniones de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos. El Relator Especial no puede ignorar esas opiniones y tampoco es su política ignorarlas. El verdadero problema es la clasificación: ¿cuál es la naturaleza del problema cuando un órgano de vigilancia adopta una decisión con respecto a una cuestión determinada? ¿Están los órganos de vigilancia excediendo su mandato? Es importante que esta cuestión no se trate como si fuera una cuestión interna de carácter constitucional de las Naciones Unidas. La Comisión debe considerar los aspectos técnicos del tema.

32. Al examinar la práctica de los órganos de vigilancia la Comisión debe tener presente el medio político y diplomático en que esos órganos actúan. Conviene examinar de vez en cuando las cuestiones de política inherentes al funcionamiento de órganos que aplican principios jurídicos. Por ejemplo, después de la decisión del Comité de Derechos Humanos en el asunto Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago⁹, ¿adoptarán los Estados en el futuro una posición más conservadora con respecto

⁹ Véase 2630.^a sesión, nota 14.

a la aceptación de la competencia de los órganos de vigilancia? La actitud del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el contexto de la aplicación del Convenio europeo de derechos humanos es también otro problema. La forma en que esto funciona en el ámbito político y diplomático general es una cuestión delicada. Si la Comisión ha de adoptar una posición con respecto a la actitud del Comité de Derechos Humanos, no debe limitarse a una opinión técnica puesto que hay otros aspectos políticos y diplomáticos pertinentes que se deben tener en cuenta.

33. El Sr. LUKASHUK dice que el Sr. Simma se ha apartado del tema que se examina. La Comisión ha decidido aplazar el examen de las reservas a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

34. El Sr. SIMMA recuerda al Sr. Lukashuk que es perfectamente legítimo celebrar un debate sobre el fondo de la introducción del quinto informe que trata de esa misma cuestión, como han señalado ya varios miembros.

35. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que no sólo desea escuchar la reacción de los miembros de la Comisión sino que también desea orientación sobre la forma de responder al documento de trabajo de la Sra. Hampson¹⁰, con la cual puede ponerse en contacto si la Comisión le da un mandato al respecto. Se pregunta por qué la Sra. Hampson no ha tratado de acercarse a la Comisión.

36. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, observa que en el párrafo 12 del quinto informe, el Relator Especial examina la decisión del Comité de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 1999 en el asunto *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago* por la que se declara que una comunicación de un nacional de Trinidad y Tabago condenado a muerte es admisible en virtud del comentario general n.º 24 pese a la reserva excluyente de la competencia para recibir esas comunicaciones hecha por el Gobierno de Trinidad y Tabago al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, conviene con el Relator Especial en que la Comisión no debe examinar todavía sus conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales de carácter normativo, incluidos los tratados de derechos humanos. Sin embargo, sería útil que el Relator Especial entablara un diálogo a fondo con los órganos de derechos humanos y en particular con la Sra. Hampson.

37. El 26 de mayo de 1998 Trinidad y Tabago denunció el Protocolo Facultativo y en esa misma fecha se adhirió de nuevo a ese instrumento con la reserva señalada en el párrafo 12¹¹. Guyana hizo lo propio con fecha 5 de enero de 1999¹². Esas medidas constituyen reservas formuladas por un Estado después de aceptar el efecto obligatorio del tratado en su conjunto y, así, violan el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, desde un punto de vista técnico, ninguno de esos dos gobiernos ha violado ninguna norma de derecho internacional. La

Comisión debe tal vez examinar esa práctica no aconsejable.

38. Por otra parte, tiene serias dudas en cuanto a la decisión del Comité de Derechos Humanos. Esa decisión hace caso omiso de un principio básico del derecho internacional: la exigencia del consentimiento de un Estado soberano para obligarse en virtud de un tratado. La decisión del Comité ha producido un efecto contrario al deseado. Trinidad y Tabago denunció una vez más el Protocolo Facultativo, con efecto a partir del 27 de junio de 2000. El Comité no puede a contar de esa fecha recibir ninguna comunicación de nacionales de Trinidad y Tabago.

39. En lo que respecta a los proyectos de directrices 1.7.1 y 1.7.2, está de acuerdo en que los Estados pueden recurrir a procedimientos distintos de las reservas para modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de un tratado. Por ello, no se opone a que esos procedimientos se enuncien en el proyecto de directriz 1.7.2, pero no está seguro de que se los deba concepcionar como alternativas a las reservas. Un régimen de reservas debe reflejar un equilibrio entre la necesidad de mantener la unidad de los tratados y la de lograr la adhesión universal a los tratados.

40. En la directriz 1.7.2, los tres primeros procedimientos dimanarían de las disposiciones de los tratados. Por ejemplo, el artículo 309 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone que no se podrán formular reservas ni excepciones a la Convención salvo las expresamente autorizadas por otros artículos de la Convención. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 92, los buques deben navegar bajo el pabellón de un solo Estado y —salvo en casos excepcionales, previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en la Convención— están sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado. Esta norma confirma el principio básico de que sólo los Estados del pabellón tienen jurisdicción sobre los buques en alta mar. Pero el párrafo 1 permite también una excepción. Por ejemplo, la lucha contra el tráfico de estupefacientes; China, Filipinas y el Japón podrían convenir en ejercer una jurisdicción conjunta en alta mar sobre los barcos de cada uno de esos países. Ese tipo de disposiciones es parte integrante de un tratado. El Comité de Redacción podría tal vez aclarar si se trata de una cláusula restrictiva o de una alternativa a una reserva.

41. El Sr. ELARABY dice que, según todos entienden, el régimen de Viena no incluye las declaraciones interpretativas. De abordar ese tema, la Comisión deberá tener cuidado de no alterar en modo alguno el equilibrio porque ello podría suponer un obstáculo a la universalidad de los tratados. Es importante también que las disposiciones no sean demasiado complejas y detalladas y, a este respecto, hace referencia de paso al sistema de numeración.

42. En lo que respecta a las directrices 1.7.1 y 1.7.2, en su calidad de jurista en ejercicio considera que esas disposiciones son muy útiles. No comparte la observación del Sr. Kamto de que esas cuestiones deben dejarse en manos de los asesores jurídicos. Como ha observado el Sr. Brownlie, esas directrices podrían ubicarse también en la introducción. Por otra parte, está de acuerdo con el

¹⁰ *Ibíd.*, nota 19.

¹¹ *Traités multilatéraux...* (véase la nota 7 supra), pág. 183 y nota 5.

¹² *Ibíd.*, pág. 183 y nota 3.

ofrecimiento del Relator Especial de ponerse en contacto con la Sra. Hampson. En interés de la Comisión, no es aconsejable que ésta se encamine en una dirección y los órganos de vigilancia de los derechos humanos en otra.

43. Por último, señala que leyó el artículo de Zemanek y está de acuerdo con gran parte de lo que en él se expresa, sobre todo con respecto a las reservas de carácter general.

44. El Sr. KAMTO dice que no obstante las opiniones que ha escuchado, su parecer sobre el espíritu del quinto informe no ha cambiado. Un argumento, expuesto por el Sr. Simma, es el de que todas las cuestiones que el Relator Especial trata de incluir en las alternativas a las reservas existen ya en la práctica. Un segundo argumento, del Sr. Elaraby, es el de que las disposiciones propuestas son útiles. Sin embargo, de lo que se trata realmente es de si el tema, tal como se plantea en esa parte del informe, queda comprendido en el mandato del Relator Especial o, en todo caso, si es parte del tema de las reservas. Por su parte, piensa que no. Todos los procedimientos enunciados en el proyecto de directriz 1.7.2 constituyen cláusulas de tratados. Salvo el tercero, todos dan la impresión de ser cuestiones negociadas que en realidad se consignan en el texto final del tratado que ha de aprobarse, lo que sugiere que el régimen por el que se regirán esas cláusulas es, de hecho, el régimen del tratado, porque son cláusulas negociadas y aceptadas en el tratado. Esas cláusulas hacen menos estrictas una obligación jurídica, pero no tienen por objeto fijar límites en cuanto al alcance de los efectos que una obligación de esa índole puede producir una vez aprobado el tratado. No divisa cómo podría la Comisión mezclar las cláusulas restrictivas, que son cláusulas contractuales, y las reservas a los tratados que, por su naturaleza, son inicialmente declaraciones o actos unilaterales y con respecto a los cuales otras partes en el tratado reaccionarán de uno u otro modo. El examen de las alternativas a las reservas puede causar problemas en lugar de solucionarlos, de lo cual el propio Relator Especial es conciente, porque habla de alternativas, esto es, algo distinto de las reservas. La primera parte contiene ya una directriz sobre declaraciones distintas de las reservas que trata en parte de las cuestiones que no quedan comprendidas en el ámbito de las reservas. Se podría añadir el proyecto de directriz 1.7.1 a esa disposición y suprimir entonces el proyecto de directriz 1.7.2.

45. No tiene inconveniente en que la Comisión desee actuar como órgano asesor que elabora normas para ayudar a los ministros de relaciones exteriores a negociar tratados, pero eso nada tiene que ver con las normas relativas a las reservas.

46. El Sr. SIMMA se pregunta cuánta libertad tiene un relator especial para elaborar un tema. Su impresión es que el Relator Especial puede libremente explorar ciertas alternativas.

47. El Sr. ROSENSTOCK dice que la Sexta Comisión no se opondría a que se ampliara el mandato del Relator Especial, pero probablemente señalaría en algún momento las posibles consecuencias de la demora en la labor y la confusión del tema. De ahí que la prudencia se imponga.

48. El Sr. PELLET (Relator Especial), refiriéndose en primer término a una observación del Sr. Elaraby, dice que le complace escuchar a un abogado en ejercicio decir que su labor es útil, pese a que suela ser de carácter teórico. Su idea al proponer los proyectos de directrices sobre las alternativas a las reservas es mostrar a los asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores que la aplicación de un tratado puede hacerse más flexible no sólo mediante las reservas sino también por otros medios. No divisa en qué ello se aparta del tema; al contrario, es de la esencia misma del tema. El objeto de una reserva es modificar el efecto de un tratado. Por diversas razones puede que no se llegue a acuerdo sobre ciertas reservas de carácter especial. En esos casos, es útil que los asesores jurídicos dispongan de un conjunto de directrices sobre las reservas que, no obstante, les informen que se pueden alcanzar los mismos resultados por otros medios. A fin de aclarar un grave malentendido que parece haber tomado cuerpo en algunos miembros, el Relator Especial subraya que no es en modo alguno su propósito definir el régimen jurídico aplicable a esas alternativas. De conformidad con el mandato más amplio que ha propuesto y que la Comisión ha aprobado, seguirá limitándose en el resto del proyecto al tema de las declaraciones interpretativas simples o condicionales. Sin embargo, está examinando las alternativas en esta etapa porque a veces es difícil diferenciarlas de las reservas.

49. En respuesta a la imputación de que en la directriz 1.7.2 ha incluido procedimientos que manifiestamente no son ni reservas ni declaraciones unilaterales sino cláusulas de tratados, desea señalar que comentaristas tan eminentes del derecho internacional como Sir Gerald Fitzmaurice y Georges Scelle han calificado esos procedimientos de reservas. Por ello, conviene insistir en que no son reservas y, por su parte, considera que sería un error tanto desde el punto de vista práctico como teórico omitir la cuestión de las alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas. Subraya que con el proyecto de directriz 1.7.5, que trata de esas alternativas, ha completado el capítulo I de la Guía de la práctica relativo a las definiciones. Es de esperar que la Comisión pase ahora a examinar el capítulo siguiente, sobre la formulación de las reservas, antes de que finalice el período de sesiones.

50. No puede estar de acuerdo con el argumento del Sr. Kamto de que los procedimientos alternativos tienden a debilitar los tratados. Por su parte defiende las reservas propiamente tales. En su opinión, las reservas no deben considerarse sólo como un mal necesario sino más bien como una técnica encaminada a hacer un tratado lo más aceptable posible, en el entendimiento de que, de conformidad con el sistema panamericano de 1951, las disposiciones fundamentales de ese tratado permanecen intactas. Considera que la función de la Comisión no consiste en fortalecer un derecho de aplicación obligatoria sino en estandarizar conceptos y establecer normas generales razonablemente aceptables. Como ha observado el Sr. Simma, algunos procedimientos alternativos son menos una amenaza para los tratados que las reservas. De cualquier modo, al igual que las reservas, los procedimientos alternativos son una realidad de la vida jurídica y los Estados deben estar en condiciones de ponderar sus ventajas e inconvenientes.

51. Cuando llama a los tratados «cepos voluntarios» está queriendo decir que una vez que un Estado se adhiere a un tratado, se mete en el cepo. El Sr. Kamto ha hecho referencia al derecho de suspensión o de retiro en virtud de la Convención de Viena de 1969, pero ese derecho está fuertemente limitado. La única posibilidad real de retiro reconocida por la Convención es la de un cambio fundamental en las circunstancias (*rebus sic stantibus*). Las reservas permiten al Estado señalar que, si bien en términos generales acepta el cepo, desea mantener una vía de escape en razón de ciertos problemas que le plantea el tratado. Aunque ya ha explicado el alcance de sus propuestas, las observaciones del Sr. Pambou-Tchivounda parecen, no obstante, ser una petición para que se incluyan en el proyecto los procedimientos alternativos.

52. La idea del Sr. Brownlie de que se emprenda un estudio sociopolítico de lo que pasa por la mente de diplomáticos y políticos cuando formulan reservas a un tratado es sin duda muy interesante, pero exigiría todo un ejército de asistentes de investigación.

53. El Presidente considera que las medidas adoptadas por Trinidad y Tabago violan el espíritu pero no la letra del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969. Por su parte, no tiene una opinión tan categórica porque, a su juicio, el derecho de los tratados presenta ciertos vacíos que podrían ser aplicables en el caso de que se trata. Por otra parte, los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados están jugando con fuego. La decisión del Comité de Derechos Humanos en el asunto *Rawle Kennedy c. Trinidad y Tabago* ha llevado al Estado Parte a denunciar el Protocolo Facultativo, privando así a sus nacionales de presentar comunicaciones individuales. El Comité ha adoptado una posición muy rígida y el resultado ha sido que una instancia de normas de derechos humanos ha ido demasiado lejos en el ámbito del derecho internacional público. El Relator Especial señala que abordará las cuestiones del tipo de las planteadas por el Presidente en el capítulo siguiente, sobre formulación de las reservas.

54. En respuesta al Sr. Elaraby, señala que no desea ser provocativo sino constructivo. Ha tratado el tema con considerable detalle porque es un tema muy concreto y, en su opinión, de importancia fundamental. La mera reafirmación de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 no es suficiente.

55. Se siente frustrado en cierto modo por la falta de sugerencias sobre la manera de contestar a la Sra. Hampson, pero entiende que la Comisión está en general de acuerdo en que se deberían tomar algunas medidas para favorecer la colaboración. Sin embargo, observa que la Sra. Hampson todavía no tiene luz verde de la Comisión de Derechos Humanos, que ha señalado a su atención el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional está examinando el tema. La Comisión tal vez pueda organizar algún tipo de diálogo con la Sra. Hampson en un grupo de trabajo del período de sesiones siguiente o bien invitarla a que hable en la Comisión a fin de que el Relator Especial pueda asegurarse de que sus preocupaciones no sean ignoradas.

56. El Sr. BROWNLIE dice que el estudio que tiene en mente no tiene por qué ser muy complejo. El Presidente

ha dado un ejemplo del tipo de información que debería reunirse: cuál es la reacción de los Estados cuando los órganos de vigilancia actúan de una manera determinada.

57. El Sr. DUGARD dice que la sugerencia del Relator Especial sobre una reunión con la Sra. Hampson es tan razonable que el silencio de la Comisión debe interpretarse como consentimiento.

58. El Sr. LUKASHUK considera que el Relator Especial ha entendido mal la reacción de la Comisión ante su informe. Su contribución teórica al tema es muy apreciada y las disposiciones controvertidas son de gran importancia práctica. Sin embargo, la Comisión no está preparando un libro de texto y tampoco instrucciones para los abogados especialistas sino un documento más de estilo normativo. Por consiguiente, los procedimientos alternativos deberían tratarse en el comentario y no en el proyecto de directrices.

59. El Sr. PELLET (Relator Especial), al presentar los proyectos de directrices 1.7.3, 1.7.4 y 1.1.8, dice que, como se señala en el proyecto de directriz 1.7.2 y en su comentario, se puede utilizar una amplia gama de procedimientos que no son reservas para producir los mismos efectos que las reservas. En los párrafos 104 a 210 del informe se examinan esos procedimientos y se destacan las características comunes con las reservas así como aquellas que los distinguen de las reservas, en el entendimiento de que la denominación que se les dé en un tratado no bastará nunca para determinar su naturaleza. Si un tratado establece un procedimiento que permite modificar sus efectos, la manera en que se designa ese procedimiento no permite determinar si es una reserva porque, con arreglo a la definición de la Convención de Viena de 1969, que se reproduce en el proyecto de directriz 1.1, el enunciado o la denominación de una declaración unilateral no basta en ningún caso para definir el procedimiento. Todo lo más sirve como indicador del carácter del procedimiento, como se señala en algunos proyectos de directrices ya aprobados.

60. Sin embargo, en algunos casos, los procedimientos por los cuales las partes contratantes modifican los efectos de un tratado no son de toda evidencia reservas en el sentido en que se definen en el proyecto de directriz 1.1 o en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, por ejemplo las cláusulas de un tratado encaminadas a modificar sus efectos, en otros términos, las disposiciones de un tratado que restringen, en favor de ciertas partes o categorías de partes, las obligaciones dimanantes del tratado. En los párrafos 111 a 113 del informe y en las notas correspondientes figuran algunos ejemplos. De la definición de la Convención de Viena de 1969 se desprende que esas cláusulas no son reservas por la muy clara razón de que no son declaraciones unilaterales sino elementos del propio tratado. Por consiguiente, propone que esas cláusulas se traten en el proyecto de directriz 1.7.3, que figura en el párrafo 116 del informe.

61. Algunos miembros le han reprochado que el proyecto de directriz enuncia cuestiones que son evidentes. Sin embargo, este tema ha engañado aun a autores capitales como los citados en los párrafos 114 y 115 del informe. En particular, el Magistrado Zoricic, en su opinión disidente al fallo de la CIJ en el asunto *Ambatielos*, seña-

ló que una reserva era una disposición convenida entre las partes en un tratado con miras a restringir la aplicación de una o varias de sus cláusulas. Los autores antes señalados llaman reserva a lo que en realidad son cláusulas contractuales. El concepto de reserva suele ser utilizado en ese sentido, esto es, una reserva de jurisdicción nacional, una reserva de jurisdicción exclusiva o una reserva de exclusión del arbitraje. Por ello recomienda enérgicamente la inclusión en la Guía de la práctica de la directriz 1.7.3.

62. Las enmiendas son otro procedimiento que puede utilizarse para modificar un tratado o diversificar sus efectos, pero esas enmiendas entran en vigor sólo respecto de determinadas partes. Según entiende, y a diferencia de las cláusulas restrictivas que acaba de mencionar, las enmiendas no dan lugar a confusión, de manera que una directriz al respecto sería innecesaria.

63. Lo mismo se aplica a las declaraciones en virtud de las cuales un Estado o una organización internacional se proponen suspender la aplicación de un tratado o de alguna de sus disposiciones. Como se indica en el párrafo 1 del artículo 65 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, esos procedimientos son declaraciones unilaterales. Al aplicarse al Estado que hace la declaración, inciden en el efecto jurídico del tratado o de algunas de sus disposiciones pero el tratado se mantiene intacto. Aunque esas declaraciones con efecto suspensivo parecen así a primera vista semejantes a las reservas, de hecho surten efecto cuando el tratado está ya en vigor y no en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse. Por consiguiente, esas cláusulas quedan sometidas a un régimen distinto del que rige las reservas con arreglo a las Convenciones. Es más, nunca se ha sugerido que una declaración unilateral hecha con arreglo a una cláusula de salvaguardia o de derogación pueda asimilarse a una reserva. De ahí que sea innecesario incluir un proyecto de directriz sobre el tema y la directriz contenida en el párrafo 143 tiene meramente el propósito de ilustrar este argumento o, si la Comisión así lo desea, de incluir una directriz 1.4 exhaustiva titulada «Declaraciones unilaterales distintas de las reservas y de las declaraciones interpretativas».

64. Pero no puede decirse esto mismo del fenómeno sumamente interesante de la «bilateralización» de las reservas de que tratan los párrafos 120 a 130 del informe y el proyecto de directriz 1.7.4, para la cual se proponen dos versiones en el párrafo 129. La versión más restrictiva del proyecto de directriz dice así:

«Un acuerdo, concertado en virtud de una disposición expresa de un tratado, por el que dos o más Estados se proponen excluir o modificar el efecto jurídico de algunas disposiciones del tratado o del tratado en su conjunto en su aplicación a sus relaciones inter se no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.»

65. La elaboración en la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial dio a la técnica de las reservas bilateralizadas su base teórica y forma sistemática. Esa técnica consisten en incorporar en un tratado deter-

minadas cláusulas que subordinan la entrada en vigor del tratado con respecto a dos signatarios a la concertación de un acuerdo bilateral entre esos Estados. Las partes en el acuerdo bilateral pueden introducir aclaraciones o enmiendas al tratado básico aplicables a las relaciones entre esas partes. La subordinación de la entrada en vigor del tratado básico a la concertación de un acuerdo de esa índole no tiene ninguna pertinencia con respecto al estudio de las reservas. Por otra parte, el acuerdo por el cual dos Estados pueden modificar el efecto jurídico de un tratado se asemeja más al tema del presente estudio. Sin embargo, esos acuerdos bilaterales no pueden considerarse como reservas porque no constituyen declaraciones unilaterales.

66. Habida cuenta de su carácter distintivo, considera que se debe mencionar en la Guía de la práctica el procedimiento de bilateralización para dejar en claro que no entra en la definición de las reservas. Una redacción de carácter más general del proyecto de directriz 1.7.4 cubriría no sólo el fenómeno de la bilateralización en sentido estricto sino también los acuerdos entre Estados no previstos en el tratado básico y que tienen el mismo objeto que las reservas. Evidentemente, como ha señalado, esos acuerdos no pueden calificarse de reservas porque no constituyen declaraciones unilaterales. La segunda versión del proyecto de directriz es la siguiente:

«Un acuerdo en virtud del cual dos o más Estados se proponen excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto, en su aplicación a sus relaciones inter se no constituye reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.»

67. Como no está seguro de que sea conveniente que dos categorías diferentes de procedimientos se traten en una única directriz, prefiere optar por la versión más restrictiva del proyecto de directriz 1.7.4, relativo a la bilateralización de las reservas, pero desea escuchar la opinión de los miembros a este respecto.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2632.^a SESIÓN

Martes 6 de junio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

Las reservas a los tratados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. B, A/CN.4/508 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.599)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. KABATSI desea felicitar a su vez al Relator Especial por su excelente quinto informe (A/CN.4/508 y Add.1 a 4) y le da las gracias en especial por haber puntualizado los diversos trabajos realizados sobre la cuestión que se examina y que ha puesto así útilmente en la debida perspectiva. Estos trabajos han ayudado además al Relator Especial en sus investigaciones y han permitido a la Comisión adoptar conclusiones preliminares importantes sobre cierto número de problemas clave en la materia, en particular: en este momento queda excluido atentar contra la integridad del régimen de Viena en lo que respecta a las reservas a los tratados; también queda excluido modificar las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986; por último, se elaborará para los Estados y las organizaciones internacionales una guía de la práctica compuesta por directrices acompañadas de comentarios y, cuando proceda, de cláusulas tipo. Parece también prácticamente decidido que el título del tema «Las reservas a los tratados» no se modifique.

2. Queda que, desde el punto de vista de la forma, el Sr. Kabatsi, al igual que otros miembros de la Comisión, tiene dificultad en seguir el sistema de numeración adoptado por el Relator Especial. Las dos explicaciones que éste da en el párrafo 28 del informe no le convencen en absoluto.

3. En lo que concierne a las opiniones, las posiciones y los trabajos de otros órganos, en particular los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el Sr. Kabatsi estima que la Comisión debería tenerlos debidamente en cuenta antes de pronunciarse definitivamente. En efecto, estos órganos poseen conocimientos especializados en sus sectores de competencia respectivos y están generalmente en buenas condiciones para hacer frente a los problemas en juego. Además, están normalmente bien situados para analizar y determinar la práctica de los Estados en la materia. Sería pues útil que el Relator Especial prosiguiese su colaboración con ellos.

4. Refiriéndose a las directrices propuestas en relación con las alternativas a las reservas y a las declaraciones interpretativas, el Sr. Kabatsi opina que el Relator ha tenido razón en recordar los procedimientos a que recurren a veces los Estados para modificar la aplicación de disposiciones de los instrumentos en que son parte, sin por ello darles el nombre de «reservas», y también en aportar a este respecto en el párrafo 80 las precisiones que se imponen. El Sr. Kabatsi observa que en el párrafo

93 el Relator Especial reconoce que dudó mucho antes de proponer la inclusión en la Guía de la práctica de proyectos de directrices sobre las alternativas a las reservas y supone que las dudas obedecían esencialmente al hecho de que no es siempre fácil distinguir de las reservas estas alternativas y se pregunta pues cómo harán los posibles usuarios de la Guía de la práctica para no perderse. Esta clase de guía debe ser lo más clara y precisa posible. Las opciones existentes no deben desaparecer en medio de alternativas oscuras. Los Estados tienen el derecho soberano a contraer o no obligaciones internacionales, con o sin reservas. El Sr. Kabatsi no comparte la opinión expresada por el Relator Especial en los párrafos 73 y 74 de su informe de que las alternativas a las reservas permiten evitar, o al menos atenuar, el rigor de los «cepos para la voluntad» que constituyen los tratados y de que lo ideal es, en definitiva, la obligación no apremiante. Personalmente opina que las reservas son procedimientos suficientemente flexibles para proteger a los Estados. Además, las alternativas no son otra cosa que reservas disfrazadas y quizá sea esta la razón por la que no siempre es fácil o posible establecer una distinción entre unas y otras. En todo caso, sea el procedimiento «quirúrgico» o «terapéutico», el resultado es el mismo: modificar la aplicación de las disposiciones de los tratados en que son partes los Estados o las organizaciones internacionales.

5. Puesto que las alternativas a las reservas existen, el Sr. Kabatsi no tendría ningún inconveniente en que se hablase de ellas en el comentario de las directrices relativas a la definición de las reservas o en otro lugar del informe, pero estima que no tienen cabida en el cuerpo mismo de la Guía de la práctica, donde podrían dar lugar a confusiones.

6. El Sr. MOMTAZ agradece al Relator Especial que haya presentado un informe dedicado a las alternativas a las reservas y a las declaraciones interpretativas, siguiendo así el programa de trabajo que anunció en su momento a la Comisión y que no suscitó objeciones.

7. El Sr. Momtaz se pregunta sin embargo si, como piensa el Relator Especial, al recurrir a estas alternativas los Estados podrían en su caso superar realmente ciertos problemas planteados por las reservas. No está seguro de que los órganos de ejecución y vigilancia puedan aceptar estas alternativas y no se vean obligados a poner en tela de juicio su validez de igual manera que las reservas que han rechazado. Duda también del ejercicio a que se ha librado el Relator Especial, en la medida en que esas alternativas tienen la gran ventaja de ayudar a los hombres políticos a alcanzar su finalidad, que consiste en definitiva en someterse a una obligación que, si es posible, no sea apremiante. Acogería sin embargo favorablemente la inclusión de estas alternativas en el comentario.

8. Como quiera que sea, no hay que perder de vista el hecho de que las observaciones eminentemente pertinentes del Relator Especial sobre las alternativas a las reservas entran en conflicto con el objetivo fijado en la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993³, en que se subraya la necesidad de limi-

¹ Véase el texto del proyecto de directrices aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en sus períodos de sesiones 50.º y 51.º en Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 470.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

³ A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

tar el número y el alcance de las reservas a los tratados de derechos humanos. Ello es por otra parte lo que indujo a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías a pedir a uno de sus miembros, la Sra. Hampson, que elaborase un documento de trabajo sobre la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos⁴. Este documento⁵, sumamente estimulante, revela claramente que el trabajo que su autora realizó, y que se propone ahondar si la Comisión de Derechos Humanos se lo encarga, no duplica el mandato que la Asamblea General dio a la Comisión de Derecho Internacional en este caso. En efecto, la Sra. Hampson se centró más concretamente en los inconvenientes que presenta la Convención de Viena de 1969 y en particular su artículo 20, que fija el plazo previsto para la formulación de objeciones en 12 meses a partir de la notificación de la reserva. La Sra. Hampson se propone además impugnar este artículo y reconsiderar este plazo, que no es aplicable a todos los tratados. En consecuencia, la colaboración entre la Comisión y la Comisión de Derechos Humanos podría revelarse fructífera, sobre todo en lo que respecta al estudio de los efectos de la invalidez de las reservas formulada por órganos de vigilancia, asunto que la Sra. Hampson se propone examinar a fondo. Tal colaboración permitiría además evitar que los dos órganos llegasen a conclusiones diametralmente opuestas, riesgo más grande todavía por cuanto que en el párrafo 13 de su informe la Sra. Hampson califica las normas de derechos humanos de elementos constitutivos de un orden jurídico internacional. Por todas estas razones, el Sr. Momtaz es partidario de una colaboración, en la medida de lo posible permanente, entre los dos relatores especiales.

9. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA manifiesta una apreciación matizada por el capítulo II del quinto informe puesto que no ignora la considerable labor realizada por el Relator Especial pero se pregunta qué utilidad práctica tiene.

10. La importancia del quinto informe del Relator Especial reside principalmente en el problema fundamental que constituyen las alternativas a las reservas y a las declaraciones interpretativas. Esta es la parte esencial del informe y el Sr. Pambou-Tchivounda estima que su interés es innegable, pero ante todo doctrinal: el Relator Especial presenta una obra científica, rica en información detallada y justificada, una contribución de gran importancia a la literatura jurídica, sobre todo en idioma francés. Este estudio dará seguramente origen a nuevas obras que versarán, más allá del tema de los tratados internacionales, sobre la teoría general de las fuentes del derecho internacional general, porque remite a lo que constituye desde hace largo tiempo la esencia del derecho internacional examinado desde el punto de vista de sus fuentes, a saber, la función de la voluntad del Estado. Las alternativas a las reservas son el producto de lo que las partes en el tratado han deseado y no de lo que ha deseado solamente una de las partes. Son «tratados dentro del tratado», en otras palabras, medios para eludir tal o cual restricción. En estas condiciones se plantea la cuestión de si permiten de todos modos defender lo esencial.

⁴ Véase 2630.^a sesión, nota 18.

⁵ *Ibid.*, nota 19.

11. El Sr. Pambou-Tchivounda se pregunta a continuación qué utilidad concreta tienen las alternativas a las reservas desde el punto de vista de la elaboración de una Guía de la práctica. Recuerda que el estudio emprendido sólo tendrá interés si desemboca en la elaboración de un régimen mínimo. Ciertamente puede servir para circunscribir la definición de las reservas, pero ello no basta. La cuestión es el alcance de las técnicas mencionadas. El Relator Especial habla de técnicas de cualificación, cuando en realidad se trata más bien de limitar los efectos de un tratado, según se desprende del texto de los proyectos de directrices que figuran en el anexo al quinto informe. Es muy difícil imaginar que la cualificación se aplique exclusivamente a la flexibilidad del acto jurídico en un sentido restrictivo y no también en un sentido amplificador. Ahora bien, si por cualificación se entiende la flexibilidad en este último sentido, cabe preguntarse si se trata verdaderamente de una «reserva».

12. El Sr. Pambou-Tchivounda opina que el Relator Especial habría podido limitarse a los proyectos de directrices 1.7.3 y 1.7.4 y contentarse con aclarar a la Comisión qué entiende por «alternativas a las reservas» mediante ejemplos. Los proyectos de directrices 1.7.1 y 1.7.2 ocupan un lugar desproporcionado en relación con la función de las alternativas a las reservas que consiste en contribuir a limitar la noción de «reserva». Más valdría pues transferir el contenido al comentario o recogerlo en notas, so pena de crear confusión.

13. El Sr. PELLET (Relator Especial) continúa la presentación del proyecto de directriz 1.1.8 y dice que éste versa sobre las declaraciones unilaterales, que persiguen la misma finalidad que las reservas puesto que tienen por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones de un tratado en su aplicación al Estado o a la organización internacional que ha efectuado la declaración, lo que corresponde muy exactamente a la definición de reserva que figura en el apartado d del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y en el proyecto de directriz 1.1. A este respecto, señala al Sr. Pambou-Tchivounda que la Comisión no ha definido nunca las reservas —cosa que lamentan por otra parte ciertos miembros, por ejemplo el Sr. Economides— como medios encaminados exclusivamente a limitar los efectos de un tratado. Esta posibilidad se prevé en el proyecto de directriz 1.1.5, pero la palabra «limitar» se ha evitado cuidadosamente en la definición misma de las reservas contenida en las Convenciones de Viena. Las declaraciones unilaterales a que se refiere el proyecto de directriz 1.1.8 son efectivamente reservas, lo que justifica la integración de ese proyecto en el primer capítulo de la parte dedicada a las definiciones en la Guía de la práctica. De todos modos se trata de reservas un tanto especiales, puesto que se hacen en virtud de una disposición expresa del tratado que autoriza a las partes o a algunas de ellas a excluir o a modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones. Estas cláusulas que autorizan a las partes a no aplicar ciertas disposiciones del tratado reciben el nombre de «cláusulas de reserva» cuando en ellas figura la palabra «reserva». Cuando esta palabra no se utiliza, se habla más bien de cláusulas de *opting out* o de *contracting out* (cláusulas de exclusión). Al empezar a redactar esta parte de su informe, el Sr. Pellet no tenía una idea muy precisa de la naturaleza de estas cláusulas ni de la naturaleza de las declaraciones unilaterales for-

muladas en aplicación de las mismas. Sólo estaba seguro de una cosa: las cláusulas de *opting out* tenían suficiente parecido con las cláusulas de reserva y las declaraciones formuladas en virtud de estas cláusulas de *opting out* tenían suficiente parecido con las reservas propiamente dichas para que fuese indispensable interrogarse sobre su naturaleza. Esta es la razón fundamental que le indujo a estimar, de acuerdo con la promesa que había hecho a la Comisión en sus informes primero⁶ y segundo⁷ y que ha recordado el Sr. Momtaz, que la Comisión tiene que interesarse necesariamente en lo que ha llamado «las alternativas a las reservas». El punto de partida de su razonamiento, que parece haber desorientado a ciertos miembros, es pues que las cláusulas de *opting out* se parecen mucho a las cláusulas de reserva cuando en general no se las presenta como tales. El estudio de este fenómeno le hizo finalmente rendirse a lo que ahora le parece una evidencia: estas cláusulas de exclusión son sencillamente cláusulas de reserva y las declaraciones unilaterales que permiten son sencillamente reservas autorizadas por el tratado. Esto es lo que trata de explicar en los párrafos 148 a 178 de su quinto informe.

14. El procedimiento de la cláusula de *opting out* es sumamente frecuente y, como demuestran los párrafos 152 a 154, tales cláusulas se encuentran en tratados muy diversos. El argumento principal para no considerar estas disposiciones como cláusulas de reserva es probablemente la posición que la OIT mantiene firmemente desde su creación y que consiste en sembrar generosamente sus convenios de tales cláusulas de *opting out* por un lado y en sostener por otro contra toda razón doctrinal que no se trata de cláusulas de reserva, de modo que las declaraciones formuladas en aplicación de estas disposiciones no serían tampoco reservas. A juicio del Sr. Pellet, esta posición es insostenible. También es impugnada por todos los especialistas en reservas, por razones que le parece difícil refutar. En particular, a diferencia de lo que parecen pensar los juristas de la OIT (por lo menos oficialmente), no concuerda en absoluto con la definición de reservas considerar a éstas declaraciones unilaterales formuladas forzosa y exclusivamente en virtud del derecho internacional general. Pueden perfectamente serlo y lo son a menudo en virtud de una disposición expresa de un tratado que sólo autoriza determinadas reservas. Ello no quiere decir que, cuando un tratado autoriza reservas, las declaraciones unilaterales formuladas en virtud de tal autorización no sean reservas. La OIT parece sin embargo considerarlas así y es la única explicación que sus juristas dan a esta posición extraña que mantienen contra viento y marea desde hace largo tiempo. El apartado b del artículo 19 o el artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 no dejan por otra parte ninguna duda sobre el hecho de que las reservas pueden perfectamente estar expresamente autorizadas por el tratado y que la consecuencia posible —pero no necesaria— es que las demás reservas quedan prohibidas. Todo lo que se puede deducir de la práctica de la OIT es que las reservas que no están expresamente autorizadas están prohibidas. Ello no quiere decir que las declaraciones unilaterales formuladas en virtud de cláusulas de *opting out* que figuran en los con-

venios de la OIT no sean reservas. Cuando, por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 17 del Convenio de la OIT (n.º 119) relativo a la protección de la maquinaria se prevé que «las disposiciones del presente Convenio deberán aplicarse a todos los sectores de actividad económica, a menos que el Miembro que ratifique el Convenio restrinja la aplicación por medio de una declaración anexa a su ratificación», no está claro qué distingue la declaración en cuestión de una reserva ni qué distingue tal disposición de una cláusula de reserva. Lo cierto es que, en virtud de normas propias de la OIT, normas que son sin duda alguna de carácter consuetudinario porque la práctica de la OIT se considera derecho, una reserva a los convenios adoptados bajo los auspicios de esta organización no está permitida si no está expresamente autorizada. Este es, sin embargo, otro problema.

15. El Sr. Simma (2631.^a sesión) aduce un argumento más general para oponerse a que se asimilen a reservas las declaraciones efectuadas en virtud de una cláusula de exclusión y se pregunta si calificar de reservas las declaraciones formuladas en virtud de una cláusula de *opting out* es compatible con el apartado b del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, en virtud del cual no se podrá formular una reserva cuando «el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate». A juicio del Sr. Pellet, ésta no es una objeción dirimente. El apartado b del artículo 19 no dice que, si se han previsto expresamente ciertas reservas, todas las demás están prohibidas. Dice algo muy distinto, es decir, que las demás reservas están prohibidas si el tratado dispone que sólo se pueden hacer determinadas reservas —como es natural—. Por lo tanto, el razonamiento del Sr. Simma no es un argumento que permita negar que las declaraciones efectuadas en virtud de una cláusula de *opting out* sean reservas. En efecto, su objeción sólo se aplica si el tratado dice además que sólo están permitidas esas declaraciones. Ahora bien, en la mayoría de los casos no sucede así.

16. El Sr. Rosenstock ha expresado también dudas a este respecto y señalado que un Estado Parte no podría oponerse a una declaración formulada en virtud de una cláusula de exclusión (*contracting out*). Sin duda es así, pero ello no excluye a su parecer ese tipo de declaración de la categoría general de las reservas. Por una parte, no es un problema de definición; sigue siendo un problema de régimen jurídico. Por otra parte y quizá especialmente, lo mismo sucede con toda reserva formulada en virtud de una cláusula de reserva y, en todo caso, de la llamada «reserva negociada». Desde el momento en que una reserva está expresamente prevista en el tratado, los Estados contratantes saben qué les espera: han aceptado de antemano en el propio tratado la reserva o las reservas en cuestión. A priori parece por lo tanto que las disposiciones del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, relativas tanto a la aceptación de las reservas como a las objeciones a las reservas, no se apliquen a las reservas expresamente previstas, comprendidas las cláusulas de *opting out* o las disposiciones de exclusión. El Sr. Pellet estima pues que, aun estando de acuerdo en cuanto al fondo con lo que ha dicho el Sr. Rosenstock, en sus observaciones no hay nada que se oponga a que se consideren las declaraciones de *opting out* como reservas. Estas declaraciones se someterán de un modo general al régimen jurídico aplicable a las reservas formuladas

⁶ Anuario... 1995, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/470.

⁷ Anuario... 1996, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478.

en virtud de una cláusula de reserva. De ahí que no haya ningún argumento serio que parezca oponerse a que se consideren las cláusulas de *opting out* como cláusulas de reserva y las declaraciones formuladas en aplicación de estas cláusulas como reservas si, en todo caso, se efectúan en el momento en que se expresa el consentimiento a quedar vinculado por el tratado.

17. En cambio, parece más discutible considerar reservas estas declaraciones cuando se las efectúa, como ciertos tratados pueden autorizar, en otro momento. El Sr. Pellet da ejemplos en el párrafo 173 del quinto informe. El problema no reside tanto en el momento propiamente dicho, puesto que las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y, con más razón todavía, la Guía de la práctica tienen un carácter exclusivamente supletorio, sino más bien en que esas declaraciones hechas en un momento distinto de aquel en el que se expresa el consentimiento a quedar vinculado por el tratado no están en modo alguno ligadas con la entrada en vigor del tratado para el Estado o la organización internacional que las haya efectuado. Ahora bien, una reserva está efectivamente ligada al proceso de entrada en vigor del tratado, como se dispone en los artículos 19 y siguientes de las Convenciones que versan sobre las reservas. Aun así y aunque ha previsto un proyecto de directriz en la que se precisaría todo ello, el Sr. Pellet no considera indispensable decirlo expresamente en la Guía de la práctica puesto que se trata solamente de la otra cara de lo que ya se dice en el proyecto de directriz 1.1.8. No obstante, si los miembros de la Comisión opinasen lo contrario, no tendría inconveniente en incluir este proyecto de directriz, esbozado en el párrafo 177 del quinto informe, en la Guía de la práctica.

18. De igual manera, como trata de explicar en los párrafos 168 y 169, no le parece indispensable consagrar un proyecto de directriz concreto a las «reservas negociadas», que en el fondo sólo son cláusulas de reserva —y no reservas—, para indicar de un modo preciso y limitativo las reservas que se pueden introducir en un tratado. Esta terminología engañosa es habitual en la doctrina cuando se habla de reservas negociadas, pero evidentemente no se trata de reservas en el sentido del apartado d del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969. El Sr. Pellet ha tratado sin embargo de redactar un proyecto, que figura en el párrafo 169 del informe y que se podría también incluir en la Guía de la práctica, en el que se indica el posible contenido de una directriz con la definición de reserva negociada, pero no le parece que sea indispensable. En cambio, será sin duda preciso definir, quizá en los últimos párrafos de la Guía de la práctica, qué se entiende más generalmente por «cláusulas de reserva».

19. El Sr. Pellet pasa a la presentación de los proyectos de directrices 1.4.6, 1.4.7 y 1.4.8 que figuran en la sección 4 del capítulo I de la Guía de la práctica, sección dedicada a las declaraciones unilaterales distintas de las reservas y de las declaraciones interpretativas. Se trata en efecto de declaraciones unilaterales, pero no de reservas. Se efectúan en virtud, no de cláusulas de *opting out*, sino de cláusulas de *contracting in* o de *opting in* (cláusulas facultativas) o de otras semejantes, como las cláusulas de elección entre las disposiciones de un tratado.

20. Cabría pensar que no hay ninguna razón para reservar distinta suerte a las declaraciones efectuadas en virtud de estos dos tipos de cláusula (*opting in* y *opting out*), porque son disposiciones que se asemejan mucho. Sin embargo, la distinción entre las declaraciones unilaterales efectuadas en virtud de una cláusula de *contracting in* por un lado y de una cláusula de *contracting out* por otro parece dictada por la definición misma de las reservas adoptadas en el proyecto de directriz 1.1 siguiendo la definición que figura en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Las cláusulas de *opting in* son muy frecuentes. Inmediatamente se piensa en el famoso párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la CIJ, pero este procedimiento no se limita en absoluto a los tratados de arbitraje o de jurisdicción. En el párrafo 183 y en las notas de ese párrafo de su informe el Sr. Pellet cita varios ejemplos. A diferencia de lo que se ha dicho, las cláusulas de *contracting in* no funcionan en absoluto como cláusulas de reserva. Ante todo y sobre todo, las declaraciones efectuadas en virtud de cláusulas de *opting in* no tienen por objeto excluir o modificar el objeto jurídico de ciertas disposiciones del tratado; tienden a aumentar las obligaciones resultantes de la ratificación del tratado. Además, ello no condiciona en absoluto la entrada en vigor del tratado para el Estado o la organización internacional que haya efectuado la declaración; por el contrario, la declaración de *opting in* sólo interviene una vez que el tratado ha entrado en vigor. Por último, y ello se desprende de lo que precede, las declaraciones se pueden formular en cualquier momento.

21. Las declaraciones efectuadas en virtud de cláusulas de *contracting in* no son puras reservas, aunque son declaraciones unilaterales que tienen por objeto y efecto cualificar los efectos del tratado. Parece difícil prescindir del proyecto de directriz correspondiente, aunque sólo sea por simetría con las declaraciones efectuadas en virtud de las cláusulas de *opting out*, que son por su parte reservas. De ahí que el Sr. Pellet proponga el proyecto de directriz 1.4.6.

22. Las declaraciones de *opting in* pueden ir por su parte acompañadas de lo que se llama generalmente reservas. También en este caso, el ejemplo más famoso (aunque ni mucho menos el único) serían las «reservas», a menudo numerosas, que acompañan las declaraciones facultativas de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ, que son declaraciones de *opting in*. También en este caso es un abuso del idioma calificar de reservas estas restricciones y el proyecto de directriz 1.4.7 tiene por objeto decirlo claramente.

23. Es cierto que, al igual que las reservas, estas condiciones y restricciones están encaminadas a limitar la aplicación de una disposición del tratado, es decir, de la cláusula facultativa en virtud de la cual se efectúan. También es cierto que estas restricciones figuran en una declaración unilateral, pero no son verdaderamente su objeto y lo que limitan no es en realidad los efectos del tratado sino los de la declaración facultativa propiamente dicha. Son, por así decirlo, cláusulas o disposiciones de una declaración unilateral, pero no declaraciones unilaterales. Por lo tanto, no son decididamente reservas en el sentido en que se entienden éstas en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y en la Guía de la práctica.

24. Lo mismo sucede con las declaraciones formuladas en virtud de cláusulas complejas, que no son cláusulas de *opting in* en sentido estricto ni verdaderas cláusulas de *opting out*, pero que cabe sin duda considerar como a medio camino entre unas y otras. Son las «cláusulas de opción» que imponen a un Estado o a una organización internacional la elección entre las disposiciones del tratado. Estas disposiciones funcionan como cláusulas de *opting in* en relación con lo que el Estado elige y de *opting out* en relación con lo que excluye. Se podría a priori llegar a la conclusión de que las declaraciones por las que el Estado excluye ciertas disposiciones son reservas, como el Sr. Pellet propone que se diga en el proyecto de directriz 1.1.8, y que, por el contrario, aquellas por las que el Estado expresa su consentimiento a quedar vinculado por ciertas disposiciones del tratado no son reservas, de conformidad con el proyecto de directriz 1.4.6. Por desgracia, esta solución no es viable porque esta doble acción, de inclusión y de exclusión, se traduce en una declaración única. Es preciso pues decidir.

25. Se pueden hacer tres observaciones. La primera es que estas cláusulas son más numerosas de lo que cabría pensar y más numerosas de lo que había dicho la Comisión en su comentario sobre lo que luego sería el párrafo 2 del artículo 17 de la Convención de Viena de 1969, que versa precisamente sobre este fenómeno de tratado que ofrece a las partes contratantes una elección entre sus diferentes disposiciones. El Sr. Pellet cita numerosos ejemplos en los párrafos 200, 201 y 206 del quinto informe. La segunda observación es que estas cláusulas de opción se subdividen a su vez en dos categorías. Una, por ejemplo según el sistema de la Carta Social Europea, lleva a los Estados a elegir libremente cierto número de disposiciones de fondo entre todas las disposiciones del tratado. Otras, menos frecuentes y que pertenecen a la segunda categoría, se pueden calificar de cláusulas alternativas por cuanto obligan al Estado a elegir, ya sea una disposición determinada (o un conjunto determinado de disposiciones), ya sea otra disposición (o un conjunto de otras disposiciones). La sección 1 del artículo XIV del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional citada en el informe es un buen ejemplo. Sin embargo, y esta es la tercera observación, no parece posible calificar de reservas las declaraciones unilaterales por las que se efectúa una elección en virtud de una u otra de estas categorías, aunque se asemejen desde ciertos puntos de vista, sobre todo porque se trata de declaraciones formuladas por regla general en el momento en que se expresa el consentimiento a quedar vinculado por el tratado. Ahí termina la semejanza porque, y esta es una diferencia fundamental, esta elección es la condición de participación del Estado en el tratado y no es el Estado quien fija la condición sino el tratado propiamente dicho. De ahí que, en definitiva, no se asemejan en absoluto a las reservas. A esta razón obedece el texto que propone el Sr. Pellet para el proyecto de directriz 1.4.8.

26. Queda por presentar el proyecto de directriz 1.7.5, el único del capítulo II del quinto informe relativo a las declaraciones interpretativas. Las cláusulas de exclusión, de opción, alternativas, etc., que acaba de examinar el Sr. Pellet no plantean verdaderamente problemas en relación con las declaraciones interpretativas. Sólo plantean un verdadero problema (de distinción o de equiparación) en

relación con las reservas. No parece superfluo precisar en la Guía de la práctica (porque se trata de un ejercicio práctico) que, junto a las declaraciones interpretativas propiamente dichas, existen otros procedimientos que permiten a los Estados y a las organizaciones internacionales que son parte en un tratado precisar o aclarar el sentido o el alcance del tratado o de algunas de sus disposiciones. Estos procedimientos no son numerosos. El Sr. Pellet sólo halló dos, sucintamente escritos en los párrafos 96 a 100 en su informe. Se trata, por un lado, de cláusulas interpretativas incluidas en el propio tratado y, por otra parte, de acuerdos interpretativos concertados entre las partes o entre algunas de ellas y, en particular, de lo que cabría llamar «interpretaciones bilateralizadas», que son a las declaraciones interpretativas lo que las «reservas bilateralizadas» son a las reservas. El Sr. Pellet se da cuenta de que desde el punto de vista universitario o intelectual estos procedimientos se salen del tema, pero no se trata de redactar aquí un manual universitario. Desde el punto de vista práctico estima que, como bien ha dicho el Sr. Elaraby, no es superfluo recordar a los Estados, es decir, a los asesores jurídicos de los ministerios de asuntos exteriores y los diplomáticos, las posibilidades de que disponen.

27. El Sr. Pellet se propone dar traslado de todos estos proyectos de directrices al Comité de Redacción y espera que éste no tropiece con excesivas dificultades para ultimar los proyectos de directrices propuestos, sin duda alguna perfectibles.

28. El Sr. GAJA ha reflexionado sobre el contenido de los proyectos de directrices en la sección 1.7 propuestos por el Relator Especial y se le han ocurrido dos ejemplos concretos. El primero es el del Convenio europeo sobre la adopción de niños, en cuyo artículo 6 se prevé que un niño puede ser adoptado «por dos personas casadas o por una persona sola». Un Estado europeo que sea Parte en este Convenio no está obligado a aceptar ambas posibilidades en su derecho interno. Es libre de hacerlo. Es por lo tanto el ejemplo de una cláusula que limita el objeto de una obligación internacional y por ello tiene cabida en el proyecto de directriz 1.7.2.

29. El segundo ejemplo es el Convenio sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento adoptado por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. En el artículo 13 de este Convenio se prevé que «ningún Estado estará obligado a reconocer un trust cuyos elementos significativos [...] estén vinculados más estrechamente con Estados que desconozcan la institución del trust o la clase de trust de que se trate». También en este caso, un Estado cuya legislación no comprende la institución no está obligado a reconocer el trust, pero queda libre de hacerlo. Si lo hace, no amplía el campo de aplicación de sus obligaciones a partir del Convenio, sino que se limita a sí mismo a reproducir en su derecho interno lo escrito en el tratado, cuyos efectos no se modifican en absoluto en el alcance para ese Estado a diferencia de lo que sucedería en el caso de una reserva. En este ejemplo, como la «cláusula restrictiva» figura en el propio Convenio, se está bajo la directriz 1.7.2 o la directriz 1.7.3. A este propósito, el Sr. Gaja se pregunta si sería realmente útil incluir en la sección 1.7 una directriz especialmente dedicada a las cláusulas restrictivas. A su juicio, todas las «alternativas a las reservas» podían haber

sido agrupadas en una sola directriz. Ahora bien, una cláusula restrictiva influye en el alcance de la obligación y se trata en cualquier caso de una alternativa a las reservas. Si el Relator Especial deseaba mantener la distinción, habría debido cuando menos redactar la directriz 1.7.3 siguiendo el modelo de la directriz 1.7.2 y no habría debido especificar que la cláusula restrictiva «no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica», cuando esta fórmula no figura en la directriz 1.7.2.

30. El Sr. ROSENSTOCK dice que, si ha comprendido bien la respuesta del Relator Especial a su pregunta, una cláusula de exclusión (opting out) y una reserva tendrían efectos idénticos. Sin embargo, se pregunta si lo mismo sucede con los efectos frente a terceros. Cuando un Estado formula una cláusula de opting out, el tercer Estado no tiene ningún poder para emitir objeciones. No sucede lo mismo en el caso de una reserva. Si un tercer Estado tiene objeciones contra una reserva emitida por un Estado signatario, puede rehusar quedar vinculado por el tratado junto al Estado que se propone sustraerse a ciertas obligaciones. La respuesta del Sr. Pellet no abarca pues todos los aspectos de la cuestión.

31. El Sr. HAFNER da las gracias al Relator Especial por haber ofrecido a la Comisión un informe de gran riqueza sobre un tema todavía mal conocido de quienes no han participado directamente en la elaboración de tratados internacionales. Espera que este informe permita también llamar la atención de la doctrina sobre la manera en que los Estados pueden modelar sus relaciones convencionales sin recurrir al instrumento de las reservas. Estas «alternativas a las reservas» que permiten a los Estados aceptar compromisos «a medida» no son ciertamente una garantía de homogeneidad en la aplicación de los tratados, pero son a menudo necesarias para obtener la adhesión de un número mayor de signatarios.

32. El Sr. Hafner formula algunas observaciones generales sobre el informe y ante todo lamenta, al igual que el Relator Especial en el párrafo 5, la ausencia de comentarios de las Comunidades Europeas. No sólo las Comunidades Europeas podrían proporcionar numerosos ejemplos en la materia que ayudarían a puntualizar la práctica existente, sino que tienen a menudo necesidad de un estatuto jurídico especial para ser parte en una convención internacional, lo que demuestra que están directamente interesadas en la cuestión. En segundo lugar, aprueba sin reservas las observaciones del Relator Especial sobre la necesidad de una mayor coordinación con los trabajos de los órganos de las Naciones Unidas que se ocupan de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos o la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. La ausencia de cooperación con estos órganos no sólo podría traer consigo duplicaciones costosas en el estudio de ciertos temas, sino que podría además acarrear una verdadera fragmentación del derecho internacional a causa de la adopción de soluciones divergentes. Por lo tanto, el orador sugeriría que la Comisión asuma a este respecto la función de coordinación prevista en el artículo 17.1 de su estatuto. La División de Codificación podría por su parte señalar a la atención de dichos órganos las cuestiones examinadas en el seno de la CDI. Por último, la Comisión podría interesarse más de cerca por los trabajos realizados en el plano europeo y el orador se pregun-

ta si sería posible facilitar a todos los miembros el documento del Consejo de Europa sobre cuestiones prácticas relativas a las reservas a los tratados internacionales⁸, citado por el Relator Especial en una nota en el párrafo 56 de su informe.

33. En tercer lugar, a juicio del Sr. Hafner, la tesis que sostiene el Relator Especial en el párrafo 30 del informe, es decir, que se puede perfectamente definir las reservas sin preocuparse de su licitud, tiene ciertas repercusiones en la interpretación que cabría dar al artículo 20 de la Convención de Viena de 1969. En este artículo, la palabra «reservas» se utiliza sin ningún calificativo y el orador se pregunta si habría que llegar a la conclusión de que se aplicaría automáticamente la amplísima definición de las reservas contenida en el proyecto de directriz 1.1, que no excluye en modo alguno las reservas inadmisibles o ilícitas. El Sr. Hafner opina que tal conclusión no está exenta de riesgos. Quizás el Relator Especial pudiese reexaminar esta cuestión en su próximo informe.

34. En lo que respecta a los proyectos de directrices propiamente dichos, el Sr. Hafner está perfectamente de acuerdo con el Relator Especial en que las reservas no son el único medio para cualificar los efectos de un tratado, pero se pregunta si es necesario dedicar toda una serie de directrices a las alternativas a las reservas. El orador teme que el Relator Especial se haya dejado arrastrar fuera del tema, lo que podría retrasar los trabajos de la Comisión. El texto del proyecto de directriz 1.7.1 no es en realidad demasiado claro. El orador pregunta si en la expresión «cualificar los efectos y las disposiciones de un tratado» la palabra «tratado» abarca asimismo los tratados bilaterales. En caso afirmativo, ¿qué sentido hay que dar a la palabra «tratado» en el resto de las directrices? Sería necesario precisar este punto. Además, la utilización de la fórmula «pueden recurrir a procedimientos» da la impresión de que el recurso a otros procedimientos es una posibilidad o un derecho que ofrece el derecho internacional general cuando, en ciertos casos, esta posibilidad sólo existe si está especialmente prevista en el propio tratado. La dificultad reside en el empleo en la versión inglesa del verbo may, que se puede interpretar de diferentes maneras.

35. El Sr. Hafner entiende que la lista de procedimientos que permiten cualificar los efectos de las disposiciones de un tratado contenida en el proyecto de directriz 1.7.2 tiene solamente valor de ejemplo y no es exhaustiva, pero se pregunta si es útil incluir en el proyecto de directrices una lista de actos que, evidentemente, no son reservas que correspondan a la definición del proyecto de directriz 1.1. A su juicio, esta enumeración estaría más en su lugar en el comentario. Además, los ejemplos que se citan no son siempre muy claros. Así, no comprende del todo qué entiende el Relator Especial por «cláusulas restrictivas que limitan el objeto de las obligaciones resultantes de un tratado». El Relator Especial piensa probablemente en cláusulas como las que figuran en los artículos 296 y 297 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (numeración revisada con arreglo al Tratado de Amsterdam), en el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o incluso en el artículo 15

⁸ Véase Consejo de Europa, CAHDI (2000) 12 rev., apéndice V.

del Convenio europeo de derechos humanos, llamadas a veces «reservas de soberanía», pero esta noción no está reconocida en el plano técnico y no debería servir de justificación a esta directriz.

36. Cabría asimismo prescindir del proyecto de directriz 1.7.3, que versa sobre las cláusulas restrictivas. Aunque los Estados pueden con estas cláusulas modificar de común acuerdo los efectos de un tratado, las cláusulas restrictivas no pueden ciertamente confundirse con las reservas definidas en la directriz 1.1, por lo menos desde la adopción de la Convención de Viena de 1969.

37. En cuanto a la formulación propiamente dicha, la expresión «la aplicación de normas más generales contenidas en el tratado» se presta a confusión. Habría sido más claro decir «la aplicación de otra regla contenida en el tratado», a menos que el Relator Especial haya tenido verdaderamente la intención de limitar el campo de aplicación de la directriz a las disposiciones de carácter general.

38. El Sr. Hafner señala de paso que en la versión inglesa del documento, la inclusión de la palabra *any* en la penúltima frase del párrafo 110 entre la palabra *exclusion* y la palabra *clauses* hace incomprensible la frase.

39. En lo que respecta al proyecto de directriz 1.7.4, el Sr. Hafner reconoce que entre los acuerdos *inter se* y las reservas hay cierta semejanza, en la medida sobre todo en que ni unos ni otras deben ir en contra del objeto o la finalidad del tratado. Pero la gran diferencia entre esos acuerdos y las reservas reside en el carácter unilateral de las reservas. Por consiguiente, este proyecto de directriz no parece necesario. La cuestión que convendría examinar a este respecto es la de si, en el caso de que un tratado autorice las reservas, un Estado tendría derecho a excluir el efecto jurídico de una disposición determinada de un tratado en su aplicación a uno o a varios otros Estados partes y si tal declaración sería asimilada a una reserva, incluso cuando el tratado no prevea expresamente ese derecho. Como el Relator Especial excluye de las reservas las declaraciones que permiten eludir la aplicación de una obligación durante un período determinado, cabe pensar que tales declaraciones, que descartan la aplicación de una obligación en virtud de un tratado en el caso de ciertos Estados solamente, quedarían excluidas de las reservas, pero el Sr. Hafner no está completamente seguro.

40. Las cláusulas de exclusión a que se refiere el proyecto de directriz 1.1.8 se utilizan muy a menudo en la práctica y plantean numerosos problemas. Parece no haber casi ninguna diferencia entre estas cláusulas y aquellas que autorizan las reservas. Cuando, por ejemplo, un artículo de un tratado como la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares autoriza a los Estados Partes a declarar que no aplicarán un artículo determinado en cuanto a la responsabilidad, ¿qué diferencia existe entre tal disposición y un artículo que autoriza a los Estados a formular reservas en relación con una disposición determinada del tratado? En ambos casos se han efectuado negociaciones para definir con precisión qué disposición puede ser objeto de tal declaración, de modo que tanto unas como otras constituyen «reservas negociadas». La conclusión del Relator Especial, en el párrafo 168, de que esta expresión «induce a error» es pues correcta y no debería figurar en las directrices. Ello

no impide que la cuestión de estas cláusulas deba ser examinada porque son frecuentes y plantean problemas en relación con la admisibilidad de otras reservas. A este respecto el Sr. Hafner indica que no comparte la interpretación del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 que el Relator Especial ha hecho en respuesta a una pregunta del Sr. Simma: es difícil imaginar que los Estados se pongan de acuerdo sobre una lista de artículos a los que se admiten reservas y añadan la palabra «solamente» para excluir toda otra reserva.

41. Cuando se elaboró el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hubo largos debates en torno a las reservas. Por último se adoptó el artículo 120, en el que se prohíbe toda reserva. Aunque en el Estatuto no se especifica expresamente qué disposiciones pueden ser objeto de reservas, cabe sin embargo alegar que algunas de sus disposiciones autorizan a los Estados a hacer declaraciones que tienen un efecto comparable al de las reservas. El primer ejemplo que viene a la mente es la disposición transitoria del artículo 124, que autoriza a los Estados Partes a declarar que no aceptan ciertos efectos jurídicos del artículo 8 relativo a la competencia de la Corte. Una declaración formulada por un Estado en virtud del artículo 124 es sin ningún lugar a dudas una declaración encaminada a excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. Si se entiende en este sentido el artículo 124 y si una declaración formulada en virtud de este artículo es asimilable a una reserva, no será admisible ninguna otra reserva en aplicación del apartado b del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, incluso en ausencia de una cláusula que prohíba las reservas; habida cuenta de estas consideraciones, el artículo 120 se podría considerar redundante. Por supuesto, cabría también decir que una declaración formulada en virtud del artículo 124 no equivale a una reserva porque su aplicación está limitada en el tiempo (siete años). En cambio, si se la considera una reserva, los artículos 120 y 124 serían incompatibles. No obstante, cabe también estimar que se trata de un ejemplo de la «incertidumbre terminológica» a que se refiere el Relator Especial en el párrafo 162 de su informe.

42. En su evaluación final, el Relator Especial llega a la conclusión de que las declaraciones formuladas en virtud de cláusulas de exclusión y las reservas son idénticas. A juicio del Sr. Hafner, es posible sin embargo una distinción. Hace varios años, cuando se ocupó de este problema en relación con la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, tuvo la impresión de que había una diferencia entre ambas, por cuanto una reserva, en aplicación del artículo 21 de la Convención de Viena de 1969, tiene un efecto recíproco, mientras que el efecto de una cláusula de exclusión de responsabilidad es exclusivamente unilateral. No sabe el orador si esta particularidad se debe únicamente al objeto de esa Convención, pero sería interesante saber si existe una distinción semejante en otras convenciones. Por supuesto, esta cuestión causaría una dificultad más, porque las reservas a los tratados de derechos humanos en general plantean el problema recíproco. Este problema preciso se debe sin duda prevenir en las directrices y el Sr. Hafner sigue dudando en atribuirlo a una incertidumbre terminológica.

43. En lo que respecta a los procedimientos que permiten elegir entre las disposiciones de un tratado por medio de una declaración unilateral, el Sr. Hafner hace suya la opinión expresada en el párrafo 177 del informe, a saber, que las declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula de exclusión después de la entrada en vigor del tratado no constituyen reservas. Esta conclusión se extrae ya de la definición contenida en el proyecto de directriz 1.1 y sólo puede pues figurar en el comentario.

44. Con el proyecto de directriz 1.4.6, la Comisión se halla de nuevo en presencia de cláusulas facultativas. A este respecto, cabe preguntarse por qué se hace una distinción en las directrices entre las declaraciones por las que un Estado acepta expresamente obligaciones previstas en un tratado y las declaraciones formuladas en virtud de cláusulas de exclusión. En la elaboración de las disposiciones relacionadas con la solución de controversias contenidas en las convenciones universales se asiste a una especie de transición de la inclusión a la exclusión, a saber, de las cláusulas a que se refiere el proyecto de directriz 1.4.6 a las cláusulas a que se refiere el proyecto de directriz 1.1.8; mientras que antes los Estados podían aceptar un procedimiento judicial obligatorio mediante una declaración, la tendencia es ahora a prever tal procedimiento y a autorizar a los Estados a excluirlo mediante una declaración unilateral. Aunque ambos tipos de cláusulas son muy semejantes desde el punto de vista político, la distinción que se hace en las directrices parece sin embargo correcta, porque unas y otras pueden recibir un trato diferente en derecho interno. Una directriz como la 1.4.6 es pues seguramente necesaria, puesto que las declaraciones en cuestión son de carácter unilateral y no corresponden a la directriz 1.4.1.

45. En lo que respecta al proyecto de directriz 1.4.7, el Sr. Hafner hace suyas las opiniones expresadas por el Relator Especial fundándose en el fallo dictado recientemente en la causa *Compétence en matière de pêcheries*. Sin embargo, cabría también alegar en este caso que la definición de las reservas excluye ya tales declaraciones, porque no guardan relación directa con un tratado sino con una declaración formulada en virtud de un tratado. Bastaría pues con referirse a ellas en el comentario, aunque en este caso preciso el Sr. Hafner podría aceptar una directriz aparte.

46. En cuanto al proyecto de directriz 1.4.8, el Sr. Hafner duda de que las cláusulas a que se refiere requieran una directriz propia; cabría asociarlas a las declaraciones formuladas en virtud de una cláusula facultativa a que se refiere el proyecto de directriz 1.4.6, sin confundirlas sin embargo. Estas cláusulas son muy semejantes, hasta el punto de que en el artículo 20 de la Carta Social Europea están reunidas en una disposición. El ejemplo de la Carta europea de lenguas regionales o minoritarias es algo más complejo de las que se indica en el informe, como demuestran las voluminosas declaraciones formuladas por los Estados en virtud de dicha cláusula. Así, el párrafo 2 del artículo 2 y el artículo 3, que se ha de leer a la luz del artículo 2, se refieren a diferentes tipos de declaraciones: las previstas en el párrafo 202 del informe y las que son objeto del artículo 3 de la Carta puesto que, antes de formular una declaración, los Estados deben declarar en virtud del artículo 3, del que el Sr. Hafner da lectura, en qué idioma se aplicará la Carta. Seguramente, una decla-

ración formulada en virtud del párrafo 1 de este artículo 3 no corresponde al proyecto de directriz 1.4.8, puesto que en ese artículo no se da opción a los Estados Partes. Se la podría incluir entre las cláusulas a que se refiere el proyecto de directriz 1.4.6, pero siguen existiendo dudas puesto que ese artículo no autoriza a los Estados a aceptar una obligación sino que se les obliga a indicar el campo de aplicación de la Carta. Así pues, si todas las demás cláusulas se recogen en directrices separadas, cabe preguntarse si no sería también necesario prever las «declaraciones unilaterales formuladas de conformidad con una cláusula que obliga a un Estado a definir el campo de aplicación de un tratado».

47. En lo que respecta al proyecto de directriz 1.7.5, el Sr. Hafner lo juzga aceptable, aunque estima que la segunda frase no es necesaria. En cambio, no comparte la opinión expresada por el Relator Especial en el párrafo 99 de su informe respecto del artículo 31 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986: las palabras «las partes» se han interpretado en efecto siempre como aplicables a todas las partes en un tratado y, como consecuencia, si algunas partes sólo desean concertar un acuerdo sobre una interpretación determinada del tratado, se tratará entonces de un acuerdo inter se y no corresponderá al artículo 31.

48. En conclusión, el Sr. Hafner recomienda que se dé traslado al Comité de Redacción de los proyectos de directriz 1.1.8, 1.4.6, 1.4.7, 1.4.8 (este último podría ir unido al proyecto de directriz 1.4.6, aunque no se han de refundir ambos), 1.7.1 y 1.7.5.

49. El PRESIDENTE propone, para utilizar mejor el tiempo de que dispone el Comité de Redacción, que se le remitan provisionalmente los proyectos de directriz 1.7.1, 1.7.2, 1.7.3 y 1.7.4, que están estrechamente vinculados entre sí, en la inteligencia de que algunos miembros deben todavía formular comentarios al respecto y de que el Comité tendrá debidamente en cuenta las observaciones que se formulen en sesión plenaria. Esta solución permitiría al Comité comenzar su labor y el Presidente dice que, si no se formulan objeciones, entenderá que la Comisión acepta su propuesta.

Así queda acordado.

50. El Sr. GAJA (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que los miembros del Comité de Redacción sobre las reservas a los tratados son: el Sr. Pellet (Relator Especial), el Sr. Baena Soares, el Sr. Brownlie, el Sr. Economides, el Sr. Elaraby, el Sr. Kamto, el Sr. Pambou-Tchivounda, el Sr. Rosenstock, el Sr. Simma, el Sr. Tomka y el Sr. Rodríguez Cedeño, que es miembro ex officio.

51. El Sr. BROWNLIE se refiere al proyecto de directriz 1.1.8 y concuerda con el Sr. Hafner en que las reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión son efectivamente muy semejantes a las reservas negociadas.

52. El Sr. HE observa que, según se desprende del debate habido en sesión plenaria, los proyectos de directrices 1.7.1 y 1.7.2 deben figurar en la Guía de la práctica. Junto con los comentarios que les acompañan en el

cuerpo del informe, permitirán a los profesionales del derecho, comprendidos los diplomáticos y los juristas no especializados, ver con mayor claridad un gran número de cuestiones complejas.

53. En cuanto al proyecto de directriz 1.7.2, sobre las alternativas a las reservas, y al párrafo 83 del informe, la primera categoría, la de las cláusulas restrictivas, corresponde a lo que la Sra. Higgins llama *clawback clauses*⁹. A juicio del Sr. He, estas excepciones se pueden incluir también en la segunda categoría propuesta por el Relator Especial, la de las «cláusulas de excepción» contempladas en la definición contenida en el proyecto de directriz 1.7.2 y en los párrafos 83 y 140 del informe. Teniendo en cuenta sin embargo las cláusulas de excepción, que se utilizan abundantemente en los tratados, sería aconsejable recogerlas como categoría diferente en los procedimientos que permiten cualificar los efectos de las disposiciones de un tratado. Otra solución para subrayar su importancia consistiría en añadir las palabras «o excluir dicha aplicación» después de la palabra «generales» que figura en la definición de las cláusulas de excepción en el proyecto de directriz 1.7.2.

54. El Sr. He observa que el Relator Especial propone dos variantes para el título de la directriz 1.7.4 y estima que se debe elegir la segunda, «Acuerdos entre Estados que tienen la misma finalidad que las reservas», porque ofrece la ventaja de ser más general, ya que abarca todos los acuerdos, incluidos las reservas bilateralizadas y las enmiendas y los protocolos que pueden concertar ciertas partes en el tratado.

55. En lo que concierne a la nueva directriz prevista por el Relator Especial en el párrafo 143 de su informe, el Sr. He concuerda en que no es esencial pero, para tratar exhaustivamente el tema, cabría desarrollar las cuestiones citadas en el comentario.

56. Por último, el Sr. He observa que los proyectos de directriz 1.1.8, 1.4.6 y 1.4.7 se proponen con objeto de completar los proyectos de directrices ya adoptados con carácter provisional y propone que se los remita al Comité de Redacción para que éste mejore el texto y determine el lugar que habrán de ocupar en la Guía de la práctica.

57. El Sr. SIMMA se refiere a las declaraciones formuladas en virtud de una cláusula de exclusión (*opting out*) y estima que la referencia al artículo 17 de la Convención de Viena de 1969 en el párrafo 148 del informe induce a confusión. Este artículo concierne en efecto la adhesión a ciertas partes de un tratado solamente y, según se desprende del texto del artículo y del comentario de la Comisión, existe una diferencia a efectos de la Convención entre un Estado que sólo se adhiere a una parte de un tratado en virtud del artículo 17 y un Estado que se adhiere en principio a la totalidad de un tratado, pero con ciertas reservas que se rigen por los artículos 19 y siguientes.

58. En cuanto a su interpretación del apartado b del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 y de la observación formulada a este respecto por el Relator

Especial, el Sr. Hafner ha citado el ejemplo interesante de una convención multilateral que excluye las reservas pero permite ciertas declaraciones. Si se estima erróneamente que estas declaraciones son reservas, se obtiene una contradicción entre las diversas disposiciones del tratado. Más generalmente, el Sr. Simma pregunta al Relator Especial de qué sirve llamar declaración a una reserva si prácticamente ninguna de las disposiciones de la Convención relativas a las reservas se le aplica. Si el Relator Especial mantiene su posición, quizá podría establecer la distinción entre las declaraciones que excluyen la aplicación de ciertas disposiciones del fondo del tratado y las que excluyen la aplicación de ciertos procedimientos y que serían pues diferentes de las reservas.

59. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA no está seguro, al igual que el Relator Especial, de que sea posible deducir del hecho de que un tratado sólo autoriza reservas determinadas que prohíbe todas las demás.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2633.ª SESIÓN

Miércoles 7 de junio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

Las reservas a los tratados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. B, A/CN.4/508 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.599)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. ECONOMIDES estima que el capítulo II del quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/508 y Add.1 a 4), que versa sobre las alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas, merece especial elogio. Por cuanto sabe, es la primera vez que se emprende un estudio tan completo y brillante de un tema difícil y

¹ Véase el texto del proyecto de directrices aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en sus períodos de sesiones 50.º y 51.º en Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 470.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

⁹ R. Higgins, «Derogations under human rights treaties», *The British Year Book of International Law*, 1976-1977, pág. 281.

casi desconocido y el resultado será sin duda un instrumento de referencia inapreciable.

2. Refiriéndose a las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, que aprobó la Comisión en su 49.º período de sesiones³, el orador señala que siempre había considerado prematura, por no decir precipitada, la iniciativa de la Comisión a este respecto, pero está de acuerdo con la propuesta que el Relator Especial hace en el párrafo 18 de su informe, es decir, que la Comisión reexamine esas conclusiones preliminares tan pronto como termine el examen del conjunto de las cuestiones de fondo relativas al régimen de la reserva.

3. En cuanto al objetivo del proyecto de directrices, hay acuerdo general en que no se debe modificar el régimen de las reservas establecido en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Sin embargo, todo error, ambigüedad u omisión que la Comisión observe en dicho régimen se debe rectificar utilizando para ello el proyecto de directrices, que no sólo debe aclarar y puntualizar el tema, que evoluciona rápidamente, sino también ofrecer soluciones prácticas a problemas existentes y subsanar las eventuales omisiones.

4. Un problema importante que no se ha resuelto todavía satisfactoriamente es la definición de reserva, especialmente a la luz de ciertas propuestas nuevas del Relator Especial. Según la definición de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, una reserva es una declaración unilateral que tiene por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones de un tratado. Sin embargo, el verbo «modificar» se puede entender de dos maneras, una restrictiva y otra extensiva, mientras que una reserva se considera siempre restrictiva, característica que se pone de relieve en los proyectos de directriz 1.1.5, 1.1.6, 1.4.1 y 1.4.2. El propio Relator Especial señala en el párrafo 118 de su informe que las reservas sólo pueden limitar las obligaciones convencionales de sus autores. El orador opina pues que se debe modificar la definición que figura en las Convenciones de Viena para poner más claramente de manifiesto el hecho de que las reservas son siempre restrictivas.

5. Los procedimientos descritos en los proyectos de directriz 1.7.1 a 1.7.4 no tienen nada que ver con las reservas, aunque a veces cumplen una función análoga. Además, la mayoría de las directrices no están relacionadas con las declaraciones unilaterales, sino con las cláusulas convencionales o los acuerdos suplementarios entre las partes en un tratado. Es evidente por lo tanto que no entran en el mandato de la Comisión.

6. Se plantea sin embargo la cuestión de si responden a una finalidad útil. En relación con la directriz original 1.7.1, titulada «Alternativas a las reservas», el orador está de acuerdo con la objeción del Sr. Pambou-Tchivounda al verbo «cualificar», que se presta a diversas interpretaciones: restrictiva, extensiva o intermediaria. Conviene sustituir ese verbo por otro que tenga connotaciones restrictivas como «limitar», «restringir», «reducir» o «disminuir».

7. Se debe suprimir el tercer apartado de la primera parte del proyecto de directriz 1.7.2, relativo a las cláusulas facultativas, que contradice la moción misma de reserva, puesto que las partes interesadas consienten de hecho en asumir obligaciones que no se les imponen, de modo que no limitan sus obligaciones sino que las aumentan. Estas cláusulas no se pueden pues describir como alternativa a las reservas.

8. La segunda parte del proyecto de directriz 1.7.2 está también demasiado alejada de la definición aceptada de reserva, especialmente en términos de técnica jurídica. Es preferible por lo tanto omitir los procedimientos enumerados, que los asesores jurídicos de los Estados y de las organizaciones internacionales conocen de todos modos perfectamente.

9. El proyecto de directriz 1.7.3, que versa sobre las cláusulas restrictivas, es superfluo puesto que su contenido está recogido ya en el primer procedimiento mencionado en el proyecto de directriz 1.7.2. El proyecto de directriz 1.7.4 se debe suprimir también por las mismas razones que la segunda parte del proyecto de directriz 1.7.2. El orador piensa por tanto, como el Sr. Hafner, que los proyectos de directriz 1.7.3 y 1.7.4 no tienen cabida en la Guía de la práctica.

10. Por último, el orador propone que el proyecto de directriz 1.7.1 y los dos primeros apartados del proyecto de directriz 1.7.2 se combinen en la directriz siguiente:

«Los Estados y las organizaciones internacionales pueden recurrir a procedimientos distintos de las reservas para restringir los efectos de las disposiciones de un tratado en su aplicación a las partes contratantes, como la inserción en un tratado:

- »a) De cláusulas restrictivas que limiten el objeto, el alcance o la aplicación de las obligaciones resultantes del tratado;
- »b) De cláusulas de excepción que permitan a las partes contratantes eludir la aplicación de las obligaciones creadas por el tratado en determinadas hipótesis y por un período limitado.»

11. La directriz propuesta iría por supuesto acompañada de un comentario de fondo bien argumentado que contenga todo el material útil que figura en las observaciones actuales a los proyectos de directriz 1.7.1 a 1.7.4.

12. El Sr. GALICKI estima que la cuestión del carácter exclusivamente restrictivo de las reservas se había debatido exhaustivamente en el Comité de Redacción y éste había observado que había casos en los que las reservas tenían por objeto ampliar el significado de ciertas disposiciones, por ejemplo las reservas formuladas por algunos países de Europa oriental a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. El texto que propone el Relator Especial es pues preferible porque abarca todas las posibles situaciones.

13. El Sr. BROWNLIE está de acuerdo en que numerosas reservas tienen por objeto restringir el alcance de las disposiciones, pero en términos analíticos la finalidad de una reserva es modificar esas disposiciones. La utilización de la metáfora física de restricción o extensión es superficial y no describe la manera en que los Estados se

³ Véase 2630.^a sesión, nota 17.

comportan ni permite identificar su motivación, que consiste en cambiar el significado de un instrumento para adaptarlo a sus propios intereses.

14. El Sr. GOCO está de acuerdo con el Sr. Economides en que la decisión de formular conclusiones preliminares sobre el tema de las reservas a los tratados parecía en su momento un tanto prematura. El Gobierno de Filipinas, en su respuesta a las conclusiones preliminares, ha expresado cierta inquietud, pero sólo emitirá un juicio cuando se presente la versión definitiva de la Guía de la práctica.

15. El Sr. ROSENSTOCK sugiere que el Sr. Economides modifique las primeras palabras de la nueva directriz que propone, de modo que diga: «Se facilita la cualificación de los efectos de las disposiciones de un tratado».

16. El Sr. ECONOMIDES había considerado siempre que las reservas se han de entender en sentido restrictivo, porque los Estados generalmente hacen reservas para suprimir algún elemento en una cláusula de un tratado. Durante sus 35 años de servicio en el Departamento Jurídico del Ministerio Griego de Relaciones Exteriores nunca vio una reserva que ampliase las obligaciones contenidas en un tratado. Los procedimientos que se consideran pertenecientes a esta categoría no son generalmente reservas en sentido estricto sino declaraciones unilaterales que van más allá de las obligaciones previstas en el tratado, como se dice además en los proyectos de directriz 1.4.1 y 1.4.2. El concepto de reserva restrictiva está pues perfectamente establecido.

17. El Sr. PELLET (Relator Especial) señala que la decisión que tomó la Comisión en relación con los proyectos de directriz 1.1, 1.1.6, 1.4.1 y 1.4.2 había cerrado el debate sobre esta cuestión.

18. El Sr. BAENA SOARES está verdaderamente impresionado por la meticulosa investigación efectuada por el Relator Especial y por el alcance de las directrices propuestas. La Guía de la práctica tiene por objeto servir de consulta y de orientación a los Estados y será tanto más eficaz cuanto más fácil sea su comprensión.

19. Se pregunta si, una vez definidas las reservas y las declaraciones interpretativas, sería adecuado ampliar el texto para incluir los proyectos de directrices 1.7.1, 1.7.2 y 1.7.5. No cabe duda de que es útil examinar los procedimientos, distintos de las reservas, que permiten cualificar las disposiciones de un tratado, pero si el contenido de esas directrices se recogiese en las observaciones se preservarían la continuidad y la «vocación utilitaria» de la Guía de la práctica, en palabras del propio Relator Especial. En el informe se establece con toda claridad la validez de esos procedimientos que, al igual que las reservas, persiguen el equilibrio entre preservar la finalidad y el objeto del tratado y atraer al mayor número posible de Estados partes.

20. El razonamiento y los ejemplos del Relator Especial justifican plenamente el texto del proyecto de directriz 1.1.8 propuesto en el párrafo 167, que versa sobre las reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión.

21. El orador comparte la opinión que el Relator Especial expresa en el párrafo 168 sobre las «reservas negociadas», es decir, que sería inadecuado incluir un proyecto de directriz sobre el tema. Lo mismo opina del proyecto de directriz contenido en el párrafo 177. La cuestión a que se refiere, es decir, las declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula de exclusión después de la entrada en vigor del tratado, se podría tratar ampliamente en las observaciones.

22. En cuanto al documento de trabajo sobre las reservas a los tratados de derechos humanos⁴ preparado por la Sra. Françoise Hampson para la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el orador es partidario de promover el diálogo sobre un tema de interés común para ambos órganos, siempre que la labor realizada sea complementaria y que no interfiera con el mandato de la Comisión. La información mutua y la coordinación son esenciales, no sólo en este caso, sino también cuando otros organismos internacionales, en especial los órganos encargados de la supervisión de tratados de las Naciones Unidas, abordan temas que forman parte del programa de trabajo de la Comisión.

23. El Sr. DUGARD estima que el Relator Especial debería aclarar la distinción entre las cláusulas restrictivas y las cláusulas clawback mencionadas en la primera nota del párrafo 83 del informe. El hecho de que las reservas se puedan utilizar para limitar obligaciones en materia de derechos humanos en los tratados multilaterales es causa de considerable inquietud y a ello se refiere el documento de trabajo de la Sra. Hampson. Pero, como el Relator Especial ha señalado acertadamente, también es posible reducir esas obligaciones con cláusulas insertadas en los propios tratados de derechos humanos. Estas cláusulas reciben el nombre de cláusulas restrictivas o clawback. En la nota, el Relator Especial tiende a confundir las dos. En el caso de las cláusulas restrictivas, un órgano encargado de la supervisión decide si una parte en un tratado tiene derecho a restringir las obligaciones en interés de la salud pública, la seguridad nacional, laboral, etc. La cláusula clawback ha sido correctamente definida, no por Rosalyn Higgins⁵, sino por Gittleman, quien la describe como «una disposición que permite al Estado restringir los derechos concedidos en la medida en que el derecho interno lo permite»⁶. Un ejemplo de cláusula de esta clase, que difiere fundamentalmente de una cláusula restrictiva, es el artículo 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en la que se dice que: «No se privará a nadie de libertad salvo por las razones y en las condiciones previamente establecidas en la ley». Se trata de una restricción muy seria, porque permite al propio Estado decidir si queda vinculado por las obligaciones impuestas por el tratado.

24. Como las reservas a los tratados de derechos humanos están adquiriendo importancia en los debates de la Comisión, el orador opina que se les debe prestar más atención. De ahí que sea importante incluir el proyecto de

⁴ *Ibíd.*, nota 19.

⁵ Véase 2632.ª sesión, nota 9.

⁶ R. Gittleman, «The African Charter on Human and Peoples' Rights: A legal analysis», *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, n.º 4 (1982), págs. 667 y ss., en particular pág. 691.

directriz 1.7.3, en el que se indica que las cláusulas restrictivas y las cláusulas clawback no son reservas.

25. El Sr. PELLET (Relator Especial) resume el debate empezando por varios puntos de carácter general.

26. El Sr. Kateka y hasta cierto punto el Sr. Lukashuk han afirmado que la Comisión nunca había tomado posición sobre la forma definitiva del proyecto. Estrictamente hablando es cierto. Nunca quiso forzar la mano de la Comisión para que ésta tomase una decisión formal sobre el producto terminado, pero siempre dijo claramente que prefería un instrumento de codificación flexible que sirviese de referencia a los Estados para su práctica en materia de reservas. Esta es la razón que ha inspirado la Guía de la práctica. Siempre había interpretado de esta manera la decisión que la Comisión tomó en su 47.º período de sesiones⁷. No es imposible que se pueda extraer un proyecto de protocolo de la Guía de la práctica, aunque el orador no es personalmente partidario de que así se haga, pero, en su forma actual, el proyecto de directrices no se presta a la inserción en un tratado. Si se hubiese de convertir en un tratado, el proyecto tendría que ser objeto de una importante revisión. En el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre el trabajo realizado en su 51.º período de sesiones se dice claramente la forma que la Guía de la práctica debe adoptar⁸.

27. Ello conduce a una cuestión suscitada por el Sr. Elaraby, y en parte también por el Sr. Kabatsi, sobre el grado de detalle. Dada la naturaleza del tema, la Comisión tiene obligatoriamente que entrar en más detalles que si se tratase de un proyecto de convención. Después de todo, hay convenciones ya vigentes, sobre todo la Convención de Viena de 1969, que contienen disposiciones sobre las reservas. El objeto del orador es tratar más específicamente el tema, lo que exige necesariamente un trato detallado. Algunos proyectos de directrices reiteran sencillamente el contenido de la Convención, lo que parece indispensable por razones prácticas; los Estados podrán así disponer con la Guía de la práctica de un panorama completo del derecho en materia de reservas, pero no hay razón para que siga siendo tan general como la Convención. La situación es única en su género: la Comisión nunca ha vuelto a examinar un tema del que ya se había ocupado para precisarlo más. En los trabajos preparatorios de la Convención se habían expuesto numerosas ideas acerca de las reservas y el orador trata sencillamente de desarrollarlas. De lo contrario, el ejercicio no tendría ninguna utilidad.

28. Se ha suscitado la cuestión de la colaboración con los órganos de derechos humanos. Como la Comisión de Derechos Humanos no ha confirmado la decisión de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de nombrar a la Sra. Françoise Hampson Relatora Especial, se plantea un problema⁹. El orador se proponía preguntarle si estaría de acuerdo en diversos

temas que se podrían debatir, aunque no está del todo seguro del terreno que pisa.

29. En cuanto al avance de su labor, el orador explica que presentará nuevo material en la segunda parte del período de sesiones. El tema se ha revelado mucho más complejo de lo que inicialmente se pensaba. Confía poder presentar en el 53.º período de sesiones, en 2001, un informe completo sobre la licitud de las reservas, pero queda excluido que pueda presentar otro el siguiente período de sesiones sobre los efectos de las reservas lícitas o de la sucesión de Estados. En otras palabras, el estudio del tema tiene dos años de atraso y no será posible recuperar el tiempo perdido. Merece la pena indicar que algunos de los problemas planteados por el derecho en materia de reserva a los tratados no figuran en la lista de su primer informe¹⁰, en particular la cuestión de la interpretación de las reservas a los tratados. Tendrá que hallar la manera de incluir esta cuestión, quizá en el capítulo sobre los efectos de las reservas.

30. Varios miembros tienen la impresión de que el orador es hostil a las reservas, mientras que otros opinan que es firmemente partidario de ellas. En realidad, su actitud al respecto es totalmente neutral. Las reservas constituyen un avance en derecho internacional porque permiten a los Estados aprobar un tratado en su conjunto y conservar al mismo tiempo cierta libertad de acción. No está de acuerdo con el Sr. Kamto: no incumbe a la Comisión preservar la integridad de los tratados; debe, por el contrario, promover soluciones razonables de modo que el derecho en materia de reservas opere lo mejor posible sin dañar la esencia del tratado.

31. El Sr. Lukashuk, el Sr. Pambou-Tchivounda y el Sr. Ronsenstock han interpretado erróneamente sus propuestas, todas las cuales, aparte del proyecto de directriz 1.1.8, tienen por objeto liquidar problemas intrigantes, «elementos» que se asemejan a las reservas. Algunos de ellos, difíciles de identificar en derecho internacional, son declaraciones unilaterales que podía haber examinado al mismo tiempo que las secciones «cajón de sastre» de los años precedentes. No lo hizo porque tenía en mente la idea de las cláusulas *opting in* y *opting out* y no es fácil diferenciar ambas. Con estas dos cláusulas, los Estados formulan declaraciones unilaterales. A juicio del orador, si esas declaraciones unilaterales constituyen reservas, deben figurar en la sección 1.1 del proyecto, y de ahí el proyecto de directriz 1.1.8. Si se piensa que no lo son, habrá que insertarlas en el «cajón de sastre», es decir, la sección 1.4. Sin embargo, siguen existiendo procedimientos que no se pueden excluir enteramente de la Guía de la práctica y que no son declaraciones unilaterales. Uno, por lo menos, es verdaderamente muy semejante a las reservas: las reservas bilateralizadas (proyecto de directriz 1.7.4). De hecho, las reservas bilateralizadas son acuerdos y es preciso recogerlas en alguna parte de la Guía. No es de imaginar que quienes utilicen la Guía se referirán sistemáticamente al comentario, de igual modo que quienes utilizan la Convención de Viena de 1969 no se remiten sistemáticamente a las observaciones de la Comisión¹¹. El orador se opone por lo tanto a recoger absolutamente todo en sus observaciones.

⁷ Véase Anuario... 1995, vol. II (segunda parte), pág. 111, doc. A/50/10, párr. 487 b.

⁸ Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), doc. A/54/10, párr. 457.

⁹ Véase Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2000, Suplemento n.º 3 (E/2000/23), cap. II, secc. B, decisión 2000/108, y párrs. 467 y 468.

¹⁰ Véase 2632.ª sesión, nota 6.

¹¹ Anuario... 1966, vol. II, págs. 205 y ss.

32. La otra razón de que haya preparado el proyecto de directriz 1.7.3, relativo a las cláusulas restrictivas, es que esta clase de cláusulas, que tienen por objeto limitar el alcance del tratado, figuran en el propio tratado y no son evidentemente reservas, aunque algunos autores las llamasen antiguamente así, por ejemplo Fitzmaurice, Secelle y Zoricic. El uso terminológico actual es todavía muy ambiguo; se siguen empleando términos como «competencia nacional» o «reservas de no arbitrabilidad» y el orador ha previsto a estos efectos el proyecto de directriz especial 1.7.3. A ello obedece que haya establecido una distinción entre cláusulas restrictivas y reservas bilateralizadas, que son simples ejemplos del proyecto de directriz 1.7.2. En respuesta al Sr. Gaja, el orador reitera que los «extraños animales» a que se había referido son simplemente cláusulas restrictivas que tienen exclusivamente cabida en la directriz 1.7.3, que a su vez proviene del primer apartado del proyecto de directriz 1.7.2. El orador asegura a los miembros que los proyectos de directrices que empiezan por 1.4 y 1.7 tienen por objeto librar a la Comisión de todo ello y hacerlo definitivamente. En la parte de su quinto informe, que se examinará en la segunda parte del período de sesiones, los miembros observarán que es a veces necesario volver a esas alternativas. Por ejemplo, un Estado no puede utilizar una alternativa para desdecirse de la prohibición de una reserva tardía. Por lo tanto, la definición de estas alternativas será útil más adelante. La parte siguiente de ese informe comprende un proyecto de directriz en la que se dice que un Estado no puede, por medio de ciertas alternativa a las reservas o la interpretación de reservas anteriores, prescindir de la norma según la cual no se puede efectuar una reserva después de haber expresado el consentimiento a quedar vinculado por el tratado. Ello demuestra que el proyecto de alternativas a las reservas no es inútil, puesto que adquirirá utilidad más tarde.

33. En cuanto a las observaciones del Sr. Simma y del Sr. Rosenstock, según el apartado b del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, las cláusulas relativas a las reservas deben excluir todas las reservas que no estén autorizadas. El orador piensa a este respecto en muchas reservas del Consejo de Europa. Es éste un tema que el apartado b del artículo 19 abarca claramente. El Sr. Rosenstock parece pensar que es posible oponerse a estas reservas. El orador no está de acuerdo. Aunque en el artículo 20 de la Convención no se especifica expresamente, cuando una reserva está expresamente autorizada en un tratado, no podrán formularse objeciones contra ella. Este punto se aclarará cuando se examine la cuestión de las objeciones a las reservas.

34. En respuesta a una pregunta del Sr. Hafner, el orador señala que no ha excluido las reservas *ratione personae* ni las reservas *ratione temporis*. Está sin embargo un tanto perplejo porque había pensado que las reservas de no reconocimiento que excluyen la aplicación a una entidad no reconocida son efectivamente reservas y el Sr. Hafner ha dicho que no lo son. El orador ha modificado su propuesta en consecuencia, pero todavía no sabe bien a qué atenerse.

35. El Sr. Simma desea establecer una distinción entre las cláusulas de exclusión diciendo que las declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula de exclusión en relación con el fondo son reservas, mientras

que las declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula de exclusión en relación con el procedimiento no lo son. El orador sigue difícilmente el razonamiento del Sr. Simma. La distinción se puede establecer, pero ¿por qué la conclusión es afirmativa en un caso y negativa en el otro? Se pregunta a qué razones obedece la propuesta. No tiene nada que oponer al compromiso, siempre que tenga una base lógica.

36. En definitiva, la única oposición real a sus propuestas corresponde al proyecto de directriz 1.1.8, pero todavía no ha escuchado ninguna objeción convincente y no entiende cómo la Comisión puede decir que una declaración unilateral efectuada en virtud de una cláusula de exclusión no es una reserva. Se podría alegar que, si fuese una reserva, podría estar sujeta desde ciertos puntos de vista a un régimen jurídico determinado, lo que ya sucede en parte en el artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 y el orador está de acuerdo a este respecto. Sin embargo, ningún miembro ha presentado un argumento convincente que demuestre que estas declaraciones no son reservas. Quizá el Comité de Redacción pueda mitigar el proyecto de directriz 1.1.8.

37. El PRESIDENTE observa que la Comisión ha concluido el debate del quinto informe del Relator Especial y sugiere que, como hay opiniones divergentes sobre el tratamiento de algunos de los proyectos de directrices, se remitan todos ellos al Comité de Redacción.

38. El Sr. ROSENSTOCK entiende que esta decisión no obsta a la posición de los miembros sobre la conveniencia o no de incluir determinadas directrices.

39. El PRESIDENTE confirma que la interpretación del Sr. Rosenstock es correcta. Si nadie se opone, entenderá que la Comisión está de acuerdo en remitir todos los proyectos de directrices al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Actos unilaterales de los Estados (conclusión*)
(A/CN.4/504, secc. C, A/CN.4/505¹², A/CN.4/511¹³)

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL¹⁴ (conclusión*)

40. El Sr. GALICKI felicita al Relator Especial por el esfuerzo que ha desplegado para tener en cuenta el mayor número posible de opiniones divergentes expresadas por los miembros de la CDI y de la Sexta Comisión y deplora que el tercer informe (A/CN.4/505) no haya podido reflejar las respuestas al cuestionario enviado a los gobiernos en septiembre de 1999¹⁵. También es de lamentar el número relativamente pequeño de respuestas recibidas.

* Reanudación de los trabajos de la 2630.ª sesión.

¹² Véase la nota 2 supra.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Véase el texto del proyecto de artículos incluido en su tercer informe en 2624.ª sesión, párr. 35.

¹⁵ Véanse 2624.ª sesión, párr. 36, y 2628.ª sesión, párr. 11.

41. En cuanto a las observaciones y propuestas contenidas en el tercer informe, la diferencia principal entre la definición anterior y la nueva definición de actos unilaterales consiste en que se ha suprimido la condición de que esos actos han de ser «autónomos». Además, «la intención de adquirir obligaciones jurídicas en el plano internacional» se ha sustituido por «la intención de producir efectos jurídicos» y la exigencia de «formulación pública» por la condición de que el acto ha de ser de conocimiento del Estado o de la organización internacional de que se trate. Por último, se ha abandonado la opción de actos unilaterales «multilaterales», que era un paso acertado. El orador aprueba la supresión del párrafo 3 del antiguo artículo 4 en el texto que ahora se propone como nuevo proyecto de artículo 3; la inclusión de una fórmula extraída del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 no parece adecuada en este contexto. La decisión de suprimir el antiguo artículo 6, que versaba sobre la expresión del consentimiento, como se explica en el párrafo 125 del informe, parece enteramente aceptable, aunque se excluye así la cuestión del silencio como medio para formular un acto jurídico unilateral.

42. El criterio adoptado para reformular los artículos 1 a 7 propuestos en el segundo informe¹⁶ tiene el serio inconveniente de que, casi en todos los casos, el Relator Especial se ha sentido obligado a tomar partido por uno solo de los grupos de opinión que se manifestaron en la CDI y en la Sexta Comisión. Esta dificultad se observa ya en relación con la definición propuesta de actos unilaterales. Ni en la práctica de los Estados ni en la doctrina existe una definición precisa y unificada de acto unilateral y hay un número limitado de fallos judiciales internacionales que no son además particularmente útiles. Esta situación obedece sobre todo a la tendencia, que también se observa en algunas de las respuestas al cuestionario, de reunir demasiadas categorías de actos diferentes bajo el mismo encabezado. Las respuestas de El Salvador e Italia, en particular, abarcan una variedad excesiva para que tengan una utilidad práctica real. La verdad, como reconoce el Relator Especial en el párrafo 41 de su tercer informe, es que los actos unilaterales pueden adoptar toda una variedad de formas. Por consiguiente, parece absolutamente indispensable definir el alcance del proyecto de artículos y el orador no puede aceptar la decisión del Relator Especial de sustituir sencillamente la definición del alcance por un artículo que pretende definir los actos unilaterales. Tal definición, situada al comienzo del proyecto y acompañada de una lista de los actos que quedan excluidos de su alcance, por ejemplo los actos de las organizaciones internacionales, los actos plurilaterales y los actos formulados en virtud de regímenes convencionales, facilitaría luego la definición de lo que verdaderamente constituye un acto unilateral del Estado.

43. Se han expresado diversas opiniones contradictorias sobre la conveniencia de conservar la noción de «autonomía» en la definición de actos unilaterales. Aunque el término «autonomía» no sea quizá enteramente satisfactorio, no se puede descartar completamente la idea de que la no dependencia es una característica de los actos unilaterales. También se podría quizá resolver este

problema mediante la inclusión de una disposición adecuada que defina el alcance del proyecto de artículos.

44. Las dificultades que plantea la definición de actos unilaterales y la formulación de los siguientes artículos no son casuales. Como el Sr. Simma ha indicado, la dificultad reside en que, al utilizar el acto unilateral, el Estado espera obtener un grado de libertad mayor que el que obtendría con las normas más rígidas y perfectamente establecidas del derecho internacional de los tratados. Si tal fuese la intención, es decir, si el atractivo de los actos unilaterales residiese precisamente en su relativa flexibilidad y ausencia de formalidad, habría que volver a plantearse la cuestión de si existe la necesidad y hay fundamento jurídico suficiente para codificar las normas que rigen los actos unilaterales. A juicio del orador, no se ha dado todavía una respuesta definitiva a esta cuestión.

45. En el cuestionario se invitaba a los gobiernos a indicar en qué medida estimaban que las normas de la Convención de Viena de 1969 se podrían adaptar *mutatis mutandis* a los actos unilaterales. La respuesta más equilibrada a esta pregunta, en la que se reconocía que muchas de las normas de la Convención se podrían adaptar en efecto así, pero se prevenía también contra su transferencia automática, llegó de Argentina. Los cambios introducidos en el antiguo artículo 4 (nuevo artículo 3), relativo a las personas autorizadas para formular actos unilaterales en nombre del Estado, son compatibles con este criterio y el orador acepta pues dicho artículo.

46. Por otra parte, el nuevo proyecto de artículo 5 requiere un detenido examen en cuanto a la medida en que las normas existentes sobre nulidad de los tratados son aplicables a los actos unilaterales. Por ejemplo el error, tradicionalmente incluido entre las causas de nulidad de los tratados, ¿debe recibir igual trato en el caso de los actos unilaterales? Como ha demostrado el debate habido en la Comisión en el actual período de sesiones, la redacción del apartado g, que versa sobre los actos unilaterales que contradicen una decisión del Consejo de Seguridad, se ha de estudiar más detalladamente. En todo caso, hay que especificar que la disposición se refiere exclusivamente a las decisiones tomadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. El orador abriga serias dudas en cuanto al apartado h del nuevo proyecto de artículo 5; en el contexto del párrafo 1 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, la expresión «una norma de importancia fundamental de su derecho interno» tiene un significado enteramente distinto.

47. En conclusión, tanto el proyecto de artículos como el informe mejorarían grandemente si se efectuase un análisis a fondo de la práctica de los Estados existente en materia de actos unilaterales. La futura labor del Relator Especial ganaría si efectuase un nuevo esfuerzo para estudiar esta cuestión, quizá con cierta ayuda externa. En suma, no tiene nada que oponer a que se dé traslado de los nuevos proyectos de artículo 1 a 4 del Comité de Redacción, pero estima que el nuevo proyecto de artículo 5 se ha de seguir examinando, de preferencia en el Grupo de Trabajo.

48. El Sr. BROWNLIE reconoce el esfuerzo desplegado por el Relator Especial para adaptar su criterio inicial a las opiniones expresadas en la Comisión, pero señala

¹⁶ Véase 2624.ª sesión, nota 4.

que el problema principal de la metodología adoptada hasta la fecha reside en que los actos no dependientes o autónomos no pueden surtir efectos jurídicos en ausencia de una reacción de otros Estados, aunque esa reacción sea solamente el silencio. La reacción puede adoptar la forma de aceptación —ya sea expresa o tácita— o de rechazo. Otro problema, que no se propone abordar en la fase actual, es la posibilidad de coincidencia con el caso en que el comportamiento del Estado representa un acuerdo informal. Por ejemplo, el caso *Statut juridique du Groënland oriental*, que algunos autores consideran un ejemplo clásico de acto unilateral, se podría también describir como un caso de acuerdo informal entre Noruega y Dinamarca. Estos problemas de clasificación se pueden generalmente resolver con una cláusula de salvaguardia.

49. El estoppel entraña también una reacción de otros Estados al acto unilateral inicial. En el caso *Temple de Préah Vihéar*, por ejemplo, se consideró que Tailandia, por su comportamiento, había aceptado la línea en el mapa del anexo I. Aunque el episodio entrañaba sin duda alguna un comportamiento o un acto unilateral de Tailandia, el comportamiento de ese país se consideró oponible a Camboya. En otras palabras, se había creado un marco de relación entre los dos Estados.

50. Estas consideraciones conducen al orador a una cuestión general relacionada con la definición del tema y, en particular, la naturaleza del comportamiento desencadenante o del factor de conexión. El concepto de declaración se ha descartado, pero la expresión misma «actos unilaterales» es probablemente demasiado restrictiva. Todo depende del comportamiento del Estado desencadenante y de otros Estados —en otras palabras, de la relación entre un Estado y otros Estados—. La cuestión general conexa de la prueba de intencionalidad es una razón más para definir el factor de conexión o el comportamiento desencadenante en términos bastante amplios. La noción de «acto» es demasiado restrictiva. La situación jurídica no se puede juzgar sencillamente en función de un solo «acto». El contexto y los antecedentes del llamado «acto unilateral» tendrán a menudo importancia desde el punto de vista jurídico.

51. En este contexto, las referencias al efecto del silencio pueden significar también que no se ha logrado clasificar eficazmente el problema. Es preciso evaluar el silencio en un contexto determinado y en relación con cierto acto desencadenante y no el silencio por se o aislado.

52. Una diferencia general entre el tema que se examina y el derecho de los tratados es que, en el caso de los tratados, existe una distinción razonablemente clara entre el comportamiento desencadenante —el tratado— y el análisis jurídico de las consecuencias. En el caso de un acto o de un comportamiento unilateral, es a menudo difícilísimo separar el comportamiento o el acto precipitante y el proceso de creación de un resultado jurídico. El caso *Temple de Préah Vihéar* puede servir también para ilustrar esta observación.

53. El Sr. MOMTAZ felicita al Relator Especial por haber aceptado atacar el tema extraordinariamente complejo que se examina y dice que la dificultad con que tropiezan muchos países para responder al cuestionario reside en la gran variedad de actos unilaterales y en que

la práctica de los Estados en la materia no ha sido todavía nunca objeto de un examen sistemático. A este respecto, el orador sugiere que se invite a los Estados que no hayan respondido todavía al cuestionario a citar ejemplos extraídos de su propia práctica. No cabe ninguna duda de que esta información, en especial proveniente de Estados destinatarios, sería sumamente útil al Relator Especial para su futura labor.

54. En relación con el fondo del tercer informe, el Relator Especial podría quizá haber prestado más atención en sus referencias a la doctrina a las opiniones de autores que escriben en francés y a este respecto el orador menciona un artículo del Sr. Economides¹⁷.

55. El acto unilateral es un instrumento de la actividad diplomática cotidiana que sustituye útilmente al compromiso contraído por tratado. Como medio para soslayar los obstáculos ideológicos y políticos que a menudo se oponen a la concertación de tratados entre Estados, es irremplazable. Por lo tanto, es oportuno y juicioso a la vez identificar las normas consuetudinarias que rigen la práctica de los Estados y defenderlas para obtener una mayor estabilidad en las relaciones internacionales.

56. Las respuestas al cuestionario recibidas hasta la fecha confirman la existencia de una fuerte relación entre el proyecto de artículos que se examina y la Convención de Viena de 1969. En particular, esa Convención podría servir de base a las disposiciones relacionadas con la interpretación de los actos unilaterales y con su validez. Al mismo tiempo, como el Relator Especial ha señalado acertadamente, existe una diferencia entre la naturaleza de un tratado y la de un acto unilateral. A ese respecto, es oportuno recordar que, en los casos *Essais nucléaires*, la CIJ había descartado la idea de que un acto unilateral tuviese un fundamento consensual. En esas circunstancias y con excepción de la interpretación y la validez de los actos unilaterales, toda referencia que se haga a la Convención se debe hacer con gran prudencia y flexibilidad. En cuanto al tema del estoppel, el orador remite a la opinión expresada por Jacqué en el sentido de que, a diferencia del acto unilateral, el factor fundamental en el caso del estoppel es el comportamiento del destinatario. En cambio, en el caso del acto unilateral, el comportamiento del destinatario no añade nada, salvo excepcionalmente, a la fuerza vinculante del acto¹⁸. El mismo autor desarrolló el tema de las estipulaciones de terceros, punto que merece más atención.

57. El Relator Especial tiene razón en distinguir entre un simple hecho jurídico y un acto jurídico. Un hecho jurídico internacional es algo a lo que el orden internacional atribuye consecuencias jurídicas, mientras que un acto jurídico o un acto unilateral es una manifestación de voluntad de un sujeto de derecho internacional, trátase de un Estado o de una organización internacional. En cuanto a la definición de actos unilaterales en el nuevo proyecto de artículo 1, el orador está enteramente de acuerdo

¹⁷ C. Economides, «Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international», *Annuaire français de droit international*, vol. 34 (1988), pág. 131.

¹⁸ Véase J.-P. Jacqué, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

con la opinión expresada en el párrafo 36 del informe sobre la validez del criterio de la intención del Estado autor. A este respecto, se refiere una vez más a los fallos de la CIJ en los casos *Essais nucléaires*, en los que la Corte hacía hincapié en la intención de quedar vinculado del autor del acto.

58. En un estudio, Charpentier señala que, cuando se habla de la autonomía de un acto o compromiso unilateral, se sobreentiende que el valor jurídico sólo se puede determinar por referencia a la intención normativa del autor¹⁹. En otras palabras, el autor del acto unilateral debe tener la intención de comprometerse y de imponerse cierta línea de conducta obligatoria. En los casos *Essais nucléaires*, la CIJ identificó la autonomía como un elemento importante de los actos unilaterales y en el párrafo 63 de su informe el Relator Especial lo hace también. La existencia de intención en el autor del acto unilateral basta pues para que el acto surta efectos jurídicos y el carácter vinculante del compromiso contraído por acto unilateral se funda en la autonomía de la voluntad del autor. Parece innecesario recurrir a conceptos como el *estoppel* y la buena fe para justificar la fuerza vinculante de los actos unilaterales.

59. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que el autor de un acto unilateral no puede imponer obligaciones a otro Estado. El ejemplo citado en el párrafo 58, la Ley Helms-Burton²⁰, es muy adecuado y también cabría citar a este respecto la Ley sobre las sanciones contra Irán y Libia (Ley D'Amato-Kennedy)²¹. Como el Relator Especial señala al citar un estudio de Skubiszewski en el párrafo 52 de su informe, el acto unilateral activa sencillamente ciertos deberes del Estado en virtud del derecho internacional²². Como ejemplo valga citar la declaración de guerra o un acto por el que un Estado anuncia el comienzo de un conflicto armado internacional y como consecuencia del cual los Estados neutrales están obligados a permitir que los buques de guerra del Estado beligerante inspeccionen sus navíos comerciales en alta mar a fin de comprobar que no transportan contrabando de guerra para entrega en territorio enemigo.

60. Los nuevos proyectos de artículo 1 y 2 no crean ninguna dificultad. El orador está de acuerdo con las observaciones del Sr. Kamto (2630.ª sesión) en relación con el nuevo proyecto de artículo 3 y desea preguntar una vez más por qué las instituciones gubernamentales, en especial los órganos legislativos y plenarios, no tendrían derecho a formular actos unilaterales. Piensa en el parlamento y en los órganos y consejos que surgen espontáneamente después de un período de inestabilidad interna, que reúnen en sus manos el poder y que pueden ejercer la soberanía en espera de que se establezcan instituciones permanentes. En la República Islámica del Irán, el Consejo Revolucionario cumplió esta función después de

la caída del antiguo régimen y formuló numerosos actos unilaterales en el período de transición.

61. En relación con el nuevo proyecto de artículo 5, el orador comparte la opinión del Sr. Economides de que debería ir precedido de una disposición en la que se especificasen las condiciones en las que los pactos unilaterales son válidos. Además, se debería añadir una disposición sobre la incapacidad del Estado que formula un acto unilateral. Todo compromiso unilateral de un Estado que sea incompatible con el estatuto objetivo de ese Estado carecería evidentemente de validez jurídica. Por ejemplo, si un Estado neutral formula un acto unilateral que no es compatible con sus obligaciones internacionales en materia de neutralidad, el acto sería nulo.

62. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA admira la excelente descripción del acto unilateral como instrumento de la actividad diplomática cotidiana que ha hecho el Sr. Momtaz, pero no está tranquilo cuando éste sigue diciendo que puede dicho acto reemplazar un compromiso convencional. Estas dos técnicas son absolutamente independientes en lo que respecta a la eficacia, la utilidad práctica e incluso la cronología. Existen al mismo tiempo, pero una no condiciona de ninguna manera la otra ni la sustituye por ningún concepto.

63. El Sr. MOMTAZ estima que se puede considerar que un acto unilateral sustituye al compromiso convencional cuando el contexto político reinante impide a dos Estados concertar un tratado.

64. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) resume el debate y da las gracias a los miembros por sus observaciones. Se ha reafirmado claramente la importancia del tema y se ha reconocido que los actos unilaterales se utilizan cada vez con más frecuencia en las relaciones internacionales pero se han expresado ciertas dudas, tanto en la Comisión como en las respuestas de los gobiernos al cuestionario, sobre la posibilidad de elaborar reglas comunes para todos los actos unilaterales. Hasta cierto punto el orador abriga la misma duda y sin embargo la definición y las normas generales relativas a la formulación de actos unilaterales contenidas en el informe se aplican a todos los actos unilaterales del Estado. Intentará clasificar reglas específicas aplicables a los diversos actos unilaterales en su próximo informe. Una categoría podría estar constituida por los actos mediante los cuales el Estado contrae obligaciones y otra por los actos mediante los cuales el Estado adquiere, rechaza o reafirma un derecho. Un miembro ha sugerido esta clasificación de los actos. Otro ha dicho que, una vez clasificados los actos, habría que examinar los efectos jurídicos y todo lo relativo a la aplicación, interpretación y duración de los actos por los que el Estado contrae obligaciones.

65. Los proyectos de artículo 1 a 4 se deben remitir al Comité de Redacción para que éste los examine teniendo en cuenta las observaciones formuladas en relación con cada uno de ellos y el Grupo de Trabajo debe continuar su estudio a fondo del nuevo proyecto de artículo 5 y explorar también la idea de que vaya precedido de unas disposiciones sobre las condiciones de validez.

66. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 1, algunos miembros observan una evolución entre el criterio des-

¹⁹ J. Charpentier, «Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences», en *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, edición de J. Makarczyk, La Haya, Kluwer Law International, 1996, págs. 367 a 380, en particular pág. 371.

²⁰ Véase 2629.ª sesión, nota 9.

²¹ *International Legal Materials*, vol. XXXV, n.º 5 (septiembre de 1996), pág. 1274.

²² K. Skubiszewski, «Les actes unilatéraux des États», edición de M. Bedjaoui, *Droit international: Bilan et perspectives*, t. 1, París, Pedone, 1991, págs. 246 y 247.

criptivo adoptado en el primer informe²³ y la formulación actual mucho más amplia. La transición fue necesaria pero, a causa de ella, la reacción de los Estados al artículo puede ser diferente de la posición que habían adoptado en el cuestionario. Se ha sugerido que el orador sigue demasiado el razonamiento de la Comisión. El orador tenía naturalmente sus propias ideas desde el comienzo, pero no habría sido práctico tratar de imponerlas. Lo que cuenta es obtener un consenso, piense lo que piense personalmente el orador. Por ejemplo, por deferencia a la opinión mayoritaria, ha suprimido en la definición ciertos términos que, a su juicio, habría convenido conservar.

67. Algunos miembros se han referido a la posible tautología de las expresiones «manifestación de voluntad» e «intención» en el nuevo proyecto de artículo 1, pero existe una diferencia clara entre el primer término, que describe la formulación efectiva del acto, y el segundo, que describe el sentido que el Estado da a la formulación de dicho acto. Los dos son complementarios y conviene conservar ambos.

68. «Efectos jurídicos» es una noción más amplia que la de «obligaciones» que el orador había utilizado en su primer informe y que no abarca ciertos actos unilaterales. Algunos miembros han declarado, sin embargo, que dicho concepto es excesivamente amplio y que se deben utilizar las palabras «derechos y obligaciones». Este es un punto que podría examinar el Comité de Redacción.

69. El proyecto de artículos versa sobre la formulación de actos unilaterales por el Estado, pero ello no significa que sea imposible dirigirlos, no sólo a otros Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, sino también a las organizaciones internacionales. Se le ha preguntado luego por qué no pueden ser destinatarias otras entidades. Es una cuestión interesante, aunque le preocupa en cierto modo la tendencia que se observa en todo el sistema de las Naciones Unidas y no sólo en la Comisión a incluir entidades distintas de los Estados en las relaciones internacionales. En realidad, el régimen de responsabilidad se aplica exclusivamente a los Estados y no sería quizá adecuado que entidades distintas del Estado o de una organización internacional adquieran ciertos derechos como resultado de las obligaciones que el Estado asume. El Grupo de Trabajo podría examinar este punto en la segunda parte del período de sesiones.

70. La mayoría de los miembros ha propuesto que se suprima la palabra «inequívoca» pero el orador sigue pensando que es útil y conviene mantenerla, aunque sólo sea en las observaciones, para explicar que la manifestación de voluntad ha de ser clara.

71. La frase «que es del conocimiento», utilizada en lugar de la referencia anterior a la publicidad, es más amplia y más adecuada, pero se ha señalado que es difícil determinar en qué momento el Estado tiene conocimiento de algo y se ha propuesto que la frase final que contiene esta expresión se sustituya por una cita de la Convención de Viena de 1969 que indique que el acto se rige por el derecho internacional.

72. Algunos miembros han mencionado la posibilidad de reinsertar un artículo sobre el alcance del proyecto,

como el orador propuso en su segundo informe, y si la mayoría de los miembros está de acuerdo, el Comité de Redacción tendrá que elaborar tal artículo en plena conformidad con el artículo 1, que contiene la definición de actos unilaterales. También se ha propuesto reintroducir la cláusula de salvaguardia que existía en el anterior artículo 3 y que tenía por objeto evitar la exclusión de otros actos unilaterales pero, a juicio del orador, la definición actual del acto unilateral es suficientemente amplia.

73. No se ha formulado ninguna crítica de fondo contra el nuevo proyecto de artículo 2. El párrafo 2 del nuevo proyecto de artículo 3 es una novedad y representa cierto progreso en derecho internacional puesto que dice que, aparte de los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, hay otras personas a las que se puede considerar habilitadas para actuar en nombre del Estado. La idea parece haber sido generalmente aceptada, aunque el Comité de Redacción podría examinar las cuestiones suscitadas por las expresiones «la práctica seguida por los Estados interesados» y «otras circunstancias».

74. El empleo de la palabra «expresamente» en el nuevo proyecto de artículo 4 le da un carácter más restrictivo que su equivalente de la Convención de Viena de 1969. Ello ha suscitado ciertos comentarios y la mayoría de los miembros se han declarado partidarios de armonizar de nuevo el texto con ese instrumento. El Grupo de Trabajo podría examinar también este asunto.

75. El Grupo de Trabajo examinará también a fondo el nuevo proyecto de artículo 5 relativo a la nulidad de los actos unilaterales. Un miembro ha formulado la propuesta muy interesante de que el apartado g del artículo se refiera, no simplemente a una decisión del Consejo de Seguridad, sino a una decisión tomada por ese órgano en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. El orador había evitado deliberadamente esta especificación porque, sin ella, el apartado abarca también las decisiones tomadas por el Consejo cuando establece comités de investigación en virtud del Capítulo VI. Se podría también debatir este punto. Un miembro se ha referido a la necesidad de indicar quién puede invocar la nulidad de un acto y de hacer, por lo tanto, una distinción entre las diversas causas de nulidad.

76. Se han formulado diversas observaciones sobre el estoppel y el silencio. No hay razones importantes que inciten a incluirlos en un examen de la formulación de los actos unilaterales, pero a juicio del orador es preciso recogerlos en el contexto del comportamiento del Estado, por lo que deben figurar en un futuro informe que versará sobre los efectos jurídicos de los actos.

77. Sin entrar en detalles sobre el contenido de su próximo informe, desea indicar que el Grupo de Trabajo ha examinado detenidamente las declaraciones unilaterales por las que los Estados ofrecen garantías de seguridad negativas; ciertos Estados consideran algunas de estas declaraciones actos jurídicos y otros Estados las consideran actos políticos. Aunque hay muchos actos de esta clase documentados, es difícil saber cómo los interpretan los Estados. También es difícil por tanto analizar la práctica de los Estados. Se ha dicho que esta práctica no ha sido debidamente reunida y catalogada y se hará lo posible por hacerlo en el futuro de modo que sirva de referencia en el próximo informe.

²³ Véase 2624.ª sesión, nota 6.

78. El Sr. GOCO señala que una decena de Estados ha respondido el cuestionario y que sus respuestas ayudarán a puntualizar el trabajo realizado sobre el tema y preguntan si se puede extraer de ellas alguna pauta.

79. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) indica que algunas de las respuestas contenían críticas sobre la manera de abordar el tema. Ello obedece a la fase actual del estudio; quizá, cuando el análisis avance, los Estados consideren más fácil aceptarlo. En algunas respuestas, los Estados reconocen la existencia de esos actos en su propia práctica. Otras respuestas eran más doctrinales y académicas y se referían a las diversas categorías de actos unilaterales. En todo caso, las respuestas recibidas han sido muy útiles y la sugerencia que se le ha hecho de que elabore una adición a las observaciones se tendrá en cuenta en una etapa ulterior.

80. El PRESIDENTE indica que, si no se formulan objeciones, entenderá que la Comisión acepta la propuesta del Relator Especial.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2634.^a SESIÓN

Jueves 8 de junio de 2000, a las 10.05 horas.

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación*)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

* Reanudación de los trabajos de la 2623.^a sesión.

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que prosigan el examen del tema de la responsabilidad de los Estados sobre la base de la sección B del capítulo I del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) señala que, de conformidad con el planteamiento aprobado por la Comisión, el capítulo II de la segunda parte del proyecto de artículos trata de las diversas formas que puede revestir la reparación desde el punto de vista de las obligaciones del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito. En el texto que se aprobó en primera lectura, aparte de las seguridades y garantías de no repetición, se preveían tres formas de reparación, a saber: la restitución en especie, la indemnización y la satisfacción. Además, las disposiciones del párrafo 2 del artículo 42 aprobadas en primera lectura y relativas a la culpa concurrente y la atenuación de la responsabilidad tienen cabida en el capítulo II más que en el capítulo I, puesto que se trata de restricciones de las formas de reparación. Por lo demás, en su segundo informe el entonces Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, había propuesto un artículo sobre los intereses³, artículo que fue objeto de duras críticas y que finalmente se desechó porque se estructuraba en torno a elementos no esenciales más que en torno a los intereses propiamente dichos. Del debate que se sostuvo a la sazón se desprende que la mayoría de los miembros de la Comisión admitían la existencia de un principio general a favor del pago de intereses y que si entonces se hubiese presentado una disposición apropiada a la Comisión, ésta la habría aprobado. Por ello propone un nuevo artículo sobre los intereses. Al propio tiempo ha suprimido la referencia a los intereses en el nuevo artículo 44 que propone.

3. Con respecto a los artículos 42 y 43, ningún Estado ha propuesto que se supriman disposiciones de estos artículos. Por supuesto, se han formulado críticas en cuanto a su enunciado, en particular por lo que se refiere a las excepciones que figuran en el artículo 43, y los Estados también han pedido que las disposiciones referentes a ciertas cuestiones, como la indemnización, sean más detalladas, pero han hecho suya la idea de que la restitución, la indemnización y la satisfacción constituyen tres formas distintas de reparación y, de manera general, han ratificado la posición adoptada en primera lectura en cuanto a la relación que vincula esas formas. Cabe señalar sin embargo que en su tercer informe ha tratado de la cuestión de esa relación y, en particular, de la relación entre la restitución y la indemnización, porque todavía está bastante controvertida en la doctrina.

4. En el artículo 43 aprobado en primera lectura se sentaba el principio de la prioridad de la restitución en especie y se preveían cuatro excepciones. La restitución se considera la primera forma de reparación y la indemnización como una forma supletoria que debe utilizarse en la

³ Véase 2616.^a sesión, nota 5.

medida en que la restitución no repare íntegramente el perjuicio. El Relator Especial indica, de paso, que ha preferido utilizar el término *restitution* en vez de *restitution in kind* en el texto inglés, a fin de evitar todo malentendido, pero que, por supuesto, no se opondrá a que se continúe hablando de «restitución en especie» en el texto español. Efectivamente, habida cuenta del contexto del tenor del artículo 43, no hay posibilidad de confusión en cuanto al concepto.

5. Con respecto al fondo, la relación entre la restitución y la cesación constituye un problema complejo, el del contenido de la obligación de restitución en los casos en que la obligación primaria ya no tiene vigencia. Este problema se planteó en varios asuntos recientes. Por ejemplo, en el asunto *Rainbow Warrior*, la restitución no tenía objeto si la obligación subyacente no se mantenía en vigor. En cambio, en el asunto *Grand-Belt*, el problema de la restitución se planteaba en el contexto de una obligación continua de respetar la libertad de paso por el estrecho, de manera que si se hubiesen puesto trabas ilícitas a ese paso —extremo que obviamente estaba en litigio— la restitución habría sido importante. La relación entre cesación y reparación se trata en el capítulo I y esta cuestión se presta al análisis teórico, pero no tiene por qué mencionarse en el artículo, aun cuando pueda desarrollarse en el comentario. Ahora bien, la relación entre restitución e indemnización es más importante por lo que se refiere al enunciado. Por su parte, el Sr. Arangio-Ruiz ha defendido enérgicamente la idea de que la restitución es la forma de reparación por antonomasia y que las demás formas no son más que sustitutos en los casos en que aquélla no es posible. El problema que suscita esta postura es que en la gran mayoría de los casos la forma de reparación que se utiliza efectivamente es la indemnización. Sea como fuere desde el punto de vista teórico, las cuestiones individuales sólo pueden resolverse teniendo en cuenta las circunstancias del caso y, en particular, las reglas primarias, porque muchas veces el Estado que pide la restitución está tratando de obtener con ello algo a lo que tal vez no tenga derecho. Así, por ejemplo, en el caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, este último país tenía la obligación de poner fin a ciertos procedimientos judiciales, pero no de disponer que no pudiesen incoarse procedimientos ulteriormente en virtud de otra modificación de su legislación. Asimismo, el Estado que tiene la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental o de hacer una notificación antes de iniciar una actividad puede no hacerlo, pero tiene perfectamente el derecho de ejercer esa actividad. En esos casos el vínculo entre la violación y lo que se pretende obtener con la restitución es indirecto y contingente, y ello incide en el análisis a que debe proceder la instancia competente. Las reservas que ha suscitado la prioridad atribuida a la restitución obedecen al temor de que se pida a los Estados que «deshagan» cuanto han hecho en el marco de una actividad lícita invocando una violación accesoria del derecho internacional. Personalmente, cree que los problemas que plantean esas situaciones pueden resolverse sin negar la prioridad de la restitución. En el marco de las relaciones entre Estados, la restitución sigue siendo la primera forma de reparación, en particular cuando va asociada a una obligación continua, y este aspecto debe destacarse claramente en el artículo 43 y en el comentario, porque,

de no ser así, los Estados, ofreciéndose a pagar, podrían eludir la ejecución de sus obligaciones internacionales. La confusión que a este respecto impera en la doctrina se origina de una tendencia a mezclar la restitución en las relaciones entre Estados y la cuestión de la restitución en caso de expropiación. Efectivamente, cuando se trata de expropiación, el Estado de acogida tiene un dominio eminente sobre su territorio y sus recursos, y ello afecta la aplicación del principio de la restitución. La única decisión favorable a una restitución íntegra en este contexto es el fallo dictado en el asunto *Texaco*, fallo que en su día fue muy criticado; en la práctica, significa que debe abonarse una indemnización de una cuantía superior. Estas cuestiones pueden dejarse a un lado porque se refieren al contenido de la obligación primaria de fondo en la esfera de la expropiación y tienen que ver con la relación entre inversionistas y Estados importadores de capitales; no se refieren a la responsabilidad tal como ésta se trata en la segunda parte del proyecto de artículos y no justifican que se prevean excepciones a la postura adoptada en primera lectura, a saber, que la restitución es el modo de reparación prioritario.

6. Las excepciones a la restitución que se enumeran en los apartados a a d del artículo 43 aprobado en primera lectura han sido criticadas por los gobiernos porque, según ellos, vaciaban de contenido la regla enunciada en la frase preliminar del artículo. El Relator Especial propone que se supriman dos de esas cuatro excepciones.

7. La primera excepción, a saber, la imposibilidad material, a la que se refiere el apartado a, se acepta universalmente: ni siquiera el derecho internacional exige lo imposible y se considera que este apartado es satisfactorio.

8. La segunda excepción, es decir, el caso en que la restitución entrañaría la violación de una obligación dimanante de una norma imperativa del derecho internacional general (apartado b), se ha criticado por diversos motivos. Francia, por ejemplo, en la época en que formuló sus observaciones, no aceptaba la noción de norma imperativa⁴. Ahora bien, la crítica más pertinente es que era prácticamente imposible imaginar una situación en que la restitución entrañaría la violación de una obligación dimanante de una norma imperativa del derecho internacional general, sobre todo cuando la restitución se contempla en su relación con la cesación y con una obligación que permanece en vigor. Cabe considerar, sin embargo, que las circunstancias que excluyen la ilicitud previstas en el capítulo V de la primera parte se aplican también a la segunda y una de esas circunstancias se refiere al respeto de las normas imperativas. Por ello, una situación tal como la que se prevé en el apartado b del artículo 43, aunque pudiera existir en la práctica, quedaría cubierta por las disposiciones del capítulo V. Por ello se propone que se suprima ese apartado b.

9. La tercera excepción, o sea, el caso en que la restitución impondría una carga desproporcionada en relación con la ventaja que conseguiría el Estado lesionado con la restitución en especie en lugar de la indemnización, estriba en un principio razonable consagrado en los sistemas jurídicos nacionales. Efectivamente, cuando el restablecimiento del statu quo ante, aunque sea posible, tendría

⁴ Véase 2613.ª sesión, nota 3.

consecuencias tan graves que sería totalmente desproporcionado en relación con la ventaja que reportaría a la parte lesionada, resulta legítimo descartar la restitución y autorizar la indemnización que, por supuesto, debe ser íntegra. Por regla general, esas situaciones no se presentan en el marco de hechos ilícitos continuos. El Sr. Brownlie ha insistido muchas veces en que el principio de que se trata debía aplicarse en el contexto de la obligación primaria y teniendo en cuenta la forma en que ésta se manifestaba en el caso particular. El Relator Especial considera que debe conservarse el apartado c y propone a ese respecto un enunciado muy similar al del texto aprobado en primera lectura.

10. La cuarta excepción se refiere al caso en que la restitución amenazaría gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado autor del hecho ilícito, siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie. Han suscitado muchas polémicas las palabras «siendo así que», que no figuran en la formulación inicial del Sr. Arangio-Ruiz, el cual insistía básicamente en la situación del Estado autor. En ciertas situaciones, sin embargo, precisamente lo que está en juego es la existencia del Estado lesionado. El apartado d es sin duda alguna el precepto que más se ha criticado en todo el proyecto. En opinión de la mayoría de los Estados, la situación que en él se prevé nunca ha existido y es, por consiguiente, imaginaria, y está redactado en términos tan amplios y vagos que no se acierta a ver, en cualquier caso, a qué situaciones podría aplicarse. Según el Relator Especial, la situación que prevé está incluida, de todos modos, en el apartado c; propone, pues, que se suprima este apartado d. Indica que el enunciado que propone para el conjunto del artículo sobre la restitución figura en el párrafo 146 del informe y se reproduce al final de este último. Recoge básicamente la disposición aprobada en primera lectura, con algunas simplificaciones de redacción y sin los apartados b y d.

11. El artículo 44 aprobado en primera lectura constaba de dos párrafos. El primero completa la noción de reparación en lo que se refiere al perjuicio material, pues el perjuicio moral ha de repararse mediante la satisfacción. En el segundo párrafo, la Comisión trataba de definir la indemnización, pero este párrafo contenía unas vagas referencias a los intereses y al lucro cesante en términos que no daban ninguna indicación concreta y parecían dar a entender que se trataba de elementos facultativos. Dejando a un lado la cuestión de los intereses, respecto de la cual propone un artículo distinto, es indudable que la indemnización debe abarcar todo perjuicio susceptible de evaluación económica sufrido por el Estado lesionado y que esa formulación tiene cabida en el primer párrafo. En lo esencial, el debate sobre este proyecto de artículo giraba en torno a la cuestión de saber si el enunciado relativamente sencillo de principios generales que figura en el párrafo 1, complementado por ciertos elementos del párrafo 2, debía conservarse o si era necesaria una definición más detallada de la indemnización. Según ciertos Estados y también para algunos miembros de la Comisión, esta disposición era demasiado sucinta; la fijación del importe de la indemnización planteaba muchos problemas, la práctica a ese respecto era muy abundante y la Comisión debía desarrollar esa noción. Comparado

con los artículos 43 y 45, el artículo 44 era demasiado sucinto.

12. Hay que ser prudente antes de tratar de elaborar principios más detallados con respecto a la indemnización. Se ha intentado hacerlo en los últimos años en la esfera de la indemnización en caso de expropiación y la OCDE ha trabajado en ese sentido en el marco más general de su labor sobre la protección de las inversiones. Con respecto a la expropiación, la dificultad estriba en el contenido de la regla primaria que exige una indemnización. En general, los Estados tienen derecho a expropiar bienes pertenecientes a extranjeros, siempre que lo hagan en aras del interés general y de manera no discriminatoria. En esa esfera sólo hay violación cuando el Estado se niega a abonar la indemnización que tiene la obligación de pagar en virtud del derecho internacional y de conformidad con éste. Pueden entonces plantearse cuestiones, pero no en la etapa de la fijación del importe de la indemnización. Esa distinción importante se hizo en el asunto *Usine de Chorzów* y sigue siendo válida. La Comisión debe abstenerse de enunciar el contenido de una regla primaria específica o de desarrollar la distinción entre expropiación lícita y expropiación ilícita. Si tal es su intención, debe hacerlo en el marco del tema de la protección diplomática.

13. La segunda razón por la que conviene ser prudente es que la indemnización es una noción sumamente dinámica. Los tribunales de derechos humanos iniciaron sus actuaciones con objetivos muy modestos en la materia y las indemnizaciones que concedió, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fueron en un principio muy reducidas. Recientemente, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han vuelto más audaces en lo que se refiere a la indemnización, y el Relator Especial cita en el párrafo 157 de su informe las importantes decisiones dictadas por cada una de esas instancias, en las que se advierte la influencia del fallo dictado en el asunto *Usine de Chorzów* y de los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. Por estas razones, parece justificada una formulación bastante general, ya que las indicaciones adicionales que se juzguen necesarias podrán figurar en el comentario en una forma que no inmovilice el derecho en la materia.

14. En cuanto a los límites de la indemnización, los argumentos aducidos en favor del párrafo 3 del artículo 42 aprobado en primera lectura, relativo a los medios de subsistencia, son más persuasivos en lo que se refiere a la indemnización, porque puede ocurrir que un Estado cause en otro Estado un perjuicio catastrófico que no era previsible cuando se cometió el hecho ilícito. Los ordenamientos internos resuelven la cuestión de diversas maneras, en primer lugar recurriendo a la noción de causa directa, respecto de la cual la Comisión ha admitido que debía consagrarse en los proyectos de artículos sobre la reparación y sobre la indemnización, en particular. Efectivamente, algunos hechos están muy apartados del perjuicio para dar lugar a una indemnización. En segundo lugar, los ordenamientos nacionales toman en consideración los tipos de daños cubiertos por la regla primaria y, en tercer lugar, fijan límites de responsabilidad en los regímenes aplicables a ciertas actividades. Independientemente de que se elija o no el planteamiento firme previsto en el párrafo 163 del informe, parece que la cuestión debe ser resuelta

caso por caso por el tribunal competente o por los propios Estados en su legislación.

15. Volviendo a la cuestión del lucro cesante, el Relator Especial indica que el hecho de mencionar el concepto en el cuerpo del artículo sin dar más precisiones equivaldría a llamar la atención sobre el problema. Por ello, propone una versión simplificada del artículo 44 en el párrafo 165, quedando entendido que en el comentario se explicaría que en ciertas circunstancias el lucro cesante puede dar lugar a una indemnización: ello dependerá del contenido de la regla primaria de que se trate y de los hechos del caso. Si la Comisión desea que se redacte sobre esa cuestión una disposición más elaborada, el Relator Especial se complacerá en acatar ese deseo, pero pedirá instrucciones muy precisas.

16. El Sr. BROWNLIE observa que a la Comisión le queda todavía muchísimo por hacer para agotar un tema que es sumamente importante pero que no se presta bien a la reglamentación. No cree mucho en el éxito de las actividades normativas, pero piensa que, en la mayoría de los casos, la mejor manera de evaluar y utilizar los datos de la experiencia consiste en reunir indicios más bien que en remitirse a reglas supuestamente generales. Por ello no son mucho de su agrado los métodos que desembocan en la elaboración de varias series de proposiciones en apariencia generales. Ahora bien, resulta que la Comisión tiene un mandato. Debe, pues, en este caso, ultimar reglas útiles que vayan debidamente acompañadas de cláusulas restrictivas a fin de evitar las generalidades que, al parecer, caracterizan la parte del informe que se está examinando.

17. Advierte con satisfacción que el Relator Especial reconoce la importancia de las reglas primarias, pero lamenta que no haya sacado de ello las consecuencias que parecen evidentes. No basta con admitir el principio según el cual las reglas primarias desempeñan un papel muy importante en la determinación del fundamento y de la naturaleza de la indemnización, del fundamento de los intereses, por ejemplo. Hace falta también clasificar los casos en los cuales esas reglas se aplican.

18. Refiriéndose al problema conexo de las fuentes, señala que el informe debería haberse basado menos en la doctrina y más en la jurisprudencia, en particular en los laudos. Lamenta especialmente que no se haya mencionado el laudo dictado en el arbitraje Aminoil-Kuwait, en el que entraban en juego toda una serie de acuerdos interdependientes, de lo cual se desprende que el derecho aplicable está constituido por los propios acuerdos. Y es cierto que la reparación depende de la rama del derecho de que se trate. Lo mismo puede decirse de la restitución.

19. Precisamente, tratándose de la restitución, no está convencido de que la restitución sea la forma primera de la reparación. Hay a este respecto una gran incertidumbre. De hecho, si se atribuye a las reglas primarias la importancia práctica que deben tener, no hace ninguna falta determinar si la restitución es o no es una forma de reparación generalmente aplicable, la forma primera de la reparación. El problema puede resolverse de otra manera. Una vez más, resulta perfectamente posible evitar las fórmulas demasiado generales redactando cláusulas restrictivas, a menos que las reglas primarias

consideradas contengan en sí mismas la solución. En cuanto a las fuentes, advierte que también en este caso convendría basarse más en la jurisprudencia, pero siempre que se actúe con circunspección porque el derecho aplicable no se enuncia siempre claramente, como demuestra el caso de las reclamaciones sometidas al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Además, considera que poco importa que el derecho aplicable sea o no el derecho internacional general. Tal vez habría que indicar en el comentario que hay asuntos que pueden resolverse por la vía de una declaración de los derechos o de una decisión declaratoria dictada por un tribunal sin que ello dé lugar a una restitución propiamente dicha, por ejemplo, a la obligación de retirarse de un territorio en los casos de litigios territoriales.

20. Por último, desapueba que se mencionen los daños y perjuicios de carácter punitivo y el perjuicio moral en el marco de la «satisfacción».

21. El Sr. GAJA dice que las propuestas del Relator Especial le parecen en general muy convincentes y que, de todos modos, constituyen un progreso en relación con los textos correspondientes aprobados en primera lectura. Piensa que la Comisión no tiene más elección que enunciar reglas que se originen de las decisiones judiciales y de los laudos. Pero el problema estriba en que esas reglas sólo se aplican ocasionalmente.

22. Refiriéndose al nuevo artículo 43 que se propone, en relación con la restitución, se pregunta a qué personas remiten las palabras «los lesionados» que se emplean en el apartado c. ¿Se refieren al Estado, como preveía la antigua disposición correspondiente? ¿Abarcan también a los particulares, por ejemplo, cuando la obligación violada afecta el trato de los extranjeros o derechos fundamentales? Si tal es el caso, ¿debe hacerse la restitución a otro Estado o al particular vulnerado o aun al Estado en beneficio de este último? Debería modificarse la redacción del apartado c, a fin de suprimir toda referencia a la entidad vulnerada. ¿Mas es posible limitar la responsabilidad de los Estados a las relaciones interestatales y hacer caso omiso de los particulares?

23. Tratándose la cuestión de la imposibilidad material, no se muestra convencido por las explicaciones que da el Relator Especial en el párrafo 141 por lo que se refiere, en particular, a los asuntos relativos a la pena de muerte. Tampoco se muestra convencido por el argumento que se aduce en el párrafo 142, según el cual puede excluirse la restitución en el caso en que el Estado demandado podría haber conseguido de manera lícita un resultado similar o idéntico en la práctica sin violar la obligación; esto vale sobre todo para las obligaciones de naturaleza procedimental. Podría aducirse que si existe un medio lícito de alcanzar un resultado dado, el hecho de que el Estado demandado no haya recurrido a ese medio no lo exime, por sí mismo, de la obligación de restitución. El Estado debe poner en funcionamiento ese medio. La restitución es posible y el problema de la desproporción no se plantea. No se trata de saber en qué consiste la restitución, que dependerá del contenido de las reglas primarias. Más bien se trata de saber si la violación de una obligación justifica la restitución.

24. El Sr. HAFNER tiene dudas respecto de los dos proyectos de artículo que se han propuesto, en particular respecto del proyecto de artículo 43, que se refiere a la restitución. Resulta que la restitución es una obligación, a la que se aplican, por ese mismo hecho, todas las disposiciones del proyecto de artículos que se está elaborando, incluso las que tienen que ver con las circunstancias que excluyen la ilicitud. Cabe preguntarse, en tal caso, cuáles son las consecuencias de ello. Si surge una circunstancia que excluye la ilicitud, el Estado queda eximido de la obligación de restituir, pero no de la obligación de indemnizar, por ejemplo, porque evidentemente subsiste la obligación original. ¿Cuál es entonces la relación entre las disposiciones referentes a las circunstancias que excluyen la ilicitud y las disposiciones referentes a la restitución en su relación con la indemnización? ¿Cuál es la relación entre el caso de imposibilidad material a que se refiere el artículo 43 y el de fuerza mayor, por ejemplo? ¿Ha de considerarse que las excepciones de la restitución sustituyen a las circunstancias que excluyen la ilicitud en cuanto *lex specialis* o que las disposiciones referentes a las circunstancias que excluyen la ilicitud se suman a esas excepciones?

25. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), refiriéndose a este último extremo, contesta que si se considera establecida una de las condiciones enunciadas en el artículo 43, queda extinguida la obligación de proceder a la restitución; sólo se plantea el problema de la indemnización; en cuanto a las circunstancias que excluyen la ilicitud enumeradas en la primera parte del proyecto de artículos, suponiendo que sean aplicables en todos los casos, surten el efecto, en particular, de suspender durante un tiempo la ejecución de la obligación. Así ocurre, por ejemplo, en una situación de peligro extremo y en caso de fuerza mayor. Pero también puede ocurrir que la duración de esa suspensión sea suficientemente larga para que la obligación se extinga. En la jurisprudencia siempre se han disociado el mantenimiento de la obligación original y la exención de la ejecución de la obligación en un momento determinado.

26. Su parecer es que, en general, las circunstancias que excluyen la ilicitud complementan las excepciones enunciadas en el artículo 43. Por consiguiente, la imposibilidad de proceder a la restitución remite a una imposibilidad permanente más bien que a una imposibilidad temporal.

27. El Sr. LUKASHUK da las gracias al Relator Especial, que ha presentado un informe muy circunstanciado. Hace suya la orientación general que ha seguido el Relator Especial y le parece que los textos propuestos para los artículos 43 y 44 son más fáciles de aplicar que los textos aprobados en primera lectura, porque están más cerca de la realidad.

28. Se reserva el derecho de referirse más detalladamente a las propuestas del Relator Especial.

29. El Sr. ECONOMIDES piensa que la cuestión de la reparación sólo puede reglamentarse de una manera general y con mucha prudencia, dejando que la práctica, en particular la jurisprudencia tanto internacional como interna, se encargue de ultimar los detalles de aplicación. No le han convencido los argumentos, que le parecen

insuficientes, del Relator Especial en favor de la supresión de las palabras «en especie» después de las palabras «restitución». Las nuevas disposiciones que propone el Relator Especial son menos precisas que las que se aprobaron en primera lectura. Por ejemplo, el artículo 43 no dice a quién debe hacerse la restitución. Implícitamente, se supone que debe hacerse al Estado lesionado. Ahora bien, en un texto tan importante como ese, hay que ser muy preciso. El artículo 44 adolece del mismo defecto, pues se ha descartado la relación bilateral entre el Estado responsable y los Estados lesionados, que se indicaba claramente en las disposiciones antiguas. Es dudoso que las circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho se apliquen también en la parte que se está examinando y esta cuestión debe estudiarse con mucho detenimiento. Por lo demás, en estos artículos del proyecto no se utiliza la noción de Estado responsable. Se sabe naturalmente que el Estado es responsable porque ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, las nociones de responsabilidad internacional y de Estado responsable deberían ocupar un lugar preponderante en ese marco. Por último, el Sr. Economides se reserva su posición en cuanto a la eliminación de dos excepciones en el artículo 43. No es que sea partidario de esas excepciones, pero todavía no ha podido llegar a una opinión definitiva y se reserva el derecho de referirse a ellas más adelante.

30. El PRESIDENTE advierte que los proyectos de artículos se han formulado de tal manera que garanticen al Estado lesionado el derecho a elegir un modo de reparación. Podría considerarse que el autor del hecho ilícito también tiene derecho a ejercer una elección. El Presidente pregunta al Relator Especial si del párrafo 123 de su informe cabe deducir que se propone elaborar un artículo específico a ese respecto en la segunda parte bis.

31. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) contesta afirmativamente a la pregunta del Presidente. La razón por la cual se formulan los artículos en términos de obligación del Estado responsable es que de ese modo se deja abierta la cuestión de saber quién tiene derecho a invocar la responsabilidad, así como la cuestión de las opciones que pueden ejercerse en el momento de la invocación. No ha de perderse de vista que se está tratando de obligaciones para con entidades diferentes e incluso para con no entidades. Por ejemplo, la comunidad internacional en conjunto no es una persona moral, pero existen obligaciones para con ella. En ciertas situaciones, son varios los Estados lesionados. Hablar de obligación «para con el Estado lesionado» supone una forma puramente bilateral de responsabilidad, y no es tal el caso. En primera lectura no se ha propuesto ninguna solución para este problema. Se vuelve ahora a tratarlo en la segunda parte bis, que establece una distinción entre la obligación del Estado responsable de hacer reparación en una de las formas previstas y la invocación de esa responsabilidad por otros Estados que pueden elegir la forma de reparación. Evidentemente, es posible que el Estado lesionado prefiera la indemnización en lugar de la restitución, salvo en circunstancias excepcionales. Estas disposiciones se enmarcarán en un conjunto en que se indicará cuáles son las responsabilidades del Estado autor de la violación y, a continuación, lo que pueden hacer los Estados para invocar esas responsabilidades. La razón por la cual se consideraba que los precedentes artículos entrañaban una

elección, por ejemplo, entre la indemnización y la restitución es simplemente que se referían a un derecho, y se suponía que ese derecho entrañaba un derecho a elegir. Es evidente que en un contexto bilateral el Estado lesionado tiene derecho a ejercer esa elección y hay que decirlo expresamente en vez de darlo por descontado.

32. El Sr. SIMMA no excluye, en principio, que un Estado que no pertenezca a la categoría de Estados lesionados pueda pedir la restitución. Ahora bien, la distinción entre cesación y restitución plantea un problema difícil en lo que se refiere, por ejemplo, a las violaciones de los derechos humanos. A este respecto, el texto del comentario en su forma actual debería considerarse provisional.

33. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que queda entendido que el Estado lesionado, que ha sufrido el perjuicio, tendrá derecho a elegir el modo de reparación. En ciertas circunstancias, podrán invocar la responsabilidad otros Estados. El Sr. Gaja ha mencionado acertadamente la posibilidad de que esos Estados sustituyan, de hecho, al Estado lesionado. Por supuesto que no serían indemnizados, pero tendrían derecho a exigir no sólo la cesación, sino también la restitución. Precisamente para tener en cuenta esa posibilidad ha redactado la disposición pertinente del artículo 43 en la forma en que está ahora enunciada. Hay que equilibrar los inconvenientes para el Estado que interviene y el perjuicio sufrido por las víctimas, las personas verdaderamente afectadas por el hecho ilícito. La manera en que están enunciados los proyectos de artículos deja abierta la posibilidad de que el Estado lesionado haga valer sus derechos para sí mismo y la posibilidad de que los demás Estados defiendan esos derechos de una manera, por así decirlo, más general.

34. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, refiriéndose a la pregunta formulada por el Sr. Hafner acerca del lugar que pueda corresponder a las circunstancias que excluyen la ilicitud en las diversas formas de reparación, dice que pueden preverse dos soluciones. La primera consiste en decir que el capítulo II parte del principio de que la ilicitud no queda excluida. A partir de allí, se tratarían los diversos casos particulares de indemnización de los hechos ilícitos cometidos. La segunda consiste en abordar la cuestión en el marco de la atenuación de la responsabilidad. Tal vez en este marco pueda evocarse la preocupación que acaba de mencionarse y que él comparte.

35. Por lo que se refiere a los proyectos de artículos 43 y 44, prefiere la formulación de Roberto Ago. Por supuesto, los artículos propuestos por el Relator Especial son más concisos, pero cabe preguntarse si no está sacrificando ciertas cuestiones que no son accesorias sino esenciales. Por ejemplo, se sacrifica la excepción en el apartado d del artículo 43 aprobado en primera lectura. La consecuencia de ello es que la cuestión de saber si, llegado el caso, hay más de un Estado «afectado» por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito no halla prácticamente respuesta en el nuevo enunciado, y, sin embargo, se trata de una cuestión de fondo.

36. De igual modo, en el tratamiento global de la reparación, el Relator Especial se inclina por invertir los papeles. En el proyecto Ago, quien estaba en el banquillo en la primera parte era más bien el Estado autor del hecho

internacionalmente ilícito, mientras que en la segunda parte los focos se fijaban en el Estado lesionado. Ahora el proceso es el inverso: los artículos del proyecto empiezan con la fórmula «El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito».

37. En la primera parte se trataba de sentar unos principios. Parece lógico pensar que al enunciar las reglas que forman el tema de la segunda parte convendría rebasar los principios e ir más adelante. Para ello habría sido preferible mantener al Estado lesionado en una función más activa a fin de mostrar que es el motor principal de la reparación.

38. Hay un extremo sobre el que se muestra totalmente de acuerdo con el Relator Especial, es decir, el de suprimir las palabras «en especie». O se habla de restitución, o bien se habla de reparación en especie. Sólo se puede restituir en su integridad lo que ha sido expropiado indebidamente. No es sólo una cuestión semántica, es también una cuestión de fondo. A partir del momento en que la construcción del sistema entero descansa en la obligación internacional, todo el problema consiste en saber cómo se va a restituir lo que en cierto modo sería un derecho, es decir lo contrario de la obligación. Hay una materialidad de la cosa por restituir que no se acaba de apreciar mediante la construcción que la Comisión ha adoptado y que consiste en basar todo el sistema del derecho de la responsabilidad en la violación de la obligación internacional, es decir en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

39. La cuestión de la indemnización no se presta a un tratamiento tan condensado como el que le otorga el Relator Especial en su tercer informe. Cabe preguntarse por qué, en la disposición que propone en el párrafo 165, vuelve a introducir la restitución. La indemnización es un modo de reparación que se desprende de la restitución. Ahora bien, se crea la impresión de que el principio general es la restitución y sólo la restitución y que en el plano técnico interviene la indemnización cuando no hay restitución. Lo mismo ocurre, al parecer, en el caso de la satisfacción. En su sobriedad, estos proyectos de artículos plantean cuestiones que requieren una elaboración más a fondo por parte del Comité de Redacción.

40. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda al Sr. Pambou-Tchivounda que la segunda parte del proyecto de artículos no fue redactada por el Sr. Ago sino por el Sr. Riphagen y el Sr. Arangio-Ruiz y que, por consiguiente, no se puede saber si el Sr. Ago habría atribuido el «papel activo» al Estado lesionado o al Estado responsable en los artículos referentes a la restitución y a la indemnización. En cuanto Relator Especial, se ha empeñado sobre todo por despejar la cuestión sin pretender haberla resuelto de manera satisfactoria. Su intención era dar efecto, en el contexto de un capítulo sobre la ejecución de la responsabilidad, a lo que considera el conjunto de valores que se halla implícito en los artículos 1 y 3, recogiendo así un planteamiento que, en su opinión, había sido desechado equivocadamente por los relatores especiales anteriores.

41. El Sr. ROSENSTOCK dice que resulta muy difícil tomar posición sobre los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial sin colocarlos en el contexto

general del proyecto. Por ejemplo, es indispensable tener una visión clara de los vínculos que existen entre el artículo 40 y el resto del régimen. El enunciado del artículo 44 no puede apreciarse sino en función de lo que se diga en el comentario. Por consiguiente, sus observaciones acerca de los artículos 43 y 44 no pueden ser sino preliminares.

42. Sea como fuere, el Sr. Rosenstock aprueba la propuesta del Relator Especial de sustituir el título del capítulo II «Derechos del Estado lesionado y obligaciones del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito» por la fórmula más breve «Formas de la reparación». Este título no sólo es más corto y más sencillo, sino que también permite —como señala el Relator Especial en el párrafo 120— evitar que se cause la impresión de que los derechos de los «Estados lesionados» guardan en todos los casos una correlación estricta con las obligaciones del Estado responsable.

43. Por lo que se refiere al artículo 43, la nueva fórmula propuesta por el Relator Especial le parece aceptable, siempre que también se acepte la nueva versión del artículo 45.

44. El nuevo texto del artículo 44 le causa más problemas, porque se pregunta si al suprimir la referencia al lucro cesante no se corre el riesgo de crear situaciones equívocas. Por supuesto, como observa el Relator Especial en el párrafo 149 de su informe, esa referencia era tal vez demasiado «tibia» en la versión antigua, pero eso no era razón suficiente para suprimirla. Es imprescindible mencionar el lucro cesante, si no en forma de referencia expresa en el artículo 44, solución que sería la más acertada, por lo menos en un artículo separado o en el comentario.

45. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que parece haber un malentendido en lo que se refiere al lucro cesante. La aprobación de una segunda parte bis referente a la ejecución de la responsabilidad influirá, por supuesto, en el contenido del artículo 44. El Sr. Arangio-Ruiz ya propuso en su día dos versiones (una larga y otra corta) de ese artículo (antiguo artículo 8) en su segundo informe⁵. La versión larga planteaba problemas, porque no era mucho más explícita que la versión corta, pero además suscitaba controversias. Por ello la Comisión y el Comité de Redacción optaron por la versión corta⁶; ahora bien ésta finalmente ha sido considerada insuficiente por los gobiernos y por ciertos miembros.

46. Ahora la Comisión debe elegir entre dos soluciones: o se redacta el artículo 44 de manera concisa enunciando en términos flexibles un principio muy general o bien se trata de ser más detallado y exhaustivo. En este caso no parece posible una solución intermedia. Si se opta por la versión larga —lo que constituiría un cambio de estrategia en relación con la solución adoptada en primera lectura—, dicha solución debería comprender efectivamente una referencia al lucro cesante. Pero en última instancia corresponde a la Comisión decidirlo y él perso-

nalmente espera que los miembros tengan a bien orientarle a ese respecto.

47. El Sr. GALICKI dice que, como los oradores que le han precedido, se limitará a hacer una observación preliminar, pues la sección B del capítulo I del tercer informe que acaba de distribuirse merece estudiarse más detenidamente.

48. En lo que se refiere a la formulación del artículo 44, el Relator Especial parece rechazar a priori toda solución intermedia entre la versión actual acortada, en la que no se menciona el lucro cesante, y una versión larga y analítica que se inspira en la que se aprobó en primera lectura. Sin embargo, habida cuenta de los comentarios formulados por los gobiernos y de las posiciones adoptadas por ciertos miembros, esa solución de transacción permitiría tal vez recoger la unanimidad. Aunque no tiene por ahora ninguna proposición concreta que hacer, no le parece imposible mencionar el lucro cesante, incluso en una versión concisa del artículo 44. A veces, unos problemas que a primera vista son complejos tienen una solución simple, como demuestra el nuevo título del artículo 43, en el que la supresión de las palabras «en especie» ha permitido resolver la cuestión de saber si procedía hablar de restitución en especie o de restitución íntegra.

49. El Sr. ROSENSTOCK coincide enteramente con el Sr. Galicki. Se podría perfectamente hacer referencia al lucro cesante en un artículo 44 que se redactase de manera concisa, a reserva de dar explicaciones complementarias en el comentario.

50. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) no se opone a esa solución, pero desea hacer una aclaración: la Comisión no tendrá —como ha dicho el Sr. Galicki— que elegir entre el artículo 44 aprobado en primera lectura y la nueva versión que acaba de proponer, sino entre esta nueva versión y el artículo detallado que presentó el Sr. Arangio-Ruiz en su segundo informe. Efectivamente, no cree haber modificado el fondo del artículo 44 aprobado en primera lectura; por supuesto, ha eliminado la noción de «intereses», que se ha tratado y desarrollado separadamente, pero sólo ha suprimido la referencia al lucro cesante porque ciertos gobiernos consideraban que estaba formulada de manera tan débil que su efecto era una «descodificación» del derecho internacional. Por ello ha preferido abordar esta cuestión en el comentario.

51. El artículo propuesto por el Sr. Arangio-Ruiz en su segundo informe era mucho más analítico y explicaba en cinco párrafos las diferentes modalidades de la indemnización.

52. El Sr. GALICKI dice que no critica la decisión del Relator Especial de suprimir la referencia a los «intereses» que no hay por qué mencionar en el artículo 44, pero todavía piensa que la cuestión del lucro cesante sigue sin resolver.

53. El Sr. ELARABY coincide con los oradores que le han precedido y en particular con el Sr. Rosenstock: el artículo 44 debería contener una referencia al lucro cesante aun cuando sea conveniente redactar ese artículo de manera concisa.

⁵ Véase Anuario... 1989, vol. II (primera parte), pág. 57, doc. A/CN.4/425 y Add.1, párr. 191.

⁶ Véanse el artículo 8 y su comentario [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), págs. 73 a 82].

54. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), refiriéndose a las observaciones del Sr. Brownlie, dice que, efectivamente, el problema de las relaciones entre reglas primarias y reglas secundarias se plantea de manera evidente en la esfera de la reparación. Contra lo que a veces se suele pensar, las reglas secundarias no «funcionan» de modo autónomo e independientemente de las reglas primarias. Esto, en particular, no se tiene bastante en cuenta en el contexto de la *lex specialis*.

55. Sea cual fuere la importancia de las reglas primarias, resultaba difícil sacar las consecuencias de ello en la formulación de los artículos propiamente dichos. Por ello prefirió abordar esta cuestión en el comentario. Por lo demás, señala que, de modo general, no se hace referencia al contenido de las obligaciones primarias en el texto mismo de los artículos. Se intentó hacerlo en los artículos 19 y 40 adoptados en primera lectura, pero la experiencia resultó desastrosa.

56. En cuanto a saber si el perjuicio moral o los daños y perjuicios punitivos deben tener cabida en el artículo 44, recuerda que el Sr. Arangio-Ruiz había resuelto el problema diciendo que este artículo (anterior artículo 8) trataba de la cuestión del perjuicio moral causado a los individuos y que el artículo 45 (anterior artículo 10) trataba de la cuestión del perjuicio moral causado a los Estados. Esta solución había suscitado una controversia, porque la expresión «perjuicio moral» puede aplicarse a cosas tan dispares como el sufrimiento de una persona torturada o la afrenta infligida a un Estado a raíz de la violación de un tratado. Probablemente habrá que volver a estudiar esta cuestión después del examen del artículo 45.

57. La observación del Sr. Gaja es muy acertada: la vuelta al *statu quo* ante evidentemente no es la única forma de restitución, aunque constituye, en cierto modo, el prototipo de tal restitución. En el fondo, todo es una cuestión de grado. En realidad, el principal problema que se plantea en el artículo 43 es, una vez más, la relación entre reglas primarias y reglas secundarias. En la teoría de la responsabilidad de los Estados, la restitución es una forma de reparación bien establecida, pero en la práctica no lo está, como demuestran los ejemplos citados en el párrafo 143. La dificultad estriba, pues, en conciliar la teoría y la práctica.

58. El Relator Especial da las gracias al Sr. Economides por haber señalado a su atención la imprecisión de ciertos elementos. Tratará de remediarlo.

59. Reconoce que el problema de la pluralidad de Estados lesionados planteado por el Sr. Pambou-Tchivounda es muy real. Por ejemplo, dos «Estados lesionados» no pueden obtener simultáneamente la extradición de una sola persona. Pero el problema queda atenuado si se hace la distinción entre la obligación subyacente de reparar y la invocación de tal obligación por el Estado lesionado u otros Estados. Es lo que ha tratado de demostrar en la primera parte del texto.

60. A la luz de las primeras reacciones de los miembros, le parece que, dejando de momento a un lado el problema del lucro cesante, la mayoría de la Comisión es partidaria de redactar un artículo 44 conciso, complementado por explicaciones detalladas en el comentario.

61. El Sr. GOCO también es partidario de esta solución. El debate debe proseguirse sobre la base de la nueva versión del artículo 44 que figura en el párrafo 165 del informe, cuyo texto podrá ser pulido por el Comité de Redacción. Pero, por supuesto, no cabe desechar las observaciones formuladas sobre esa cuestión por los gobiernos. En el párrafo 152 se dice, por ejemplo, que los Estados Unidos, basándose en las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, han argüido que la redacción actual del párrafo 2 (de la antigua versión del artículo 44) va en contra de la mayoría de los precedentes sobre el tema y del principio de la «reparación íntegra»⁷.

62. ¿Ha de considerarse entonces que en la nueva versión la expresión «todo daño económicamente valorable» (que también figuraba en la versión antigua) abarca —esta vez implícitamente— el lucro cesante y los intereses? Esta es una cuestión que el Comité de Redacción deberá tener en cuenta.

63. El Sr. ROSENSTOCK aprueba sin reserva la solución que acaba de sugerir el Relator Especial, o sea, redactar el artículo 44 de manera concisa incluyendo en él una referencia al lucro cesante y dando explicaciones detalladas en el comentario.

64. El Sr. HE dice que el principal problema que se plantea en el artículo 44 consiste en definir el alcance de la indemnización; por ello le parece que ese artículo debería desarrollarse a fin de abarcar todos los casos en que el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito debe pagar una indemnización.

65. En el artículo propiamente dicho habría que definir, qué se entiende por «daño económicamente valorable» precisando que ese daño está vinculado con el hecho internacionalmente ilícito. El vínculo de causalidad debería destacarse claramente. También debería introducirse en el texto una referencia al lucro cesante.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

⁷ Véase 2613.ª sesión, nota 3.

2635.ª SESIÓN

Viernes 9 de junio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4,²
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que continúe presentando la sección B del capítulo I de su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).
2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que al presentar el resto de la sección B del capítulo I no pretende adelantarse al debate adicional sobre los artículos 43 y 44. Sugiere que el principio de la primera sesión plenaria de la segunda parte del período de sesiones se reserve a las observaciones que deseen formular los miembros sobre estos dos artículos antes de que se remitan al Comité de Redacción, y que posteriormente prosigan los debates sobre los otros tres artículos propuestos en su tercer informe, los artículos 45 (Satisfacción), 45 bis (Intereses) y 46 bis (Atenuación de la responsabilidad), que ahora procederá a presentar.
3. Empezando por el artículo 45, afirma que la frase de importancia decisiva que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo aprobado en primera lectura y reproducido en el párrafo 167 dice «satisfacción por el daño, en particular el daño moral, causado por ese hecho, si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario». Por consiguiente, las palabras «daño moral» se utilizan en relación con la satisfacción. Después, en el párrafo 2, se enumeran las formas que puede adoptar la satisfacción.
4. A pesar de un acuerdo en lo fundamental, el artículo 45 plantea numerosas dificultades. La referencia a la satisfacción por daño moral que figura en el párrafo 1 resulta problemática. En primer lugar, la expresión «daño moral» posee un significado que no plantea muchas dudas en el contexto de las personas. Como ha reiterado muchas veces el Sr. Arangio-Ruiz, ex Relator Especial de este tema, las peticiones de compensación en nombre de personas individuales, por ejemplo por dolor o sufrimiento o por violaciones notorias de sus derechos, corresponden al capítulo de la indemnización más que al de la satisfacción. Por consiguiente, resulta algo difícil hablar de daño moral en relación tanto con el artículo 44 como con el artículo 45. En segundo lugar, resulta difícil hablar de daño moral en relación con los Estados porque ello supone atribuirles toda clase de emociones, sentimientos, humillaciones y dignidad. El texto refleja una preocupación real y ciertamente ha habido casos en que Estados o gobiernos de Estados se han sentido, por ejemplo, vejados por una injusticia. No obstante, sería prudente mantener dentro de límites racionales el empleo de palabras emotivas en relación con los Estados y evitar la confusión con el daño moral causado a personas. Está de acuer-

do con Dominice en que debería emplearse la expresión «perjuicio no material» (préjudice immatériel) para las cuestiones que exigen satisfacción en vez de las palabras «daño moral»³.

5. Las palabras « si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario» tienen por finalidad indicar que puede haber circunstancias en que no se plantee la cuestión de la satisfacción. Se trata simplemente de distribuir las pérdidas en caso de que se cause daño, con lo cual serían suficientes los artículos 43 y 44.

6. De la labor preparatoria no se deduce con claridad si el párrafo 2 tiene por finalidad enumerar de manera exhaustiva las formas de satisfacción. Un párrafo del comentario dice que se trata de una lista exhaustiva y otro dice que no⁴. Al presentar esta disposición el Presidente del Comité de Redacción ha dicho que es una lista exhaustiva, pero las palabras iniciales del párrafo 2 dan a entender que no lo es. En todo caso, no debería ser exhaustiva.

7. La declaración constituye la principal forma de satisfacción en la práctica judicial, según se determinó claramente en los asuntos *Détroit de Corfou*, *Rainbow Warrior* y muchos otros. En el asunto *Détroit de Corfou*, la CIJ dejó bien claro que la declaración de ilicitud de la operación de desminado constituía una satisfacción suficiente. Desde entonces, estas palabras se han repetido en muchos asuntos. Por consiguiente, si se supone que el párrafo 2 es exhaustivo, deja al margen lo que constituye el remedio más habitual en la práctica judicial, extremo que ya ha señalado el propio Sr. Arangio-Ruiz al proponer que la declaración constituya una forma de satisfacción⁵, al igual que lo han hecho numerosos gobiernos, entre ellos el de Francia⁶. No obstante, el problema de la declaración es que, por definición, la efectúa un tercero. No puede efectuarse con respecto a uno mismo. Y sin embargo los artículos están redactados partiendo del supuesto de que se aplican directamente a las relaciones entre Estados y que los procesos judiciales son posteriores a esas relaciones. Dicho con otras palabras, los artículos siguen la tradición declarativa pero él emplea la palabra «declarativa» en un sentido diferente, a saber, partiendo de la base de que la función del tribunal es declarar una relación jurídica vigente entre los Estados partes en la controversia. Por supuesto, estas decisiones pueden perfectamente tener efecto vinculante en virtud del principio de la cosa juzgada, pero se trata de una cuestión diferente. Por ello, desde el punto de vista de la técnica de la redacción, resulta algo difícil encajar la declaración en el párrafo 2. Parece incuestionable que debe estar allí, pero el problema reside en que el párrafo 2 se refiere a lo que un Estado debe hacer en respuesta a

³ C. Dominice, «De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État», *L'ordre juridique international entre tradition et innovation : recueil d'études*, París, Presses Universitaires de France, 1997, págs. 349 y ss., en particular pág. 354.

⁴ Véanse los párrafos 9 y 16 del comentario al artículo 10 [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), págs. 82 a 88].

⁵ Véase el párrafo 3 del artículo 10 [Anuario... 1989, vol. II (primera parte), pág. 58, doc. A/CN.4/425 y Add.1, párr. 191].

⁶ Véase Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

una reclamación bien fundada de otro Estado relativa a una vulneración o violación del derecho internacional.

8. Por consiguiente, propone la noción de reconocimiento por un Estado, de la cual existen ejemplos en la práctica de los Estados: en el asunto *LaGrand* y en el asunto *Paraguay c. États-Unis d'Amérique*, los Estados Unidos reconocieron que se había vulnerado o violado el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención Viena sobre Relaciones Consulares. Por supuesto, no declararon que se había producido tal vulneración ya que de ser así hubieran hablado de su propia conducta, pero reconocieron que había existido esa vulneración. Se supuso hipotéticamente que no se había reconocido que se hubiera planteado una controversia sobre si había existido vulneración, pero no se había producido ningún daño material y posteriormente se había liberado a la persona interesada: está claro que en tales circunstancias un tribunal no hará sino formular una declaración. En estos casos la vulneración habrá sido relativamente poco importante, con lo que bastará con decir que ha ocurrido. De este modo, el reconocimiento por el Estado responsable parece ser equivalente, en términos de la conducta entre Estados, a la declaración formulada por un tribunal. Se trata de la forma mínima de satisfacción, pero es un remedio útil y frecuente. Por consiguiente, propone que el reconocimiento de la vulneración sea la primera forma de satisfacción. Más adelante, el comentario explicará que cuando un Estado se niegue a reconocer que ha cometido una infracción, el remedio correspondiente obtenido mediante juicio de tercera consistirá en una declaración.

9. En el párrafo 2 también figura una referencia a las disculpas, que con frecuencia dan los Estados a otros Estados. Del mismo modo que un Estado no puede formular una declaración con respecto a sí mismo, tampoco un tribunal puede presentar disculpas en nombre de un Estado. Sólo el Estado puede pedir disculpas por su propia conducta. No obstante, hay ejemplos en que los tribunales u otros terceros han solicitado, y desde luego propuesto, la necesidad de pedir disculpas. El Secretario General en su fallo en el asunto *Rainbow Warrior* indicó que Francia debería pedir disculpas por su violación. Por supuesto, se trataba de un fallo convenido, pero aun así se trata del fallo de un tercero que indica la conveniencia de pedir disculpas. Las disculpas, o la expresión de pesar, para utilizar las palabras sugeridas por Francia, tienen un nivel algo más elevado que un reconocimiento, que es más neutral. No obstante, parece necesario incluir las disculpas.

10. El orador propone que el reconocimiento o las disculpas se consideren separadamente de las demás formas de satisfacción en un nuevo párrafo 2, ya que constituyen la base sobre la que se concederá cualquier otra forma de satisfacción. Se trata también de la forma mínima de satisfacción. Es conveniente destacar la utilidad de los remedios declarativos, y así lo hacen las fuentes citadas en el informe. Esta distinción sirve para separar la forma mínima de satisfacción de las demás formas, que pueden ser excepcionales pero también adecuadas en algunos casos y que figurarían en un nuevo párrafo 3.

11. Con respecto a las demás formas de satisfacción, dice que los daños y perjuicios simbólicos son la primera que figura en el párrafo 2. Aunque en derecho internacional a veces se pagan indemnizaciones simbólicas, no

está claro que sean útiles. Prefiere la opinión de la Corte Permanente de Arbitraje en los asuntos *Carthage y Manouba* de que cuando un tribunal declara que ha habido violación carece de sentido conceder un franco de indemnización. Los daños y perjuicios simbólicos, por lo menos en el sistema de derecho consuetudinario (*common law*), tienen tres funciones: una es reconocer que ha habido violación. Su planteamiento ante los tribunales de los países del Commonwealth ha dado por resultado el remedio de la declaración. Por consiguiente, se trata de una equivalencia temprana de la reparación declarativa. La segunda función es la de servir de base justificativa del pago de las costas, ya que si se concede un centavo de indemnización simbólica también se condenará a pagar las costas, las cuales pueden ser muy elevadas. Una tercera función de los daños y perjuicios simbólicos es injuriar al demandante. El ejemplo clásico es el de una querrela por difamación en la que alguien pretendía haber sido calumniado. El jurado al conceder un chelín de indemnización puso de manifiesto en cuánto valoraba la fama del demandante. Por consiguiente, los daños y perjuicios simbólicos también se utilizan para demostrar que si bien técnicamente el demandante puede entablar un proceso, sus alegaciones carecen de fundamento.

12. Estas tres razones para el pago de una indemnización simbólica en el sistema de derecho consuetudinario resultan inaplicables en los procesos internacionales. Como señaló la Corte Permanente de Arbitraje, el remedio de la declaración es suficiente y no hacen falta los daños y perjuicios simbólicos. No existe ninguna práctica que permita imputar las costas de manera general. Las costas no siguen al hecho en los procesos internacionales, y en caso de hacerlo ciertamente no lo hacen en esa medida. Y la tercera razón es otra razón para no mencionar los daños y perjuicios simbólicos.

13. El orador no sugiere que no sea adecuado conceder pequeñas indemnizaciones en concepto de daños y perjuicios, de las cuales existen ejemplos recientes, por ejemplo 100 florines. También en algunos asuntos se han concedido pequeñas cantidades de dinero mediante lo que cabría calificar de daños y perjuicios generales, sin distinguir entre indemnización y satisfacción. Pero no se trata de daños y perjuicios simbólicos en el sentido en que se utiliza esta expresión en los sistemas jurídicos nacionales. A su juicio, el párrafo 3 no debe ser exhaustivo porque pueden citarse ejemplos de medidas adoptadas en concepto de satisfacción que ciertamente no corresponden a las categorías existentes, por ejemplo algunos de los remedios más imaginativos propuestos en el asunto *Rainbow Warrior*. Si se trata de una disposición que no es exhaustiva, no es necesario incluir los daños y perjuicios simbólicos. Existen relativamente pocos asuntos modernos en los que se hayan otorgado, y a ellos se hace referencia en la nota a pie de página en el párrafo 188. El último asunto entre Estados en que se otorgó indemnización simbólica por daños y perjuicios fue *Phares*. Posteriormente ha habido un asunto en el que un tribunal otorgó una indemnización de tres francos franceses por causa de lucro cesante, lo que sugiere en primer lugar que ese lucro no era muy importante. El orador propone que se supriman del artículo 45 las palabras «daños y perjuicios simbólicos», que de momento sustituye por las palabras entre corchetes «pago de una indemnización

simbólica» no porque no pueda ser adecuado en algunas ocasiones sino porque no merece ser destacado.

14. La tercera categoría a que se hace referencia en el párrafo 2 y la primera que podría incluirse en el párrafo 3 que él propone es la «indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la gravedad de esa vulneración». Sin embargo, en el proyecto de artículo aprobado en primera lectura esto se limitaba a los casos de vulneración manifiesta de los derechos del Estado perjudicado. El problema no reside únicamente en la dificultad de definir el significado de «manifiesto», sino también en que en la práctica de los Estados se han concedido indemnizaciones por daños en concepto de satisfacción en asuntos que, a juicio del orador, no suponían una vulneración manifiesta, y las indemnizaciones otorgadas no han sido espectacularmente elevadas. El fallo en concepto de satisfacción en la primera fase del asunto *Rainbow Warrior* puede considerarse que responde a una vulneración manifiesta, y ciertamente concedió una cantidad espectacular en su momento —7 millones de dólares de los EE.UU. en 1986—. En el asunto *I'm Alone* se otorgaron 25.000 dólares de los EE.UU. al Canadá en concepto de satisfacción [véase pág. 1618]. No se concedió indemnización alguna porque el buque de que se trata era de hecho propiedad de nacionales estadounidenses que intentaban burlar la prohibición transportando alcohol, pero se habían concedido daños y perjuicios al Canadá por la ofensa de haber hundido un buque de matrícula canadiense. En su contexto, sería exagerado calificar este caso de vulneración manifiesta. Se trata sin duda de una violación, pero no de una violación manifiesta, y los daños y perjuicios no habían sido espectacularmente elevados. Hay otros ejemplos en la práctica internacional en que se han concedido cantidades moderadas a título de satisfacción con respecto de vulneraciones moderadas. Por consiguiente, las palabras «en caso de vulneración manifiesta» limitan indebidamente la función normal de la satisfacción en lo que respecta a las violaciones normales.

15. Esto plantea la cuestión de la función del apartado c del párrafo 3. ¿Se refiere a establecer en derecho internacional la norma de los daños y perjuicios punitivos o a algo distinto? En la primera versión del artículo 10, propuesta por el antiguo Relator Especial en su segundo informe, éste había incluido concretamente las palabras «indemnización punitiva» en el párrafo 1⁷. El Comité de Redacción rechazó esta opinión en el 44.º período de sesiones de la Comisión y adoptó en su lugar la noción de *exemplary damages* (indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar)⁸, expresión que también procede de una tradición particular en relación con los daños y perjuicios. La indemnización de carácter ejemplar no es una indemnización punitiva. No se concibe como sanción sino como ejemplo. Ciertamente es que las distinciones podrían afinarse aún más, pero cuando ha habido una vulneración muy grave y se ha ofendido verdaderamente al demandado, puede otorgarse indemnización de carácter ejemplar. Por ejemplo, si se produce una violación manifiesta de la intimidad o del hogar en el contexto de una operación de busca y captura o una ofensa manifiesta a alguien en el contexto de una difamación, puede conce-

derse indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar, incluso aunque no sea punitiva. La característica tradicional de la indemnización punitiva es que se concede con referencia a algún multiplicador, por ejemplo el triple de los daños en la legislación antimonopolios estadounidense. La Comisión y el Comité de Redacción han querido rechazar la noción de indemnización punitiva y el apartado c del párrafo 3 se ha redactado de manera que refleje la noción de indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar. Esto plantea dos problemas. El primero es qué hacer con la indemnización punitiva y el segundo qué hacer con el apartado c del párrafo 3. En lo que respecta a la indemnización punitiva, resulta muy autorizada la proposición, que se remonta al asunto *Lusitania*, de que el derecho internacional desconoce este tipo de indemnización. Caso de conocerlo, se limitaría a la violación muy grave. La expresión adecuada podría ser «vulneración manifiesta», pero el orador considera que la Comisión necesita una definición más cuidadosa y más firme si quiere que haya una categoría aparte. Parece incuestionable que, más allá de esta categoría, si se acepta, la indemnización punitiva no está justificada.

16. Por consiguiente, está de acuerdo con la decisión adoptada en primera lectura por la Comisión de que el apartado c del párrafo 3 no prevea la indemnización punitiva. No obstante, se plantea la cuestión de si debería establecerse una indemnización de carácter ejemplar. A su juicio, sería más coherente con las decisiones del derecho internacional general suprimir las palabras «en caso de vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado» y establecer, simplemente, cuando proceda, la indemnización por daños y perjuicios en general a título de satisfacción, de conformidad con decisiones como la adoptada en el asunto *I'm Alone*. Esto dejaría abierta la posibilidad de establecer lo que cabría calificar de indemnización expresiva o ejemplar por daños y perjuicios, cuando proceda, y excluir la indemnización punitiva, cuestión que volverá a examinarse más adelante en el contexto de una posible categoría especial de «violación» que tendrá que cumplir condiciones especiales. Si la Comisión decide mantener algo que se parezca al texto del artículo 19, sería contradictorio no autorizar la indemnización punitiva en ese contexto. Si se incluye una referencia a «crímenes», no cabe excluir la indemnización punitiva. Le inspiran desconfianza los comentarios y demás que se muestran favorables a la categoría de crímenes pero rechazan la de indemnización punitiva. Si ha de evitarse el lenguaje de derecho penal, debería hacerse con firmeza.

17. La cuarta forma de satisfacción la constituyen las medidas disciplinarias o el castigo de las personas responsables, que pueden ser funcionarios públicos o personas particulares. Francia ha objetado con razón que la palabra «castigo» supone culpabilidad individual⁹. Al igual que ocurre en los tratados de extradición, debería figurar una disposición encaminada a remitir adecuadamente este asunto a las autoridades del ministerio público, que le darían consideración de asunto penal. La Comisión muestra la intención de que la forma de medida a que se hace referencia en el apartado d del párrafo 2 del artículo 45 aprobado en primera lectura sólo puede

⁷ Véase la nota 5 supra.

⁸ Véase Anuario... 1992, vol. I, 2288.^a sesión, pág. 234, párr. 57.

⁹ Véase la nota 6 supra.

aplicarse en casos excepcionales, si bien en algunos resulta adecuada de manera totalmente independiente de toda obligación primaria a que pueda estar sometido un Estado, por ejemplo, en virtud de un tratado internacional de derecho penal. Propone por consiguiente que se mantenga, introduciendo algunos cambios de redacción basados en gran medida en las propuestas francesas.

18. Existen evidentemente otros procedimientos que cabría calificar adecuadamente de formas de satisfacción, por ejemplo la investigación conjunta de un incidente que haya causado daños. No obstante, si se entiende que el párrafo 2 tal y como fue aprobado en primera lectura no tiene carácter exhaustivo, no es necesario que abarque todas las permutaciones posibles que pueda adoptar la satisfacción. Bastaría con dar ejemplos en el comentario.

19. En el párrafo 3 aprobado en primera lectura se trata la cuestión de las limitaciones de la satisfacción. Muchos Estados se han quejado de que no comprenden qué se entiende por «dignidad». Consideran que este párrafo o bien constituye una posible vía para eludir la satisfacción o carece totalmente de significado y proponen su supresión. Se expresa sin embargo preocupación por las exigencias excesivas en lo que respecta a los diversos tipos de actos simbólicos. Los dos asuntos citados por el Sr. Arangio-Ruiz se refieren a exigencias colectivas de carácter humillante¹⁰. Propone en consecuencia que se mantenga el párrafo 3 con una redacción ligeramente diferente.

20. El párrafo 1 del nuevo artículo 45 que se propone contiene la disposición inicial de que el Estado «tendrá la obligación de ofrecer una satisfacción por los daños no materiales» ocasionados por un hecho internacionalmente ilícito. La noción de causalidad con respecto a la satisfacción es desde luego diferente de la empleada con respecto a la indemnización. En el nuevo párrafo 2 se declara: «En primer lugar, la satisfacción consistirá en el reconocimiento del hecho ilícito, acompañado, si procede, de la presentación de excusas o de una disculpa oficial». En el nuevo párrafo 3 se enumeran otras formas de satisfacción que puedan asegurar una reparación íntegra en casos particulares, si bien a juicio del orador sólo deben mencionarse dos casos específicos. El nuevo párrafo 4 establece una garantía en caso de que la satisfacción no guarde proporción con el daño sufrido y sea vejatoria para el Estado responsable.

21. Refiriéndose nuevamente a la cuestión de los intereses, señala que la Comisión ha rechazado la propuesta del Sr. Arangio-Ruiz por razones que, a su juicio, no han ido al fondo del problema. Esta propuesta se centra en dos cuestiones: el interés compuesto y las fechas de comienzo y finalización del cálculo de intereses. En especial, la primera cuestión se presta a gran controversia y existen muy pocos casos de concesión de intereses compuestos por tribunales internacionales. La CIJ y la CPJI han concedido o considerado la posibilidad de conceder interés simple cada vez que se ha planteado la cuestión de la cuantificación, por ejemplo en el asunto Wimbledon, el asunto *Détroit de Corfou* (determinación de la cuantía de la indemnización) y el asunto *Usine de*

Chorzów (fondo). Por consiguiente, cabe invocar considerable jurisprudencia contra la concesión de intereses compuestos. Cuando, de lege ferenda, el Sr. Arangio-Ruiz propuso un artículo relativo a esta cuestión, omitió la propuesta básica de que cuando no se ha pagado una cantidad debida en concepto de indemnización esa cantidad devenga intereses hasta el momento correspondiente, propuesta a la que nadie se había opuesto en el debate del 43.º período de sesiones de la Comisión. Como consecuencia de ello, se rechazó el proyecto de artículo. En respuesta a las numerosas observaciones formuladas por los gobiernos, propone que en el proyecto se incluya un artículo que no sólo se refiera al interés compuesto sino que además se ocupe, simplemente, de la cuestión general del derecho a intereses.

22. También ha intentado, de manera algo más flexible, ocuparse de la segunda de las cuestiones contenidas en el artículo propuesto por el ex Relator Especial, a saber, la cuestión del plazo afectado por la concesión de intereses. Ha sido preciso adoptar una decisión con respecto al momento en que debe pagarse la indemnización que devenga intereses. Existe una discrepancia importante en la jurisprudencia y en la doctrina sobre este tema. En algunas tradiciones jurídicas la cantidad debe pagarse el día en que sea exigible la reclamación. En otras, no debe pagarse hasta que el Estado lesionado ha presentado una demanda de pago. Ambas reglas pueden defenderse en contextos concretos. En otros casos, los intereses pueden devengarse desde el momento en que el pago sea exigible de acuerdo con el desarrollo normal de las relaciones entre las partes. Para tener en cuenta la necesidad de flexibilidad entre las diferentes posibles fechas de exigencia del pago de intereses propone, en el párrafo 2 del artículo 45 bis, una fórmula más general que la del antiguo Relator Especial, que abogaba a favor de la fecha en que se tiene derecho a la acción. La cuestión del momento en que deba pagarse la indemnización corresponde al tribunal determinarla: inmediatamente después de que se tenga derecho a la acción, en un plazo razonable desde que se haya interpuesto la demanda o en algún otro momento. Afirma que la nueva fórmula resuelve algunos de los problemas creados por la redacción indebidamente rígida de la propuesta anterior del Sr. Arangio-Ruiz. Existe un acuerdo más amplio sobre la fecha hasta la que se devengan intereses, a saber, la fecha en que se ha satisfecho la obligación de pagar, por renuncia o de otro modo. Considera que no hay ningún motivo para no estar de acuerdo con la conclusión del Sr. Arangio-Ruiz a este respecto.

23. Algunos gobiernos consideran que el artículo debería abarcar los intereses compuestos y Mann ha escrito de manera vehemente en su favor¹¹. Sin embargo, los tribunales siguen siendo muy prudentes a este respecto. Por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos afirma que no se requiere ninguna disposición que le confiera expresamente la facultad de otorgar intereses compuestos, ya que esta facultad forma parte de sus facultades generales. Sin embargo, no lo hará excepto en casos extraordinarios. A juicio del orador, si una reclamación se basa en un contrato que prevé intereses compues-

¹⁰ Véase Anuario... 1989, vol. II (primera parte), págs. 38 y 39, doc. A/CN.4/425 y Add.1, párr. 124.

¹¹ F. A. Mann, «Compound interest as an item of damage in international law», *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, págs. 377 y ss., en particular pág. 383.

tos, no debe haber objeciones a que se otorguen. No obstante, incluso en ese contexto, los tribunales internacionales han sido extremadamente prudentes. Por consiguiente, propone que, habida cuenta de la jurisprudencia internacional, no se excluya la posibilidad de otorgar intereses compuestos en casos concretos, pero no es necesario mencionar esto específicamente.

24. El orador destaca una decisión de un tribunal del CIADI en que se ha tenido algo en cuenta el interés compuesto en relación con indemnizaciones no satisfechas por expropiaciones efectuadas durante unos 20 años¹². Dado que el tipo de interés impuesto y su modo de cálculo se determinan en general de manera bastante discrecional, este principio debería extenderse a los casos especiales en que se tiene en cuenta alguna forma de interés compuesto. Este punto podría expresarse de manera clara en el comentario. Si la Comisión intenta ocuparse de manera demasiado pormenorizada de la cuestión de los intereses compuestos teniendo en cuenta la doctrina legal existente a este respecto, se corre el riesgo de que desaparezca todo el artículo.

25. Dando lectura al artículo 45 bis que propone, el orador indica que la segunda frase del párrafo 1, basada en la del antiguo Relator Especial, es algo imprecisa pero que habida cuenta de lo escrito sobre este tema por los expertos en la materia resulta difícil ser más concreto. En el párrafo 2, relativo a las fechas, emplea las palabras «salvo acuerdo o decisión en contra» porque los Estados pueden convenir en que no se otorguen intereses y también porque en algunos casos los tribunales han aplicado a los intereses un nivel de flexibilidad incompatible con la idea de que existe un simple derecho a cobrar intereses que abarquen un período dado. Por ejemplo, han concedido intereses con respecto a períodos de tiempo más cortos que los estrictamente aplicables o a un nivel inferior al del tipo del mercado. Estas palabras se utilizan en algunos de los proyectos de artículos con respecto a la sucesión de Estados, y aunque son algo ambiguas considera que se trata de una esfera en la que se requiere cierto grado de flexibilidad.

26. Una de las cuestiones tratadas en la disposición final del capítulo II de la segunda parte, el artículo 46 bis propuesto en su tercer informe sobre la atenuación de la responsabilidad, no figuraba en el proyecto de artículos anterior y la otra se examina en el párrafo 2 del artículo 42, relativo a la culpa concurrente. El párrafo de que se trata se refiere a un asunto en el que un Estado lesionado, o una persona en nombre de la cual reclama un Estado, ha contribuido a la pérdida por negligencia o acción u omisión dolosa, para lo cual en diferentes sistemas jurídicos se emplean varias expresiones, tales como «negligencia concurrente» y «culpa relativa». Existe una sólida jurisprudencia en el sentido de que la culpa de la víctima, cuando la víctima es una persona individual, puede tenerse en cuenta en el contexto de la reparación. Ningún comentario de un Estado ha disentido de este principio. No obstante, al extenderlo a los Estados lesionados, la Comisión ha dado un paso hacia el desarrollo

progresivo. Uno o dos gobiernos han cuestionado ese paso alegando que el principio de la culpa concurrente no debe aplicarse a los asuntos entre Estados. El orador no ve por qué no, ya que de no ser así podría surgir una situación en que un Estado responsable tuviera que pagar indemnización por los daños o pérdidas sufridos por razón de la conducta del Estado lesionado.

27. Propone por consiguiente que se mantenga el párrafo 2 con pequeños cambios de redacción. Su motivación para ello no tiene nada que ver con la relación de causalidad. El antiguo Relator Especial propuso al principio que se redujera la reparación cuando la pérdida se debiera a causas múltiples¹³. El Comité de Redacción ha rechazado esta teoría¹⁴ y el orador se ha ajustado a ello en su informe. Mantiene el párrafo 2 más bien por consideraciones de equidad, que parecen aplicarse igualmente a los casos en que la culpa relativa es del Estado o de un nacional del Estado. Señala además que en la mayoría de casos en que un Estado presenta una reclamación en nombre de un nacional lo hace por derecho propio.

28. Una de las preocupaciones a que se hace referencia en la sección B del capítulo I es que los Estados lesionados no deben ser indemnizados con exceso por pérdidas que pueden haber sido causadas por razones complejas. No cree que el principio de la división de la relación de causalidad empleado por el Sr. Arangio-Ruiz como principal vehículo para tratar este problema sea el adecuado. Debería hacerse un esfuerzo para llegar a un equilibrio entre el Estado responsable y el Estado lesionado en lo que se refiere a la indemnización. Por consiguiente, propone una nueva disposición que se refiera a la mitigación del daño basada esencialmente en la formulación que de este principio hizo la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

29. También tiene la intención, en el contexto de la segunda parte bis, de proponer un principio contra la doble recuperación, que no es un principio de cuantificación de la reparación. Por ejemplo, cuando hay múltiples autores del daño en el caso de una pluralidad de Estados, puede otorgarse al reclamante la misma indemnización por daños y perjuicios contra dos Estados, ya que ambos son igualmente responsables de la ilicitud. No obstante, en todos los sistemas jurídicos el reclamante no tiene derecho a recuperar una cantidad superior a la del daño sufrido. Este principio debería reafirmarse en el contexto de la invocación de la responsabilidad. A su juicio, no está relacionado con la cuantificación sino con la invocación. Por otra parte, la mitigación del daño se refiere a la atenuación de la cantidad primaria. Un Estado que se niegue de manera no razonable a mitigar el daño puede encontrarse con que no consigue recuperar todas sus pérdidas. Los sistemas jurídicos en general y la CIJ reconocen el sencillo principio de que se trata. Por consiguiente, es adecuado que se afirme en el proyecto de artículos, por lo que propone un nuevo artículo 46 bis con tal fin.

30. El PRESIDENTE dice que el debate sobre el proyecto de artículos relativo a la responsabilidad de los

¹² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A. v. Republic of Costa Rica* (Caso n.º ARB/96/1), laudo de 17 de febrero de 2000, párrs. 103 a 105 [ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, vol. 15, n.º 1 (2000), págs. 167 y ss., en particular pág. 202].

¹³ Véase el párrafo 5 del artículo 8 [Anuario... 1989, vol. II (primera parte), págs. 57 y 58, doc. A/CN.4/425 y Add.1, párr. 191].

¹⁴ Véase Anuario... 1992, vol. I, 2288.^a sesión, pág. 230, párrs. 20 a 26.

Estados se reanudará al principio de la segunda parte del período de sesiones. También se adoptará entonces una decisión sobre la remisión al Comité de Redacción de los artículos 43 y 44.

Protección diplomática (conclusión*)
(A/CN.4/506 y Add.1¹⁵)

[Tema 6 del programa]

31. El Sr. DUGARD (Relator Especial) presenta el informe sobre las consultas officiosas relativas al proyecto de artículos sobre protección diplomática [ILC(LII)/IC/DP/WP.1] y dice que si bien durante el debate en la Comisión se ha expresado apoyo considerable a la remisión al Comité de Redacción de los proyectos de artículo 5, 7 y 8, se ha decidido aplazar toda decisión sobre la cuestión hasta que se celebren consultas officiosas sobre los proyectos de artículo 1, 3 y 6.

32. Se han celebrado tres consultas de esta clase centradas en el artículo 1, que trata de definir el alcance de la protección diplomática. Se ha sugerido, especialmente por parte del Sr. Sepúlveda (2626.ª sesión), que el estudio incluya el tema de la denegación de justicia y que en el artículo 1 se indique que la Comisión tiene la intención de examinarlo. El Relator Especial y otros se han opuesto a esta opinión, basándose principalmente en que se trata de una norma primaria y que toda la finalidad del tema es centrarse en las normas secundarias.

33. No obstante, se ha convenido en general en que la cuestión de la denegación de justicia no puede evitarse completamente y que en el comentario deberá hacerse referencia a ella. Los elementos de este concepto serán una característica esencial de la disposición que se refiere al agotamiento de los recursos internos. También se ha acordado que no debe intentarse que la denegación de justicia se trate de forma sustantiva en el informe o en el proyecto de artículos y en consecuencia que el artículo 1 no debe incluir ninguna referencia a esta cuestión.

34. Durante el debate se sugirió que algunos temas no se incluyan en el estudio. El grupo de consultas officiosas ha examinado estas sugerencias y ha acordado que el proyecto de artículos no se ocupe de las cuestiones enumeradas en los apartados a a d del párrafo 2 del informe sobre las consultas officiosas. No se adjuntará al artículo 1 ninguna cláusula de exclusión pero el comentario dejará claro que el proyecto de artículos no abarcará las cuestiones de que se trata.

35. Se debatió si el alcance de los artículos debe limitarse al daño causado a personas naturales. La mayoría opina que, por lo menos en la fase actual, esta limitación no sería prudente y que los artículos deben referirse tanto a las personas naturales como a las jurídicas. En consecuencia, la palabra «nacional» que se emplea en el artículo 1 abarca a las personas de uno y otro tipo. También se debatió la cuestión de la inclusión de una referencia a los procedimientos «pacíficos». El Comité de Redacción se ocupará de esta sugerencia cuando examine las tres

opciones a que se hace referencia en el informe sobre las consultas officiosas.

36. El artículo 3 ha suscitado escaso debate y la única cuestión planteada ha sido si el Estado de la nacionalidad está facultado para ejercer el derecho previsto en dicho artículo o simplemente está autorizado a ello. Corresponde al Comité de Redacción decidirlo.

37. Cabe recordar que el artículo 6 dio origen a bastantes controversias en la Comisión. Aun reconociendo que las opiniones están divididas en lo que respecta al fondo del artículo, en las consultas officiosas se convino en que se remitiera al Comité de Redacción, en la inteligencia de que examinará la posibilidad de incluir salvaguardias contra el abuso del principio contenido en dicho artículo. En la sección C del informe sobre las consultas officiosas se describen tres maneras posibles de establecer tales salvaguardias.

38. No habiéndose planteado objeciones en relación con la remisión de los proyectos de artículo 5, 7 y 8, recomendación en consecuencia que, teniendo en cuenta las consultas officiosas, se remitan al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1, 3, 5, 6, 7 y 8.

39. El Sr. ECONOMIDES dice que ninguna de las tres opciones propuestas en lo que respecta al artículo 1 es suficiente por sí misma. Únicamente es posible alcanzar un resultado satisfactorio combinando las tres opciones. Sólo estará de acuerdo en remitir el artículo 1 si se da por supuesto que el Comité de Redacción estudiará la posibilidad de combinar las opciones propuestas. Teme, no obstante, que esto signifique la pérdida de gran parte del tiempo de que dispone el Comité. También debería actuarse con prudencia para formular el artículo de tal manera que quede claro que la protección diplomática no significa «un procedimiento» o «un proceso» en el sentido de «cualquier» procedimiento o proceso; significa un procedimiento o un proceso muy específico y preciso en cada caso. Es evidente que el artículo requiere mayor elaboración.

40. El orador alberga todavía reservas más graves con respecto al artículo 6. Los miembros recordarán que se mostró personalmente contrario a su inclusión en el proyecto de artículos por considerarlo contrario al principio de la igualdad de los Estados y carecer de base en la práctica de los Estados. De no haber criterios más sólidos, ¿cómo puede el Comité de Redacción formular las disposiciones sugeridas en la sección C del documento? A su juicio, el artículo debería examinarse nuevamente cuando el Relator Especial presente argumentos más sólidos a su favor.

41. El Sr. CRAWFORD no tiene inconveniente en apoyar la recomendación de que el artículo 6, por más que dé origen a controversias, se remita al Comité de Redacción, ya que esto es lo que hace normalmente la Comisión en tales casos después de que se haya celebrado un debate completo en la Comisión. Con respecto al artículo 1, expresa la esperanza de que el Comité de Redacción tenga la prudencia de no deducir que el principio de la protección diplomática sea aplicable con respecto al daño causado a una persona fuera del territorio del Estado responsable. En lo que respecta al empleo de la palabra «nacional» tanto en lo que se refiere a las personas como a las empresas, le preocuparía que la última frase del

* Reanudación de los trabajos de la 2627.ª sesión.

¹⁵ Véase la nota 2 supra.

párrafo 3 del informe sobre las consultas officiosas permitiera albergar alguna esperanza de que en el futuro la Comisión pueda excluir a las empresas del alcance de los artículos.

42. El Sr. GALICKI comparte las dudas del Sr. Economides acerca del artículo 6. A su juicio, todavía no ha llegado el momento de remitir el artículo al Comité de Redacción. Aún quedan por resolver muchas diferencias de opinión. ¿Debe considerarse que el artículo refleja el actual derecho internacional consuetudinario? Personalmente, alberga graves dudas a este respecto. ¿O se trata acaso de un ejemplo de desarrollo progresivo del derecho internacional? De ser así, todavía tiene que conseguir de los miembros de la Comisión mayor apoyo del que parece gozar en la actualidad. Aunque está de acuerdo con la sugerencia de que los demás artículos se remitan al Comité de Redacción, opina que la Comisión debe continuar examinando el artículo 6 durante la próxima parte de su período de sesiones, de preferencia en el marco de consultas officiosas.

43. El Sr. ROSENSTOCK dice que a su juicio la práctica de los Estados resulta suficiente para apoyar el artículo 6. La opinión contraria refleja una falta de reconocimiento de la realidad actual. Como es bien sabido, el Comité de Redacción no se limita estrictamente a pulir las palabras. También se ocupa del equilibrio general y, en cierta medida, del fondo de las propuestas. Por todo ello, apoya firmemente la recomendación del grupo de consultas officiosas y considera que la reanudación del debate en la Comisión sería muy desafortunada.

44. El Sr. SIMMA también está firmemente a favor de remitir el artículo 6 al Comité de Redacción. Aunque sólo muy pocos miembros han asistido a las consultas officiosas, los presentes han sido casi unánimes en apoyar el principio incorporado en el artículo 6. Si el artículo constituye un paso en el desarrollo progresivo del derecho internacional, éste es el curso que debe adoptar la Comisión.

45. El Sr. GOCO dice que si el artículo 6 se remite al Comité de Redacción espera que las reservas que ha expresado durante el debate en la Comisión se tengan debidamente en cuenta. En relación con el artículo 1, dice que debe quedar claro en el comentario que el único motivo para no incluir una referencia al concepto de denegación de justicia es que pertenece a la esfera de las normas primarias.

46. El Sr. HAFNER comparte las opiniones expresadas por el Sr. Crawford, el Sr. Rosenstock y el Sr. Simma en lo relativo a remitir el artículo 6 al Comité de Redacción. Al ocuparse de las reservas a los tratados, la Comisión había decidido remitir todo el proyecto de directrices al Comité de Redacción, aunque no todas habían sido refrendadas por todos los miembros. No ve ningún motivo para que el proyecto de artículos sobre la protección diplomática deba recibir un trato diferente.

47. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el artículo 6 es una disposición muy difícil que implica cuestiones importantes de política en las relaciones bilaterales. A su juicio, la expresión nacionalidad «dominante» o «efectiva» dista mucho de ser clara y el artículo de que se trata no permi-

te una interpretación sin ambigüedades. Habida cuenta de que el debate en la Comisión no ha sido concluyente, está de acuerdo con los oradores anteriores en que un nuevo debate ayudaría a aclarar la cuestión. En lo que respecta al paralelismo con el proyecto de directrices sobre las reservas a los tratados establecido por el Sr. Hafner, señala que en el caso presente se trata de una cuestión normativa más fundamental.

48. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que no hay ningún problema en remitir los proyectos de artículo 1, 3, 5, 7 y 8, ya que el Sr. Economides ha admitido que el Comité de Redacción puede tratar las cuestiones pendientes relacionadas con el artículo 1. En lo que respecta al artículo 6, dice que los comentarios que figuran en su primer informe (A/CN.4/506 y Add.1) reflejan las dos posturas sobre este tema. Un debate completo en la Comisión ha puesto de manifiesto que las opiniones continúan estando divididas, por lo que se han celebrado consultas officiosas sobre el artículo 6. Estas consultas no han contado con mucha asistencia, pero ha habido un buen debate y se ha convenido por unanimidad en que el artículo 6 debe remitirse al Comité de Redacción, acompañado por la sugerencia de que debe estudiarse la posibilidad de incluir salvaguardias para evitar abusos. Si ahora la Comisión decide no remitir el artículo 6 al Comité de Redacción, no está seguro de lo que pueda conseguir otro debate completo o nuevas consultas officiosas.

49. El Sr. Sreenivasa RAO sugiere que sería útil que el Relator Especial preparase una breve nota proponiendo una definición del concepto de nacionalidad «dominante» o «efectiva». Si pudiera llegarse a un acuerdo sobre este punto fundamental no tendría ningún inconveniente en remitir el artículo 6 al Comité de Redacción.

50. El Sr. ECONOMIDES hace suyas estas observaciones. Sería útil una nota del Relator Especial que resuma el debate sobre el artículo 6. La sección C del informe sobre las consultas officiosas sugiere tres esferas para la ulterior labor sobre el artículo 6, labor que sólo puede llevar a cabo el Relator Especial y no el Comité de Redacción. El Relator Especial debería ocuparse de estas cuestiones y presentar sus conclusiones a la Comisión, en la que quizá podría celebrarse un debate adicional antes de que el artículo se remita al Comité de Redacción. Corresponde a la Comisión realizar un esfuerzo adicional de esta clase, debido al carácter delicado y controvertido del artículo 6.

51. El Sr. GOCO alberga reservas acerca de aspectos sustantivos del artículo 6 y no está seguro de que la Comisión deba remitirlo al Comité de Redacción, aunque el enfoque procesal adecuado así lo aconseje. Si esto no crea demasiadas dificultades, lo mejor sería reanudar en sesión plenaria el debate sobre el artículo 6.

52. El Sr. ROSENSTOCK dice que esta cuestión se ha debatido en sesión plenaria y en consultas officiosas de las que nadie ha quedado excluido. Al informar al respecto a la Comisión, en las consultas officiosas se ha recomendado por unanimidad que el artículo 6 se remita al Comité de Redacción. Sería muy poco prudente, cuanto menos, y posiblemente poco contribuiría a la marcha de los trabajos sobre el artículo 6, que la Comisión lo devolviera a

consultas oficiosas. Incluso si la Comisión remite el artículo al Comité de Redacción, esto no significa que lo apruebe. La cuestión planteada podría examinarse legítimamente al mismo tiempo que se avanza en la labor si el Relator Especial presenta algunos párrafos que, sobre la base de la práctica actual, indiquen qué criterios se han empleado para determinar la nacionalidad dominante y cuáles son pertinentes en el contexto del artículo 6.

53. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que es cierto que la cuestión del procedimiento está relacionada estrechamente con la del fondo. Se ha celebrado un intercambio útil de opiniones que revela la falta de acuerdo sobre el fondo y origina dudas sobre si el Comité de Redacción debe examinar el artículo 6. No obstante, si el Comité de Redacción tiene que examinar el artículo, ha de hacerlo con miras a incluir las salvaguardias, tal como se sugiere en la sección C del informe sobre las consultas oficiosas.

54. El Sr. GALICKI dice que sus observaciones sobre el artículo 6 tienen por finalidad evitar problemas posteriormente. El Comité de Redacción tiene menos capacidad de maniobra que los grupos de trabajo o de consultas oficiosas, y si se devuelve el artículo a la Comisión, es a lo que se opone firmemente, lo único posible sería rechazarlo.

55. Sería más prudente que la Comisión pidiera al Relator Especial la preparación de textos adicionales sobre el problema de la nacionalidad dominante, que él mismo considera fundamental, y examinar nuevamente el problema durante la segunda parte del período de sesiones. Se ha opuesto al artículo en su redacción original y considera que sería útil un nuevo examen en consultas oficiosas.

56. El PRESIDENTE resume el debate recordando que el fondo de la cuestión ya se ha examinado ampliamente en la Comisión y que todas las opiniones se reflejan en las actas resumidas y el informe de la Comisión a la Asamblea General. Es prerrogativa de la Comisión aceptar o rechazar la recomendación unánime de las consultas oficiosas de que el artículo 6 se remita al Comité de Redacción pero si, contrariamente a lo establecido por la práctica, se reabre esta cuestión, ello crearía dificultades.

57. Sugiere que la Comisión siga el enfoque tradicional de solicitar al Comité de Redacción que examine todos los artículos, teniendo en cuenta todas las opiniones expresadas, el informe sobre las consultas oficiosas y una contribución adicional por parte del Relator Especial. Si el Comité de Redacción llega a un punto en que no sea posible avanzar más en relación con el artículo 6, el Presidente del Comité de Redacción siempre podría pedir un debate en sesión plenaria sobre el problema concreto de que se trate.

58. El Sr. CRAWFORD apoya este enfoque. Destaca que la Comisión no se limita a avalar el resultado del Comité de Redacción. Cuando éste presentó el artículo 6, estaba plenamente abierto a la posibilidad de que gran número de miembros que tenían problemas con dicho artículo pudieran proponer su supresión o modificación.

Considera importante mantener el procedimiento ordinario, en la inteligencia de que probablemente el artículo 6 se modificará en algunos aspectos.

59. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea aprobar el enfoque que acaba de proponer.

Así queda acordado.

Organización de los trabajos del período de sesiones (conclusión*)

[Tema 2 del programa]

60. El PRESIDENTE anuncia que el Grupo de Planificación se ha reunido para examinar la fecha y lugar del 53.º período de sesiones de la Comisión, en 2001, pero que este examen no ha permitido llegar a ninguna conclusión, si bien está surgiendo un consenso a favor de celebrar un período de sesiones dividido en dos partes. Habida cuenta de que a mediados de junio es preciso adoptar una decisión en la Comisión para garantizar los servicios necesarios de la reunión, la Mesa ha decidido que vuelva a establecerse el grupo de trabajo sobre períodos de sesiones divididos. En el período de sesiones anterior, el Sr. Rosenstock presidió el grupo de trabajo y ha convenido en hacerlo nuevamente. También ha convenido en realizar amplias consultas oficiosas sobre la fecha y lugar del próximo período de sesiones tan pronto como empiece la segunda parte del actual período, y los miembros que deseen expresar sus opiniones sobre estos puntos deben ponerse en relación con él.

Conferencia en memoria de Gilberto Amado

61. El Sr. BAENA SOARES recuerda que cada dos años la Comisión celebra una conferencia en memoria de Gilberto Amado, miembro fundador que aportó valiosas contribuciones a la labor de la Comisión durante muchos años. Esta tradición continuará en el actual período de sesiones, ya que el Sr. Pellet ha aceptado dictar la conferencia, que tendrá por título «Derechos de la condición humana y derecho internacional» (*Droits de l'hommisme et droit international*), que se celebrará el martes 18 de julio de 2000 a las 17.00 horas.

62. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión ha finalizado su labor correspondiente a la primera parte de su período de sesiones. Agradece al personal de la secretaría su cooperación y ayuda.

Se levanta la sesión a las 11.45 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2622.ª sesión.

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA SEGUNDA PARTE
DEL 52.º PERÍODO DE SESIONES

celebrada en Ginebra del 10 de julio al 18 de agosto de 2000

2636.^a SESIÓN

Lunes 10 de julio de 2000, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen de los proyectos de artículo 43 y 44, incluidos en la sección B del capítulo I del tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/507 y Add.1 a 4), que presentó el Relator Especial (2634.^a sesión) en la primera parte del período de sesiones.

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que en el debate iniciado durante la primera parte del período de sesiones se plantearon varias cuestiones, en particular el vínculo existente entre la restitución y la

indemnización y la oportunidad de dedicar un único artículo a la indemnización. Teniendo en cuenta una observación del Sr. Rosenstock (ibíd.), el Relator Especial preparó un proyecto de comentario sobre el artículo 44, a la vista del cual los miembros de la Comisión podrán considerar si conviene ampliar el propio artículo o si el texto relativamente sencillo que propone es suficiente.

3. El Sr. ECONOMIDES dice que su intervención se referirá a los artículos 43 y 44, pero que también hará algunas observaciones en relación con el artículo 45 bis, que lo considera inseparable del artículo 44.

4. Con respecto al artículo 43, el Sr. Economides comparte enteramente la opinión de que es preciso considerar que la restitución es la forma de reparación prioritaria, a pesar de que la indemnización sea de hecho la más frecuentemente empleada. En cada caso de responsabilidad, el objetivo que se persigue realmente es borrar lo más posible toda traza del hecho internacionalmente ilícito, restableciendo la situación anterior mediante la restitución en especie, es decir, el statu quo ante. En cuanto a las excepciones previstas en el artículo 43 aprobado en primera lectura, el Sr. Economides estaría de acuerdo en que se suprimiera la prevista en el apartado d, es decir, la amenaza grave contra la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable, por dos razones fundamentales que el propio Relator Especial cita en su tercer informe, a saber, porque se trata de un caso sumamente excepcional que, además, está comprendido de manera no insignificante por el apartado c. También estaría de acuerdo en que se suprimiera la excepción prevista en el apartado b —violación de una obligación nacida de una norma de jus cogens— a condición de que se tuviera la certidumbre de la aplicabilidad del artículo 29 bis a ese caso; se trata de una cuestión que el Comité de Redacción deberá examinar a fondo.

5. Además sería conveniente introducir algunos cambios de redacción: la frase «que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito» debería sustituirse por el término «responsable», como ya se ha hecho en varios lugares; en la versión francesa el participio obligé debería sustituirse por el participio tenu, que es más jurídico y

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

tiene un sentido más fuerte; por último, la disposición adquiriría más precisión si se añadiera la expresión «en especie» al concepto de restitución. Por lo tanto, el texto del párrafo inicial del artículo 43 sería el siguiente: «El Estado responsable tendrá la obligación de restituir en especie, es decir, restablecer la situación que existiera antes de la comisión del hecho ilícito, siempre y en la medida en que ello...». Además, en la versión francesa podría sustituirse la expresión *ceux qui sont lésés* que figura en el apartado c por *l'État ou les États lésés*.

6. Con respecto al artículo 44, el Sr. Economides dice que es partidario de una formulación flexible, pero también lo más precisa posible, análoga a la aprobada en primera lectura. Estaría también de acuerdo en que se limitara la indemnización mediante una disposición similar a la que figura actualmente en el párrafo 3 del artículo 42. Con respecto a los intereses, que representan un elemento esencial de la indemnización, considera que su lugar apropiado es el artículo 44, cuyo párrafo 2 podría desarrollarse a esos efectos. Por su parte, la cuestión del lucro cesante y de los intereses compuestos debería tratarse con mucha prudencia en el ámbito del proyecto de artículo y no exclusivamente en el comentario. Por tanto, el Sr. Economides propone que el artículo 44 sea del tenor siguiente:

«1. El Estado responsable tendrá la obligación de indemnizar del daño causado por el hecho internacionalmente ilícito que haya cometido en la medida en que el daño no haya sido reparado mediante la restitución en especie.

»2. A los efectos del presente artículo, la indemnización cubrirá todo daño económicamente valorable, los intereses sobre el monto del principal exigible en la medida necesaria para garantizar la plena reparación, así como, en determinados casos, las ganancias dejadas de obtener o los intereses compuestos.»

Por último, los elementos de la propuesta del Relator Especial que figuran en el proyecto de artículo 45 bis y se refieren al tipo y el modo de computar los intereses así como el período en que éstos se devengarán podrían incluirse en un párrafo 3 que se agregaría al artículo 44.

7. El Sr. HE recuerda que el capítulo II de la segunda parte propuesto por el Relator Especial titulado «Formas de reparación» procede del principio fundamental de derecho internacional de que todo incumplimiento de un compromiso comporta la obligación de ofrecer reparación, principio que la CPJI formuló en el asunto *Usine de Chorzów* y fue confirmado por la CIJ en otras decisiones, y que aplican distintas jurisdicciones y tribunales que entienden de casos de violación de compromisos de la que se deriva una responsabilidad internacional. La obligación de reparación puede considerarse desde diversos puntos de vista. En sentido general, tiene por objeto eliminar en la medida de lo posible todas las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito restableciendo la situación existente o que habría existido de no haberse producido el hecho. De ahí el objetivo general de la «plena reparación» a la que tienden las disposiciones del capítulo II. En segundo lugar, la obligación de reparación, en cuanto consecuencia jurídica principal del hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado, sólo

se refiere a los efectos directos o inmediatos, y no indirectos o lejanos, de una violación; la exigencia de derecho consuetudinario de que exista un nexo de causalidad suficiente debería, por lo tanto, incluirse de manera explícita en las disposiciones pertinentes sobre la reparación o la indemnización o, por lo menos, en el comentario. En tercer lugar, aunque se han expresado opiniones divergentes al respecto, la plena reparación debe abarcar el lucro cesante y los intereses, para no contradecir la jurisprudencia más extendida y tampoco el propio principio de la plena reparación. Por último, el texto que se examina debería expresar o reflejar la necesaria proporcionalidad entre la reparación y el daño sufrido, ya que toda idea de sanción adicional a la plena reparación es inaceptable y debe rechazarse, porque la obligación de reparación que el concepto de responsabilidad comporta no debe perseguir otra finalidad que la de eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito. Esto es conforme a la idea de que la indemnización no ha lugar cuando no se ha demostrado ningún daño, bien sea material o moral.

8. Con respecto a la restitución contemplada en el artículo 43 propuesto por el Relator Especial, los partidarios de una relación más flexible entre restitución e indemnización que dejara al Estado lesionado la libertad de elegir las formas de reparación que considerara más apropiadas han criticado un primer planteamiento en el que se defiende la prioridad de la restitución sobre cualquier otra forma de reparación, especialmente la indemnización, por considerar que era demasiado rígida y contraria a la práctica. El Relator Especial, aun confirmando la primacía de la restitución, ha mantenido la idea de una prioridad relativa, especialmente la prioridad de la restitución cuando se trate de territorios o individuos capturados ilegalmente o bienes de gran valor histórico o cultural. En el artículo 43 propuesto se mantendría así el principio de la prioridad, a reserva de determinadas excepciones. Sin embargo, dado que en el artículo 43 aprobado en primera lectura se prevé que, si la restitución correspondiente a una plena reparación es posible, el Estado responsable no debería poder elegir la indemnización, cabe preguntarse si, en este caso, el Estado lesionado podría preferir una indemnización.

9. En cuanto al artículo 44 propuesto por el Relator Especial, lo más importante es saber si, como señala el Relator Especial en el párrafo 166 de su tercer informe, se necesita una formulación más detallada del principio de la indemnización. Teniendo en cuenta la importancia que ésta tiene como medio principal de reparación, y que el artículo 44 tiene por objeto definir su alcance, parece que es necesario indicar expresamente los elementos y las condiciones principales de la indemnización para facilitar la evaluación de su cuantía. La simple mención de «todo daño económicamente valorable» es insuficiente si no se dispone de algunos elementos de apreciación. En efecto, debería incluirse el principio de derecho consuetudinario de exigir un nexo de causalidad entre el daño y el hecho internacionalmente ilícito, y también debería mencionarse el lucro cesante, a pesar de que hay un artículo sobre los intereses que se refiere principalmente a un modo de cálculo. Teniendo en cuenta la incertidumbre de la situación del derecho y las diferentes prácticas de los Estados, sería desde luego difícil elaborar una norma más detallada sobre la indemnización,

aunque el artículo 44 en su formulación actual es demasiado simplista para ser satisfactorio. Si cabe prever una formulación más flexible de las modalidades de reparación, debería respetarse enteramente y consagrarse de manera más precisa en el propio artículo el principio fundamental de una plena reparación mediante la indemnización. Al mismo tiempo, debería velarse por prevenir todo posible abuso estableciendo que ninguna indemnización debe ser superior al daño causado por el hecho ilícito.

10. El Sr. HAFNER observa, en primer lugar, que por el hecho de estar cualquier observación sobre los artículos 43 y 44 manifiestamente subordinada a los resultados de los debates de la Comisión sobre los artículos 40 y 40 bis, las observaciones que se formulen en la etapa actual se basan en el postulado de que los proyectos de artículos se refieren, sobre todo, por no decir exclusivamente, a los Estados lesionados, en el sentido estricto de la expresión, es decir, los que pueden reivindicar todas las modalidades de reparación como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito. En segundo lugar, al depender también la redacción final de los proyectos de artículos, en cierta medida, del carácter definitivo del comentario, el Sr. Hafner se reserva la posibilidad, en función del comentario, de precisar la posición que haya manifestado en un primer momento.

11. En conjunto, el Sr. Hafner aprueba el criterio general adoptado por el Relator Especial con respecto a esta parte del tema de la responsabilidad de los Estados. También es partidario de una formulación relativamente general de los proyectos de artículos, ya que una redacción excesivamente precisa puede hacer difícil, por no decir imposible, llegar a un acuerdo general sobre el texto y puede crear nuevos elementos de desacuerdo entre los Estados. El problema más importante en materia de responsabilidad de los Estados es el reconocimiento de la responsabilidad y no la evaluación de los daños. Así lo confirmó la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagy-
maros*, en relación con el cual, como se indica en el párrafo 155 del informe, la Corte no consideró que la cuestión de la indemnización fuera lo esencial del asunto. En muchos casos, la cuantía de la indemnización se determina de hecho mediante negociación. El Sr. Hafner expresa reservas con respecto a la idea de recurrir más frecuentemente a la jurisprudencia arbitral como expresión de la práctica, por una parte, porque esa jurisprudencia no da cuenta de los asuntos de responsabilidad de los Estados resueltos directamente entre éstos o por las jurisdicciones nacionales y, por la otra, porque una de las condiciones que suelen ponerse a la solución de las controversias mediante arbitraje es que la sentencia sea secreta.

12. Con respecto al artículo 43, el Sr. Hafner dice que la *restitutio in integrum* es sin duda la forma de reparación a la que debe concederse prioridad, si ésta es la elección del Estado lesionado. Si no es tan frecuente como, por ejemplo, la indemnización, ello se debe a sus propios límites y no a que tenga un carácter subsidiario. Del párrafo 142 se desprende que la obligación de restitución consiste en establecer la situación que habría existido si no se hubiera producido el hecho ilícito y no simplemente en restablecer el *statu quo ante*. A este respecto, el propio texto del artículo plantea algunas dificultades: es preciso tener en cuenta que todo se refiere a lo que hubie-

ra ocurrido. Por lo que respecta a los límites de esta obligación, la referencia a la imposibilidad material también plantea algunos problemas. Cabe preguntarse si la imposibilidad material incluye la imposibilidad jurídica. Las distintas teorías sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ofrecen respuestas diferentes a este interrogante. El punto de vista dualista parece incluir la imposibilidad jurídica en la imposibilidad material, a diferencia del punto de vista monista, que da prioridad al derecho internacional. A este respecto, también es preciso considerar la relación existente entre el artículo 43 y el artículo 4 del proyecto de artículos, que excluye el recurso al derecho interno, es decir, que podría afirmarse que el Estado responsable no puede evadir el deber de restablecer la situación anterior remitiéndose a su ordenamiento jurídico interno. Ésa sería, por ejemplo, la consecuencia de una formulación análoga a la del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, la formulación del artículo 4 no debe producir el mismo efecto. Queda por determinar si la imposibilidad material incluye o no la imposibilidad jurídica, por lo que debería abordarse esta cuestión, por lo menos en el comentario. En cuanto a la limitación prevista en el apartado c del artículo 43, la expresión «el Estado perjudicado» puede estar en contradicción con el artículo 40 bis. Se trata de determinar si los beneficiarios serían los individuos víctimas del hecho ilícito o el Estado de que se trate. Al ser sólo los Estados las partes lesionadas a que se hace referencia en el artículo 40 bis, cabe suponer que sólo se contemplan en este contexto los Estados. Por ello sería conveniente hacer algunas aclaraciones en el comentario.

13. La nueva versión, corta y más general, del artículo 44 propuesto por el Relator Especial es preferible a la aprobada en primera lectura, contrariamente a la opinión expresada a este respecto por el Sr. Economides. La cuantificación de los daños no es desde luego una cuestión de protección diplomática, como se sugiere en el párrafo 158. Así, no es posible profundizar en la cuantificación de la indemnización. Las distintas decisiones adoptadas en esta esfera prescriben una cantidad determinada sin indicar los criterios aplicados para calcularla. En el asunto del *Rainbow Warrior*, por ejemplo, nadie ha podido descubrir realmente los criterios que se han considerado decisivos para determinar la cuantía exacta de la indemnización. En el asunto más reciente del bombardeo de la Embajada de China en Belgrado, en el que, en vez de una indemnización en sentido estricto se ha efectuado un pago, a título voluntario, de una cantidad más o menos equivalente a la de los daños, sería difícil precisar los criterios aplicados para fijar la cuantía abonada. Parece que el principio consiste en ofrecer una indemnización que garantice que la víctima del hecho ilícito considere el asunto resuelto.

14. En cuanto a la redacción de este artículo, se trata de saber si debe mantenerse el término «económicamente», ya que podría dar lugar a algunos problemas. Cabe preguntarse, por ejemplo, si se aplicaría a las consecuencias de la extinción ilícita de una especie amenazada, sobre explotada por el ser humano. Parece que hasta la fecha se ha empleado de manera muy amplia. Por supuesto, la solución depende también del significado que se dé a la expresión «daño moral» que figura en el artículo 45. La

solución tal vez fuera emplear la expresión «daño material» en el artículo 44 y «daño no material» en el artículo 45. El significado del adjetivo «material» sería sin duda más amplio que el de «económicamente valorable». La elección de estos términos se justificaría también por otras consideraciones. En efecto, al referirse el artículo 44 a la indemnización de todo daño económicamente valorable, cabe deducir que las otras formas de daños entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 45, donde se consideran los daños no materiales. De ello se desprende que el artículo 44 tiene evidentemente por objeto abarcar los daños materiales. De la comparación entre el artículo 43 y el artículo 44 subsiste un problema. En el nuevo artículo 43 propuesto se menciona la ventaja que se derivaría de la restitución para el Estado lesionado. En el artículo 44 no se precisa a quién se ha causado el daño: si se trata de la parte lesionada en el sentido del artículo 40 ó 40 bis o de las víctimas efectivas, por ejemplo individuos. A juicio del Sr. Hafner, parece que en ambos casos la víctima es la misma, a saber, el Estado o la persona que ha sufrido las consecuencias del hecho ilícito. En este caso, también sería útil ofrecer algunas aclaraciones, por lo menos en el comentario. Se plantea también la cuestión de saber a quién se debe indemnizar. ¿A la víctima efectiva? ¿Significaría esto que el Estado que ejerce la protección diplomática debe entregar las sumas recibidas en concepto de indemnización a la víctima? El Sr. Hafner considera que, antes de responder a estos interrogantes, debería determinarse si entran dentro de la esfera de protección diplomática o de la responsabilidad de los Estados. En todo caso, nada se opondría a que la obligación de indemnizar, que se desprende del sentido normal de la palabra «indemnización», se enuncie expresamente, por lo menos en el comentario. En cuanto a las limitaciones de la indemnización a que se hace referencia en los párrafos 161 a 164 del informe, en general se plantean dentro del marco de la responsabilidad objetiva (liability), en el que no es necesario que se haya cometido un hecho ilícito para obtener una indemnización. Se observa una tendencia general a limitar la cuantía de la indemnización, ya que en caso contrario sería imposible firmar un contrato de seguros que abarcara determinadas actividades. Sin embargo, esta situación, a la que se hace referencia en el párrafo 163, no existe en el contexto de la responsabilidad de los Estados. Aunque el Sr. Hafner en general está de acuerdo con los puntos de vista del Relator Especial a este respecto, no considera apropiado el ejemplo de las actividades ultrapeligrosas. Cabría hacer otras consideraciones. Por tanto, cabe preguntarse si un Estado que deba abonar cantidades considerables en concepto de indemnización podría estar en contradicción con su obligación de respetar los derechos humanos y proteger la vida y la salud de sus nacionales. En consecuencia, desde este punto de vista, algunas limitaciones a la indemnización, que el Estado obligado a indemnizar podría así hacer valer frente al otro Estado, podrían desprenderse de esas obligaciones bajo los derechos humanos. Se plantea, por último, la cuestión de saber si los Estados obligados a indemnizar pueden invocar, por ejemplo, el artículo 33, relativo al estado de necesidad, para limitar sus obligaciones. Tal vez podría abordarse en el comentario.

15. El Sr. GOCO dice que de las declaraciones del Sr. Economides y el Sr. He parece desprenderse la existencia de una jerarquía de formas de reparación, porque estiman

que debe tratarse de obtener la restitución antes de exigir una indemnización. Sin embargo, la restitución es un derecho, lo que significa que el Estado lesionado puede ejercerlo o no. El Relator Especial tal vez pudiera ofrecer algunas aclaraciones a este respecto. Según ciertas declaraciones, el Estado lesionado preferiría tratar directamente de obtener la indemnización, sin pasar por el proceso de la restitución. Cabe preguntarse si el hecho de tratar de obtener la restitución debe considerarse una condición previa, si para exigir la indemnización debe probarse primero que la restitución es imposible en otras palabras, si existe una analogía con el derecho civil, en cuyo ámbito antes de exigir responsabilidades al garante, debe tratar de obtenerse la restitución.

16. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, por supuesto, cuando el Estado lesionado puede decidir que prefiere la indemnización, el hecho de tratar de obtener una indemnización en vez de la restitución es perfectamente lícito. Desde luego no existe ninguna disposición en la que se imponga la obligación de agotar todos los intentos de obtener la restitución. En las situaciones normales, el Estado lesionado es totalmente dueño de elegir. Cabe imaginar situaciones en las que el Estado lesionado no tenga elección y en las que la única solución posible sea la restitución, pero son casos extremos. Por otra parte, tales situaciones estarían más relacionadas con la cesación que con la restitución. En el proyecto de artículos se enunciará claramente, especialmente en la segunda parte bis, que el Estado lesionado —si se trata de éste en sentido estricto, para responder a una preocupación expresada por el Sr. Hafner— tiene derecho a elegir. Este derecho será efectivo en las situaciones ordinarias y la restitución perderá toda pertinencia, como sucede a menudo en la práctica. Por supuesto, habrá otras situaciones en las que será absolutamente evidente que la restitución está excluida; por ejemplo, cuando la pérdida es definitiva, como ocurre en caso de muerte o de lesión grave e irreparable. En cuanto a la cuestión de la garantía mencionada por el Sr. Goco, el capítulo II de la segunda parte no trata del derecho de garantía ni, en particular, de las situaciones en las que dos Estados diferentes son responsables de distintos aspectos de un comportamiento ilícito. Sólo se trata del caso que afecta a un solo Estado y de la relación entre las distintas formas de reparación respecto de ese Estado. En la sección B del capítulo III del informe se examinarán los casos en los que están implicados varios Estados.

17. El Sr. MOMTAZ dice que cree entender que el Relator Especial abordará la cuestión de la pluralidad de Estados lesionados, a la que hace referencia en el párrafo 126 y que la Comisión había decidido volver a examinar en su 45.º período de sesiones, en 1993. Espera con interés conocer los hechos que el Relator Especial abordará.

18. En cuanto al artículo 43, relativo a la restitución, se reconoce en general que se trata de la forma de reparación más conforme al principio general de la responsabilidad, según el cual el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a eliminar todas las consecuencias jurídicas y materiales restableciendo la situación que habría existido si no se hubiera cometido ese hecho. También existe un planteamiento de la restitución que cabría calificar de «puramente restitutorio» y por el que el Relator Especial parece haber optado, ya

que en el proyecto de artículo 43 que ha propuesto se dice que el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito «tendrá la obligación de restituir, es decir, restablecer la situación que existiera antes de la comisión del hecho ilícito». Por supuesto la restitución se hará sin perjuicio de una posible indemnización.

19. En el nuevo proyecto de artículo, el Relator Especial reduce de cuatro a dos el número de las excepciones a la obligación de restituir. La primera, a saber, la imposibilidad material, no plantea problemas, ya que es la consecuencia del proverbio «nadie puede hacer lo imposible». Cabe decir lo mismo de la segunda excepción, que figura en el texto aprobado en primera lectura y que el Relator Especial ha mantenido: huelga decir que el Estado responsable no tiene la obligación de restituir si ésta entrañara una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado perjudicado de la obtención de la restitución en lugar de una indemnización.

20. El Sr. Momtaz considera que la supresión de las otras dos excepciones plantea algunos problemas. Por lo que respecta al incumplimiento de una obligación derivada de una norma imperativa de derecho internacional general, su supresión parece basarse en dos argumentos. El primero es el formulado por Francia en sus observaciones³ en forma de un interrogante, a saber, cómo podría ser contrario a una norma imperativa el restablecimiento del derecho, que el Relator Especial parece haber hecho suyo. El segundo argumento es que el Relator Especial anterior no ofreció ningún ejemplo de situación en que la restitución supusiera una violación de una norma de ese tipo. En realidad, parece que el origen del problema es la referencia al *jus cogens* y la que ha motivado la supresión de esta excepción. En determinados casos, no obstante, la restitución puede tropezar con obstáculos jurídicos insuperables, y no es una simple hipótesis teórica. En su informe preliminar⁴, el antiguo Relator Especial indicaba la posibilidad de contemplar situaciones en las que la restitución fuera contraria a determinadas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, en particular su Artículo 103, o a normas de derecho común o consuetudinario, y ofrecía a este respecto el ejemplo de las nacionalizaciones, cuya legalidad hoy nadie discute. Es indudable que un Estado que realiza una nacionalización lícita no tendrá la obligación de restituir. Por ello, el Sr. Momtaz considera que tal vez fuera oportuno prever una tercera excepción a la obligación de restituir, a saber, cuando la restitución tropezara con un obstáculo jurídico insuperable, sin que ello comportara necesariamente la violación de una norma imperativa de derecho internacional general. Dicha excepción abarcaría también la excepción de una amenaza grave a la independencia política del Estado responsable del hecho ilícito, que figura en el apartado d del texto aprobado en primera lectura, y que efectivamente podría suprimirse.

21. En cuanto al texto del artículo 44, relativo a la indemnización, propuesto por el Relator Especial, se prevé la indemnización de «todo daño económicamente valorable», fórmula esta que abarca tanto el perjuicio

material como el perjuicio moral y el lucro cesante. Se acepta unánimemente, y no plantea problemas, la necesidad de una indemnización por los daños materiales que se deriven de un hecho internacionalmente ilícito. Con respecto al perjuicio moral, cabe distinguir entre el causado al ciudadano o al agente del Estado lesionado y el causado al propio Estado. A juicio del Sr. Momtaz, la indemnización a este último debe ser a título de satisfacción, por lo que la indemnización del perjuicio moral en el ámbito del artículo 44 se limitaría al perjuicio sufrido por personas físicas, lo cual, por otra parte, es conforme a la práctica, y cabe citar al respecto el fallo pronunciado por la CIJ en el asunto *Détroit de Corfou*, en el que se concedió una indemnización como reparación del daño psicológico, así como la sentencia dictada en el asunto *McNeill* por la Comisión de Reclamaciones Anglomexicana.

22. En cuanto al lucro cesante, sólo cabe aprobar la conclusión a la que llegó la Comisión en su 45.º período de sesiones y a la que el Relator Especial se refiere en su informe⁵. La indemnización del lucro cesante no está universalmente aceptada por la doctrina y la práctica, y la jurisprudencia está muy dividida a este respecto, por lo que es difícil extraer normas precisas que cuenten con amplio apoyo. Ello no obsta para que la fórmula elegida por el Relator Especial: «todo daño económicamente valorable», deba interpretarse en sentido amplio, de modo que también abarque el lucro cesante; tal vez fuera oportuno precisarlo en el comentario.

23. En cuanto a las limitaciones a la indemnización, el propio Relator Especial reconoce en el párrafo 162 de su informe que debe examinarse la cuestión de la indemnización invalidante, es decir, la que puede dar por resultado privar a una población de sus medios de subsistencia. Puede plantearse el problema en los casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y, sin declararse partidario de establecer un régimen específico para los derechos humanos, el Sr. Momtaz estima que la Comisión debe abordar la cuestión y consignar en el comentario observaciones favorables a una limitación de la indemnización en esos casos.

24. El Sr. GOCO dice que los comentarios del Relator Especial sobre la restitución son particularmente instructivos, y que deben destacarse las observaciones que figuran al final del párrafo 124 y al comienzo del párrafo 126 del informe. El Estado lesionado tiene la posibilidad de elegir y puede solicitar directamente la indemnización en lugar de la restitución. En los casos en que haya varios Estados lesionados, el Estado responsable del hecho ilícito puede enfrentarse a varias demandas de reparación, en que unos Estados pidan la restitución y otros la indemnización.

25. Entre los hechos ilícitos que crean una obligación de reparación, convendría detenerse en la ocupación y la anexión ilícitas de territorios en el marco de un conflicto, con los sufrimientos y la destrucción consiguientes. En efecto, Filipinas sufrió enormemente durante la segunda guerra mundial y ha necesitado muchos años para recuperarse económicamente. Manila quedó prácticamente

³ Véase 2613.^a sesión, nota 3.

⁴ Anuario... 1988, vol. II (primera parte), pág. 7, doc. A/CN.4/416 y Add.1

⁵ Véase el párrafo 27 del comentario al artículo 8 [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), pág. 79].

arrasada y ha sido desde luego una de las ciudades más devastadas por la guerra. En caso de conflicto bélico, la restitución es imposible, por lo que Filipinas concertó el Acuerdo relativo a las reparaciones⁶. Poco después, el Congreso de Filipinas aprobó la Ley de la República n.º 1789, relativa a la creación de una comisión de reparaciones, encargada de repartir, teniendo en cuenta los intereses de todos los filipinos, las cantidades abonadas a título de reparación. No cabía considerar el restablecimiento del statu quo ante y sólo era posible la indemnización. Cualquiera que sea su utilidad, el artículo 43 no podría impedir que los Estados lesionados concierten acuerdos sobre las formas de la reparación. Por esa razón, el Sr. Goco estima que si se mantiene este artículo, debería también preverse una excepción para los casos de disturbios graves o guerras que supusieran la destrucción total de un país y miles de víctimas mortales. En cuanto al texto propuesto por el Relator Especial para este artículo, es más claro que el texto inicial y además tiene la virtud de concentrarse en la obligación del Estado responsable más que en los derechos del Estado lesionado.

26. En cuanto al artículo 44, el texto propuesto por el Relator Especial supone una mejora, ya que es más sencillo, claro y conciso que el aprobado en primera lectura.

27. Refiriéndose a una observación anterior suya, el Sr. Goco indica que, al referirse al concepto de garantía, sólo quiso decir que la presentación de una demanda de restitución sólo es una condición previa a una demanda de indemnización. En cuanto a la expresión «todo daño económicamente valorable» elegida por el Relator Especial, tiene la ventaja de comprender todos los tipos de daños, incluido el lucro cesante e incluso los intereses.

28. El Sr. ROSENSTOCK, refiriéndose a una observación formulada por un orador anterior, dice que en este caso sólo se hace referencia a la restitución por un Estado responsable y, por lo tanto, a una situación en la que se ha producido un hecho ilícito. Ya se trate de una nacionalización o de una transferencia de territorio, el hecho de que haya podido realizarse de manera lícita no sería un obstáculo a la restitución.

29. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, observa que en los párrafos 136 a 143 de su informe, el Relator Especial cita en concreto el asunto Grand-Belt y examina con bastante detenimiento la cuestión de la indicación de medidas provisionales. Por su parte, estima que la indicación de medidas provisionales no responde al concepto tradicional de restitución y desearía conocer la opinión del Relator Especial sobre esta cuestión.

30. Con respecto a la indemnización, el Presidente observa que el Relator Especial en el párrafo 155 de su informe se refiere al caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* para indicar que la CIJ sugirió un acuerdo de suma cero. En el asunto *Klöckner*, además, el Tribunal Arbitral desestimó la demanda de ambas partes por considerar que ambas habían incumplido sus obligaciones contractuales. El Presidente pregunta al Relator Especial si tiene la intención de incluir este concepto en el proyecto de artículos.

31. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), respondiendo al Presidente, dice que no considera que la indicación de medidas provisionales guarde relación con la reparación. Si ha citado el asunto *Grand-Belt* es porque, a nivel de las medidas provisionales, una parte formuló el argumento de que si se construía el puente el perjuicio derivado de su demolición sería superior al que sufriera Finlandia y, por lo tanto, no había lugar a la indicación de medidas provisionales. Aunque los preparativos de la construcción del puente estuvieran bastante avanzados, todavía no se había construido, y la CIJ no podía aceptar este argumento en la etapa actual, por estimar que no podía excluir que ordenara la demolición del puente si considerara que éste constituía un obstáculo al derecho de paso.

32. En cuanto a la segunda pregunta formulada por el Presidente, el Relator Especial indica que se trataba de considerar una cuestión planteada por el Sr. Arangio-Ruiz y que a menudo ha sido objeto de un tratamiento teórico, a saber, la diferencia entre el derecho y la práctica. Todos afirman que la restitución es la primera forma de reparación, pero en la práctica es muy poco frecuente. En cuanto a la comparación de las violaciones de cada una de las partes para efectuar una especie de compensación, el Relator Especial considera que es un asunto de procedimiento que realmente no entra dentro del ámbito del derecho de la responsabilidad.

33. Por último, el Relator Especial recuerda que se abordó otra cuestión en el asunto *Klöckner* citado por el Presidente, a saber, la de la excepción de falta de ejecución, y el Relator Especial indica que la examinará en el capítulo III, después de haber considerado las contramedidas. Sin embargo, estima que la aplicación de esta excepción se limita casi exclusivamente a las violaciones de las obligaciones de tipo convencional y, por lo tanto, no tiene cabida en el proyecto de artículos.

Se levanta la sesión a las 16.40 horas.

2637.^a SESIÓN

Martes 11 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Peter TOMKA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Idris, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

⁶ Firmado en Manila el 9 de mayo de 1956 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 285, n.º 4148, pág. 3).

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar su examen de la sección B del capítulo I del tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4) y concretamente de los artículos 43 y 44, con vistas a remitirlos al Comité de Redacción.

2. El Sr. SIMMA dice que el Relator Especial merece grandes elogios no sólo por la gran cantidad de material que ha proporcionado, sino que, sobre todo, por su talento especial que consiste en su capacidad de mejorar constantemente los informes anteriores.

3. A su juicio, el debate sigue adoleciendo de cierta falta de claridad con respecto a otras partes del proyecto que guardan relación con el presente examen. Es así como el Sr. Hafner mencionó (2636.^a sesión) que existe una estrecha relación entre los recursos mismos y la cuestión de quién puede valerse de ellos y de cuáles, relación que se expresa en el artículo 40 bis. Por ejemplo, en el caso de una violación grave de los derechos humanos, según el Relator Especial un Estado distinto del Estado directamente lesionado tendría derecho a adoptar contramedidas con el propósito de obtener la cesación de la violación, opinión con la que concuerda plenamente. Pero ¿podría un Estado no directamente lesionado adoptar también contramedidas a fin de obtener indemnización u otra forma de reparación para la víctima? En el caso de que un Estado viole los derechos humanos de las personas que viven en su territorio, tal indemnización es necesaria, y lo que cabe preguntarse es quién podría tomar medidas, y de qué forma, para obtenerla. Nada de eso está claro aún en las disposiciones formuladas hasta el momento por el Relator Especial.

4. La distinción entre cesación y restitución cumple una función importante en ese contexto. Según el Relator Especial, con la restitución se pretende anular el daño causado, en tanto que la cesación guarda relación con la terminación de un daño que se está infligiendo. Sin embargo, desearía una aclaración respecto de ciertos casos de obligación de restitución mencionados en el tercer informe. Por ejemplo, si se detiene ilegalmente a una persona, normalmente la restitución debe tener precedencia sobre la indemnización. Un Estado no puede simplemente exigir indemnización y luego recibir el dinero y marcharse, dejando que la persona languidezca en la cárcel. Pero ¿cómo se puede hablar de restitución —en ese caso de anulación de un daño ya infligido— si la persona sigue estando detenida ilegalmente?

5. Con respecto al orden de prioridad entre la restitución y la indemnización, si realmente se pudiera elegir

entre las dos, sólo el Estado lesionado podría hacerlo. Recordando las observaciones formuladas por el Sr. Momtaz (ibíd.), el orador considera muy cuestionable la opinión de que en los casos de expropiación, el Estado responsable puede elegir entre la restitución de los bienes expropiados ilegalmente o la indemnización de la víctima. Por supuesto, se refiere en ese contexto a la indemnización derivada de las normas secundarias y no a la obligación de indemnizar que imponen las normas primarias sobre expropiación de bienes extranjeros.

6. Tanto la restitución como la indemnización están sujetas a limitaciones: las de la restitución se mencionan en los apartados a y c del artículo 43 y las de la indemnización se describen en el comentario. En vista de esas limitaciones, es difícil establecer prioridades. Tal vez se esté deslizando en la discusión la tensión que existe entre el sistema del derecho civil y el sistema del common law. La tradición del common law se podría tener en cuenta más fácilmente si se colocara a la indemnización en el mismo nivel que la restitución, mientras que los que practican el derecho civil tienden a pedir la restitución en primer lugar y a recurrir a la indemnización sólo si la restitución no es posible.

7. El asunto Usine de Chorzów ocupa un lugar preponderante en el material publicado y en la labor anterior de la Comisión, y sin embargo la fórmula utilizada en ese caso para la reparación es distinta de la adoptada por la Comisión. La decisión de la CPJI relativa al asunto Usine de Chorzów establece que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si el hecho no se hubiese cometido. En consecuencia, se trata de determinar cuál sería la situación si la violación nunca hubiese ocurrido. El concepto de restitución aplicado por la Comisión, que está recogido en el artículo 43 aprobado en primera lectura, se limita al restablecimiento de la situación que existía antes de que se cometiera el hecho ilícito, con el objetivo implícito de hacer retroceder el tiempo, por así decirlo. Sin embargo, si se sigue fielmente la fórmula sobre reparación integral aplicada en el caso Usine de Chorzów, sería necesario otorgar indemnización por el lucro cesante, en tanto que de conformidad con la propuesta del Relator Especial, la suerte del lucro cesante permanece sin resolverse, si bien podría decidirse en cada caso en particular.

8. La primera excepción a la restitución, enunciada en el apartado a del nuevo artículo 43 propuesto por el Relator Especial, se refiere a la imposibilidad material. El Sr. Hafner quiso saber (ibíd.) si no habría que incluir la imposibilidad jurídica, como ocurriría, por ejemplo, si el Estado A, víctima de una violación, solicita restitución al Estado B, pero el Estado B responde que no puede otorgarla porque el derecho interno no se lo permite. Ese no es, sin embargo, un caso de imposibilidad jurídica, porque no hay nada en el derecho internacional que impida que se modifiquen las leyes internas. El antiguo artículo 50, actualmente artículo 41, del Convenio europeo de derechos humanos estipula que si no puede obtenerse restitución íntegra, debe pagarse indemnización. Pero esa disposición y otras similares constituyen un acuerdo voluntario de los Estados de no llegar hasta donde se lo

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

permitiría el derecho internacional general, en reconocimiento de que en muchos casos sería extremadamente difícil pedir a un Estado que revocara la legislación. La dificultad que aquí se presenta es, sin embargo, muy distinta de la imposibilidad y las dos no se deben confundir.

9. El orador concuerda con la opinión de que la expresión «los lesionados» empleada en el apartado c del nuevo artículo 43 es poco feliz, ya que puede interpretarse en el sentido de que abarca a entidades que no son Estados. El párrafo 3 del artículo 40 bis debe aplicarse en ese contexto. Sin embargo, su alcance se debe interpretar en forma amplia en todo el proyecto de artículos, a fin de que la Comisión no tenga que incluir cláusulas ambiguas sobre los recursos de que disponen las entidades que no son Estados.

10. En cuanto al análisis que hace el Relator Especial de la restitución en el contexto de los asuntos relativos al Grand-Belt y a la pena de muerte (Paraguay c. États-Unis d'Amérique y LaGrand), conviene con el Sr. Yamada en que debe establecerse una distinción entre la restitución en el contexto de las demandas de interdicción y la restitución en el contexto de las actuaciones posteriores relativas al fondo de la cuestión.

11. En lo que respecta al artículo 44, relativo a la indemnización, numerosos miembros y el Relator Especial han reconocido la dificultad que entraña el establecimiento de una fórmula válida, ya que en muchos casos los Estados llegan a acuerdo sobre la indemnización por un hecho internacionalmente ilícito, pero el Estado responsable insiste en que el pago se haga *ex gratia*. Una segunda dificultad consiste en que, especialmente en las cuestiones relativas al comercio mundial y al medio ambiente, los Estados crean regímenes especiales de indemnización que se aplican a determinados casos, lo que en la práctica excluye la aplicación de los principios generales. En el informe se hace mención de los tratados sobre responsabilidad en el derecho ambiental, pero todos esos regímenes se refieren a limitaciones de la responsabilidad del explotador. Hasta donde él sabe, no existe un régimen de responsabilidad de los Estados que establezca tales limitaciones. Está de acuerdo con el Relator Especial en que lo único que puede hacer la Comisión por el momento es elaborar una fórmula flexible, en la que tal vez puedan incorporarse algunas de las enmiendas propuestas por el Sr. Economides (*ibíd.*). Todo intento de establecer normas sobre la cuantificación de la indemnización debe dejarse para la labor futura de la Comisión.

12. El Sr. Hafner se refirió a problemas con la expresión «daño económicamente valorable» empleada en el artículo 44 y preguntó si no sería mejor hablar de «daño material». En el párrafo 148, el Relator Especial incluye en la expresión «daño económicamente valorable» tanto el daño material como el daño moral. Le gustaría saber cómo se podría valorar económicamente el daño moral. Tal vez la satisfacción o el pago de indemnización por daños nominales sean soluciones más apropiadas. Finalmente, como dijo antes, si se aplica fielmente la decisión sobre reparación íntegra dictada en el asunto *Usine de Chorzów*, deberá otorgarse indemnización por el lucro cesante, en tanto que si se sigue la fórmula que existe actualmente en el artículo 44, la cuestión

del lucro cesante se puede decidir en cada caso en particular.

13. El Sr. HAFNER dice que el problema de la imposibilidad jurídica es un problema auténtico. De conformidad con las normas primarias de derecho internacional, los Estados tienen que aprobar ciertos tipos de legislación. Pero ¿qué ocurre si el parlamento no lo hace? En ese caso tal vez la única solución sea la indemnización de la víctima. Es indudable que existen limitaciones a las enmiendas de los regímenes jurídicos; la decisión de un tribunal supremo, por ejemplo, no se puede anular y en esos casos la restitución es verdaderamente imposible.

14. El Sr. SIMMA, ilustrando las dificultades que presenta la idea de la imposibilidad jurídica, cita como ejemplo un parlamento que promulga legislación que, según se determina, contraviene el derecho internacional, la que el gobierno trata en vano de hacer revocar. En otras palabras, se trata de una fórmula jurídica internacional trasladada a una rama ejecutiva que no logra inducir al parlamento a que haga lo que sea necesario para volver a la legalidad. Ésa, sin embargo, no es la forma en que se debe considerar a un Estado a los efectos de la responsabilidad de los Estados. Más bien se le debe considerar como una «caja negra», y ningún órgano gubernamental debería poder escapar a la obligación de rectificar cualquier violación del derecho internacional que pudiera producirse.

15. En cuanto a las decisiones de un tribunal supremo que no se pueden anular, de conformidad con una decisión del Tribunal Supremo de Grecia, la República Federal de Alemania, en su calidad de Estado sucesor del Tercer Reich, no goza de inmunidad respecto de los crímenes de lesa humanidad cometidos en Grecia durante la segunda guerra mundial³. Deberán pagarse más de 50 millones de marcos alemanes a los demandantes si se quiere evitar la ejecución judicial de los bienes estatales en Grecia. La República Federal de Alemania estima que la decisión no se conforma a la normativa internacional sobre inmunidad soberana. Pero ¿qué puede hacer un país si considera que un fallo definitivo, del que no se puede apelar, es ilegal? ¿Pagar primero y luego pedir indemnización por daños? Sin duda que esto raya en lo ridículo.

16. El Sr. GAJA dice que, aunque no haya recurso legal en el sistema interno contra un fallo definitivo del que no se puede apelar, eso no significa que no pueda cambiarse la situación jurídica interna. En varios países se han anulado los resultados de fallos sobre cuestiones relativas al derecho internacional. Una serie de acuerdos bilaterales sobre solución judicial y arbitral de las controversias concertados en el período transcurrido entre las dos guerras mundiales contenían cláusulas diseñadas para evitar una anulación de fallos definitivos. Esto confirma que una obligación de anular fallos puede de otro modo resultar de la aplicación del derecho internacional. La imposibilidad jurídica, opuesta a la material, no existe; la única excepción posible podría ser el caso muy marginal de una obligación del derecho internacional que sea necesario

³ Véase I. Bantekas, «Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany», *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 4 (octubre de 1998), pág. 765.

infringir para lograr la restitución. Desde el punto de vista práctico, la imposibilidad material es la única cosa que debe preocupar a la Comisión. Las dificultades en el derecho interno pueden ser sólo uno de varios elementos que han de tenerse en cuenta al decidir si es apropiada la restitución o la indemnización.

17. El orador discrepa con otro de los puntos planteados por el Sr. Simma. Aun si, según lo convenido, la Comisión se ocupa únicamente de las relaciones entre Estados, no puede desconocer la realidad que hay detrás de toda violación de los derechos del Estado que afectan a una persona. No puede resolver el problema con una cláusula de escape como la descrita por el Sr. Simma. Debe examinar a fondo la cuestión de quién podría invocar la responsabilidad y quién podría elegir entre indemnización y restitución. Debe tener en cuenta a la persona, aun cuando sólo esté ocupándose del papel de ésta en el contexto de las relaciones entre Estados.

18. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que las dificultades que entraña la redacción del artículo 44 son comprensibles habida cuenta de su objetivo, a saber, abarcar todo daño económicamente valorable. El Sr. Simma parece aplicar un criterio minimalista a dicha valoración, pues la interpreta como algo que se relaciona únicamente con los daños materiales y no con los daños morales. El orador no concuerda con ese criterio y prefiere la posición adoptada por la Comisión al aprobar el proyecto de artículos en primera lectura, es decir, que todo daño se puede prestar a indemnización y a valoración financiera. Esa posición ha sido confirmada asimismo por la jurisprudencia; los jueces y los árbitros han dictaminado que debe pagarse compensación financiera o indemnización por el daño moral.

19. El Sr. GOCO dice que la frase «daño económicamente valorable» seguramente se refiere al daño que se puede valorar desde el punto de vista pecuniario. Sin embargo, algunos daños no son susceptibles de estimación pecuniaria. Por ejemplo, los daños punitivos entran en una categoría totalmente diferente.

20. El Sr. KABATSI pide que se le aclare lo que sucede si, de conformidad con la separación de los poderes del Estado, el parlamento aprueba sin obstáculos una nueva ley que posteriormente constituye la base de un hecho ilícito. Podría pagarse indemnización, pero el hecho ilícito podría perpetuarse si la rama ejecutiva no logra eliminar la ley de que se trata. En esas circunstancias, la indemnización no constituiría una reparación adecuada.

21. El Sr. ECONOMIDES dice que la Comisión tendrá que decidir si apoyará el principio citado por el Sr. Simma de que el lucro cesante se debe indemnizar en todos los casos o si adoptará el criterio indicado por el Relator Especial, según el cual el lucro cesante se ha de evaluar en cada caso en particular. Él se inclina por este último criterio. Sin embargo, si se adopta el principio, éste y todas sus posibles excepciones deberán enunciarse en el propio proyecto de artículos. Deberá utilizarse el comentario para explicar las razones en que se basan el principio y sus excepciones. Con respecto a la posibilidad de ejecución, y a cualesquiera impedimentos materiales o jurídicos que la obstaculicen, en su opinión debe

darse una interpretación amplia a la expresión «imposibilidad material»; deberían incluirse en ella todos los obstáculos jurídicos que dimanen del derecho interno. En cuanto a la cuestión de la separación de los poderes, es un concepto que se aplica únicamente al derecho interno, no al derecho internacional. El Estado es responsable de las acciones de sus ramas ejecutiva, legislativa y judicial. El caso a que hace referencia el Sr. Simma recae dentro de esa categoría.

22. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el debate confirma sus sospechas de que el Comité de Redacción debe volver a examinar el párrafo 4 del artículo 42 aprobado en primera lectura, a saber, la afirmación del principio subyacente de que un Estado no debe valerse de su derecho interno como excusa para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales. No puede alegar que no es posible enmendar su legislación si el derecho internacional exige que se enmiende. En principio, el derecho internacional debe predominar. En la práctica, es sin duda más fácil modificar la legislación en algunos países que en otros, pero la Comisión no puede legislar teniendo presente esa consideración. En consecuencia, desconfía de la expresión «imposibilidad jurídica», que podría ser una manera de volver a introducir una revisión del principio básico que mencionó anteriormente. A veces, sin embargo, la posición jurídica pertinente ha cambiado, dando por resultado la imposibilidad efectiva. Por ejemplo, los bienes confiscados a una persona no se pueden devolver si ya han sido vendidos válidamente a otra persona. La situación es más compleja cuando se trata de los derechos de una persona y el derecho internacional pasa a ser una especie de norma secundaria, tal como lo hace en la esfera de los derechos humanos. Por ejemplo, un sistema jurídico que esté en consonancia con los requisitos del derecho internacional puede de todos modos resultar inadecuado en un caso determinado. Puede haber limitaciones jurídicas internacionales que impidan rehacer el sistema; pero en todo caso el problema particular se mantiene. El artículo 41 del Convenio europeo de derechos humanos aborda el problema dando preferencia a la indemnización por sobre la restitución, aunque queda por determinar si eso constituye *lex specialis*. Concuerda plenamente con la interpretación de «imposibilidad material» propuesta por el Sr. Economides; no le satisface la posibilidad de que se produzca una falsa dicotomía entre imposibilidad material e imposibilidad jurídica.

23. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA expresa preocupación por el concepto que tiene el Relator Especial de las respectivas funciones del autor del hecho ilícito internacional y del Estado lesionado en relación con las formas de reparación. Sigue prefiriendo la redacción del artículo 43 aprobada en primera lectura, que daba preferencia al derecho del Estado lesionado a determinar la cuestión de las obligaciones internacionales, en el sentido de identificar al Estado responsable. Los proyectos de artículos relativos a las formas de reparación, en la versión propuesta por el Relator Especial, ratifican el principio fundamental consagrado en el asunto *Usine de Chorzów*, pero ese método es demasiado académico. Un método más práctico hubiera sido más eficaz.

24. Es cierto que, en su nueva versión, el artículo 43 no se limita a la restitución en especie. El problema es que

la restitución supone una transferencia en el tiempo y el espacio; sin embargo, dentro de sus parámetros, no hay ninguna seguridad de que el territorio, por ejemplo, haya conservado sus cualidades iniciales. La cuestión viene especialmente al caso ahora que el proceso de paz en el Oriente Medio deberá continuar con el examen del futuro de los Altos del Golán. En consecuencia, la restitución en especie debe considerarse en términos relativos. También es importante establecer el alcance de la restitución. Por ejemplo, se plantea la cuestión de si el «daño material» incluye el daño moral. El artículo 43, en su forma aprobada en primera lectura, no es especialmente esclarecedor a ese respecto. Es más, el término mismo «restitución» no es necesariamente apropiado. En algunos casos sería más exacto hablar de «restablecimiento» o incluso de «reparación». La terminología utilizada en el proyecto de artículo es demasiado imprecisa. No abarca todas las posibles ramificaciones y, por consiguiente, menoscaba el propósito del artículo.

25. El artículo 44 propuesto por el Relator Especial plantea menos problemas. El orador cuestiona únicamente la utilización de la frase «daño económicamente valorable», ya que muchas de las actividades que dieron origen a arbitraje en los años setenta y ochenta —con excepción de las relacionadas con los hidrocarburos o con la nacionalización— no entran en esa categoría. La eliminación de la referencia al «Estado lesionado» es una progresión lógica a partir del texto aprobado en primera lectura. Además, cualquier referencia a la restitución en especie reduciría considerablemente el carácter específico de la indemnización como forma de reparación. Es mejor no indicar la forma de indemnización de que se trata; de lo contrario, será necesario también especificarla en todos los demás artículos pertinentes. Por último, con respecto a la sugerencia del Sr. Economides, estima que en el artículo 44 debe incluirse una referencia, en términos generales, al lucro cesante y a los intereses.

26. El Sr. ADDO dice que el propósito de la restitución en especie es restablecer la situación que existía antes de que el hecho o la omisión internacionalmente ilícitos tuvieran lugar. Sin embargo, los tribunales invariablemente tienen en cuenta las dificultades prácticas que eso entraña y, cuando es necesario, optan por la indemnización monetaria. La CIJ goza de las mismas facultades discrecionales con arreglo al párrafo 2 del Artículo 36 de su Estatuto. En los últimos tiempos generalmente no se ha concedido restitución en especie, si bien en el asunto Temple de Préah Vihear la Corte ordenó a Tailandia que devolviera todas las esculturas y demás artículos que habían sido sacados del templo. En su opinión, la restitución debe mantenerse en el proyecto de artículos como forma básica de reparación. Aprueba la nueva formulación del artículo 43 presentada por el Relator Especial, incluida la eliminación del apartado b —que es innecesario— y del apartado d, cuyas disposiciones abarca suficientemente el apartado c. Aprueba también la propuesta, presentada en forma tan convincente por el Relator Especial, de que el artículo 44 conste de un solo párrafo.

27. Le preocupa, sin embargo, el problema de la medida adecuada de indemnización, al que el artículo 44 no se refiere. Esta cuestión ha sido una fértil fuente de conflicto entre los países en desarrollo y los países industrializa-

dos de Occidente. La postura occidental clásica es la fórmula Hull de «indemnización rápida, suficiente y efectiva»⁴. En otras palabras, debe efectuarse el pago por el valor total de la propiedad, generalmente el «valor justo de mercado», en los casos en que es posible determinarlo, teniendo en cuenta el «valor en funcionamiento», si lo hubiere. La indemnización debe basarse en el valor en el momento de la apropiación y debe pagarse en moneda convertible, sin poner restricciones a la repatriación.

28. Sin embargo, las consecuencias cambiarias de esa fórmula impondrían prácticamente un embargo a cualquier reestructuración significativa de la economía de un país en desarrollo que se enfrentara a dificultades de balanza de pagos. En el caso de su propio país, la fórmula Hull habría impedido que Ghana participara en la industria extractiva en 1973 hasta que pudiera obtener suficientes divisas para lograr la repatriación inmediata del total pagadero a las empresas mineras y madereras en concepto de indemnización. Sin embargo, es evidente que si Ghana hubiera contado con ese excedente de divisas, lo más probable es que no habría tenido gran interés en participar en la industria.

29. En su opinión, no puede exigirse al gobierno de un país africano recientemente independiente que pague el valor justo de mercado por una mina adquirida por una empresa metropolitana sin costo o a un costo muy bajo con la protección de la Potencia imperial. Pone en tela de juicio el significado mismo de la expresión «precio justo de mercado» en esas circunstancias, teniendo en cuenta la rentabilidad desmesuradamente elevada obtenida a lo largo de hasta 50 ó 100 años de un recurso que ha sido explotado por una suma nominal. También se pregunta si deben desconocerse las generosas concesiones otorgadas a una empresa en la época colonial en el momento de calcular el valor corriente de mercado e incluso si existe realmente un valor de mercado. Un buen ejemplo es si el Gobierno de Ghana debió pagar en 1972 una indemnización a Lonrho (London and Rhodesia Mining and Land Company) que correspondiera realmente a los elevadísimos precios del oro con respecto a los yacimientos de oro Ashanti, que habían sido explotados por empresas británicas desde 1892 en condiciones concesionarias extremadamente ventajosas.

30. No se trata de preguntas meramente retóricas. La práctica internacional actual revela que se han hecho avances considerables con respecto a la formulación tradicional. Además, en el párrafo 4 de la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1962, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, la Asamblea estipuló el pago de la «indemnización correspondiente» en el caso de nacionalización, expropiación o requisición. La expresión «correspondiente» constituye un cambio considerable con respecto a la frase «rápida, suficiente y efectiva», aunque la Asamblea no la definió. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁵ también estipuló una «indemnización apropiada» (apartado c del artículo 2 del

⁴ Véase G. H. Hackworth, *Digest of International Law* (Washington D.C.), United States Government Printing Office (1942), vol. III, pág. 659.

⁵ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974.

capítulo II) pero no hizo referencia alguna al derecho internacional a ese respecto.

31. Al plantear esta cuestión no está proponiendo que se enuncie en forma más detallada el principio de la indemnización en el texto del artículo 44. Confía, no obstante, en que el Relator Especial tendrá en cuenta la cuestión cuando se refiera más detenidamente al artículo en el comentario. En el desarrollo del derecho deben tenerse en cuenta todos los aspectos que son motivo de preocupación. Incluso algunos juristas occidentales, entre ellos Schachter⁶ y el ya fallecido Sir Hersch Lauterpacht, que fue miembro de la Comisión y escribió sobre el asunto en 1948, han expresado dudas de que la fórmula Hull tenga su origen en el derecho internacional consuetudinario. El pasaje pertinente se puede encontrar en Oppenheim⁷.

32. El Sr. PELLET dice que el Sr. Addo tiene toda la razón, sólo que los puntos que planteó no guardan relación con el contenido del artículo 44. La nacionalización es un acto lícito, en tanto que el artículo 44 se refiere a hechos internacionalmente ilícitos. Por lo tanto, la indemnización por motivos de nacionalización no viene al caso. El Relator Especial ha aumentado la confusión con su larga nota de pie de página en el párrafo 158 del informe relativa a la nacionalización.

33. El Sr. BROWNLIE dice que incluso aquellos que no concuerdan con el concepto del derecho del Sr. Addo reconocerán que gobiernos como el de Ghana se enfrentan a graves problemas al aplicar la fórmula estándar. Reitera su opinión de que mucho depende del contexto de un acto. Es así como la nacionalización llevada a cabo en relación con la reestructuración económica es muy diferente de la expropiación o la confiscación que forma parte de una política de discriminación racial o depuración étnica. La Comisión debe guardarse de caer en una generalización excesiva. Agrega que Lauterpacht expresó su opinión ya en 1936.

34. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que está de acuerdo con el Sr. Pellet. En efecto, el párrafo 158 de su informe dice concretamente que no incumbe a la Comisión la función de elaborar la distinción sustantiva entre apropiaciones legales e ilegales ni especificar el contenido de ninguna obligación primaria. La inclusión de la nota de pie de página obedeció al deseo de tener en cuenta la cantidad considerable de publicaciones sobre esta cuestión. En segundo lugar, desea señalar que a veces es necesario valorar los bienes expropiados en el contexto de la responsabilidad de los Estados, como queda demostrado por el asunto *Usine de Chorzów*.

35. El Sr. LUKASHUK elogia el tercer informe, que al igual que el precedente está basado firmemente en las disposiciones del derecho internacional, principalmente las normas imperativas. Su enfoque realista es admirable, pues proporciona un reflejo adecuado del derecho vigente. El Relator Especial hizo bien en evitar un exceso de detalle, especialmente en los casos en que las disposicio-

nes pertinentes no están recogidas plenamente en la legislación nacional. Corresponde a la Comisión gran parte del mérito de formular la normativa de la responsabilidad de los Estados; por cierto, tiene entendido que en la edición más reciente del curso de derecho internacional dictado por el Sr. Brownlie se incluye un capítulo sobre este tema. Sin embargo, la Comisión debe seguir adelante con su labor y cumplir su mandato dando fin a la segunda lectura en su próximo período de sesiones. La responsabilidad de los Estados es una cuestión de importancia fundamental, pero diferentes Estados tienen diferentes intereses, como puede verse incluso en la Comisión. Si la Comisión acepta el enfoque propuesto por el Relator Especial, los gobiernos aceptarán mucho más fácilmente el proyecto de artículos.

36. Pasando a temas concretos, dice que el nuevo título del capítulo II, «Formas de la reparación», refleja en forma clara y concisa el contenido. Por otra parte, al parecer en muchos casos el concepto de responsabilidad está implícito en lugar de estar claramente enunciado en el proyecto de artículos. Así ocurre en los artículos 43 y 44. Por ejemplo, el artículo 43 se podría mejorar si se volviera a redactar en los términos siguientes: «El Estado responsable (o al que corresponde la responsabilidad) de la comisión de un acto internacionalmente ilícito estará obligado a realizar la restitución en especie». Podría objetarse que esa nueva redacción agrega muy poco al contenido actual del artículo. Sin embargo, debe tenerse presente que el derecho es un sistema lógico estricto. Es así como en ciertas circunstancias la falta de toda referencia a la responsabilidad podría tener consecuencias jurídicas adversas. Además, la obligación de otorgar indemnización dimana directamente no del acto ilícito en sí, sino de la relación jurídica de responsabilidad. Tal es la interpretación jurídica y no se la debe pasar por alto.

37. El orador es partidario de que se elimine el apartado b del artículo 43, relativo a las normas imperativas. Tal como lo confirman las observaciones de los gobiernos, las cuestiones de ese tipo se resuelven aplicando las normas generales del derecho internacional. Sería mejor omitir también el apartado d del artículo 43, pues es de carácter demasiado general y puede interpretarse en forma extremadamente amplia a fin de evitar que dé origen a la responsabilidad.

38. En cuanto a la correlación que existe entre los conceptos de cesación y restitución, la descripción de la cesación como una «restitución del desempeño» no es del todo correcta. La cesación del acto ilícito es la primera obligación y con frecuencia la más importante, a veces más importante que la indemnización. Por ello debe darse a la cesación el lugar que le corresponde en el proyecto, como ya lo señaló el Sr. Kabatsi.

39. El orador es partidario de una formulación general y flexible del artículo 44, tal como lo propone el Relator Especial. Al mismo tiempo, abriga algunas dudas acerca del comentario relativo al artículo 43, que parece hacer una distinción entre los temas de la protección diplomática y la responsabilidad. En el párrafo 158 del informe el Relator Especial señala con razón que la protección diplomática es un tema incluido en el campo general de la responsabilidad. Esto debería quedar establecido expresamente en el proyecto, lo que pondría de relieve el

⁶ Véase O. Schachter, «Compensation for Expropriation», *American Journal of International Law*, vol. 78, n.º 1 (enero de 1984), pág. 121.

⁷ Véase L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8.^a ed., publicación dirigida por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, Peace, pág. 352.

vínculo existente entre los dos temas. Desea también insistir en ese punto porque, como otros ya han observado, el problema de la responsabilidad del Estado en relación con las violaciones de los derechos de las personas naturales y jurídicas no ha sido recogido con claridad suficiente en el proyecto de artículos. Se trata de una cuestión de fundamental importancia a la que el Relator Especial debería dedicar más atención. Dicho esto, a su juicio los artículos 43 y 44 se pueden remitir al Comité de Redacción.

40. El Sr. PELLET dice que, en general, la primera parte del proyecto y también el capítulo I de la segunda parte sólo necesitaron pequeños ajustes. La cosa es muy distinta en lo que respecta al capítulo II de la segunda parte. En su forma aprobada en primera lectura, ese capítulo es apenas algo más que un esquema y poco convincente por lo demás. No sabe muy bien qué pensar, no sólo acerca de los cambios propuestos por el Relator Especial, sino además, en términos más generales, acerca de la totalidad del criterio adoptado. El ordenamiento superficial, aunque necesario, de la primera parte fue legítimo, pero es mucho más discutible tratándose del fondo del tema, que se aborda en la segunda parte. Esto es especialmente cierto en el caso del artículo 44, relativo a la indemnización, que carece en gran parte de contenido, aunque se reconoce que actualmente lo complementa el artículo 45 bis, relativo a los intereses.

41. Es muy consciente de que el Relator Especial está trabajando bajo presión para cumplir los estrictos plazos que la Comisión se ha fijado. No obstante, duda seriamente de que la Comisión haya acertado al convenir en el criterio «homeopático» propuesto por el Relator Especial. No está cuestionando la labor del Relator Especial; lo que critica es la base sobre la cual dicha labor se realizó. En su opinión, no es posible mejorar un proyecto de artículos deficiente sin someterlo a un reexamen exhaustivo. Aunque no corresponde ponerse en el lugar del Relator Especial, intentará describir los aspectos principales de ese examen, el que aún no es demasiado tarde para llevar a cabo.

42. El punto de partida para cualquier examen a fondo de las formas de reparación —título que, de paso, podría quedar mejor como «Formas y modalidades de la reparación»— debería ser el artículo 42 aprobado en primera lectura o el artículo 37 bis propuesto en el tercer informe. La reparación debe ser íntegra y debe borrar todas las consecuencias del acto internacionalmente ilícito. Si un Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, es responsable, y debe otorgar reparación por las consecuencias perjudiciales de la violación del derecho internacional. Sin embargo, muchas de las disposiciones aprobadas en primera lectura y muchas de las que ahora propone el Relator Especial —las que reconoce que representan una ligera mejora con respecto al proyecto anterior— parecen tener por objeto proteger los intereses, no del Estado lesionado, sino del Estado responsable. ¿Por qué, por ejemplo, es necesario especificar en el párrafo 4 del artículo 45 que la satisfacción «no debería adoptar una forma humillante para el Estado responsable»? Aparte del hecho de que nunca es totalmente convincente emplear el condicional en un texto jurídico, no ve la necesidad de evitar humillar a un Estado responsable que humilló a su vez al Estado lesionado. El requisi-

to de la proporcionalidad basta por sí solo y no hay necesidad de la estipulación adicional, que no da en el blanco.

43. Es muy decepcionante que el Relator Especial se limite a mencionar sólo someramente, en el párrafo 125 de su informe, la cuestión fundamental de si la restitución en especie debe restablecer la situación que existía antes de que se cometiera el hecho ilícito o la situación que habría existido si el hecho ilícito no se hubiera cometido. Como lo subrayó el Sr. Simma, esa cuestión está vinculada a otro asunto fundamental que no se trata en el informe, a saber, si se debe otorgar indemnización por el lucro cesante. Aunque el párrafo 2 del artículo 44, aprobado en primera lectura, no resuelve realmente ese problema, por lo menos esa disposición tiene el mérito de ponerlo de relieve, mientras que en el nuevo artículo 44 propuesto por el Relator Especial no se hace referencia alguna a él. Su propia primera impresión es que, de conformidad con el principio de reparación íntegra ya adoptado por la Comisión, lo que debe restablecerse es la situación que habría existido si el hecho internacionalmente ilícito no se hubiera cometido y que debe otorgarse indemnización por el lucro cesante. Sin embargo, esas no son las soluciones recogidas actualmente en el proyecto de artículos.

44. El segundo análisis que falta es, evidentemente, el de los crímenes. Lamentablemente, a ese respecto el Relator Especial nada aprendió del desafortunado ejemplo de su predecesor, el Sr. Arangio-Ruiz, que aplazó el debate sobre esa cuestión hasta el último momento. El resultado fue un desorden que llevó a la Comisión a incluir en la parte referente a los delitos consecuencias que habría sido más sensato reservar para los crímenes, con lo que se privó a los artículos 51 a 53, sobre las consecuencias de los crímenes, de gran parte de lo que de lo contrario habría sido su fondo. El Relator Especial está siguiendo actualmente el mismo camino, lo que sin duda lo va a llevar al mismo callejón sin salida. Sin embargo, el concepto de crímenes todavía está latente en el párrafo 126 del informe, en el que el Relator Especial se ve obligado a establecer una distinción entre los hechos que contravienen una simple norma del derecho internacional general y la violación de una norma imperativa del derecho internacional general —distinción que constituye tal vez una definición aceptable de «crimen»—. El Estado puede renunciar a la restitución en el primer caso pero no así en el segundo. Ésa es sólo una de varias consecuencias de la distinción entre crímenes y delitos, como parece reconocer el Relator Especial. Pero debido a que esa cuestión fundamental no se ha resuelto, en el proyecto de artículos no se hace la menor alusión a ella y, por cierto, la eliminación del antiguo apartado b del artículo 43 es en realidad un retroceso. Habría que mantener esa disposición, aunque reubicada en el artículo 44, a fin de subrayar que en ningún caso puede utilizarse la indemnización como medio de anular las consecuencias de un crimen.

45. El concepto de crimen se puede detectar también en el apartado b del párrafo 3 del artículo 45 propuesto por el Relator Especial. En el párrafo 174 de su informe, el Relator Especial cita en detalle las convincentes opiniones de la República Checa sobre el problema. Posteriormente, en el párrafo 190, declara imperturbablemente, sin discusión, que no existe ninguna base y muy poca justificación para el otorgamiento de indemnizaciones punitivas. Sin embargo, en el apartado b del párrafo 3 del

artículo 45 se contempla de todos modos la indemnización por «daños y perjuicios correspondiente a la gravedad del perjuicio», en tanto que se elimina la disposición referente a la «violación grave de los derechos del Estado lesionado».

46. En respuesta a una cuestión de orden planteada por el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), el PRESIDENTE pide al Sr. Pellet que, a los fines de terminar el examen de los artículos 43 y 44 para remitirlos al Comité de Redacción hoy mismo, se limite en la presente reunión a hacer observaciones sobre esos dos artículos.

47. El Sr. PELLET dice que lo que ha querido señalar es que, al obstinarse en no entrar en un debate sobre crímenes, el Relator Especial está impidiendo a la Comisión iniciar un examen global de la cuestión de la reparación. Se debió prever un debate general sobre los artículos 43, 44, 45 bis y 46 bis como un conglomerado.

48. Al igual que al Sr. Hafner, le sorprende que, fuera del plural «los» que se encuentra en el apartado c del artículo 43, en ninguna parte del proyecto de artículos se han recogido las importantes opiniones del Relator Especial sobre la cuestión del Estado lesionado. Esa omisión constituye una tercera oportunidad perdida. A su juicio, el Relator Especial ha mostrado demasiada deferencia hacia el proyecto de artículos existente, razón por la cual no ha propuesto el tipo de reestructuración radical que se necesitaba. En cualquier caso, el Comité de Redacción debe examinar los artículos 43, 44, y 45 teniendo en cuenta sus decisiones sobre el artículo 40 y la nueva definición de Estado lesionado y de lesión.

49. En general, pues, los nuevos artículos propuestos por el Relator Especial difieren muy poco de los artículos aprobados en primera lectura, y cuando lo hacen el cambio no siempre es positivo. Es así como en lo que concierne al artículo 43, al que desea referirse en detalle, no está seguro de que el nuevo título, «Restitución», sea mejor que el título «Restitución en especie». Una mejor opción, aceptable tanto en francés como en inglés, podría ser *Restitutio in integrum*, que refleja perfectamente lo que se quiere decir. Además, en la versión francesa la expresión *est obligé* de debería sustituirse por la expresión *à l'obligation de*, y la extraña expresión «proceder a la restitución, es decir, a» debería omitirse en ambos idiomas. Lo que es más importante, como señaló el Sr. Lukashuk, es que bastaría comenzar los artículos 43, 44 y 45 con la expresión «el Estado responsable», ya que el Estado obligado a proceder a la reparación no es necesariamente el Estado que cometió el hecho internacionalmente ilícito.

50. Por otra parte, desea reiterar que no está dispuesto a aceptar sin explicaciones más convincentes que el propósito de la restitución es restablecer la situación que existía antes de que se cometiera el hecho ilícito. Si la restitución ha de ser *in integrum*, parece mucho más lógico, por lo menos a priori, reconstituir lo que habría sucedido entre tanto si el hecho ilícito no se hubiera cometido. A ese respecto, el comentario del proyecto de artículos aprobado en primera lectura⁸ citado en el párrafo 125 del

tercer informe es asombrosamente confuso, pues agrupa dos criterios fundamentalmente diferentes.

51. Con respecto al apartado a del artículo 43, está de acuerdo con el Sr. Simma y disiente con el Sr. Economides y con el Relator Especial. Contrariamente a lo que se afirma algunas veces, el derecho interno nunca es ni debería ser un pretexto para negarse a realizar la restitución y, por consiguiente, no constituye un caso de imposibilidad material.

52. No ve ninguna otra dificultad con el apartado a del artículo 43 y tampoco con la propuesta de eliminar el apartado b, a condición de que se diga expresamente en alguna parte del proyecto, y no solamente en el comentario, que si se ha cometido un crimen, o en otras palabras, si se ha violado una norma de *ius cogens*, no se puede renunciar a la restitución en favor de la indemnización. Hay una razón excelente para la preferencia que el derecho internacional asigna a la restitución, a saber, que no debe ser posible eliminar una violación del derecho internacional mediante soborno; ni el Estado lesionado debe tener derecho a renunciar a la reparación en favor de la indemnización si lo que está en juego son los intereses vitales de la comunidad internacional en su conjunto. Por último, no tiene objeciones al apartado c ni a la eliminación del apartado d.

53. El artículo 44 es, en efecto, un artículo sin ningún valor y que, en su forma enmendada, tiene aún menos sustancia que la disposición correspondiente aprobada en primera lectura. Ahora que se le ha eliminado el párrafo 2, queda muy poco contenido de fondo, salvo la prioridad asignada a la restitución en la última frase, es decir, «si el daño no ha sido reparado mediante restitución». Sin embargo, al igual que el Sr. Economides y el Sr. He, estima que la prioridad se debe establecer en forma mucho más clara. Además tiene dudas acerca del empleo de la palabra «económicamente»; «financieramente» sería una expresión más apropiada, ya que es preciso valorar el daño desde el punto de vista financiero y monetario. Aparentemente el Sr. Hafner estima que «daño económicamente valorable» equivale a daño material —lo que es cierto en el caso de daño inmediato al Estado—. Sin embargo, la máxima de Aristóteles según la cual «el dinero es el denominador común de las cosas de valor» se aplica también al daño moral que sufren las personas, como lo ha establecido constantemente la jurisprudencia a partir del asunto Lusitania de 1923. Todo ello se debería señalar expresamente en el artículo 44. Tal como está, el artículo no es mucho más que un párrafo introductorio de un artículo mucho más detallado que aún no se ha redactado, en el que se abordarán los problemas planteados.

54. Ha leído con atención los argumentos presentados por el Relator Especial en apoyo de su criterio «minimalista» u «homeopático», pero sigue convencido de que la tarea de la Comisión consiste en proporcionar a los Estados y a los tribunales directrices con respecto a la indemnización, como lo solicitaron claramente varios Estados —cosa que se reconoce en el artículo 150 del informe—. En los párrafos 154 a 160 del informe, el Relator Especial se vale de dos argumentos principales para defender el criterio minimalista: el primero, que existe muy poca práctica establecida y, el segundo, que los gobiernos suelen resolver los problemas en forma

⁸ Véase el comentario al artículo 7 [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), págs. 67 a 73].

amistosa. Hace notar, sin embargo, que en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ no adoptó posición alguna sobre la cuestión de la indemnización y se limitó a alentar a las partes a que solucionaran sus diferencias en forma amistosa. Las soluciones de ese tipo no siempre dan por resultado la reparación íntegra, contrariamente a los principios básicos del derecho internacional, por la sencilla razón de que intervienen consideraciones de tipo no jurídico. Con independencia de la forma que adopte el proyecto en el futuro, las normas que establece serán siempre de carácter supletorio y los Estados siempre podrán prescindir de ellas cuando lo estimen conveniente. Sin embargo, eso no libera a la Comisión de la obligación de codificar y desarrollar progresivamente las normas vigentes, especialmente en los casos en que esa labor es necesaria y en que las normas no son claras. En todo caso, no está seguro de que esas normas sean tan poco claras como sostiene el Relator Especial, a pesar de que se refiere a los trabajos del Sr. Brownlie en una nota de pie de página en el párrafo 159⁹. Una importante labor sobre esas normas ha sido realizada por Lillich, y en Francia por Personnaz entre las dos guerras y más recientemente por Brigitte Stern. Aunque no será posible entrar en muchos detalles en este momento tan tardío, seguramente podrá hallarse de todos modos una vía intermedia.

55. Después del presente texto, que es meramente el párrafo introductorio de lo que se necesita, se deberían plantear por lo menos cinco cosas. En primer lugar, el artículo debería establecer que la indemnización ha de constituir el equivalente efectivo del daño sufrido. Ese es el criterio aplicado en el artículo 37 bis y no hay ninguna razón para que no se lo aplique también en el artículo 43, como ya se hizo en el artículo 44. En segundo lugar, se debe establecer que la indemnización ha de compensar tanto el daño material como el daño moral cuando el que sufre este último es una persona. En tercer lugar se debe establecer que la indemnización ha de compensar el daño emergente y el lucro cesante por lo menos cuando ambos son ciertos. La idea de certeza relativa al daño debería figurar en alguna parte del artículo 43. En cuarto lugar, debe establecerse que sólo el daño «transitivo» —el que resulta de un vínculo de causalidad cierto y necesario con el hecho internacionalmente ilícito— ha de ser objeto de indemnización. En quinto lugar, debe establecerse que el daño se ha de valorar en la fecha de comisión del hecho internacionalmente ilícito, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 45 bis —que tal vez debería colocarse inmediatamente después del artículo 44—. Esos cinco puntos son el mínimo indispensable, sin lo cual la Comisión no estará cumpliendo su tarea de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional.

56. El Sr. GALICKI dice que apoya a los que se han declarado partidarios de la utilización de la expresión *restitutio in integrum* en lugar de la expresión «restitución en especie», porque es más aplicable al texto del artículo 43. La fórmula que abarca las excepciones a la restitución está expresada en el apartado a del artículo 43 como una negativa doble («no sea materialmente imposible»), y en su opinión debería considerarse la posibilidad de volver a

redactarlo en forma afirmativa. El Comité de Redacción debería ocuparse de ambas cuestiones.

57. El Sr. LUKASHUK dice que, si bien comparte las opiniones del Sr. Pellet con respecto a la agresión y a la incorporación de las disposiciones correspondientes, su propia experiencia y la experiencia de los debates en la Sexta Comisión han demostrado que no es nada fácil llegar a acuerdo sobre cuestiones relativas a los hechos ilícitos y que es preciso abordar en primer lugar sus consecuencias antes de pasar a la cuestión de la agresión. No deben seguirse los consejos del Sr. Pellet, ya que como sin duda él y el Relator Especial se dan cuenta, sería imposible formular disposiciones detalladas en este momento.

58. El Sr. ILLUECA dice que en el párrafo 146 de su informe el Relator Especial propone que el artículo 43 se enuncie de tal manera que queden eliminadas ciertas secciones del texto anterior. Básicamente, el Relator Especial equipara la restitución con el restablecimiento de la situación que existía antes de que se cometiera el hecho ilícito, pero las excepciones enumeradas en el artículo 43 restan méritos al concepto de *restitutio in integrum* mencionado por el Sr. Pellet. En el párrafo 128, el Relator Especial se refiere al comentario en que se justifican las cuatro excepciones a la restitución previstas en el artículo 43 en su forma aprobada en primera lectura, y a ese respecto surgen grandes dudas. El empleo de la frase «no sea materialmente imposible» podría dar lugar al caso de que el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito se viera en una situación en que la restitución fuese materialmente imposible. Es esencial velar por que una legislación internacional sólida no deje margen para que los Estados más poderosos se valgan de interpretaciones unilaterales, como el argumento de que, lamentablemente, las obligaciones internacionales que desean cumplir no son compatibles con los criterios de su legislación interna.

59. Por lo que respecta al apartado a del párrafo 128 del informe, puede presentarse una situación en la que, por ejemplo, un Estado sufra daños de carácter muy grave en partes de su territorio como resultado del hecho internacionalmente ilícito de un Estado vecino que haya vertido desechos tóxicos que se han filtrado hasta la capa freática; en ese caso, es imposible restablecer la situación que existía anteriormente.

60. A ese respecto, el Relator Especial y el Comité de Redacción deberían tener presente que no debe permitirse que la imposibilidad material signifique la perpetuación de un estado de cosas en el que parte de una población se vea privada de sus derechos humanos fundamentales. Es esencial dejar en claro en los comentarios que la frase «no sea materialmente imposible» no resta valor a la obligación de los Estados responsables de eliminar todas las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito de que se trata. Ello es un requisito para la protección de los derechos humanos fundamentales involucrados.

61. Con referencia a la cuestión de la proporcionalidad entre la carga que ha de soportar el Estado responsable para realizar la restitución en especie y el beneficio que obtendría el Estado lesionado al obtener ese tipo concre-

⁹ I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part I, Oxford, Clarendon Press, 1983, págs. 223 a 227.

to de reparación en lugar de una indemnización, mencionada en el apartado c del párrafo 128, dice que al abordar la cuestión de la restitución desproporcionadamente onerosa (apartado c del párrafo 144), el Relator Especial señala con razón que podría resultar útil como aclaración subrayar que la noción de proporcionalidad no sólo se refiere al costo y a los gastos, sino que también exige que se tengan en cuenta otros elementos significativos, como la gravedad de la violación, por ejemplo, si supone la violación de derechos humanos fundamentales. En su opinión, los artículos 43 y 44 se pueden remitir al Comité de Redacción.

62. El Sr. HERDOCIA SACASA dice que indudablemente el artículo 43 debería referirse a la *restitutio in integrum*, ya que ninguna consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito puede ser más lógica que el restablecimiento del *statu quo ante*. La forma de reparación debe considerarse como una obligación del Estado responsable más bien que como un derecho del Estado lesionado. En cuanto a la cuestión de la imposibilidad material y a la distinción que se hace a veces entre restitución material y jurídica, mencionada en el párrafo 127 del informe, debería poderse tratar en un comentario la cuestión de la imposibilidad jurídica, que es un asunto completamente diferente. El criterio general aplicado en el asunto *Usine de Chorzów* es que la restitución debería, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del hecho ilícito y señala que es de carácter más general en cuanto a su aplicación que si se hubiera limitado a la restitución «material» o «jurídica». Es correcto omitir la excepción relativa a la violación de una obligación derivada de una norma imperativa del derecho internacional general. Cabe recordar que el proyecto constituye un todo indisoluble y es innecesario reiterar principios ya enunciados, en este caso en el artículo 29 bis.

63. Refiriéndose al dictamen de la Corte de Justicia Centroamericana en el asunto *El Salvador c. Nicaragua*¹⁰, mencionado en el apartado b del párrafo 128 del informe —y haciendo notar el error que existe en la versión en inglés, que habla de la Corte «Interamericana» de Justicia— dice que la Corte evitó referirse a la nulidad de un tratado entre Nicaragua y un tercer Estado (los Estados Unidos) pero que no consideró que la restitución fuese necesariamente imposible. Por el contrario, sostuvo que Nicaragua estaba obligada a valerse de todos los medios disponibles con arreglo al derecho internacional para restablecer y mantener el imperio de la ley que había existido antes de la conclusión del tratado. Es preciso destacar además que no se trató de un asunto bilateral entre Nicaragua y El Salvador; el caso se refería al Tratado General de Paz y Amistad de 1907, que era un tratado regional amistoso. Podrían considerarse varios otros casos muy interesantes respecto de los cuales la Corte ha emitido dictámenes, más concretamente el asunto *Nicaragua c. Honduras* el 17 de enero de 2000.

64. Por último, la tercera excepción, relativa a la desproporcionalidad, es absolutamente necesaria y abarca el apartado d del artículo 43 en su forma aprobada en primera lectura, que se refiere al hecho de comprometer la

independencia política o la estabilidad económica del Estado autor del hecho. En consecuencia, el apartado d se puede eliminar, a condición de que en el comentario se deje en claro que sus disposiciones están comprendidas en el principio de la proporcionalidad.

65. Con respecto al artículo 44, es necesario alcanzar un equilibrio apropiado. Es preciso asegurarse de que, como mínimo, un texto general que se refiera al daño económico financieramente valorable y por lo menos el comentario, si no el artículo, sean más detallados y explícitos, y abarquen cuestiones tales como el lucro cesante, los intereses, las circunstancias específicas, el daño moral y material y el concepto de indemnización.

66. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que forzosamente será breve, ya que debe tenerse presente que el objetivo sigue siendo el de producir un texto completo del proyecto de artículos en el presente período de sesiones. Si el Sr. Pellet hubiera expresado sus opiniones acerca del artículo 44 y si éstas hubieran sido refrendadas por la Comisión al finalizar el período de sesiones anterior, cuando existió la oportunidad de hacerlo, él mismo podría haber dedicado más tiempo a formular nuevos artículos en lugar de redactar un comentario de 20 páginas.

67. La cuestión de la expropiación es predominantemente una cuestión del contenido de la obligación primaria en el caso de las expropiaciones lícitas, pero puede haber casos de expropiación ilícita en que se plantean cuestiones de valoración.

68. Está de acuerdo con aquellos miembros que se inclinan por la expresión «Estado responsable» o alguna otra expresión equivalente. En el título del capítulo II se podría incluir una referencia a las modalidades, aunque ha sido de opinión de que ellas son un tema que pertenece más bien a la segunda parte bis. De lo que se trata es de las formas básicas de reparación, en otras palabras, del contenido, en lo que respecta al Estado responsable, de la obligación básica enunciada en el capítulo I.

69. Con respecto al artículo 43, el Sr. Brownlie presentó el argumento de mucho peso de que el alcance de la obligación de restitución depende de las normas primarias que estén en juego. Dichas normas primarias no son meramente pasajeros del vehículo de las normas secundarias sobre responsabilidad. El debate puso de relieve las diferencias de criterio entre los que se adhieren a la tradición del *common law* y los que lo hacen a la tradición del derecho civil. Las normas primarias realmente tienen importancia, cosa que quedó de manifiesto con la excepción que el Sr. Momtaz propuso que sustituyera al apartado b. Se trataba de la cuestión de la función que cumple el imperio de la ley como base para la no restitución, y hubo acuerdo general en que, a condición de que se dejara en claro que el artículo 29 bis se aplicaba a la segunda parte, el apartado b es innecesario. También hay situaciones en que la restitución es evidentemente inapropiada, sin necesidad de llegar a decir que las normas pertinentes son normas del *jus cogens*. En realidad se trata de determinar si es posible formular esas cuestiones en términos que no creen más problemas de los que resuelven. La fórmula presentada por el Sr. Momtaz parece hacer precisamente eso y en particular da lugar a la

¹⁰ Véase *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), pág. 674.

inquietante posibilidad de que los Estados sostengan que la restitución les resulta imposible por motivos jurídicos propios y que, por lo tanto, no la llevarán a cabo. Dichos motivos jurídicos no constituyen justificaciones como cuestión de derecho internacional, pero no hay duda de que las normas primarias de derecho internacional pueden entrar en acción en ese momento. Corresponde al Comité de Redacción considerar si existe una fórmula capaz de resolver tales problemas.

70. En cuanto a la cuestión del concepto restringido de restitución por oposición al concepto amplio, se inclina sin ningún reparo por el concepto restringido en el contexto del artículo 43. El dictamen relativo al asunto *Usine de Chorzów* se refiere a la reparación en sentido lato y por lo tanto a la *restitutio in integrum* en sentido lato; no se refiere a la restitución en el sentido empleado en el artículo 43, que ya estaba excluido en el momento en que la CPJI emitió su dictamen porque Alemania lo había desconocido, según dejó constancia la Corte en una etapa anterior del asunto. La cuestión sencillamente no se planteó: la reparación general ha de ser íntegra, como se dijo ya en el capítulo I. Si no se aborda la restitución en su sentido estricto, se producirá una superposición absolutamente intolerable entre lo dispuesto en el artículo 43 y otras formas de reparación. A pesar de ciertas ambigüedades en el segundo informe del anterior Relator Especial¹¹, la Comisión aprobó muy claramente en primera lectura el concepto estricto y no fue criticada por eso por los gobiernos. El concepto amplio de reparación es el contenido en el capítulo I y la reparación debe ser íntegra. Está de acuerdo con todo lo expresado por el Sr. Pellet acerca de la reparación íntegra, a condición de que se entienda en esa forma.

71. El Sr. Economides y el Sr. Pambou-Tchivounda plantearon la cuestión de a quién ha de hacerse la restitución. El problema está en que se está intentando abarcar toda una gama de situaciones y en cierta medida es necesario ser prolépticos al examinar los artículos pertinentes, porque del debate sobre el artículo 40 se desprende claramente lo que viene a continuación. Es preciso redactar los artículos en forma que puedan ser invocados por el Estado lesionado en un contexto bilateral o por uno o varios Estados lesionados en un contexto multilateral, y por cierto por aquellos Estados que se encuentran en la situación de Etiopía y Liberia en el asunto *Sud-Ouest africano*. Diferentes Estados pueden pedir la restitución y la indemnización se puede pedir en nombre de una variedad de intereses. La constante tendencia a tratar todo como si fuera bilateral forma parte de la esencia de la reestructuración de la segunda parte. El Sr. Pellet lo acusó de no tomar suficientemente en serio los detalles del artículo 44, pero la cuestión aún permanece abierta y si la Comisión así lo desea no tendrá inconveniente en proponer artículos más detallados que traten de cuestiones más concretas el próximo período de sesiones.

72. La cuestión es que cada uno de los artículos puede ser invocado por diferentes Estados. Si Alemania, después de ganar el caso *Usine de Chorzów* hubiese tratado a continuación de obtener restitución por partida doble debido a que ya se había pagado dinero a los propietarios

de la fábrica, ello habría quedado excluido. Es esencial tener en cuenta las diferentes relaciones jurídicas involucradas, entre ellas las relaciones jurídicas con entidades que no son Estados. No se puede reducir todo al contexto bilateral de Estado a Estado. Si su tercer informe tiene algún mérito, es el hecho de haber establecido un nuevo concepto de responsabilidad que se presta a diferentes interpretaciones, que es la única forma de lograr que el concepto sea moderno y flexible.

73. Por lo que respecta a la formulación de la restitución, el Sr. Economides estuvo de acuerdo en que las palabras «en especie» son innecesarias, pero esa es una cuestión que ha de decidir el Comité de Redacción. Personalmente, se opone absolutamente a la introducción del latín en el proyecto de artículos. Siempre se debe tratar de encontrar expresiones vernáculas y la referencia a una lengua muerta a fin de salvar dificultades es algo que no se puede tolerar.

74. Con respecto a la cuestión de lucro cesante, existe una opinión mayoritaria en la Comisión de que debe introducirse nuevamente una referencia a ese concepto. Sin embargo, la dificultad que eso plantea en relación con el artículo 44 es que descodifica la legislación existente sobre lucro cesante. Si la Comisión estima que efectivamente debe volver a introducirse una referencia a ese concepto, se necesita en ese caso un nuevo artículo. Trató de abordar las distintas cuestiones relativas a este tema en el comentario, redactado con bastante esfuerzo. Esas cuestiones volverán a plantearse en relación con el artículo 45 bis y se las puede tratar cuando se examine ese artículo. Por su parte, prefiere decididamente mantener la identidad separada del artículo 45 bis y no subsumirlo en el artículo 44. La tendencia a subsumir todo en el artículo 44, que se puso ciertamente de manifiesto durante la primera lectura, es una de las razones por las que sólo es posible formular disposiciones de carácter general. Se puede redactar una disposición específica sobre intereses y también sería posible redactar una disposición específica sobre el lucro cesante. Sin embargo, ni la una ni la otra deben comprender formulaciones imprecisas en artículos de carácter general que tienen un alcance muy diferente.

75. Está perfectamente claro que el artículo 44 abarca el daño moral causado a las personas, en tanto que se tuvo la intención de que el artículo 45 tratara de lo que se llama daño moral a los Estados. El uso de la expresión «daño moral» es en sí motivo de confusión por razones que explica en relación con el artículo 45. Debe dejarse en claro el contenido de esa posición y las expresiones cuestionables como «moral» se deben dejar para los comentarios.

76. El PRESIDENTE dice que, si no escucha objeciones, entenderá que la Comisión conviene en remitir los proyectos de artículos 43 y 44 al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

77. El Sr. ROSENSTOCK, hablando sobre una cuestión de orden, pregunta si las propuestas concretas presentadas por el Sr. Economides en relación con los artículos 43 y 44 también se remitirán al Comité de Redacción.

¹¹ Véase 2634.ª sesión, nota 5.

78. El PRESIDENTE dice que efectivamente así se hará. Por lo demás, varios miembros se han abstenido de intervenir en el debate en la inteligencia de que darán a conocer sus opiniones en el Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2638.ª SESIÓN

Miércoles 12 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Peter TOMKA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4,
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar el examen de los artículos 45, 45 bis y 46 bis propuestos por el Relator Especial en la sección B del capítulo I de su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. HAFNER dedica la primera parte de su intervención al artículo 45, que considera una de las disposiciones más complicadas del proyecto. Aprueba que se sustituyan las palabras «daño moral» por «daños no materiales», no sólo por las razones aducidas por el Relator Especial sino también porque el adjetivo «moral» hace pensar en la noción de moralidad. La satisfacción trata de abarcar todos los daños que no pueden resarcirse mediante restitución o indemnización lo que por supuesto no se limita únicamente al daño moral. Está claro sin embargo que incluso cuando se produce alguna muerte puede existir la obligación de indemnización, y no de dar satisfacción. Así, cuando durante una cacería oficial en Yugoslavia el Embajador de Austria mató de manera accidental al Embajador de Francia, la viuda demandó al Estado austriaco reclamándole una determinada suma de

dinero. Los tribunales austriacos calcularon con gran precisión las pérdidas sufridas. El pago del dinero constituye sin duda una indemnización y no una satisfacción. Lo que en un contexto de esta clase podría constituir satisfacción sería la reparación del daño moral o afectivo provocado por esa pérdida. Por cierto que no ha acabado de comprender por qué en el párrafo 1, en la versión francesa, se habla de daño ocasioné en vez de causé, como en los demás artículos.

3. De manera general considera que la lista de medidas enumeradas en el párrafo 3 no debería ser exhaustiva. Le parece cuestionable que el reconocimiento de la comisión del hecho ilícito deba figurar en primer lugar, a menos que la víctima insista en esa forma de satisfacción. A menudo es muy importante para el Estado autor del hecho permanecer en una situación que le permita salvar las apariencias, por ejemplo presentando excusas sin reconocer expresamente la violación. En tales casos, queda por saber si ha habido o no hecho ilícito, pero el tribunal al que en su caso recurra la víctima deberá reconocer que la presentación de excusas forma parte de la satisfacción dada por el Estado autor del hecho. Dicho esto, corresponde ciertamente a la víctima declararse satisfecha únicamente en determinadas condiciones, entre las que cabe incluir el reconocimiento explícito de la violación.

4. En lo que se refiere a la indemnización simbólica, es inútil incluirla en el artículo porque la lista no es exhaustiva y el caso es bastante excepcional. En lo que respecta a la indemnización punitiva, es preciso admitir que no se conoce en derecho internacional. Podría ser interesante consultar a este respecto a los grandes filósofos, como Kant, que rechazaba esa noción porque la indemnización punitiva sólo existe en un sistema de subordinación y el derecho internacional se rige por el principio de igualdad.

5. En el apartado b del párrafo 3 se menciona el «pago de una indemnización proporcionada a la gravedad del daño», lo que no deja de plantear algunos problemas. El texto da a entender que esa indemnización forma parte del pleno resarcimiento, es decir, que es necesaria para borrar todas las consecuencias del hecho ilícito. La palabra «gravedad», en este contexto, puede interpretarse de dos maneras: gravedad del hecho ilícito o la gravedad del daño sufrido. El significado corriente de esta palabra favorece la primera acepción, en cuyo caso es preciso preguntarse si el pleno resarcimiento de las consecuencias del hecho ilícito constituye realmente el objeto de esa indemnización, ya que del texto no cabe deducir que la importancia de las consecuencias del hecho ilícito dependa de la gravedad de la violación. No es por consiguiente el daño sufrido por la víctima lo que determina las consecuencias del hecho ilícito, sino ese hecho por sí mismo y las circunstancias en que se cometa.

6. Tomando el segundo significado de la palabra «gravedad», es decir, la gravedad del daño sufrido por la víctima, cabe preguntarse qué circunstancias la definen. No puede tratarse de la importancia del daño, puesto que este aspecto ya se abarca en la definición de reparación o resarcimiento, que consiste en restablecer la situación existente antes del hecho ilícito. Por consiguiente, la gravedad no puede definirse sino por un razonamiento subjetivo de la víctima, pero puede temerse que sus pretensiones resulten exorbitantes y que a falta del procedi-

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

miento necesario, no pueda evaluarse si están bien fundadas. Así pues, la gravedad del daño ¿depende de la naturaleza particular de la norma primaria vulnerada o de la manera como se ha cometido el hecho ilícito?

7. Sería mejor limitar la posibilidad de indemnización a los casos de «vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado», como se decía en el apartado c del párrafo 2 del artículo 45 aprobado en primera lectura. El Relator Especial explica en el párrafo 191 de su informe por qué ha suprimido esta restricción, pero sería interesante saber por qué en los asuntos a que se refiere se concedió indemnización; ¿quizá debido a la gravedad de la vulneración o por alguna otra razón? Existen por otra parte casos en que la indemnización concedida no es simbólica pero tampoco excesiva. Sin embargo, la redacción escogida no indica ningún límite cuantitativo, con lo que se tiene la impresión de que siempre puede reclamarse indemnización, la cual sólo está sometida a un límite general. Por ello preferiría que esta disposición se redactase de manera más estricta.

8. El apartado c del párrafo 3 plantea la cuestión de qué debe entenderse por «falta grave». El hecho de que un Estado ejerza una acción contra uno de sus funcionarios únicamente en caso de falta grave o en caso de negligencia, por ejemplo, depende de su derecho interno. Dado que las palabras que introducen el párrafo limitan las posibilidades a los casos en que «las circunstancias lo requieran», puede suprimirse el calificativo de «grave». Además, si la norma primaria ya establece que los funcionarios del Estado serán demandados en caso de falta, dicho calificativo invade el terreno de la norma primaria.

9. No hay duda de que en el párrafo 4 del artículo 45 es preciso interpretar la forma verbal «no será» en el sentido de que significa que no se excluyen necesariamente los actos vejatorios, sobre todo si el hecho ilícito inicial es de por sí extremadamente vejatorio. Por otra parte, algunos Estados pueden considerar vejatorio el hecho mismo de reconocer una violación, y por consiguiente es preciso indicar claramente que la norma del párrafo 4 no debe entenderse in extenso.

10. Refiriéndose a continuación a los artículos propuestos, dice que cabe considerar que los intereses a que se refiere el artículo 45 bis ya están incluidos en la obligación de indemnizar fijada en el artículo 44 en concepto de lucro cesante. Por consiguiente, esta disposición podría suprimirse. Si no obstante se considera necesario referirse explícitamente a los intereses, podrían suprimirse la segunda frase del párrafo 1 y todo el párrafo 2, cuyo contenido ya se incluye en la idea de plena indemnización.

11. El artículo 46 bis se basa en dos ideas: la culpa concurrente y la obligación de atenuar el daño. En lo que se refiere a la primera, se pregunta en qué medida el artículo 27, relativo a la ayuda o asistencia, se aplica a la situación de que se trata. Podría decirse que el Estado que contribuya al daño en el sentido del apartado a del artículo 46 bis se encuentra en la situación del Estado que ayuda a otro a cometer un hecho ilícito prevista en el artículo 27. A esto cabría responder desde luego que el Estado víctima no puede cometer un hecho ilícito contra sí mismo, pero tal como está redactado el artículo 27 no exige que el Estado que aporta su colaboración cometa

un hecho ilícito distinto. Sólo se trata de una ficción. También puede sostenerse por el contrario que el artículo 46 bis sólo habla de la contribución al daño y no de la contribución al hecho ilícito. Serían de desear aclaraciones.

12. La referencia a varios grados de falta, o a la mens rea, plantea otro problema: ¿cabe entender por «negligencia» únicamente la falta grave o también la falta leve? Esta noción figura en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, y basándose en ella opina que sólo la negligencia «grave» o la falta grave pueden tenerse en cuenta para limitar el resarcimiento.

13. La segunda idea en que se basa este artículo se relaciona seguramente con la anterior. Cabe señalar que en el apartado a se dice «todo Estado, persona o entidad», y en cambio el apartado b sólo se refiere, según el párrafo 222 del informe, al Estado perjudicado. De ser así, si una empresa privada sufre un daño ¿no cabe suponer que adoptó medidas para mitigarlo? Desde luego, cabe afirmar que no es posible imponer esta obligación a empresas privadas, pero ni la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* ni el apartado b establecen la obligación jurídica de mitigar el daño: el apartado dice simplemente que, eventualmente, es preciso tener en cuenta el hecho de que se hayan tomado medidas para mitigar el daño. Cabe preguntarse por qué esta diferencia de trato.

14. El cálculo financiero que supone esta norma tiene por resultado que si un hecho ilícito ha causado un daño y el Estado que lo ha sufrido ha adoptado medidas de protección, ese Estado tendrá derecho a un resarcimiento completo que cabe esperar incluya el costo de las indicadas medidas. Si en cambio no las ha adoptado, se reducirá su derecho a resarcimiento. Por consiguiente, todos los Estados deben prever siempre la posibilidad de que se cometa un hecho ilícito y adoptar medidas por adelantado para hacerle frente. En el peor de los casos, los Estados se verían por lo tanto obligados a contar con un ejército para defenderse, y a hacerlo intervenir, ya que de hecho si el Estado agresor no encontrase ninguna resistencia el Estado agredido no podría exigir el resarcimiento completo. A su juicio, la obligación de adoptar medidas de atenuación sólo es válida en la esfera del derecho del medio ambiente. Se deduce de normas primarias y no es necesario establecerla en el contexto general en que se sitúa la presente disposición.

15. Cabe preguntarse por último si las condiciones de atenuación de la responsabilidad también son válidas en caso de restitución. De ser así el objeto de la restitución podría reducirse sobre esta base: ¿corresponde al Estado autor del hecho decidir la parte que tiene que resarcir?

16. El Sr. GAJA observa que el Estado responsable «tendrá la obligación de restituir» y «tendrá la obligación de indemnizar», según los artículos 43 y 44, respectivamente, y que en cambio el artículo 45 sólo establece que tendrá la obligación de «ofrecer» una satisfacción por los daños que haya causado. La idea de «ofrecer» se explica sin duda por el hecho de que la satisfacción no puede definirse en abstracto. Desde luego, las otras expresiones

también son ambiguas: la palabra «restitución» se refiere a una noción que puede ser objeto de controversia, pero se está de acuerdo en que se trata de restablecer la situación anterior, y la palabra «indemnización» tampoco es más precisa, si bien se entiende en todo caso que se trata de pagar una determinada cantidad de dinero. La satisfacción es mucho más imprecisa debido a que sus modalidades pueden ser muy heterogéneas. Además, el Estado que ha cometido un hecho ilícito suele resistirse en general a proporcionar satisfacción, excepto si de este modo está seguro de que calmará al que presente una reclamación contra él.

17. De hecho, en general la satisfacción no puede funcionar sino basándose en un acuerdo que precise la forma que pueda adoptar. En el comentario podrían darse ejemplos de las diversas formas posibles. Si se adopta esta solución, podrá simplificarse mucho el artículo 45, diciendo lo siguiente: «El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de ofrecer satisfacción. Las modalidades de esta satisfacción se convendrán entre las partes». Así será más fácil incluir en la noción de satisfacción el caso de la declaración de ilicitud por el juez o el árbitro internacional. Este tipo de resarcimiento, que el Relator Especial analiza en los párrafos 183 a 185 del informe, fue el convenido también por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el asunto *Saiga* (n.º 2), fallo. El acuerdo de las partes puede tener el efecto de autorizar a un tribunal a definir qué forma debería tomar la reparación, si la hubiere. Como satisfacción, el tribunal puede ordenar que se adopten medidas disciplinarias contra los funcionarios del Estado culpables o considerar que la simple constatación de la existencia de ilicitud constituye una satisfacción suficiente. Estos casos serán mucho más difíciles de tratar si se mantiene la idea de que la satisfacción tiene que «ofrecerla» el Estado autor de la ilicitud.

18. El Sr. GOCO se pregunta por qué el Sr. Hafner aprueba al Relator Especial cuando éste desea sustituir la expresión «daño moral» por «daños no materiales». La noción de daño moral existe en derecho interno, donde no se presta a confusión.

19. En relación con la versión del artículo 45 aprobada en primera lectura, creía haber entendido que la satisfacción es, por definición, necesaria para que el resarcimiento sea completo. Ahora bien, parece que la acción de resarcimiento pueda venir después de la demanda de satisfacción; por ejemplo, los aborígenes de Australia han pedido al Jefe de Gobierno de dicho país que presente excusas al pueblo aborigen por hechos históricos. El interesado se niega, al parecer temiendo que la presentación de excusas oficiales origine un alud de demandas de resarcimiento.

20. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) responde que el «daño moral» que prevén las legislaciones nacionales ya figura en el artículo 44: la indemnización de que se trata puede resarcir los sufrimientos causados a personas físicas. La utilización de la misma expresión en un sentido diferente en el artículo 45 sería causa de confusión. En esta última disposición se trata de evocar la noción muy ambigua de injuria, es decir, de vulneración, difícil de evaluar desde el punto de vista económico. Por

otra parte, la expresión «no materiales» la propone ese gran especialista de la cuestión que es Dominice³.

21. En cuanto a las excusas que un Estado puede tener que presentar, se trata de un mecanismo muy conocido. En el caso presente se somete a la reserva que supone la expresión «si procede». De hecho sería extraño que un Estado que haya obtenido resarcimiento e indemnización aún reclame satisfacción y, de no obtenerla, adopte contramedidas.

22. El Sr. Gaja ha hecho una propuesta interesante que permitiría incluir la función del juez o del árbitro internacional en el contexto de la satisfacción. Sin embargo, la Comisión no puede redactar su proyecto de artículos desde el punto de vista de un tribunal internacional que no se sabe si existirá algún día. Si se pudiera estar seguro, desaparecerían automáticamente muchas dificultades de redacción, por ejemplo en lo que se refiere a la fijación de intereses.

23. El Sr. HAFNER se refiere a la observación del Sr. Goco y recuerda que en derecho también se utilizan las palabras «persona moral» sin que nunca exista confusión. Dicho esto, a las razones expuestas por el Relator Especial para justificar la elección de la expresión «no materiales» se añade el hecho de que el cambio propuesto permite poner frente a frente de manera simétrica el artículo 44, relativo a los daños materiales, y el artículo 45, relativo a los daños no materiales. Esto hace que se observe claramente que las dos formas de resarcimiento, es decir, la indemnización y la satisfacción, no se interfieren entre sí.

24. El Sr. PELLET se refiere a algunas consideraciones generales sobre la postura adoptada por el Relator Especial, que ya había empezado a exponer (2637.^a sesión), y dice que a su juicio al rechazar el debate sobre el crimen o, por lo menos, su conclusión el Relator Especial, además de complicarse la vida y complicar la tarea de la Comisión, corre el peligro de encontrarse en la situación de su predecesor y darse cuenta, demasiado tarde, de que algunos fenómenos que le parecen extraños encuentran una explicación desde que se introduce la noción de crimen. De este modo, si bien normalmente el Estado víctima puede elegir entre la *restitutio in integrum* y la indemnización, esta posibilidad de elección desaparece cuando el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen, es decir, al menos la violación de una norma imperativa de derecho internacional general, ya que no puede renunciar por voluntad propia a la aplicación de una norma cuyo respeto interesa a la comunidad internacional en su conjunto. Del mismo modo, la República Checa ha destacado acertadamente la idea, citada en el párrafo 174 del informe, de que con referencia al apartado c del párrafo 2 del artículo 45 aprobado en primera lectura —que se convierte en apartado b del párrafo 3 en el texto propuesto por el Relator Especial— las indemnizaciones que no sean simbólicas pueden admitirse en caso de crimen, pero no de «delito» o de un simple hecho internacionalmente ilícito⁴. También por esta razón se ha opuesto a la supresión de la mención de la gravedad de la vulneración, que por otra parte teme que tendrá que

³ Véase 2635.^a sesión, nota 3.

⁴ Véase 2613.^a sesión, nota 3.

explicar debido a la oposición del Relator Especial a la noción de crimen más que por razones totalmente racionales. El apartado d del párrafo 2 del artículo 45 aprobado en primera lectura, convertido en apartado c del párrafo 3 del nuevo artículo 45 propuesto, también sería mejor examinarlo en el marco de la noción de «crimen» del Estado, y hubiese sido útil incluir de manera paralela «la falta grave de un funcionario público o la conducta delictiva de cualquier persona», por una parte, y los crímenes previstos en el artículo 19, por otra, y estudiar las relaciones que puedan existir entre estas dos —o tres— nociones. Destaca por último que las demás consideraciones generales a que se refirió (ibíd.) se aplican también al artículo 45. Se trata en particular y sobre todo de la idea de que la necesidad de pleno resarcimiento es lo que debe constituir la orientación y la norma inquebrantable de la Comisión, es decir, que por una parte el daño causado por el hecho internacionalmente ilícito debe ser resarcido completamente y que, por otra, el resarcimiento no debe ir más allá de la indemnización efectiva del daño.

25. Estas consideraciones hacen que se muestre muy reservado respecto del artículo 45, tanto en lo que se refiere a la antigua versión como a la propuesta por el Relator Especial.

26. En relación con el párrafo 1, cree que debería concordar manifiestamente con los cambios de redacción que se introduzcan en los artículos relativos a la restitución íntegra y a la indemnización. Por otra parte y sobre todo, la expresión «daños no materiales» no es muy convincente, por dos razones: ante todo, si bien la expresión «daño —o perjuicio— moral» está bien asentada, la expresión «daños no materiales» es mucho más innovadora aunque signifique exactamente lo mismo. El Relator Especial —y en lo que respecta al fondo, está de acuerdo con él— se interesa por el daño moral sufrido directamente y de inmediato por el propio Estado y no por el daño moral sufrido por sus ciudadanos en beneficio de los cuales ejerce su protección diplomática. El problema, y ésta es la segunda razón de su desacuerdo en lo que se refiere a la redacción propuesta, es que se omite la precisión indispensable de que la satisfacción tiene por finalidad —sin duda de carácter exclusivo— de resarcir el perjuicio moral sufrido por el propio Estado. Con respecto a una nota en el párrafo 181 del informe, el Relator Especial indica por otra parte que la expresión «perjuicio no material» («préjudice immatériel») se la inspiró un artículo de Dominicé. Después de haber pensado que bastaría con incorporar una precisión de este tipo en el párrafo 1 del artículo 45 sobre «los daños no materiales sufridos por el Estado», conviene en que no es esta la solución ya que cuando un Estado ejerce su protección diplomática «en favor de uno de los suyos» se supone que invoca su propio derecho. Por consiguiente, quizá deba introducirse en el párrafo 1 la noción —perfectamente conocida en la doctrina de habla francesa— de «perjuicio moral inmediato» (préjudice moral immédiat), definiéndola en el comentario. En todo caso, es indispensable introducir esta precisión.

27. En lo que se refiere al párrafo 2, destaca que la expresión «en primer lugar» es totalmente superflua. También se muestra muy reacio a que en la versión francesa se emplee el condicional (*devrait prendre*) en un

texto jurídico. Dado que a su juicio la declaración es la forma mínima de satisfacción, la precaución vinculada al empleo del condicional no está justificada. Considera por el contrario, al igual que el Relator Especial, que no está justificado mencionar las constataciones de ilicitud hechas por el juez, no tanto por las razones expresadas en los párrafos 183 y 184 del informe, sino más bien por la que se indica en el párrafo 185, es decir, porque el proyecto de artículos de la Comisión se refiere a las relaciones entre Estados y no a las facultades de los tribunales y árbitros internacionales. A su juicio, no hay más motivos para mencionar las sentencias declarativas que los que habría para mencionar las decisiones judiciales o arbitrales que fijan una indemnización. Por último, no le satisface mucho la expresión «si procede», que considera un poco como un medio de eludir problemas, pero se resignará a aceptarla si la Comisión no quiere ser más precisa y si los «casos» de que se trata se explican en el comentario con la ayuda de ejemplos.

28. El párrafo 3 requiere cinco tipos de observaciones. Ante todo, la expresión «cuando las circunstancias lo requieran» suscita las mismas críticas que «si procede», ya que lo interesante y útil para los Estados, los jueces o los árbitros es saber con precisión en qué casos y en qué circunstancias debe hacerse determinada cosa, pero también en este caso el orador podría resignarse a aceptar esa expresión a condición de que el comentario colme en parte las lagunas existentes. En segundo lugar, aprueba la mención de la «plena reparación» que figura en la frase de introducción del párrafo 3. En tercer lugar, en el texto francés las palabras *inter alia* y *telles que* son repetitivas y en el texto inglés lo son *inter alia* e *including*.

29. En cuarto lugar, aun admitiendo en principio que la indemnización puede hacer las veces de satisfacción, expresa su profundo desacuerdo con el Relator Especial en cuanto al análisis que éste hace de la indemnización. Por una parte, la indemnización sólo puede ser simbólica —en la inteligencia de que el símbolo puede modularse— por lo menos en tanto no se trate de un crimen. Si, por el contrario, puede aceptarse la indemnización punitiva o agravada, es decir, más que simbólica —puesto que el derecho latino ignora esta distinción sutil— sólo puede ser porque se esté en presencia de un crimen. Si se trata por tanto de una de las consecuencias del crimen que deberían añadirse en el artículo 52, no le corresponde figurar en el proyecto de artículo 45. Rechaza la idea de que un Estado pueda así verse «castigado» por una infracción «simple» del derecho internacional, ya que está convencido de que la noción de falta no es pertinente en el derecho internacional de la responsabilidad, excepto cuando se trata de crímenes. Dicho de otro modo, la indemnización agravada o no simbólica no puede aceptarse sino en caso de «vulneración manifiesta» —expresión que, desgraciadamente, el Relator Especial propone que se suprima— de una norma de importancia fundamental, no sólo para el Estado víctima sino también para la comunidad internacional en su conjunto, es decir, lo que se llama —o debería llamarse— un crimen, de lo que es precisamente una de sus consecuencias. Por otra parte, si la indemnización es «proporcionada a la gravedad del daño» es que éste puede evaluarse económicamente y en tal caso ya no se trata de satisfacción sino de indemnización. Por consiguiente, en lo que se refiere a los dos primeros apartados del párrafo 3, se muestra partidario de mantener el apartado a, relativo al pago de una

indemnización simbólica, y de suprimir el apartado b del artículo 45 y trasladarlo al capítulo relativo a las consecuencias de los crímenes —es decir, a las consecuencias de las violaciones graves de normas de importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto.

30. En quinto lugar, el apartado c parece algo anecdótico —incluso teniendo precedentes, aunque sólo sea el del asunto *Rainbow Warrior*— y plantea muchos problemas. Si las faltas graves no las cometen personas que actúan en el marco de sus funciones estatales no comprometen la responsabilidad del Estado y por consiguiente no tienen por qué figurar en el proyecto de artículos. En cambio, si se cometen en el marco de dichas funciones estatales, cabe preguntarse si esa «transparencia» del Estado es adecuada. A su juicio, la respuesta sólo puede ser afirmativa si se trata de un crimen internacional y en consecuencia esa cuestión de la transparencia del Estado debería tratarse en el capítulo relativo a los crímenes o a toda noción equivalente. Sea lo que fuere, el apartado c puede suprimirse del artículo 45, sobre todo si la enumeración del párrafo 3 no es exhaustiva.

31. En lo que se refiere al párrafo 4, el principio de la proporcionalidad no plantea evidentemente ningún problema pero al no ser específico de la satisfacción quizá debería más bien enunciarse en el artículo 37 bis o en el párrafo general de introducción del capítulo II. Sea lo que fuere, reitera su oposición al mantenimiento de la última parte de la frase del párrafo 4 ya que no entiende por qué debería respetarse la dignidad de un Estado que ha humillado a otro. De todos modos, las formas de satisfacción mencionadas en los párrafos 2 y 3 no tienen nada de «vejatorio»: sólo se trata de que un Estado reconozca que no ha respetado una norma de derecho internacional —y quizá lo que es «vejatorio» es esa falta de respeto y no su reconocimiento.

32. En lo que respecta al artículo 45 bis, relativo a los intereses, está ante todo de acuerdo sobre el principio de que se incluya un artículo de esta clase en el proyecto. Señala por otra parte que el Relator Especial, tras destacar que las normas del derecho positivo son dudosas, no se detiene en esa objeción y no duda en indicar por lo menos algunas grandes orientaciones, directrices generales que constituyen un progreso real en comparación con el silencio del proyecto existente. Señala no obstante una ligera diferencia de enfoque por su parte en lo relativo a los intereses compuestos. Independientemente de los reparos que la jurisprudencia haya podido tener a este respecto, si se requieren intereses compuestos para que el resarcimiento sea completo no hay ningún motivo para dejarlos de lado, y en lo que a esto se refiere, el comentario debería tener un carácter menos negativo sobre esa cuestión.

33. En lo que respecta al texto propiamente dicho del artículo 45 bis, le sorprende la complicación que introduce la expresión «las sumas exigibles en virtud de los presentes proyectos de artículos», ya que estima que sería mucho más sencillo hablar de la indemnización debida, si procede, en virtud del artículo 44. De hecho, aunque esto no se deduce apenas de la lectura del informe, el Relator Especial parece considerar que «las sumas exigibles» incluyen a la vez la indemnización del artículo 44 y los intereses del artículo 45. Ahora bien, como ya se ha

dicho, la indemnización, salvo en caso de crimen, sólo debe ser simbólica y, por lo tanto, no debe devengar intereses. Por otra parte, sea lo que fuere, dado que las indemnizaciones están representadas por una cantidad global, no cabe el pago de intereses excepto en caso de mora, lo que precisamente el Relator Especial propone que se excluya. En consecuencia, sugiere que el artículo 45 bis se convierta en artículo 44 bis y se refiera únicamente a los intereses devengados por las indemnizaciones exigibles en virtud del artículo 44. Por otra parte, el Comité de Redacción debería volver a examinar la formulación de la segunda frase del párrafo 1, en la que no obstante se expresa una idea que parece justa.

34. Las primeras palabras del párrafo 2, «salvo acuerdo o decisión en contra», no son necesarias ya que esta precaución es válida para todas las disposiciones del capítulo II e incluso, en general, para todo el proyecto. Introducir aquí esta precisión y no en otras partes podría originar razonamientos a contrario que serían inexactos.

35. El resto del párrafo 2 parece claro en lo que se refiere a la fijación del *dies ad quem*, pero plantea un problema en lo relativo al *dies a quo*. El texto francés y el texto inglés no coinciden, pero la redacción original se hizo en los dos idiomas, francés e inglés. La versión francesa parece de difícil comprensión pero, si se logra que se entienda, la idea que subyace en ella parece preferible a la expresada en el texto inglés, cuya aparente simplicidad se basa, al parecer, en un error. En efecto, no es satisfactorio decir *interests run from the date when compensation should have been paid* ya que esto se refiere a los intereses de mora de los que el Relator Especial ha dicho, acertadamente, que no son motivo de discusión ya que corresponden más al derecho judicial internacional que al derecho de la responsabilidad. Parece que en realidad los intereses se devengan desde la fecha del hecho ilícito o, más exactamente, la fecha en que se produjo el daño o, más exactamente todavía, la fecha a partir de la cual la indemnización ya no compensa completamente el daño. Esto es sin duda lo que quiere decir el texto francés aunque esta idea esté mal formulada.

36. El orador propone que en el artículo 46 bis se añada en primer lugar, en el texto francés del apartado a, la palabra de después de la palabra *ou* ya que es preciso que no se pueda pensar que la negligencia tenga que ser deliberada. En segundo lugar desearía que se garantice que el apartado a incluye la doctrina de *clean hands*, aunque no se limite a ella, ya que le intriga que esta expresión, «manos limpias» o *clean hands*, no figure en el breve informe que sirve de introducción.

37. Con respecto al apartado b, se pregunta si se supone que el Estado víctima tiene el deber de atenuar el daño (*a duty to mitigate*). La respuesta a esta pregunta tiene consecuencias prácticas importantes que sin duda deben precisarse, preferentemente en el propio artículo, como mínimo mediante una alusión, antes que en el comentario. Si la respuesta a la pregunta es positiva, esto significa que un Estado que tenga la posibilidad de atenuar el daño y no lo haga debe ser penalizado en lo que respecta al resarcimiento. Si la respuesta es negativa, supone el peligro de alentar a los Estados a seguir una política extrema. A este respecto, la exposición oral de los hechos

en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* ante la CIJ, sobre todo por Sir Arthur Watts, contiene ideas interesantes sobre este punto. A juicio del orador, esto facilita el desarrollo progresivo. La Comisión podría tomar partido y convendría que lo hiciera. Sea lo que fuere, esta cuestión queda planteada —tal como pone de manifiesto, sin responder verdaderamente a ella, el párrafo 222 del informe— y el comentario merecería ser menos sibilino.

38. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) reconoce que en el texto francés del párrafo 2 del artículo 45 bis la definición del *dies a quo* no es satisfactoria y que será preciso volver a referirse a ella durante el debate. Reconoce también que existe una contradicción en el texto inglés y que en el párrafo 2 la palabra *compensation* debería sustituirse por la expresión principal *sum*. En efecto, aunque la suma exigible sea normalmente la indemnización prevista en el artículo 44, puede ocurrir que en determinadas circunstancias no sea así y que deban pagarse intereses.

39. En lo que respecta al artículo 46 bis, puntualiza ante todo que el apartado a no se limita al principio de «manos limpias». Considera que la CIJ, en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, impuso la «obligación» de mitigar el daño, precisamente en el párrafo de su fallo que él cita en el párrafo 30 del informe. Esto justifica la propuesta de que para determinar la cuantía del resarcimiento puede tenerse en cuenta la cuestión de si el Estado perjudicado ha tomado o no medidas razonables para mitigar el daño. La hipótesis de la «política extrema» prevista por el Sr. Pellet es a este respecto ciertamente pertinente.

40. El Sr. ADDO pregunta al Sr. Pellet si a su juicio, en todos los asuntos en que se debate la satisfacción, únicamente puede concederse una indemnización simbólica y si en particular en el asunto *Rainbow Warrior* considera simbólica la cantidad de 7 millones de dólares de los EE.UU. que Francia tuvo que pagar a un fondo. ¿Considera el Sr. Pellet que un resarcimiento completo podría incluir una indemnización que no sea forzosamente simbólica?

41. El Sr. PELLET ofrece tres explicaciones del asunto *Rainbow Warrior*. La primera es que el Secretario General no actuó como árbitro propiamente dicho, limitándose a proponer una solución que se aceptó. Cabe considerar por tanto que hubo un arreglo amistoso. La segunda es que en definitiva Francia cometió una vulneración fundamental que cabe calificar de crimen de un principio esencial del derecho internacional. La tercera explicación, que él prefiere, constituye una respuesta afirmativa a la pregunta del Sr. Addo y consiste en decir que en ese caso se pagó una indemnización simbólica pero elevada —precisamente para que valiera el símbolo—. Se trata en realidad de un arreglo muy particular en el que se entiende que la suma pagada se dedicará a actividades encaminadas a reforzar la amistad entre Francia y Nueva Zelanda. No existe pues en este caso una aplicación pura y simple de una norma de derecho internacional general sino un arreglo especial que parece menos confuso de lo que parece opinar el Sr. Addo.

42. El Sr. ROSENSTOCK está de acuerdo con el Sr. Pellet en que en el párrafo 2 del artículo 45 bis que se

propone deberían suprimirse las palabras «salvo acuerdo o decisión en contra». En cambio, su pregunta y la respuesta del Relator Especial en lo que se refiere a la fecha en que se empiezan a devengar intereses le dejan perplejo. A su juicio, los intereses deben devengarse desde la fecha del incidente o del daño y no desde la fecha de la decisión arbitral, que puede quedar muy lejos de la primera.

43. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la única razón por la que en inglés figuran las palabras *the principal sum should have been paid* es la de mantener cierta flexibilidad. La fecha en que se ha causado el daño puede ser posterior a la de la comisión efectiva de la violación. Pueden presentarse varias situaciones en las que transcurra un breve período y se observe a este respecto cierta flexibilidad en las decisiones judiciales. Pero en principio la fecha es aquella en que se produjo el daño y no desde luego la de la sentencia.

44. En lo que se refiere al pago de indemnización «simbólica», cabe pensar que el Sr. Pellet emplea la palabra «simbólica» en el sentido de «nominal» (cuantía ínfima, despreciable) y no en el sentido de «con valor de símbolo», ya que por definición la satisfacción es de todos modos simbólica.

45. El Sr. BROWNLIE dice que el debate sobre el problema de los intereses le confirma su convencimiento de que es preciso evitar toda generalización en materia de resarcimiento, ya que todo depende del contexto jurídico. Sin embargo, si se entra en detalle se abandona la esfera de las normas de derecho internacional para entrar en el de las normas primarias que rigen las modalidades de pago de intereses en asuntos concretos.

46. El Sr. ADDO cree que de la explicación del Sr. Pellet puede deducir la conclusión de que en los párrafos 2 y 3 del artículo 45, relativo a la satisfacción, convendría mantener las palabras «si procede» y «cuando las circunstancias lo requieran», aunque al parecer el Sr. Pellet opina que no deberían incluirse.

47. El Sr. PELLET dice que no entiende la postura del Sr. Addo con respecto a este punto. En lo que se refiere a la del Sr. Brownlie, siempre puede afirmarse que no es necesario codificar y que si se codifica debe hacerse en el sentido del desarrollo progresivo del derecho internacional. Por su parte, considera que se está a un nivel muy razonable de generalización, tanto en el artículo 45 como en el artículo 45 bis.

48. Respondiendo al Relator Especial, que parece sugerirle que dice cualquier cosa ya que califica de simbólicas las indemnizaciones que en realidad no son nominales, le señala que se limita a leer lo que él ha escrito. El Relator Especial no habla de indemnizaciones nominales en relación con indemnizaciones que serían algo más que nominales. Habla de indemnizaciones «simbólicas» y no hay ningún motivo para que el símbolo sea únicamente nominal. Si ha modificado su texto y abandonado la palabra «simbólica» por la palabra «nominal», que lo diga para que se inicie un debate. Él, por su parte, se opone a abandonar la palabra «simbólica» en beneficio de la palabra «nominal». A su juicio, no es él quien juega con las palabras sino el Relator Especial.

49. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que no ha sido posible decidir en primera lectura si el párrafo 3 del artículo 45 debe ser o no exhaustivo. Si lo es, el pago de indemnizaciones simbólicas se incluye claramente en las indemnizaciones proporcionadas a la gravedad del daño y no es necesario mantener el apartado a. Si no lo es, la situación varía.

50. No intenta en modo alguno imponer nociones de common law en la esfera de la responsabilidad de los Estados. Desea señalar claramente que el Presidente, romanista, del Comité de Redacción que ha aprobado el artículo 45 es quien ha dicho que el artículo ha introducido la noción de indemnización punitiva. No es el Relator Especial el que lo ha hecho y sabido es que el apartado b tenía por objeto tratar de este tema.

51. El orador invita a la Comisión a que evite toda analogía con el derecho interno. Ahora bien, la noción de daño moral en derecho internacional es una forma de analogía bastante problemática. Tal como está formulado, el artículo 45 destaca la existencia de situaciones en las que es preciso expresar la gravedad de un perjuicio. Estas situaciones no pueden limitarse de manera artificial a las violaciones graves de obligaciones en derecho internacional. En el asunto *Rainbow Warrior* (que a juicio del orador no es competencia del artículo 19) se han expresado graves preocupaciones de esta índole, al igual que en el asunto *Im Alone* y también en otros. La satisfacción tiene que desempeñar un papel a este respecto y por ello el apartado b del párrafo 3 es totalmente adecuado. En el capítulo IV de su informe se ocupará del artículo 19. Si se toma seriamente este artículo, no hay otra solución sino proponer que se establezca el pago de indemnizaciones punitivas por las violaciones que correspondan a esa categoría. El apartado b no se refiere a la indemnización punitiva.

52. El Sr. ECONOMIDES señala que en su respuesta al Sr. Addo el Sr. Pellet no ha excluido la posibilidad de que se paguen indemnizaciones punitivas en el caso que ha citado.

53. El Sr. BROWNLIE distingue, en el artículo 45, tres elementos presentados torpemente. En primer lugar, se trata del párrafo 3, que a su juicio remite a la noción de resarcimiento en su sentido jurídico normal. A continuación figura un elemento importante pero que corresponde a la categoría de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito: el apartado c de ese párrafo y el párrafo 2, que corresponden a las cuestiones de la cesación y no repetición que no deben incluirse en esta parte del proyecto. Por último, hay un elemento de orden político que se refiere a la presentación de excusas.

54. Varios miembros se han referido a la existencia de dos tipos de fuentes jurídicas. El primero reside en las decisiones de tribunales internacionales que rigen la responsabilidad de los Estados, en particular en el marco del resarcimiento. El segundo es lo que cabe denominar el contexto político, en el que se establecen arreglos entre Estados al margen de todo proceso judicial. La doctrina tiende a mezclar esos dos niveles. Se contenta con examinar empíricamente las fuentes del derecho internacional sin interesarse en diferenciar ambas esferas. Esto puede parecer irreflexivo, pero es muy difícil hacer otra cosa.

55. Escuchando al Relator Especial y a los demás miembros de la Comisión ha tenido la impresión de que ésta ha determinado, quizá erróneamente, que las fuentes judiciales son demasiado pobres y que por ello se apoyará en la práctica diplomática. Es una opción peligrosa, ya que ni que decir tiene que precisamente la mayor parte de las controversias se resuelve en el marco de las relaciones bilaterales entre Estados, no mediante la aplicación de normas jurídicas precisas sino en acuerdos y transacciones.

56. Parece que existe una duplicación desafortunada entre la manera en que se aborda la cuestión de la indemnización en el artículo 44 y el trato que se le da en el artículo 45. No entiende por qué la noción de daño moral crea tantos problemas. Sin embargo, este aspecto del artículo 45 es mejor incluirlo en el artículo 44, relativo a la indemnización. En lo que se refiere al pago de indemnizaciones punitivas, se trata de una forma de castigo reservada a los Estados débiles que corresponde a otra época. Lógicamente, este artículo sobre la satisfacción en sentido tradicional debería suprimirse y sus diversos elementos repartirse entre los artículos sobre las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito y las formas normales de resarcimiento. De no ser así, en un proyecto jurídico técnico se introducirían unos antecedentes históricos que no tienen nada que hacer en él.

57. El orador no ha dicho que los Estados tengan por costumbre presentar excusas de buen grado, ya que ello a menudo se interpreta como una confesión. Tal como se ha puesto de manifiesto, las excusas se incorporan a menudo en un conjunto de tratos globales en los que son objeto de negociación.

58. Quizás sería juicioso señalar de manera expresa que la satisfacción no excluye otras formas de resarcimiento, concretamente la indemnización. Sin embargo, de hecho, el texto del artículo 45 es una mezcla más bien poco afortunada de derecho sobre la evaluación cuantitativa de la indemnización y sobre las medidas de satisfacción en sentido estricto. Ahora bien, estas últimas, que en realidad son una forma de castigo político infligido a los Estados, no son ya de actualidad. Tanto, que en resumidas cuentas, la satisfacción no puede considerarse una forma normal de resarcimiento. Es posible incluso que, simplemente, no constituya una forma de resarcimiento.

59. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) considera evidente que los Estados no presenten excusas antes de llegar a un arreglo ya que ello equivaldría a reconocer su responsabilidad. En cierto sentido constituye satisfacción la aceptación de la oferta prevista en el párrafo 1 del artículo 45, considerada como un arreglo definitivo de la cuestión, o bien una decisión judicial que sustituya a esa oferta. En este sentido no cree que exprese un punto de vista diferente del formulado por el Sr. Gaja.

60. El Sr. PELLET aprueba lo dicho por el Sr. Brownlie sobre las fuentes documentales: que la práctica diplomática es mucho menos interesante que la judicial. Es evidente que el proyecto de artículos no debe consistir en proponer pequeños arreglos entre Estados sino en establecer normas jurídicas que se apliquen cuando no se consiga un arreglo.

61. En cambio, no sigue al Sr. Brownlie en cuanto a su distinción entre formas antiguas y nuevas de satisfacción, entre resarcimiento en general y satisfacción en sentido estricto y sobre todo en cuanto a la idea de que la satisfacción no es una forma normal de resarcimiento. Al contrario, la satisfacción es una forma absolutamente normal de resarcimiento y el hecho de que los tribunales lo constaten y consideren que una declaración efectuada por ellos constituye una satisfacción suficiente va en esta dirección. La constatación por el tribunal constituye un sucedáneo de la falta de declaración espontánea por parte del Estado.

62. En la práctica no es exacto que los Estados no presenten excusas. En el asunto *Rainbow Warrior* Francia presentó excusas oficiales reconociendo su responsabilidad. Por consiguiente, esto no tiene nada de anticuado. Es una forma moderna y convincente de resarcimiento. En el caso indicado, Nueva Zelandia obtuvo reparación por el aspecto moral del perjuicio que había sufrido.

63. El Sr. DUGARD se muestra confuso, al igual que el Sr. Pellet, por la observación del Sr. Brownlie según la cual los Estados no presentan excusas. En la práctica reciente no faltan ejemplos de Estados que se han excusado por su comportamiento, sin por ello admitir haber vulnerado el derecho internacional. El asunto del genocidio de Rwanda es revelador a este respecto. Los Estados Unidos han presentado excusas, no por haber violado el derecho internacional sino por haber cometido un error de apreciación sobre la línea de conducta que debían adoptar en el Consejo de Seguridad. Por su parte, Francia ha permanecido en silencio, probablemente porque si hubiese presentado excusas se habrían interpretado como un reconocimiento de su responsabilidad en esa tragedia.

64. El Sr. BROWNLIE dice que las declaraciones judiciales de responsabilidad constituyen una forma de satisfacción que corresponde a una categoría distinta, lo que plantea una dificultad con la que ha tropezado el Comité de Redacción. Parece ausente una modalidad de resarcimiento: la declaración de derechos mediante mandamiento judicial o de otro modo. El problema reside en que no se admite como modalidad de resarcimiento a nivel diplomático y de algún modo existe una laguna en el sistema. La versión de la satisfacción dada por el Sr. Pellet es otro ejemplo, no de la satisfacción prevista en el artículo 45 sino de sus versiones judiciales. Parece que haya un divorcio entre los dos niveles, el nivel diplomático y el nivel judicial.

65. Desea precisar que no ha dicho que los Estados no presenten nunca excusas. Lo hacen en el marco de negociaciones. La mayor parte de las medidas de satisfacción adoptadas recientemente se inscriben en el marco de un acuerdo negociado. En cambio, en muchos casos en que se hubiese podido pensar que algún Estado presentaría excusas, no lo ha hecho.

66. El Sr. SIMMA dice que en el asunto *Paraguay c. États-Unis d'Amérique*, después de que el Paraguay presentara su informe ante la CIJ, los Estados Unidos presentaron excusas oficiales y solemnes, y algunas semanas después el Paraguay retiró su solicitud. En otro asunto, en el que no es oportuno entrar con detalle porque todavía

está pendiente, se han formulado excusas que no forman parte de un acuerdo negociado.

67. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) está algo confuso por la distinción que algunos hacen entre la esfera diplomática y la jurídica. Se ha esforzado por explicar su posición a este respecto en el párrafo 240 de su informe porque este punto se refiere a algunas cuestiones relativas a la admisibilidad planteadas en el marco del primer capítulo de la segunda parte bis. Los tribunales internacionales tienen una función declaratoria y determinan cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes, y aunque su decisión pueda tener autoridad de cosa juzgada no son ellos los que configuran las relaciones jurídicas entre los Estados; en primer lugar, el derecho internacional se aplica directamente a las relaciones entre Estados. Aunque es exacto que el proyecto de artículos se centra en las relaciones entre los Estados, no por ello deja de corresponder a la Comisión determinar las normas aplicables a esas relaciones. Dicho de otro modo, se trata de definir cuáles son las relaciones jurídicas sobre las que decidirá un tribunal concediendo lo que constituirá precisamente medidas judiciales de resarcimiento. Por consiguiente, no se pueden formular las normas de responsabilidad en términos de competencias judiciales. Esto crea un problema, el que el Sr. Brownlie denomina «modalidades de resarcimiento ausentes», pero el orador pone de relieve que este problema no ha escapado a su atención y por ello ha distinguido entre el método «normal» de satisfacción, a saber, la declaración judicial de existencia de violación, y las formas previstas en el párrafo 3 del artículo 45, que son excepcionales o por lo menos no habituales.

68. El Sr. GOCO se refiere nuevamente a la cuestión de las excusas y dice que casi siempre los Estados se muestran reacios a presentarlas porque corren el riesgo de que se consideren una confesión de culpabilidad y den origen a la presentación de una demanda de resarcimiento.

69. El Sr. MOMTAZ pregunta al Sr. Brownlie si, dado que el daño moral del Estado no puede determinarse, esta es la razón por la que considera que la satisfacción no es un modo de resarcimiento.

70. El Sr. BROWNLIE teme que el Sr. Momtaz sea víctima de la confusión inherente al artículo 45. En lo que se refiere al pago de daños y perjuicios o a indemnizaciones previstas desde el punto de vista jurídico, admite que un Estado pueda sufrir un daño moral, de lo que el asunto *I'm Alone* constituye un buen ejemplo por cuanto en ese caso no hubo ninguna amenaza de empleo de la fuerza para obtener una indemnización en resarcimiento del daño moral y no intervino ningún elemento de poder. Por consiguiente, este aspecto del daño moral sería mejor incluirlo en el artículo 44, pero si se consideran los asuntos clásicos de satisfacción, se trata precisamente, en la mayoría de casos, de humillar a un Estado, y numerosos ejemplos históricos no se ajustan a las condiciones establecidas en el párrafo 4 del artículo 45. Por otra parte, en lo que se refiere a las excusas, también es preciso preguntarse, lo que nadie ha hecho hasta ahora, si tienen carácter de opinión juris.

71. El Sr. LUKASHUK toma nota de que el artículo 45 origina un debate animado y suscita numerosas críticas e

indica que hace suyas la mayoría de las observaciones efectuadas al respecto. El artículo propuesto por el Relator Especial no define suficientemente la noción de satisfacción. Podría interpretarse que estipula que el reconocimiento de la violación sólo es necesario cuando ha habido daño moral, pero en realidad este reconocimiento es necesario en todos los casos ya que se trata de la primera obligación que se deriva de la responsabilidad. Además, el texto propuesto parece asociar el daño moral a la existencia de daños no materiales, cuando en realidad todo hecho ilícito, material o no material, puede causar un perjuicio o daño moral. Por todo ello, propone para el artículo 45 dos variantes, la primera de ellas de carácter muy general y que abarca todos los casos de satisfacción, y la segunda, que se limita al daño moral, redactadas como sigue:

«El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito que haya causado un daño moral estará obligado a ofrecer satisfacción, es decir, un resarcimiento moral.»

o

«Cuando un hecho internacionalmente ilícito sólo haya causado daños no materiales, el Estado responsable de la comisión de este hecho tendrá que ofrecer satisfacción, es decir, un resarcimiento moral.»

72. Por otra parte, al igual que el Sr. Pellet, opina que la expresión «daño o perjuicio moral» es preferible a la expresión «daños o perjuicios no materiales» porque figura en numerosos sistemas jurídicos y también porque la palabra «moral» define el daño mientras que «no materiales», expresión negativa, no lo hace.

73. En lo que se refiere al pago de indemnización simbólica, considera que puede mantenerse esta disposición.

74. En lo que se refiere al riesgo de que la separación de poderes, evocada en el párrafo 192 del informe, pueda obstaculizar la demanda de responsabilidad penal a una persona, la Comisión ya ha debatido este problema, si bien en un contexto diferente, y ha llegado a la conclusión de que un Estado no puede invocar su derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, concretamente en la esfera de la responsabilidad. En este caso no sería el derecho interno en general el que obstaculizaría las diligencias judiciales sino los principios del derecho penal, por ejemplo el principio *nulla poena sine lege*. Sin embargo, este obstáculo no es insuperable.

75. En conclusión, estima que el artículo 45 puede remitirse al Comité de Redacción.

76. El Sr. ECONOMIDES dice que el párrafo 1 del artículo 45 no requiere ninguna observación concreta, a no ser la relativa a la forma que ya ha formulado en relación con los artículos 43 y 44. Por consiguiente, dicho párrafo 1 debería estar redactado como sigue: «El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de dar satisfacción para resarcir los daños no materiales/morales que el hecho haya causado». Las disposiciones deben redactarse en términos jurídicos y tiene que existir una obligación, no una oferta que puede o no aceptarse.

77. En lo que respecta a los párrafos 2 y 3, no considera necesario distinguir entre la declaración reparativa y las demás formas de satisfacción. Bastaría un solo párrafo en el que se mencionaran de manera no exhaustiva todas las formas de satisfacción, empezando por el reconocimiento de la violación. En el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, cuando se enumeran las modalidades de arreglo pacífico de controversias internacionales, no se dice que las Partes deban recurrir en primer lugar a la negociación, si bien en la práctica la negociación constituye el primer modo de arreglo utilizado. No obstante, en el comentario del artículo 45 puede indicarse que el reconocimiento de la violación constituye en general la primera forma de satisfacción. El párrafo propuesto empezaría por las palabras siguientes, que figuraban en el artículo aprobado en primera lectura: «La satisfacción podrá darse en una o varias de las siguientes formas»; después se enumerarían las diversas formas de satisfacción. Estima también que en el actual párrafo 2 los diversos modos de satisfacción deberían presentarse por separado, precedidos de un guión. La solución que propone también permitiría no tener que recurrir a expresiones tales como «si procede» y «cuando las circunstancias lo requieran», que recargan inútilmente el texto.

78. En lo que se refiere al pago de una indemnización simbólica, no se opone a que se mencione en el proyecto, si bien su interés es muy limitado debido a que la enumeración de las formas de satisfacción es puramente indicativa. Insiste en cambio en que se incluya la indemnización punitiva para las violaciones graves, sobre todo los crímenes internacionales previstos en el artículo 19. Sobre este punto comparte la opinión de la República Checa, que figura en el párrafo 174 del informe, de que la introducción del concepto de indemnización punitiva en el proyecto de artículos permitiría dotar al régimen de responsabilidades derivadas de los «crímenes» de una función disuasoria sumamente útil. La posibilidad de imponer una indemnización punitiva a los Estados autores de crímenes internacionales debería ser, tal como ha dicho el Sr. Pellet, una consecuencia específica de la comisión de tales actos. Propone en consecuencia que se modifique el apartado b del párrafo 3 para que diga lo siguiente: «Para las violaciones graves, y concretamente para las previstas en el párrafo 2 del artículo 19 del proyecto, pago de una indemnización proporcionada a la gravedad del daño». La resistencia a admitir a este respecto el pago de una indemnización punitiva no es muy lógica. Si los Estados lesionados están capacitados para conseguir indemnización por el daño moral sufrido, no se comprende por qué el Estado infractor no lo esté para pagar una indemnización punitiva si comete infracciones muy graves. Para mayor precisión, en el apartado c del párrafo 3, después de la palabra «persona», deberían añadirse las palabras «que se encuentre bajo su jurisdicción». En lo que respecta al párrafo 4, en la versión francesa las palabras *ne devrait pas* deberían sustituirse por *ne doit pas* para reforzar el sentido.

79. En relación con el artículo 45 bis, considera que la cuestión de los intereses debería tratarse en el marco del artículo 44, en el cual deberían mencionarse también el lucro cesante y los intereses compuestos.

80. Por último, en lo que respecta al artículo 46 bis, en el apartado a sería conveniente precisar «de todo Estado

perjudicado o de toda persona o entidad». Se trata de una cuestión puramente de redacción. En cuanto al apartado b, su redacción actual tiene el defecto de hacer creer que se trata de una negligencia u omisión deliberada.

81. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) puntualiza que si en el apartado a del artículo 46 bis se habla de «todo Estado», se hace para abarcar las situaciones en las que otro Estado pueda actuar por cuenta del Estado perjudicado, que se tratarán en el marco del capítulo II de la segunda parte bis del proyecto de artículos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2639.ª SESIÓN

Jueves 13 de julio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros a que sigan examinando los artículos 45, 45 bis y 46 bis, contenidos en la sección B del capítulo I del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO limita sus observaciones al artículo 45 y dice que el título debería decir en realidad «Satisfacción en el contexto de las formas y modalidades de reparación». Expresa su aprecio en general por el tercer informe, reconoce que el artículo 45 es una disposición compleja y afirma que ha sido muy conveniente invertir el orden en el párrafo 1, haciendo referencia en primer lugar a que el Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito está obligado a ofrecer satisfacción en vez del derecho del Estado lesionado

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

a obtener satisfacción del Estado responsable, que figura en el artículo aprobado en primera lectura. El sentido no varía pero hace que el artículo concuerde con los relativos a la restitución y la indemnización. El párrafo 1 es aceptable en general, pero en la versión española la palabra *injury* debería traducirse por «perjuicio» en vez de por «daño». Las explicaciones dadas por el Relator Especial en los párrafos 180 y 181 del informe son convincentes. La expresión «daño no material» es más amplia y abarca el daño jurídico, el moral e incluso el político: en la decisión del asunto *Rainbow Warrior* el tribunal determinó la existencia de daño no material por considerar que se había perjudicado el honor, la dignidad y el prestigio de Nueva Zelandia.

3. El párrafo 2 introduce elementos útiles para definir la satisfacción, concretamente el reconocimiento de la comisión del hecho ilícito y la presentación de excusas o disculpas oficiales. Los párrafos 1 y 2 podrían combinarse para presentar un proyecto de artículo más claro y preciso pero, en lo que se refiere al fondo del párrafo 2, el reconocimiento de la comisión del hecho ilícito no debe interpretarse de manera que excluya la posterior presentación de excusas o disculpas oficiales, aunque en el caso de que se produzca esto último el reconocimiento sería implícito y por consiguiente podría no ser necesario. No obstante, como ha propuesto el Relator Especial, deben mantenerse ambos elementos.

4. El nuevo proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial, al igual que su predecesor, incorpora diversas modalidades, y en el párrafo 3 figura una lista de ejemplos, aunque no es exhaustiva. El orador acoge con satisfacción la inclusión del concepto de «plena reparación», que en español debería decirse «reparación íntegra», y se ve en la necesidad de preguntar si la satisfacción es autónoma o complementaria de la restitución, de la indemnización o de ambas. Cree que pueden ser las dos cosas. En el asunto *Détroit de Corfou* fue autónoma, ya que la CIJ dijo que la declaración del Reino Unido relativa a lo que hizo su Armada constituye de por sí una satisfacción adecuada. La satisfacción puede verse acompañada o precedida del pago de indemnización por daños y perjuicios, incluso aunque no haya daño material, todo ello con carácter punitivo. En el párrafo indicado se abarca todo en el ámbito de la «plena reparación». El orador está de acuerdo con los miembros que han afirmado que la declaración por la que se reconoce la comisión de un hecho ilícito debe incorporarse en la relación entre Estados, pero esto no significa que la declaración judicial y arbitral que reconozca la comisión del hecho ilícito, y la declaración de reparaciones no sean importantes y no tengan consecuencias de varias clases, entre ellas consecuencias jurídicas. No debe considerarse que las declaraciones efectuadas por órganos jurisdiccionales puedan sustituir las del Estado que cometa el hecho internacionalmente ilícito.

5. El apartado a del párrafo 3 debe mantenerse tal cual está, ya que el pago de una indemnización simbólica constituye un modo adecuado de satisfacción. En cambio, el apartado b del mismo párrafo origina algunas dudas ya que la determinación de la gravedad del daño plantea la cuestión de la valoración y la subjetividad, con la posibilidad de que varíe el contenido de la satisfacción y sea menos preciso. El apartado c del párrafo 3 es aceptable, en especial con la sugerencia del Sr. Economides

de que se haga referencia a la jurisdicción interna de los Estados.

6. El párrafo 4 abarca la misma esfera que el apartado c del párrafo 2 y el párrafo 3 del texto aprobado en primera lectura, y debe quedar claro que el Estado lesionado no puede pedir satisfacción cuando ésta sea vejatoria para el Estado responsable. Quizá podría utilizarse otra palabra para reflejar el concepto de menoscabo de la dignidad. En su opinión, la versión aprobada en primera lectura era más clara al hacer referencia a que el derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no justifica exigencias que menoscaben la dignidad del Estado responsable. Este principio debería mantenerse en el nuevo texto del proyecto de artículo propuesto.

7. El Sr. DUGARD felicita al Relator Especial por su excelente informe y afirma que no hay ninguna referencia a la negligencia como forma de conducta indebida, ni en el comentario del artículo 45 aprobado en primera lectura ni en los comentarios del Relator Especial sobre el nuevo artículo 45 propuesto, pero supone que las palabras «falta grave» que figuran en el apartado c del párrafo 3 no incluyen la negligencia. En todo caso, esta cuestión podría tratarse en el comentario si no resulta obvia.

8. La referencia a la acción penal que figura en el mismo apartado se basa en un artículo anterior a la evolución registrada recientemente en la esfera del derecho penal internacional. Es importante conocer esa evolución. Para ilustrar este punto invita a los miembros a suponer que la dictadura militar de un Estado tortura de manera discriminatoria a extranjeros pertenecientes a otro Estado. Posteriormente, la dictadura militar es derribada y sustituida por un gobierno civil que desea ofrecer satisfacción por los daños morales sufridos. El gobierno sucesor quizá decida pagar indemnización por las penalidades sufridas por los nacionales de que se trata o aportar alguna satisfacción por el daño moral sufrido. La satisfacción obvia sería en forma de procesamiento de los torturadores, pero esto quizá sea políticamente difícil para el nuevo régimen que puede verse presionado para conceder una amnistía y prefiera enviar a las personas de que se trata ante un tribunal penal internacional o extraditarlas al Estado denunciante o a otro Estado que desee ejercer la jurisdicción penal. Propone que al final del apartado c del párrafo 3 se añada una cláusula con el fin de que el propio Estado demandado pueda tomar medidas disciplinarias o penales, o deba proceder a la extradición a otro Estado o al traslado ante un tribunal penal internacional competente. No se trata de un cambio importante pero tendría en cuenta la evolución registrada en la esfera del derecho penal internacional.

9. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que los tres nuevos proyectos de artículos considerados en conjunto plantean problemas en cuanto a su interrelación y construcción. El artículo 45 bis no presenta grandes dificultades en cuanto al fondo pero sería más coherente y racional colocarlo inmediatamente después del artículo sobre indemnización, es decir, el artículo 44.

10. En lo que respecta al artículo 45, prefiere el texto aprobado en primera lectura porque es más claro. La nueva versión es más rica pero por esto mismo tiene un defecto básico debido a la yuxtaposición de situaciones e

hipótesis muy diferentes. La estructura adoptada en primera lectura es mejor porque se hace hincapié en el Estado lesionado, tanto en el propio texto como, lo cual es aún más importante, en la distribución de funciones. La ausencia de toda mención a la parte lesionada en el apartado b del artículo 46 bis le causa considerable ansiedad. Debería subsanarse esa notable indiferencia respecto del principal destinatario, aunque sólo sea a nivel del Comité de Redacción.

11. Se pregunta si las palabras «daños no materiales» que figuran en el artículo 45 corresponden a una terminología admitida, y para conservar el espíritu del texto aprobado en primera lectura preferiría la expresión «lesión moral» o «daño moral».

12. Como ha dicho el Sr. Economides, el asunto Usine de Chorzów impuso la obligación de reparación con arreglo a una modalidad específica, y en la parte inicial del artículo se debería afirmar el principio de que el Estado responsable tiene que dar satisfacción al Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito. Este principio se expresaría mejor mediante un texto más próximo al artículo 45 aprobado en primera lectura.

13. Le preocupa además que, en la versión inglesa, el párrafo 2 figure en tiempo condicional en vez de presente. En el párrafo 1 el principio se establece de manera afirmativa. El párrafo 2 también debería estar en presente de indicativo.

14. En lo que respecta al contenido del párrafo 2, la cuestión del reconocimiento de un hecho ilícito está abierta a debate y resulta polémica. En su opinión, tratar de aclarar dentro del texto la distinción entre un hecho ilícito bilateral y la intervención de un tercer órgano tendría pocos efectos en lo relativo al reconocimiento de una de las modalidades de satisfacción. También plantea un problema el empleo de las palabras explicativas «si procede», seguidas por dos modalidades de satisfacción. Desearía que se añadiese una referencia al pago de indemnización simbólica.

15. El párrafo 3 también presenta algunas dificultades, por ejemplo la supresión de las palabras «entre otras», pero el principal interés del orador es que el apartado a se traslade al párrafo 2. El apartado b, a reserva de que así lo acuerden el Relator Especial y el Comité de Redacción, debería trasladarse al artículo 44, ya que se refiere a daños económicamente valorables. Por otra parte, podría constituir el tema de una disposición específica sobre el pago de indemnización teniendo en cuenta la gravedad del perjuicio y también los diferentes intereses afectados, incluidos los de la comunidad internacional en conjunto.

16. El apartado c debería suprimirse, pero por una razón distinta: se refiere a un problema que corresponde propiamente al derecho interno y no al derecho internacional. Fundamentalmente, corresponde al Estado infractor hacer frente a las faltas cometidas por sus funcionarios. La eficacia de las medidas disciplinarias o penales en tales casos no corresponde al ámbito del derecho internacional. Las penas no se imponen en el vacío: están condicionadas por el arsenal jurídico del Estado de que se trata. Para mantener la primacía del derecho inter-

nacional sobre el derecho interno, el derecho internacional no puede ocuparse de las penas específicas de las legislaciones nacionales.

17. El párrafo 4 ha provocado una tormenta de críticas erróneas. Está a favor de mantenerlo, a condición de que se suprima la última parte, es decir, las palabras «sufrido y no será vejatoria para el Estado responsable», o se sustituya simplemente por las palabras «causado al Estado lesionado». La humillación es, simplemente, uno de los aspectos desagradables de la obligación de reparar junto con el pago de una deuda.

18. Para terminar, felicita al Relator Especial por haber propuesto una formulación muy abierta de la satisfacción, que el Comité de Redacción tiene que volver a configurar ahora con el fin de destacar los aspectos esenciales.

19. El Sr. HE dice que la satisfacción, tratada en el artículo 45, es una forma importante y bien fundamentada de reparación en derecho internacional. La formulación que se propone del artículo es más rica e incorpora mejoras introducidas en el artículo 45 aprobado en primera lectura. No obstante cabe formular algunas puntualizaciones para su ulterior consideración.

20. La expresión «daños no materiales» es aceptable para sustituir las palabras «lesión o daño material», pero el párrafo 1, que constituye la introducción del artículo 45, parece haber sido redactado en el supuesto de que la satisfacción sólo tenga por finalidad abarcar el daño no material. La satisfacción no será de aplicación en todos los asuntos, pero sí en muchos más casos de daños tanto materiales como no materiales, de conformidad con el artículo 37 bis, según el cual la satisfacción puede darse por separado o en combinación con otras formas de reparación como, por ejemplo, la restitución y la indemnización. Por consiguiente, no sólo puede darse satisfacción con respecto a los daños no materiales sino también en relación con otros tipos de daño. Así pues, las palabras «una satisfacción por los daños no materiales» que figuran en el párrafo 1 del artículo 45 deberían sustituirse por las palabras «una satisfacción por el perjuicio, incluido el perjuicio no material» o «una satisfacción por el perjuicio, en particular el perjuicio no material».

21. Está de acuerdo con el Sr. Economides en que los párrafos 2 y 3 pueden juntarse. El nuevo párrafo podría empezar con las palabras «La satisfacción podrá consistir en una o varias de las formas siguientes para asegurar la plena reparación». El apartado a diría «una disculpa», en sustitución de las palabras que figuran entre corchetes, «pago de una indemnización simbólica», lo cual es poco frecuente en la práctica moderna. Los apartados b y c permanecerían sin cambios y el párrafo 4 se volvería a numerar en consecuencia. Se trata de una disposición importante ya que los daños punitivos no están justificados de no existir un régimen especial para su imposición.

22. El Relator Especial ha propuesto la palabra «investigación» como parte del segundo nivel de las formas de satisfacción. Habida cuenta de que una investigación adecuada de las causas de un accidente que cause perjuicio está estrechamente relacionada con otras formas de reparación, por ejemplo la indemnización y las medidas disciplinarias o penales, la investigación podría incluirse

en el artículo relativo a la satisfacción o por lo menos debería mencionarse en el comentario.

23. La opinión predominante con respecto al artículo 45 bis es que debe existir sin duda un artículo concreto dedicado a los intereses. El artículo enuncia el principio general de que los intereses devengados respecto de las sumas exigibles tienen que pagarse para asegurar la plena reparación. Aunque no se especifica la fecha en que tiene que empezar el pago de intereses, se indica claramente que el tipo y el cómputo de los intereses serán los que mejor convengan para conseguir la plena reparación. Los intereses también deben abarcar el lucro cesante. En el comentario al artículo 44, citado en el párrafo 149 del informe, se señala que el objetivo principal es evitar el «doble resarcimiento»³. De acuerdo con esta restricción, los intereses totales tienen que limitarse a la cantidad equivalente al lucro cesante, extremo que debería figurar en el comentario.

24. En lo que respecta al artículo 46 bis, la atenuación de la responsabilidad debe figurar sin lugar a dudas en el capítulo II. En la actualidad se reconoce generalmente que la culpa concurrente es pertinente para determinar la reparación, por ejemplo la prevista en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. También en este caso, en virtud del principio general de derecho internacional relativo a la atenuación del daño, los Estados no sólo pueden adoptar medidas razonables para mitigar las pérdidas, daños o perjuicios causados, sino que están obligados a ello. Si no lo hacen, puede incluso imposibilitarse el resarcimiento, extremo que quedó claro en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La obligación de un Estado perjudicado de atenuar los daños no es una obligación independiente sino un límite de la indemnización que el Estado lesionado puede reclamar. En este sentido, el artículo 46 bis contiene algunos elementos de desarrollo progresivo. No puede haber ninguna objeción seria a que se incluya en el proyecto de artículos.

25. El Sr. MOMTAZ dice que la controversia planteada por el artículo 45 se deriva del hecho de que la satisfacción, que tiene por finalidad compensar o cancelar el daño moral sufrido por el Estado lesionado, es una institución a la que no recurren con frecuencia los Estados. La práctica y la jurisprudencia no son abundantes en esta esfera, quizá porque el honor y el prestigio, aspectos que constituyen la quintaesencia del daño moral, tienen hoy en día menos importancia para los Estados que su deseo de borrar las consecuencias materiales de un hecho internacionalmente ilícito del que han sido víctimas. Habida cuenta de que se demuestra que la satisfacción no se presta a la codificación, el panorama en general fidedigno de la práctica actual proporcionado por el Relator Especial es muy de agradecer.

26. La primera cuestión que se plantea es si las normas jurídicas en materia de satisfacción existen realmente. Si el Estado infractor tiene realmente la obligación de ofrecer satisfacción al Estado lesionado. En muchos casos el Estado infractor no tiene otra posibilidad sino presentar excusas, en especial cuando el Estado lesionado es pode-

³ Véase el párrafo 27 del comentario al artículo 8 [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), pág. 82].

roso. En tales casos, uno puede estar tentado de hablar de oportunismo político. A veces, un acuerdo, tácito o de otra índole, permite que el Estado infractor presente sus disculpas. Dos ejemplos que se citan frecuentemente en las publicaciones son el asunto Kellett, cuando un vicecónsul general de los Estados Unidos de América fue hostigado por soldados siameses, y el asunto I'm Alone, mejor conocido. En ambos casos se convino en que debían presentarse disculpas al Estado lesionado. Por ello el orador tiende a preferir la redacción del artículo 45 aprobada en primera lectura («El Estado lesionado podrá obtener [...] satisfacción») en vez de la versión propuesta por el Relator Especial («El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de ofrecer una satisfacción»), ya que es menos vinculante.

27. En lo que respecta a las diversas formas de satisfacción, es de agradecer que la primera, mencionada en el párrafo 2 del nuevo artículo 45, sea el reconocimiento de la comisión del hecho ilícito. Ello concuerda con el fallo de la CIJ en el asunto *Détroit de Corfou* de que el reconocimiento constituye de por sí una forma adecuada de satisfacción. El párrafo 2 continúa con la referencia a la presentación de excusas o disculpas oficiales. No obstante, ahora los Estados exigen estos gestos con mucha menos frecuencia. Por ejemplo, después del incidente de los rehenes con la República Islámica del Irán, caso típico de deshonor o perjuicio moral para un Estado, los Estados Unidos no pidieron que se presentaran disculpas. Otro ejemplo es el derribo de una aeronave de las líneas aéreas nacionales del Irán. Dicho país no pidió que los Estados Unidos presentaran disculpas pero sí que el comandante del buque de guerra que efectuó los disparos fuese sometido a medidas disciplinarias por las autoridades norteamericanas. No obstante, es preciso evitar que se recurra con exceso como tipo de satisfacción a las medidas disciplinarias previstas en el apartado c del párrafo 3 del artículo 45, ya que esto podría suponer interferencia en los asuntos internos del Estado infractor. Por ello, el alcance de la disposición tal vez debería limitarse únicamente a los hechos criminales cometidos por agentes de un Estado. Apoya las observaciones pertinentes formuladas en este contexto por el Sr. Pambou-Tchivounda.

28. El orador alberga graves dudas acerca de si debe mantenerse el apartado b del párrafo 3 del artículo 45. El Instituto de Derecho Internacional, en su proyecto sobre el tema en 1927⁴, no estableció como forma de satisfacción las indemnizaciones que reflejan la gravedad del daño, que pueden calificarse de indemnizaciones punitivas. El simple reconocimiento de un hecho ilícito y la publicidad que lo acompaña constituyen a menudo elementos lo suficientemente punitivos para que no sea necesaria ninguna otra medida de este carácter. Se han expresado opiniones diferentes acerca de si la satisfacción tiene carácter de indemnización o de castigo. El propio orador considera que tiene carácter de indemnización. Resulta difícil aceptar que un Estado lesionado pueda, además de cobrar indemnización por daños materiales, exigir una cantidad adicional a modo de satisfac-

ción. Lo mejor quizá sería suprimir el apartado b del párrafo 3.

29. El párrafo 4 del nuevo artículo 45 constituye una disposición oportuna y aceptable que contrarrestará los desequilibrios que en el pasado han permitido a menudo que Estados poderosos impongan formas vejatorias de satisfacción a otros más débiles, en violación de la dignidad e igualdad de los Estados.

30. Por último, desea poner de relieve una imprecisión que figura en una nota a pie de página en el párrafo 206 del informe, en la que la referencia al «Consejo de Guardianes de la Revolución» debe sustituirse por «Consejo de Guardianes de la Constitución».

31. El Sr. BROWNLIE dice que los comentarios que ha oído refuerzan su deseo de que el artículo 45 se divida en tres secciones. Una sería el artículo sobre indemnización, reparación en el sentido jurídico, ya que la indemnización es simplemente nada más que un problema de cantidad. Otra sección estaría formada por las consecuencias de cometer un hecho internacionalmente ilícito: existe una sólida relación entre el párrafo 4 y los conceptos de cesación y no repetición. Por último, se incluiría una sección sobre las medidas puramente políticas, como las que requieren la presentación de disculpas. A este respecto, no está convencido de que la práctica relativa a la presentación de excusas o disculpas tenga tras de sí una opinión *juris*.

32. Gracias a las declaraciones efectuadas durante la sesión, ahora puede darse cuenta de que el apartado c del párrafo 3 debe colocarse en la sección relativa a las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito. El Sr. He ha tenido toda la razón al señalar la necesidad de la investigación en ese contexto. Pueden producirse casos de responsabilidad de un Estado como resultado de una negligencia o incumplimiento de normas internacionales sin que exista claramente ninguna responsabilidad, y menos aún una responsabilidad penal, por parte de funcionarios determinados. Contrariamente a la interesante observación del Sr. Dugard en el caso de crímenes internacionales, en especial los que son objeto de convenciones multilaterales, existe la obligación independiente, en virtud del derecho internacional, de enjuiciar a las personas de que se trate.

33. Muchas de las medidas adoptadas por Estados occidentales a finales del siglo XIX para imponer indemnizaciones y castigar a funcionarios no tenían nada que ver con la justicia sino que estaban destinadas únicamente al castigo político y la humillación del Estado al exigir que sus funcionarios fuesen castigados, aunque no fuese imprescindible que hubieran cometido un delito. Esa venganza política es objeto del apartado c y debería reflexionarse más a fondo si conviene incluirlo en el proyecto. Por otro lado, las partes más aceptables del artículo 45 deberían dividirse entre otros artículos.

34. La institución de la responsabilidad de los Estados es como un automóvil histórico y en vez de tratar de hacer unos pequeños ajustes la Comisión debería ponerlo a punto adecuadamente. Se necesita un análisis más a fondo tanto de los problemas como de las publicaciones.

⁴ Proyecto sobre «Responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros» (Anuario... 1956, vol. II, pág. 223, doc. A/CN.4/96, apéndice 8).

35. El Sr. KABATSI dice que el tercer informe del Relator Especial permitirá a la Comisión mejorar mucho sus intentos anteriores de codificar y desarrollar progresivamente el derecho de la responsabilidad de los Estados. Se han inculcado precisión y claridad a un tema enormemente complejo. Acoge con satisfacción las modificaciones sugeridas por el Relator Especial y otros miembros en los últimos años. Los artículos 45 bis y 46 bis no presentan dificultades y deben remitirse al Comité de Redacción.

36. El artículo 45 es más problemático. En primer lugar, la palabra «satisfacción» no se define en el contexto del artículo. No está claro si se refiere a la del Estado lesionado, después de que el Estado responsable de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito haya pagado plena reparación, en el contexto del párrafo 3, reconocido el hecho ilícito y, cuando proceda, presentado excusas, o si puede tener otros significados. La palabra «restitución» se define en el artículo 43, y una definición de la palabra «satisfacción» también habría sido útil en el presente caso. En lo que respecta al párrafo 1, no se opondría a emplear la palabra «morales» frente a las palabras «no materiales», pero estas últimas son marginalmente mejores. Asimismo, en la versión inglesa es mejor emplear la palabra *occasioned* que la palabra *caused* sugerida por algunos miembros. A su juicio, la palabra *caused* implica *mens rea* o voluntad directa. Los apartados a y b del párrafo 3 han originado críticas considerables, debidas en gran medida a que sus disposiciones pueden tener diferentes significados para diferentes personas. Le preocupa más el alcance punitivo, especialmente en el apartado b. Quizá hubiese sido preferible incluirlo en el artículo 19 y en los artículos 51 y siguientes, como sugiere el Sr. Pellet.

37. Aun reconociendo que la satisfacción es una práctica de los Estados desde hace mucho tiempo, a la que los tribunales internacionales recurren como remedio o forma de reparación, es preciso manejarla con gran prudencia para evitar añadir cualquier sospecha de humillación al instrumento de la satisfacción. Por consiguiente, se opone firmemente a que se suprima la segunda parte del párrafo 4 como algunos sugieren. De hecho, está de acuerdo con la opinión del Sr. Economides de que en la versión inglesa la palabra *should* debería sustituirse por la palabra *must* o la palabra *shall*. Personalmente, está a favor de esta última. Confía, al igual que el Relator Especial, en que ya se haya superado la época en que se establecía el saludo de una bandera extranjera como forma de satisfacción. Debe desalentarse todo vejamen, incluso aunque sea a título de retribución, ya que no restaura el orden público ni logra la reconciliación entre Estados. En todo caso, cualquier agravación de esta clase debida al Estado responsable se ha tratado adecuadamente en las disposiciones del apartado b del párrafo 3, en forma de pago de una indemnización proporcionada a la gravedad del daño.

38. El Sr. ROSENSTOCK dice que los únicos cambios que defendería respecto de un excelente proyecto son en gran medida de forma o podrían tenerse en cuenta mediante textos adecuados en el comentario. El punto que debería predominar en el proyecto de artículos —o por lo menos en la segunda parte— y en el comentario pertinente es que un Estado que haya sido lesionado por

el hecho ilícito de otro Estado tiene derecho a plena reparación y a obtenerla del Estado infractor. Si la Comisión no prevé que se pague interés compuesto desde la fecha en que se produjo el daño o el lucro cesante, el Estado infractor se vería beneficiado a expensas del Estado lesionado. No defiende que se paguen intereses por el capital y se pague el lucro cesante en un mismo asunto, pero nadie ha pedido el doble resarcimiento y en el texto no hay ninguna sugerencia en este sentido. En cambio, lo mismo no es válido para el pago de intereses de mora, ya que largos retrasos pueden originar gran sufrimiento. Al estipular que la satisfacción tiene que ser proporcionada pero no darse en forma vejatoria, se corre el riesgo de entender que la Comisión dice que si bien el Estado lesionado o víctima puede haber sido humillado es preciso salvaguardar la sensibilidad del Estado infractor. Por supuesto, es difícil imaginar un ejemplo de situación concreta en que se den esas condiciones, pero esto no debería influir en la consideración de un Estado lesionado y que haya sido humillado y del efecto disuasorio potencialmente superior de un simple criterio de proporcionalidad.

39. En lo que respecta al artículo 45, entiende el deseo de algunos miembros de cambiar la palabra «ofrecer», en el párrafo 1, por la palabra «proporcionar», pero pone en duda su interés, ya que del presente texto se deduce claramente que el Estado infractor está obligado a ofrecer satisfacción, siendo claramente insostenible la posibilidad de una situación en que una oferta razonable se rechace de manera injustificada. Quizá el comentario sea el lugar conveniente para ocuparse de tal eventualidad. En lo que respecta a la palabra *should*, en el párrafo 4 de la versión inglesa, no resulta inaceptable en ese contexto pero comprende que sea útil evitar su empleo. El resto del proyecto de artículo debería aceptarse tal como está. No es necesario crear distinciones cualitativas carentes de base en el derecho positivo. Desea añadir que los casos de venganza política registrados en el siglo XIX no invalidan el apartado c del párrafo 3, sino que simplemente constituyen una advertencia para evitar los abusos.

40. La idea central del artículo 45 bis es adecuada, si bien es preciso modificar algo el texto y añadir algún comentario para que sea compatible con la función fundamental de la segunda parte, que es la de garantizar que el Estado infractor repare plenamente el daño causado al Estado lesionado. El artículo 46 bis, si bien de alguna manera mejora el párrafo 2 del artículo 42 aprobado en primera lectura, plantea sin embargo varias preocupaciones con respecto a la posible —aunque no pretendida— mezcla de la medida de los daños con la norma primaria que establece la responsabilidad y el principio de *expressio unius est exclusio alterius*, citado por el Reino Unido en sus comentarios⁵. No se opondría a que se suprimiera este proyecto de artículo y se pregunta si alguien se opondría a ello. A la inversa, en la medida en que el comentario ha expresado claramente que el punto controvertido no es una norma primaria sino un factor que podría tenerse en cuenta para determinar la magnitud de la indemnización debida, el proyecto de artículo no causaría un daño irreparable. No resulta totalmente inaceptable si su inclusión es importante para otros miembros de la Comisión.

⁵ Véase 2613.ª sesión, nota 3.

41. El Sr. SIMMA dice que el aspecto más importante del artículo 45 es el principio orientador según el cual el Estado lesionado puede elegir la forma de satisfacción, lo que supone flexibilidad para ajustarse a las características particulares de cada caso. No obstante, a su juicio existe tensión —mucho mayor que en los demás proyectos de artículos— entre este principio y la jerarquía expresada en el texto, en especial en el párrafo 2.

42. En lo que respecta al párrafo 1, está de acuerdo con quienes sustituirían la palabra «ofrecer» por la palabra, por ejemplo, «proporcionar». La expresión «daños no materiales» es mejor que la expresión «daño moral». Por otra parte, en la versión inglesa la palabra *caused*, empleada en el artículo aprobado en primera lectura, es preferible a la palabra *occasioned*: no hay duda de que es acertado poner de manifiesto la relación de causalidad entre el daño infligido y la violación. En lo que respecta a la palabra «obligación», contrasta extrañamente con los demás párrafos del artículo —en especial el párrafo 3— rodeados de tantas condiciones que se corre el peligro de viciar la intención del artículo.

43. Las dificultades que plantea el párrafo 2 son más fundamentales. Le preocupa la importancia dada por el Relator Especial al hecho de que una declaración judicial de ilicitud constituya la forma más natural de satisfacción. Como pone de manifiesto la expresión «en primer lugar», en el párrafo 2, lo primero que solicita el Estado lesionado, si existe un procedimiento de tercería para la solución del asunto, es una declaración de que se ha violado el derecho internacional. No obstante, como se pone de manifiesto en el párrafo 185 del informe, el Relator Especial reconoce la poca frecuencia de esos arreglos de terceros y por consiguiente aboga a favor de sustituir la declaración por el reconocimiento del hecho ilícito. De todos modos, el autor pone en duda que el conocimiento merezca realmente ese «primer lugar» a nivel entre Estados. En la práctica, los Estados tienden a no echar sal en la herida. El reconocimiento puede perfectamente estar implícito en una presentación de excusas o de disculpas. Señala que en cambio algunos Estados presentan excusas francamente sin por ello reconocer el hecho ilícito, algo así como si fuera una gratificación graciable. Asimismo, en otros casos se presentan disculpas para evitar ulteriores consecuencias de un hecho ilícito. Por estas razones considera que no es muy adecuado incluir el párrafo 2 en el artículo 45.

44. Además, parece que el Relator Especial ha rebajado el nivel de las disculpas. En el proyecto aprobado en primera lectura, las disculpas constituían una forma de satisfacción única y suficiente. En el nuevo proyecto sólo se mencionan como posible acompañamiento del reconocimiento de un hecho ilícito. Que las disculpas tengan una gran carga histórica —por ejemplo las que se obligó presentar a China después de la Rebelión de los Bóxers— y que a menudo se haya abusado de ellas no invalida el remedio como tal. Señala en este contexto que no siempre son Estados débiles los que presentan excusas a Estados poderosos, como ha dado a entender el Sr. Momtaz. Los Estados Unidos han presentado recientemente excusas, plena e inequívocamente, al Paraguay.

45. En lo que respecta al párrafo 3, está de acuerdo con el Sr. Pellet de que el «pago de una indemnización pro-

porcionada a la gravedad del daño» resulta especialmente adecuado en relación con los crímenes. No obstante, el apartado b del párrafo 3 no se limita a los crímenes y debería mantenerse sin variaciones, en especial si un asunto como el del incidente del Rainbow Warrior entra dentro de la categoría de crimen, como el Sr. Pellet parece haber sugerido valientemente. Señala a este respecto que el párrafo 170 del informe se refiere al antiguo artículo 19, lo que considera tomar los deseos por realidad.

46. En lo que respecta al apartado c del párrafo 3, debería aclararse que la conducta delictiva de personas privadas sólo afecta a la responsabilidad del Estado en la medida en que éste incumpla el deber de prevención. Toda acción penal contra personas privadas constituye simplemente el cumplimiento retrasado de una obligación primaria. En lo que respecta al párrafo 4, la proporcionalidad de la satisfacción es difícil de determinar o aplicar. Un ejemplo extremo lo constituye la decapitación de un ciudadano suizo en el siglo XVII frente a la embajada del país a cuyo gobierno había criticado. Apoya firmemente la sustitución, en la versión inglesa, de la palabra *should* por la palabra *shall*. En definitiva, la finalidad de la reparación es establecer la paz jurídica y la humillación puede alimentar las condiciones para un ulterior hecho ilícito.

47. En lo que respecta al artículo 45 bis y a la referencia hecha por el Sr. Hafner (2638.^a sesión) a la relación entre lucro cesante e intereses, se trata de un problema que el Comité de Redacción está examinando siguiendo una línea de pensamiento propuesta por el Sr. Pellet. También está de acuerdo con el Sr. Hafner en que la segunda frase del párrafo 1 es innecesaria y debería suprimirse. No obstante, mantendría el párrafo 2 sustituyendo la palabra «indemnización» por la palabra «suma», tal como ha sugerido el Relator Especial.

48. En lo que respecta al artículo 46 bis, recuerda que el Sr. Pellet ha preguntado al Relator Especial (*ibíd.*) si el apartado a constituye un aspecto de las «manos limpias», y la respuesta ha sido negativa. Sin embargo, la noción de «manos limpias» es muy poco clara. Si se considera en su sentido más amplio como diversas conexiones entre ilícitos civiles, no tendrá dificultad alguna en considerar el apartado a como una expresión de la doctrina de «manos limpias». En este contexto, incluso estando a favor de incluir la culpa en las normas secundarias, la referencia a la culpa como elemento subjetivo en el apartado a debería, por razones de coherencia, excluirse en la actual fase de redacción ya que, aun en el contexto de dicho apartado, podría encontrarse dentro de las normas primarias.

49. En lo que respecta a la atenuación de la responsabilidad, no cree que haya ninguna obligación de atenuación en virtud del apartado b del artículo 46 bis en el sentido de que si se vulnera esa obligación se aplicarán las normas secundarias y habrá que proporcionar reparación. Por el contrario, la falta de atenuación debería conducir a limitar la indemnización que pueda obtenerse. El principio es una expresión de buena fe o de *venire contra factum proprium*.

50. El Sr. BROWNLIE, contestando a las declaraciones del Sr. Rosenstock y del Sr. Simma, dice que sus opiniones sobre la satisfacción no pueden rechazarse considerando que se basan en una historia anticuada. Por extraño

que pueda parecer, los textos actuales sobre el tema, al que él mismo se ha referido en relación con cuestiones de indemnización, mantienen el modo de pensar del pasado. Esta cuestión presenta un problema analítico y estructural grave, especialmente visible en el apartado c del párrafo 3 del artículo 45. No hay necesariamente relación entre la existencia de responsabilidad internacional y la consecuencia de que es obligatorio proporcionar plena reparación, por una parte, y el enjuiciamiento de personas por actos que quizá no constituyan delito, por otra. Es fundamental tener en cuenta todo el problema.

51. El Sr. PELLET considera interesante la postura del Sr. Brownlie. Las disculpas no son en absoluto anticuadas. Son en muchos casos una forma adecuada de reparación y, como él mismo y el Sr. Simma han señalado, continúan presentándose. En lo que respecta a la cuestión de las «manos limpias», considera que la respuesta dada a su pregunta por el Relator Especial no es convincente. Había esperado que el Relator Especial dijera que la fórmula general empleada no se limita a las «manos limpias» sino que también abarca la doctrina de manos limpias, en el sentido de que si una persona particular ha contribuido al daño esa contribución reduce la cuantía de la reparación. Sin embargo, el punto que se examina es el de la atenuación de la reparación, no de la responsabilidad, que sigue siendo plena.

52. En respuesta a una observación del Sr. Simma, dice que no ve ninguna valentía en que un miembro adopte una postura severa respecto del país del que es nacional. Los miembros son independientes de sus gobiernos y en su caso no tiene nada que temer de su propia administración. Dicho esto, desea aclarar las observaciones que hizo con respecto al asunto Rainbow Warrior (ibíd.). En respuesta a una observación del Sr. Addo, dijo que existen tres interpretaciones posibles del pago de una cantidad relativamente sustancial por parte de Francia a Nueva Zelanda en relación con dicho asunto. Podría considerarse que el pago es simbólico o que se efectúa como consecuencia de un delito o —interpretación que él prefiere— como arreglo diplomático especial derivado de un laudo del Secretario General de las Naciones Unidas. Francia incurrió manifiestamente en responsabilidad internacional violando una norma de derecho internacional, de importancia fundamental para toda la comunidad internacional, ya que afectó a la soberanía territorial de Nueva Zelanda. Sin embargo, este hecho ilícito no puede, a su juicio, considerarse un «crimen», ya que no fue ni «masivo» ni de carácter «sistemático». En su opinión, estos dos elementos forman parte de la definición de crimen, aunque admite que en su actual redacción, que no considera obsoleta pero que ciertamente merece un mayor debate a fondo, el artículo 19 no contiene ninguno de estos elementos, excepto los implicados en los ejemplos citados en su párrafo 3.

53. El Sr. GOCO acoge con satisfacción el papel más destacado que se da a las disculpas como forma de satisfacción en el nuevo artículo 45 que se propone. Con el respeto que le merecen las reservas formuladas por el Sr. Simma a este respecto, afirma que las disculpas pueden servir de instrumento útil en el inestable mundo de las relaciones diplomáticas internacionales.

54. El Sr. Sreenivasa RAO dice que con gran frecuencia los Estados que tratan de resolver una prolongada controversia buscarán la reconciliación, el acercamiento y nuevas formas de cooperación, mostrando así flexibilidad al elegir entre diversas soluciones disponibles teniendo en cuenta la valoración política de la situación. Por consiguiente, el objeto de la presente empresa debería ser establecer diferentes opciones políticas y derechos a disposición de los Estados en vez de una rígida secuencia de consecuencias y obligaciones que, inevitablemente, siguen a la comisión de un acto internacionalmente ilícito. Sin embargo, en su actual formulación excesivamente esquemática el capítulo II no tiene en cuenta esas sutilezas políticas, dando en cambio la impresión equivocada de que un hecho internacionalmente ilícito origina automáticamente una secuencia rígida de consecuencias que tiene que seguirse mecánicamente. Las disculpas, por ejemplo, son solamente una de las numerosas opciones que los Estados tienen a su disposición pero no un componente indispensable de un conjunto de medidas que, reunidas, equivalgan a la plena reparación, como implica el nuevo artículo 45 que se propone.

55. Con respecto a los detalles, no tiene inconveniente en aceptar la propuesta del Relator Especial de sustituir la expresión «daño moral» por «daños no materiales». A su juicio, el apartado a del párrafo 3 del artículo 45, relativo al pago de una indemnización simbólica, debe mantenerse como opción adicional útil para los Estados y quizá como alternativa a las disculpas oficiales. No obstante, el comentario debería destacar que las formas de satisfacción que figuran en el párrafo 3 son alternativas y no consecuencias obligatorias.

56. Si hubiera que suprimir la frase de introducción del apartado b del párrafo 3 del artículo 45, debería hacerse sin perjuicio del examen futuro por parte de la Comisión de la cuestión de los daños punitivos. En su nueva formulación el apartado b del párrafo 3 parece referirse a la esfera de la indemnización y no a la de la satisfacción. El Comité de Redacción debería seguir examinando esta cuestión. El artículo 45 bis y el artículo 46 bis, que deberían mantenerse y seguir perfeccionándose en caso necesario, plantean al orador escasos problemas. Muchos de los problemas relacionados con los intereses deben dejarse a la discreción de los tribunales. El perjuicio no siempre es tan fácilmente cuantificable como afirma el Sr. Rosenstock, ni resulta necesariamente útil, en el contexto más amplio de la satisfacción, insistir en obtener indemnización hasta el último céntimo. Por último, en todo examen de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito deben ponderarse debidamente los derechos del acusado.

57. El Sr. ROSENSTOCK dice que en las sociedades nacionales la mayor parte de las controversias se resuelven mediante negociación y por consiguiente se trata de transacciones. No hay duda de que esto también es verdad —quizá en mayor grado— a nivel internacional. Aun así, siguen siendo necesarios criterios enérgicos que permitan medir las pérdidas. De no existir esos criterios, a largo plazo resulta inevitable que el Estado lesionado se encuentre en situación desventajosa con respecto a la indemnización por los daños sufridos. Por esta razón resulta útil un marco riguroso en el que puedan desarrollarse las negociaciones.

58. El Sr. KUSUMA-ATMADJA da las gracias a sus colegas por sus ilustradas contribuciones al debate. En especial, hace suyas la opinión del Sr. He de que la investigación debe figurar en el artículo relativo a la satisfacción, las observaciones del Sr. Pellet relativas a la independencia de los miembros de la Comisión y las observaciones del Sr. Sreenivasa Rao sobre la necesidad de un procedimiento más flexible en lo que respecta al artículo 45. También expresa dudas acerca de si resulta viable en la práctica la solución propuesta en el párrafo 2 del artículo 45 bis.

59. El PRESIDENTE dice que en la próxima sesión plenaria, después de que concluya el debate sobre los artículos 45, 45 bis y 46 bis, se adoptará una decisión sobre la remisión de dichos artículos al Comité de Redacción. Entretanto, de no haber objeciones, considerará que la Comisión acuerda autorizar al Presidente del Comité de Redacción a que tome nota oficiosamente de las contribuciones aportadas hasta ahora en el debate en la plenaria cuando el Comité examine sus artículos en su sesión de esta misma tarde.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2640.^a SESIÓN

Viernes 14 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar el examen de los artículos 45, 45

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

bis y 46 bis incluidos en la sección B del capítulo I del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. HERDOCIA SACASA se congratula de que el Relator Especial haya juzgado útil citar en diversas ocasiones los fallos de tribunales del continente americano, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Centroamericana de Justicia.

3. El tema de la satisfacción no ha dejado sólo buenos recuerdos en la práctica latinoamericana. En la sesión precedente, dos miembros pidieron ya que se mantuviese el párrafo 4 del artículo 45, en el que se dice que la satisfacción no debe adoptar una forma que sea humillante para el Estado responsable. La verdad es que los países pequeños han tenido que inclinarse ante banderas extranjeras en nombre de la satisfacción, sin haber tenido ocasión de hacer saldar a la inversa sus colores, incluso por razones más graves. A este nivel el derecho debe pues servir de instrumento que permita obtener el equilibrio y la igualdad entre países fuertes y países débiles. Como ejemplo, el Sr. Herdocia Sacasa cita el caso de Eisenstuck-Leal de 1878 que tuvo origen en un incidente entre un nicaragüense y su esposa, hija del cónsul de una gran Potencia. A raíz de este incidente, esa gran Potencia formuló reclamaciones, respaldadas por cierto número de buques de guerra provistos de cañones. Un día, calificado de día de oprobio y de humillación por los historiadores, Nicaragua tuvo que hacer desfilar un regimiento ante el pabellón extranjero. Parece tanto más necesario pues prever en el proyecto una disposición —ya sea el párrafo 4 del nuevo artículo 45, ya sea un artículo más general— que consagre el principio de la igualdad soberana de los Estados.

4. La reflexión sobre la satisfacción debe proceder de la distinción fundamental entre el perjuicio no material causado al Estado y el daño moral causado a los particulares. Como aconseja el Relator Especial en el párrafo 181 de su informe, convendría conservar la expresión «no material» propuesta por Dominicé³. El daño moral debe formar parte del artículo 44, que versa sobre la indemnización. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, el daño moral es también indemnizable, sobre todo cuando se trata de una violación de los derechos humanos. El perjuicio no material tiene una naturaleza completamente distinta.

5. El texto del párrafo 1 del artículo 45 se debe modificar en el sentido indicado por el Sr. Gaja, es decir, que el Estado debe estar obligado no a «ofrecer» sino a «dar» satisfacción.

6. Convendría fusionar los párrafos 2 y 3 en una sola disposición, que no tuviese carácter exhaustivo y que versase sobre las modalidades de la satisfacción. En el apartado b del párrafo 3, la cláusula en la que se prevé que la indemnización por daños y perjuicios corresponda a la gravedad del perjuicio debería figurar en el artículo 44, que versa sobre la indemnización, y remitir al artículo 19, que define el crimen del Estado. En lo que respecta al apartado c más valdría prever no una acción dis-

³ Véase 2635.^a sesión, nota 3.

ciplinar o penal contra los responsables, sino una investigación encaminada a determinar las responsabilidades en el hecho ilícito y la comunicación de los resultados de esa investigación. Además, la apertura de una investigación puede constituir de por sí una forma de reparación.

7. Queda la cuestión de la autonomía de la satisfacción. Esta autonomía es cierta pero relativa. El principio de la reparación íntegra se puede traducir en una sola forma de satisfacción o en varias, que pueden completar otras formas de reparación o ser autosuficientes, según que logren o no garantizar una reparación íntegra, responder a las condiciones que pueden haber sido convenidas entre las partes o corresponder a la petición del Estado damnificado, como sucedió con Francia en los casos Carthage y Manouba y con Nueva Zelandia en el caso Rainbow Warrior. Como ha dicho Dominice, la satisfacción es autónoma por cuanto, según las circunstancias del caso, puede constituir la reparación íntegra o sumarse a otra forma de reparación.

8. En general, el Sr. Herdocia Sacasa opina que el texto examinado debe, al igual que los demás proyectos de artículos sobre los que ha trabajado la Comisión, hacer una diferencia entre los principios generales y las reglas que se aplican concretamente en la materia, evitando repeticiones inútiles. Basta con establecer las reglas una sola vez para que ejerzan conjuntamente sus efectos, de modo que se evite repetir las en ciertos casos y omitirlas en otros. Por ejemplo, la reparación íntegra, la proporcionalidad de la reparación y otros elementos que han surgido en el curso del debate —como el hecho de tener en cuenta la norma primaria, el nexo de causalidad entre la reparación y el hecho internacionalmente ilícito, la fijación de la fecha en la que se debe reparar el perjuicio, la igualdad soberana de los Estados frente a las diversas formas de reparación—, se deben considerar si es posible como principios generales y abordarse separadamente. Así, las diversas formas de reparación se podrían presentar en su forma más depurada, con sus elementos constitutivos y su contenido sustancial.

9. El Sr. GALICKI indica que, desde cierto punto de vista, no está satisfecho con las normas propuestas en el artículo 45, que versa sobre la satisfacción. El texto del artículo 45 que propone el Relator Especial, aunque da la impresión de ser más largo y exhaustivo que la versión precedente, sufre de una grave carencia, por cuanto limita la aplicabilidad de la institución de la satisfacción al perjuicio no material o daño moral mientras que antes era aplicable a la totalidad del perjuicio, en especial al daño moral. Este criterio restrictivo puede plantear problemas. ¿Significa por ejemplo que el Estado lesionado no tiene derecho a la satisfacción en caso de perjuicio material? ¿Debe existir simultáneamente un perjuicio no material para que el Estado lesionado tenga derecho a la satisfacción? Tal actitud sería hasta cierto punto artificial.

10. Este criterio restrictivo es en realidad idéntico al consagrado en el artículo 44. Inicialmente, la indemnización estaba limitada a los daños económicamente valiosos infligidos a Estados y a particulares y se aplicaba exclusivamente a los daños patrimoniales. Más tarde, sin embargo, en el Comité de Redacción se propuso extender la indemnización a los daños morales sufridos por los particulares y por último —parece haberse llegado a

un acuerdo provisional sobre este punto— la indemnización debe ahora extenderse a todo daño económicamente valorable, ya sea material o moral, sufrido por un Estado o un particular. Esta evolución parece perfectamente justificada, puesto que refleja algo que se reconoció de un modo suficientemente claro en el caso Rainbow Warrior, a saber, que la satisfacción no se puede considerar la única forma de reparación de un perjuicio no material.

11. Ahora bien, si la Comisión ha decidido no limitar la indemnización a los daños materiales, ¿no debe pues aceptar también que un Estado que ha sufrido no sólo un daño moral sino también un perjuicio material tenga derecho a solicitar satisfacción? Una respuesta afirmativa a esta pregunta establecería el equilibrio apetecido entre indemnización y satisfacción y daría a cada una de estas formas de reparación el mismo alcance y la misma flexibilidad en la aplicación, de modo que se las podrá así aplicar tanto al perjuicio material como al daño moral, con sus propias modalidades. En cuanto a esta especificidad, convendría reflexionar a fondo acerca de si los «daños punitivos» deben formar parte de la satisfacción, entrar dentro de la indemnización o figurar en las disposiciones relativas a los crímenes.

12. En conclusión, el Sr. Galicki explica que las críticas que acaba de formular no restan nada a la admiración y al respeto que le inspira el excelente trabajo realizado por el Relator Especial.

13. El Sr. GOCO opina que el artículo 45 se debe contemplar a la luz de los artículos que preceden y que la satisfacción, que viene a sumarse a la restitución o a la indemnización, es necesaria para obtener la reparación íntegra del perjuicio.

14. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) resume el debate sobre la sección B del capítulo I de su informe y añade que examinará ante todo los artículos 45 bis y 46 bis, que plantean menos problemas que los dos otros.

15. En lo que respecta a los intereses, recogidos en el artículo 45 bis, ciertos miembros han estimado que deberían ser objeto de un artículo aparte, mientras que otros los consideran solamente un aspecto de la indemnización. El Relator Especial precedente había propuesto un artículo sobre los intereses y todos los miembros de la Comisión que tomaron entonces parte en el debate sobre esta disposición convinieron en que el pago de intereses debía estar previsto en el proyecto. El problema era que en el texto propuesto no se enunciaba este principio, sino unos principios secundarios relativos, por ejemplo, a los intereses compuestos y al cálculo de los intereses. De ahí que este artículo no fuese adoptado entonces. El Relator Especial cree deducir del debate que acaba de tener lugar que la mayoría de los miembros de la Comisión estiman que los intereses deben ser objeto de un artículo distinto, aunque sólo representen una forma accesoria de resarcimiento. Por su parte, el orador considera que las disposiciones correspondientes no deben figurar en el artículo relativo a la indemnización porque cabe que, en ciertas circunstancias, pueda ser preciso pagar intereses por una suma no pagadera por daños y perjuicios como parte de la indemnización, sino que, por ejemplo, venga fijada de antemano por reglas primarias. La primera frase del

párrafo 1 del artículo 45 bis ha recibido una amplia aprobación y las reservas expresadas versan sobre las demás disposiciones de dicho artículo. A juicio del Relator Especial, en la mayoría de los casos se trata de cuestiones de redacción que no exigen comentario especial.

16. En lo que respecta al artículo 46 bis, relativo a la atenuación de la responsabilidad, se ha dicho que el título no corresponde al contenido y el Comité de Redacción podría examinar este asunto pero, aunque la finalidad principal de las disposiciones de este artículo es en efecto limitar el importe de la indemnización, cabe imaginar que en ciertas circunstancias tengan otro efecto. Ha sucedido por ejemplo que, en ciertos casos y a causa de un retraso en la presentación de la solicitud de pago, el tribunal ha juzgado que no procedía pagar intereses. Así, factores como el comportamiento del Estado responsable o de la persona en cuyo nombre éste presenta la demanda pueden influir en elementos de la reparación distintos de la indemnización.

17. El apartado a, que se asemeja mucho al texto adoptado en primera lectura y ampliamente aceptado por los gobiernos en sus comentarios, enuncia un principio bien arraigado, a saber, que se puede tener en cuenta el comportamiento de la persona en cuyo nombre el Estado presenta la demanda para determinar el alcance de la reparación. Es cierto que este principio va a veces asociado a la doctrina de las «manos limpias», pero la autonomía de esta doctrina en derecho internacional se impugna. Como quiera que sea, el Relator Especial cree poder llegar a la conclusión de que, en conjunto, la mayoría de los miembros de la Comisión son partidarios de que se mantenga el apartado a.

18. En el curso del debate ha surgido al parecer una oposición entre los partidarios de disposiciones más amplias y los que desearían la máxima concisión posible, oposición que coincide en gran parte con la dicotomía del common law y del derecho de tradición romanista y el Relator Especial indica que se ha esforzado por hallar una vía intermedia. Los principios enunciados en los dos apartados del artículo 46 bis están suficientemente consagrados por la doctrina y la jurisprudencia para merecer la presencia en el proyecto de artículos. Se trataba también de conciliar el interés de los Estados lesionados en obtener la reparación íntegra de su perjuicio y la necesidad de hacer lo necesario para que esta reparación no alcance sumas irrazonables.

19. Se ha preguntado, en relación con el apartado b del artículo 46 bis, si existía una obligación positiva de atenuar el daño; el Relator Especial estima que ello depende de las circunstancias de cada caso y que la Comisión no ha de pronunciarse sobre este asunto.

20. Para concluir el examen de los artículos 45 bis y 46 bis, el Relator Especial señala que nadie se ha opuesto a su traslado al Comité de Redacción y estima que éste podría examinar las demás observaciones a que han dado lugar.

21. A diferencia de los artículos 43 y 44, el artículo 45 ha provocado divergencias de opinión importantes y oposiciones casi filosóficas en cuanto a la función que cumple la reparación. También se plantea un problema de

método. No hay duda de que la noción de satisfacción está consagrada en la doctrina y en la jurisprudencia. Suprimir la satisfacción como forma de reparación y redistribuir las funciones que cumple entre las demás formas de reparación constituiría un cambio considerable. Éste no es sin embargo un motivo para abstenerse de dicho cambio si hay buenas razones de hacerlo. Después de todo, el abandono de un concepto innecesario o confuso puede ser una forma de evolución progresiva del derecho.

22. El primer punto que se ha de señalar es que la noción de satisfacción es híbrida. En el siglo XVIII, el término era prácticamente sinónimo de reparación y hay vestigios de esta identidad en el artículo 41 del Convenio europeo de derechos humanos y en la expresión *accord and satisfaction* del common law. El Relator Especial reconoce que, como han señalado ciertos miembros de la Comisión, quizá no ha analizado bastante a fondo esta cuestión precisa. Por otra parte, la satisfacción está bien establecida en la doctrina y la práctica ha dado recientemente ejemplos importantes.

23. Además, los Estados son desde ciertos puntos de vista entidades más bien especiales. Representan a comunidades y en numerosos conflictos internacionales hay en juego valores imposibles de cuantificar. Los aspectos no materiales de las controversias internacionales son a menudo los más importantes y una de las funciones de los terceros es permitir la solución de esas controversias de una manera que satisfaga en cierta medida a las dos partes. El Sr. Gaja ha dicho pues con razón que hace falta acuerdo para que haya satisfacción y este aspecto de la satisfacción está implícito en el empleo del verbo «ofrecer» en el artículo 45.

24. Como ha recordado el Sr. Herdocia Sacasa, en tiempos anteriores la noción de satisfacción ha sido objeto de graves abusos; aunque ésta no sea una razón suficiente para abolirla, convendría reexaminarla y adaptarla al mundo contemporáneo.

25. El principal problema que planteaba el artículo 44 aprobado en primera lectura es que no preveía la forma de satisfacción por excelencia, a saber, el reconocimiento de la violación por el Estado que la ha cometido y, en un contexto judicial, la declaración de la existencia de una violación. En efecto, en la práctica moderna, la forma normal de satisfacción es la declaración de que ha existido una violación del derecho internacional y el mejor ejemplo es el caso *Détroit de Corfou*. La satisfacción tiene una función que cumplir en la solución de controversias, junto a la indemnización del perjuicio material y moral y a la restitución. Las expresiones de pesar y las disculpas pueden significar que ha existido violación y cumplir la misma función. Es evidente que estas formas de satisfacción siguen existiendo hoy en día: recientemente se han observado ejemplos importantes. De ahí que el Relator Especial haya tratado de «individualizar» la satisfacción, distinguiendo lo que considera como su forma «normal», es decir, el reconocimiento de la violación por el Estado que la ha cometido o su declaración por un tribunal de sus formas excepcionales. Lamentaría que se reuniesen los párrafos 2 y 3 del artículo 45 como han preconizado ciertos miembros, porque le parece necesario conservar esa distinción.

26. En cuanto al párrafo 3, las formas de satisfacción descritas tienen una función fundamentalmente «expresiva» y, en esta medida, simbólica. En ocasiones, los tribunales han concedido sumas considerables por concepto de satisfacción y el ejemplo más claro a este respecto es probablemente el caso *I'm Alone*. Si se admite la existencia de una categoría equivalente a la que se define en el artículo 19, pueden imponerse los daños y perjuicios punitivos, pero se trata aquí de daños y perjuicios «expresivos» en caso de ofensa grave a un Estado y es imposible asociar la ofensa a una categoría determinada de infracción. Por deplorable que sea el incidente del *Rainbow Warrior*, no hubo delito en el sentido del artículo 19; los daños y perjuicios sustanciales intervinieron sin embargo y la cuestión era saber si la intervención correspondía al artículo 44, como desearía entre otros el Sr. Brownlie, o al artículo 45. La Comisión optó en primera lectura por esta segunda solución, pero la limitó de un modo insatisfactorio e incompatible con la doctrina y la práctica al rechazar la analogía con el daño moral causado a una persona. Una manera de disipar el temor de que se repitan los abusos del pasado sería admitir que esta forma de perjuicio no material es también indemnizable en virtud del artículo 44. En caso de injuria se podrían conceder daños y perjuicios «expresivos» en aplicación de este artículo. Los juristas del common law no tendrían ningún problema a este respecto, puesto que no distinguen entre los diversos tipos de daños y perjuicios. Así, sólo quedaría para el artículo 45 el elemento no pecuniario y «expresivo» de la solución de controversias.
27. En lo que respecta a los daños y perjuicio simbólicos, el Relator Especial no tiene una opinión demasiado precisa en un sentido o en otro.
28. No se puede ignorar la investigación, otra forma de satisfacción mencionada por el Sr. He, porque el conocimiento de lo que realmente sucedió puede ser un factor muy importante para la solución de una controversia.
29. También se plantea la cuestión de si conviene conservar las disposiciones del apartado c. Cabría alegar que las situaciones a que se refiere están previstas en normas primarias y que, por esta razón, no constituyen una de las funciones principales de la satisfacción. En el párrafo 3 podría pues figurar una lista no exhaustiva de las formas de satisfacción.
30. En cuanto al párrafo 4, ciertos miembros criticaron la primera parte y otros la segunda. Algunos han insistido en el curso del debate en la necesidad de evitar que se humille a los Estados, teniendo en cuenta los abusos cometidos en el pasado, y la mayoría de los miembros han apoyado la noción de proporcionalidad, un elemento que por otra parte está presente en cada una de las formas de satisfacción así como en las contramedidas. El objeto del párrafo 4 es evitar las exigencias excesivas en materia de satisfacción con el temor subyacente de que un Estado que ha obtenido la restitución y una indemnización tome de todos modos contramedidas alegando que no ha obtenido satisfacción.
31. El Comité de redacción tiene mucho que hacer en relación con el artículo 45; una versión moderada de este artículo tiene sin embargo una función que cumplir en el derecho moderno de la reparación.
32. El Sr. PELLET señala que el debate le ha convencido de que algunas de las posiciones que había adoptado son injustificadas y desea rectificarlas.
33. En lo que respecta a los intereses, el Relator Especial le ha convencido de que, cuando la suma principal es pagadera por concepto de restitución, los intereses se imponen. Además no se opone a que se designe lo que tradicionalmente se llama «daño moral del Estado» con la expresión «perjuicio no material», puesto que «daño moral» se utiliza exclusivamente para la persona, a condición de que la Comisión lo indique claramente en su comentario.
34. El orador recuerda que había adoptado una posición más bien rígida en relación con el final del párrafo 4 del artículo 45 e indica que le ha impresionado descubrir en el curso del debate que las prácticas de tiempos pasados han dejado hondas huellas en el inconsciente colectivo de la población de los Estados víctima y que esta disposición, aunque no sea en absoluto racional, puede ser necesaria, tanto más cuanto que la lista de las formas de reparación que la Comisión acabará elaborando no será exhaustiva. En cambio, le parece inexacto decir, como han hecho algunos miembros, que el simple hecho de reconocer que se ha violado el derecho internacional es vejatorio.
35. Por otro lado, el Sr. Pellet sigue sin estar de acuerdo con el Relator Especial en cuanto a la primera parte del párrafo 4, relativa a la proporcionalidad.
36. Juzga además inquietante que, al igual que el Sr. He, el Relator Especial dé la impresión de estimar que la investigación constituye de por sí una forma de satisfacción. La investigación puede ciertamente formar parte del proceso que culmina con la satisfacción, de igual modo que el recurso a un tercero quienquiera que éste sea, pero no constituye la satisfacción propiamente dicha. Hay que abstenerse de introducir mecanismos institucionales en disposiciones que deben ser normativas.
37. Por último, también preocupa al Sr. Pellet la posición adoptada por el Relator Especial a continuación del Sr. Gaja según la cual la satisfacción se da como parte de un acuerdo. El elemento de acuerdo no está más presente en la satisfacción que en las demás formas de reparación, en las que habría que introducir lógicamente también ese factor, lo que modificaría profundamente la naturaleza misma de todo el ejercicio. Comoquiera que sea, este elemento no tiene nada que lo haga exclusivo de la satisfacción.
38. El Sr. BROWNLIE explica que la idea de descomponer el artículo 45 se justifica a su parecer porque esa operación permitiría examinar mejor los diversos elementos una vez separados éstos. Así, existiría ante todo, en el sentido jurídico, el daño moral del Estado, al que correspondería la indemnización, luego las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito, a las que corresponderían la cesación y las garantías de no repetición y, por último, unas medidas que cabría calificar de políticas y que constituirían la satisfacción.
39. Estas medidas son de tres clases: en primer lugar, los daños y perjuicios simbólicos, que parecen bastante normales y no son quizá tan importantes como al parecer

se piensa. En segundo, las disculpas. A este respecto, la práctica no es constante y la opinión *juris* falta. Hay casos en que ni se ofrecen ni se exigen disculpas. Evidentemente hay otros, espectaculares, en que Estados poderosos han presentado disculpas a Estados más débiles, pero quizá lo hicieron por cortesía y no necesariamente en aplicación de una norma de derecho consuetudinario. La última de las medidas políticas es la exigencia de que se procese oficialmente a los agentes responsables del hecho ilícito inicial, pero este procedimiento judicial no corresponde necesariamente a la responsabilidad de los Estados. Así, cabe imaginar que unos policías maltratan a nacionales de un Estado extranjero sin cometer al mismo tiempo, desde el punto de vista del derecho interno propio, actos de brutalidad ni abuso de poder. El Estado cuya nacionalidad poseen las víctimas exigirá sin embargo el castigo de los responsables, pero lo hará por razones políticas y no por razones jurídicas, puesto que no ha existido delito.

40. El párrafo 4 del artículo que se examina plantea un problema especial. Da a entender que la humillación, si humillación existe, debe ser proporcional al hecho ilícito, es decir, que puede haber una humillación relativa. Además, las medidas que el Sr. Brownlie ha calificado de políticas tienen precisamente por objeto humillar al Estado autor. En términos más generales, el orador estima que la Comisión se preocupa más de lo que juzga real que de la realidad propiamente dicha y tiende a transformar todo tema que toca en cuestión de derechos humanos.

41. El Sr. ECONOMIDES se refiere a la idea del Relator Especial de que la satisfacción no es quizá un acto unilateral. A juicio del orador sucede todo lo contrario. Ciertamente, la satisfacción es a menudo resultado de una concertación e incluso de un acuerdo formal entre los Estados interesados, pero sigue siendo de por sí un acto oficialmente unilateral, más unilateral en todo caso que la restitución y la indemnización, que exigen necesariamente un acuerdo entre las partes. De todas maneras, la función de la Comisión no consiste en tomar una decisión sobre esta cuestión secundaria, sino más bien en establecer los derechos del Estado víctima y las obligaciones del Estado autor para facilitar un arreglo mutuo.

42. En lo que respecta al párrafo 4, el Sr. Economides opina que si la humillación de que se trata obedece a la aplicación de una forma de satisfacción generalmente admitida es preciso aceptarla porque tales son las reglas del juego. En cambio, si la satisfacción solicitada no tiene otra finalidad que humillar al Estado, será intolerable.

43. El Sr. LUKASHUK señala que la satisfacción es una forma tan especial de reparación que conviene, por un lado, establecer su relación con las demás formas que constituyen la indemnización y la restitución y, por otro, definirla con precisión y destacar que equivale a una reparación moral.

44. Un miembro ha indicado que la satisfacción sólo se puede dar si el perjuicio que la ha motivado es de orden no material, porque sólo puede consistir en el reconocimiento de una violación. Es un punto de vista interesante que sería útil recoger en el comentario, en el que convendría abordar separadamente la satisfacción.

45. El Sr. SIMMA se pregunta si, como han dicho ciertos miembros, la satisfacción se basa siempre en un acuerdo entre las partes. A su juicio, toda reparación, cualquiera que sea la forma que adopte, se funda en la negociación y la satisfacción no es un caso especial desde este punto de vista. A modo de ejemplo cita el incidente militar entre Israel y los Estados Unidos de América durante la Guerra de los seis días en 1967 y el bombardeo de la Embajada de China en Belgrado, casos ambos que dieron lugar a intensas negociaciones. Sin embargo, hay casos en que se ha dado u ofrecido satisfacción sin acuerdo previo.

46. En lo que atañe a la acción disciplinaria o penal que se ha de incoar contra los responsables del hecho internacionalmente ilícito, no hay que dejarse obsesionar por los casos en que se han presentado exigencias de esta clase de manera abusiva y vejatoria. Es posible citar muchos casos en que tales exigencias eran enteramente proporcionales al hecho original y casos en que ese hecho original era perfectamente odioso. Es perfectamente posible imaginar que la satisfacción adopte formas dignas.

47. El Sr. GAJA desea precisar que en su intervención a propósito del párrafo 1 del artículo 45 (2638.ª sesión) señaló que en los artículos 43 y 44 el Estado autor tiene la obligación de «restituir» y de «indemnizar», mientras que en el artículo 45 tiene simplemente la obligación de «ofrecer» una satisfacción. Ha sugerido que el artículo 45 debe enunciar la obligación de dar satisfacción.

48. Lo que a su parecer reposa siempre en un acuerdo entre las partes no es la satisfacción propiamente dicha sino las modalidades de esta satisfacción: éstas, en efecto, se negocian, a diferencia de la indemnización y la restitución, cuyo contenido se conoce de antemano. Hay en efecto motivo para la negociación puesto que la expresión de pesar, por citar solamente un ejemplo, puede revestir diversas formas.

49. El Sr. KABATSI se refiere al apartado c del párrafo 3 del artículo 45 y dice que el Sr. Pellet tiene razón en señalar que lo que da satisfacción son los resultados de la investigación y no la iniciación propiamente dicha de la investigación. Sin embargo, la apertura de una investigación de esta clase tiene efectos tranquilizadores desde el punto de vista práctico, puesto que constituye una manifestación de buena fe del Estado autor desde el comienzo mismo de la controversia. En otras palabras, prepara el terreno para un entendimiento y puede evitar a las partes el recurso a otras medidas previstas en los párrafos 2 y 3 y resolver así por sí sola la controversia.

50. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión está dispuesta a remitir los artículos 45, 45 bis y 46 bis al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

51. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar los capítulos II y III de su tercer informe.

52. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que, en el curso del debate habido sobre la estructura del proyecto, los miembros de la Comisión acordaron que provisionalmente se tratase separadamente el derecho del

Estado lesionado a hacer valer la responsabilidad y, en esta perspectiva, aceptaron la distinción que había propuesto entre el Estado lesionado o el Estado víctima de la violación, por un lado, y por otro los Estados que tienen interés legítimo en hacer valer la responsabilidad, aunque la violación no les afecte específicamente. El orador ha tratado de definir estas dos categorías de Estado en el proyecto de artículo 40 bis. El capítulo III contiene una serie de propuestas relativas a la invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado, según la definición que de éste se da en el párrafo 1 del artículo 40 bis, y el orador propondrá más tarde una serie de disposiciones sobre el derecho de los Estados que entran en la categoría definida en el párrafo 2, la de hacer valer la responsabilidad. En espera de las reacciones de los miembros de la Comisión a la lectura del capítulo, el Relator Especial desea destacar algunos aspectos.

53. Tratándose ante todo del derecho del Estado lesionado a elegir la forma de reparación, principio enunciado en la sección A del capítulo III, titulada «Consideraciones generales», es cierto que normalmente el Estado lesionado puede elegir la vía de la restitución o la vía de la indemnización. Dicho esto, el Relator Especial no aprueba enteramente la idea de que el Estado lesionado pueda elegir la forma de la satisfacción, aunque tenga derecho a exigir satisfacción en la forma elemental de una declaración. En cuanto al aspecto esencial —la elección entre restitución e indemnización—, el derecho del Estado lesionado a elegir la reparación es limitado en ciertos casos y el Relator Especial ha previsto brevemente estos límites en el informe. Dichos límites tienen un carácter excepcional y se aplican en general a la exigencia de ejecución de obligaciones primarias, más bien que a la elección de la reparación. Por analogía con el artículo 29 de la primera parte, que versa sobre el consentimiento, el problema se podría solucionar mediante una referencia a la elección «válida» del Estado lesionado.

54. En lo que respecta a las condiciones formales para hacer valer la responsabilidad a que se refieren los párrafos 234 a 238, la idea fundamental es que conviene no formalizar excesivamente el procedimiento. Sin embargo, por analogía con el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, el orador ha elaborado un proyecto de artículo 46 ter que requiere una simple notificación de la reclamación. La exigencia de tal formalidad mínima permite extraer ciertas consecuencias de la ausencia de notificación, como la presunción, si el Estado persiste en esa postura, de que renuncia a la reclamación.

55. Los factores de admisibilidad de las reclamaciones a que se refieren los párrafos 239 a 242 son el agotamiento de los recursos internos y la nacionalidad de las reclamaciones, no desde el punto de vista de la admisibilidad jurisdiccional, sino desde el punto de vista de la admisibilidad de la reclamación propiamente dicha. Siendo así, es inevitable que las disposiciones correspondientes revistan la forma de una especie de lista recapitulativa de las consideraciones pertinentes.

56. Los límites de la reparación a que se refieren los párrafos 243 a 249 suscitan en particular dos cuestiones: la primera es el principio non ultra petita, generalmente reconocido por los tribunales y en virtud del cual un Estado no puede recibir a título de reparación más de lo

que ha reclamado. A juicio del orador, este principio es en realidad la manifestación del principio subyacente de la libre elección del Estado lesionado, por lo que no es necesario dedicarle un artículo aparte. La segunda cuestión es la regla que prohíbe el doble resarcimiento, regla reconocida por los tribunales. El problema se plantea sobre todo cuando el Estado lesionado presenta la misma reclamación o exige a varios Estados la reparación de esencialmente el mismo daño, aunque se puedan imaginar otras situaciones. Como la Comisión no tiene el propósito de examinar todas las ramificaciones procedimentales de los casos de responsabilidad, el orador ha juzgado pues preferible incluir la norma que prohíbe el doble resarcimiento en la disposición relativa a la pluralidad de Estados responsables, es decir, en el proyecto de artículo 46 sexies.

57. El orador se refiere a continuación a la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad recogida en los párrafos 250 a 262 y precisa que, aunque se pueda juzgar superfluo añadir una disposición a este respecto, le parece oportuno presentar al menos una propuesta, por analogía con el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969. Después de pasar revista a los posibles motivos de pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad, es decir, la renuncia, la prescripción, la solución de la controversia y la extinción o suspensión de la obligación incumplida, sólo ha recogido en definitiva dos de estos motivos en su proyecto de artículo 46 quater, relativo por un lado a la renuncia, incluso a causa de la conclusión de un acuerdo, y por otro a la ausencia de notificación en un plazo razonable, que viene a ser una forma de aquiescencia con la pérdida de la reclamación.

58. En relación con la pluralidad de Estados y la cuestión conexa del carácter que reviste la responsabilidad cuando hay más de un Estado, el Relator Especial destaca ante todo la frecuente tendencia a recurrir a la terminología familiar de los sistemas de derecho interno, en particular a la noción de responsabilidad solidaria (joint and several responsibility o solidary responsibility). Es cierto que esta noción se impone a veces en los tratados. Así, en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales se habla expresamente de la «responsabilidad solidaria» («joint and several liability») (art. IV, párr. 2) y se expone explícitamente el sentido de este término en el contexto del lanzamiento de objetos espaciales. El Relator Especial opina sin embargo que, independientemente de estos casos y dada la gran diversidad de los regímenes jurídicos internos de responsabilidad solidaria, es preciso abstenerse de recurrir en la mayor medida posible a las analogías con el derecho interno.

59. En materia de pluralidad de Estados lesionados, el Relator Especial presenta una propuesta relativamente sencilla en el proyecto de artículo 46 quinquies y precisa que la definición del Estado lesionado es la que figura en el párrafo 1 del artículo 40 bis y que la expresión «el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito» se podrá eventualmente reemplazar por «el Estado responsable».

60. Será evidentemente necesario distinguir el caso en que varios Estados son responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito del caso en que varios Estados

han infligido separadamente un daño a un Estado determinado y en el que cada uno de ellos es responsable del daño que ha causado. La disposición, también relativamente sencilla, contenida en el párrafo 1 del artículo 46 sexies comprende solamente el primer caso —cuyo ejemplo clásico es el asunto *Détroit de Corfou*—. El principio que se enuncia en ese párrafo está sin embargo doblemente matizado por las disposiciones del párrafo 2, a saber, el principio que prohíbe el doble resarcimiento por un lado y por otro el hecho de que los Estados responsables deben decidir entre sí su propia contribución. A juicio del Relator Especial, las disposiciones propuestas en el artículo 46 sexies corresponden al fallo de la CIJ en el asunto *Détroit de Corfou* y, en todo caso, están refrendadas por los principios generales del derecho y por consideraciones de equidad.

Las reservas a los tratados⁴ (continuación*)
(A/CN.4/504, secc. B, A/CN.4/508
y Add.1 a 4⁵, A/CN.4/L.599)

[Tema 5 del programa]

PROYECTO DE DIRECTRICES APROBADO
POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN

61. El PRESIDENTE invita al Presidente del Comité de Redacción a presentar los títulos y los textos de los proyectos de directriz aprobados por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.599), que son los siguientes:

1.1.8 Reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional en el momento de expresar su consentimiento en obligarse por un tratado, de conformidad con una cláusula expresa contenida en dicho tratado que autoriza a las partes o a algunas de ellas a excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a dichas partes, constituye una reserva.

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula facultativa

1. Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional de conformidad con una cláusula contenida en un tratado que autoriza expresamente a las partes a aceptar una obligación no impuesta de otro modo por el tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

2. Una restricción o condición incluida en tal declaración no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.

1.4.7 [1.4.8] Declaraciones unilaterales por las que se opta entre distintas disposiciones de un tratado

Una declaración unilateral hecha por un Estado o una organización internacional, de conformidad con una cláusula contenida en un tratado que obliga expresamente a las partes a elegir entre dos o varias disposiciones del tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.7 Alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternativas a las reservas

A fin de conseguir resultados comparables a los producidos por las reservas, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos alternativos, tales como:

a) La inserción en el tratado de cláusulas restrictivas que limiten su ámbito o su aplicación;

b) La concertación de un acuerdo, por el cual dos o varios Estados u organizaciones internacionales, en aplicación de una disposición expresa de un tratado, se proponen excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a sus relaciones entre sí.

1.7.2 [1.7.5] Alternativas a las declaraciones interpretativas

Para precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos distintos de las declaraciones interpretativas, tales como:

a) La inserción en el tratado de disposiciones expresas que tengan por objeto interpretarlo;

b) La concertación de acuerdos complementarios con la misma finalidad.

62. El Sr. GAJA (Presidente del Comité de Redacción) presenta el informe del Comité de Redacción y dice que durante la última semana de la primera parte del actual período de sesiones, el Comité dedicó a este tema tres sesiones, en el curso de las cuales y gracias en particular a la colaboración del Relator Especial y de los miembros del Comité pudo concluir el examen de los proyectos de directriz 1.1.8, 1.4.6 a 1.4.8 y 1.7.1 a 1.7.5. El Comité somete pues a la Comisión para su adopción el texto de los cinco proyectos de directriz que ha aprobado. Estos proyectos se han organizado siguiendo la estructura de las directrices ya aprobadas por la Comisión pero se les ha dado una numeración nueva. Para mayor claridad, la numeración de los proyectos propuestos inicialmente por el Relator Especial se indica, como de costumbre, entre corchetes.

63. A propósito de la directriz 1.1.8, el Comité de Redacción ha llegado a la conclusión de que era preferible mantener la idea de que las cláusulas de exclusión abarcan aquellas encaminadas a permitir que las partes o algunas de ellas excluyan ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ellas mismas o aquellas que les permiten modificar el efecto jurídico de las disposiciones de un tratado. En la versión francesa, el título es ahora más corto porque se llama solamente *Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion*; la palabra *formulées* que figuraba en el proyecto del Relator Especial se ha sustituido por la palabra *faites* con objeto de armonizar el texto francés con el texto inglés, que parecía más adecuado. En cuanto al proyecto de directriz propiamente dicho, el Comité examinó la oración «al manifestar su consentimiento a obligarse» que figuraba en el proyecto del Relator Especial y estudió una propuesta encaminada a concretizar esta oración enumerando los diversos medios por los que los Estados pueden expresar su consentimiento a obligarse, pero no juzgó necesaria dicha enumeración. El Comité prefirió utilizar una formulación ligeramente distinta de la propuesta, tomada de los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6 adoptados provisionalmente en el 51.º período de sesiones de la Comisión. Por el mismo motivo, el Comité decidió además suprimir en el antiguo proyecto de directriz la oración «o la que formula un Estado al hacer una notificación de sucesión», porque esta situación no se prevé expresamente en los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6. Como las palabras «de dicho tratado» que figuraban en el antiguo proyecto de directriz no eran necesarias, se las ha suprimido, lo que ha permitido condensar todavía más el texto.

* Reanudación de los debates de la 2633.^a sesión.

⁴ Véase el texto del proyecto de directrices aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en sus períodos de sesiones 50.º y 51.º en Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 470.

⁵ Véase la nota 2 supra.

64. En el proyecto de directriz 1.4.6 se reúnen los proyectos de directriz 1.4.6 y 1.4.7 propuestos por el Relator Especial, cuyo contenido se ha recogido en un proyecto de directriz único dedicado a las cláusulas facultativas (optional clauses). El Comité de Redacción decidió seguir este procedimiento para simplificar el texto. El nuevo texto se refiere en su primer párrafo a las declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula facultativa y en el segundo párrafo a las restricciones que los Estados pueden introducir en dichas declaraciones, restricciones a las que generalmente se llama «reservas». El paradigma son las declaraciones formuladas por los Estados en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la CIJ y las reservas a dichas declaraciones. El título «Declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula facultativa» es el mismo que se había propuesto para el proyecto de directriz 1.4.6, con la sustitución en la versión francesa de la palabra formulées por faites, por las razones ya expuestas en relación con el proyecto de directriz 1.1.8.

65. En el primer párrafo y en la descripción de los efectos de las declaraciones, el Comité de Redacción decidió suprimir la mención de «la entrada en vigor» del tratado que figuraba en el antiguo proyecto de directriz 1.4.6 porque podía revelarse ambigua. Se había sugerido por otra parte que se hablase de «obligaciones facultativas» (optional obligations) o de «obligaciones adicionales» (additional obligations), pero el Comité optó finalmente por una fórmula que le pareció más precisa, a saber, «una obligación no impuesta de otro modo por el tratado». El segundo párrafo corresponde al texto del antiguo proyecto de directriz 1.4.7, aunque ligado al primer párrafo.

66. El proyecto de directriz 1.4.7 versa sobre las declaraciones unilaterales por las que se opta entre distintas disposiciones de un tratado y corresponde al antiguo proyecto de directriz 1.4.8 propuesto por el Relator Especial. El Comité de Redacción examinó una propuesta encaminada a que se mencionara también la opción entre las «partes» o los «capítulos» de un tratado, pero estimó que la mención de las «disposiciones» bastaba para abarcar todas las posibilidades y que, por consiguiente, se debía mantener el texto de la propuesta, con la oportuna explicación en el comentario. El Comité decidió asimismo mantener sin modificación el título. Se han añadido dos comas al texto del antiguo proyecto y se ha armonizado el texto español, en el que se hablaba de una «cláusula expresa», con el texto inglés en el que se utilizaba el adverbio expressly.

67. En cuanto al párrafo 1.7, que versa sobre las alternativas a las reservas y a las declaraciones interpretativas propuesto por el Relator Especial, el Comité de Redacción examinó ante todo los proyectos de directriz relativos a las alternativas a las reservas. Como se había convenido en que los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial podían parecer excesivamente detallados, según se había señalado en la Comisión, el Comité se centró en la condensación del texto. Se examinaron dos posibilidades: la primera, que cabe calificar de «minimalista», consistía en mantener en el texto únicamente el proyecto de directriz 1.7.1 propuesto por el Relator Especial o una variante de este proyecto y en remitir al comentario para el examen de las hipótesis previstas en los proyectos de directriz 1.7.2, 1.7.3 y 1.7.4.

Otra posibilidad era reagrupar los cuatro proyectos de directriz en uno solo, limitando a lo esencial los casos expresamente recogidos.

68. Puesto que el texto del proyecto de directriz 1.7.1, si permanecía aislado, no habría tenido gran sentido, el Comité de Redacción prefirió recurrir a la segunda solución que al cabo condujo al nuevo proyecto de directriz 1.7.1. El Comité aprobó este proyecto con ciertas vacilaciones porque algunos miembros habrían preferido un texto más breve.

69. En la frase inicial se recogen los elementos del antiguo proyecto de directriz 1.7.1. En el nuevo proyecto se mencionan seguidamente, a título indicativo, dos procedimientos alternativos a los que los Estados o las organizaciones internacionales pueden recurrir. Se les eligió porque, en la práctica, a menudo se les asemeja erróneamente a reservas o se les define como tal. La idea era aclarar que esta calificación es impropia. El primer procedimiento citado, la inserción de cláusulas restrictivas, corresponde al procedimiento mencionado entre otros en el antiguo proyecto de directriz 1.7.2 desarrollado en el proyecto de directriz 1.7.3. El segundo procedimiento es una versión del antiguo proyecto de directriz 1.7.4.

70. El Comité de Redacción empezó por examinar una primera propuesta relativa a la frase preliminar, que tenía por objeto reemplazar la palabra «cualificación» propuesta por el Relator Especial por la palabra «limitación». El Comité examinó otras variantes, en particular «atenuación» (attenuating) o «flexibilización» (rendering more flexible) y estudió también la posibilidad de reproducir la formulación del proyecto de directriz 1.1.1, a saber, la oración «modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones de un tratado o el tratado en su conjunto con respecto a algunos aspectos específicos», pero se expresaron dudas acerca de la oportunidad de reproducir esta formulación en el contexto del proyecto de directriz que se examinaba. Se sugirieron otras formulaciones, en particular el hecho de producir «efectos equivalentes» (equivalent effects), «efectos similares» (similar effects), «efectos análogos» (analogous effects) o «resultados de carácter esencialmente análogo» (results of a broadly similar character). Por último, se halló una solución consistente en adoptar un texto más general, pero más apropiado, a saber, «conseguir resultados comparables a los producidos por las reservas».

71. El Comité de Redacción decidió utilizar las palabras «procedimientos alternativos» con objeto de precisar claramente que se trata de alternativas a las reservas. El Comité se interrogó por otra parte acerca del empleo del adverbio «también» (en inglés also), implícito en el adjetivo «alternativos» (alternative), pero decidió mantenerlo para hacer hincapié en el objeto del proyecto de directriz. La expresión may also make use utilizada inicialmente en la versión inglesa se ha sustituido por la expresión may also have recourse to para armonizar esa versión con la versión francesa.

72. En cuanto a los dos ejemplos enumerados en las frases precedidas de un guión, el Comité de Redacción ha añadido las palabras «tales como» al final de la frase inicial para indicar que la lista no es ni mucho menos exhaustiva. El texto del primer ejemplo corresponde al

antiguo proyecto de directriz 1.7.3, pero un tanto condensado. Se habla pues de la inserción en el tratado de cláusulas restrictivas que limiten su ámbito o su aplicación. A propósito del segundo ejemplo, el Comité decidió mantener una disposición sobre las reservas llamadas «bilateralizadas» esencialmente para precisar que los procedimientos mencionados no son en efecto reservas. El antiguo proyecto de directriz 1.7.4 sirvió de base para el segundo guión del texto propuesto. Se expresaron dudas a propósito de la expresión «en aplicación de una disposición expresa de un tratado», que algunos juzgaban excesivamente restrictiva, pero el Comité decidió mantenerla porque corresponde a la hipótesis más habitual. Con objeto de simplificar el texto y de no recurrir a fórmulas latinas innecesariamente, la expresión «en su aplicación a sus relaciones inter se» que figuraba en el proyecto de directriz 1.7.4 se ha reemplazado por las palabras «en su aplicación a sus relaciones entre sí».

73. El último proyecto de directriz, el 1.7.2, se inspira en el proyecto de directriz 1.7.5 propuesto por el Relator Especial. Basándose en la labor ya efectuada en relación con los proyectos de directriz 1.7.1 a 1.7.4, el Comité de Redacción emprendió el examen del proyecto en cuestión a partir de una nueva propuesta redactada siguiendo el modelo del nuevo proyecto de directriz 1.7.1. La formulación en la primera parte del texto se acerca a la propuesta por el Relator Especial para su proyecto de directriz 1.7.5 y contiene dos ejemplos a título indicativo. Se ha conservado el título del proyecto de directriz 1.7.5.

74. En cuanto al texto, si se compara el nuevo proyecto con el del Relator Especial, se observará que el Comité de Redacción ha sustituido la expresión «las partes contratantes», que no le parecía adecuada, por las palabras «los Estados o las organizaciones internacionales», con objeto también de armonizar esta directriz con otros proyectos ya aprobados.

75. En lo que respecta al último guión, a saber, la inserción en el tratado de disposiciones que tengan por objeto interpretarlo, procedimiento que el Relator Especial había mencionado ya en su proyecto de directriz, se observó un consenso en favor del mantenimiento de una disposición redactada siguiendo el modelo del primer guión del nuevo proyecto de directriz 1.7.1. El Comité de Redacción ha suprimido por otra parte el adjetivo «expresas» que calificaba la palabra «disposiciones» y añadido al final de la versión inglesa las palabras *the same treaty*.

76. En lo que respecta al segundo guión, el Comité de Redacción convino en repetir la mención inicial de los «acuerdos» complementarios, pero en singular en la versión francesa. Examinó además diversas variantes para sustituir la palabra «complementarios», por ejemplo el adjetivo «específicos», pero decidió por último conservar «complementarios». Introdujo además una pequeña modificación en la versión inglesa del texto consistente en reemplazar la expresión inicial *to that end* por *to the same end*.

77. El Comité de Redacción recomienda a la Comisión que adopte los proyectos de directrices que figuran en su informe para que el Relator Especial pueda preparar el comentario correspondiente.

78. El Sr. ECONOMIDES estima que, en el proyecto de directriz 1.1.8, sería preferible decir «de conformidad con una cláusula» que «de conformidad con una de sus cláusulas». Esta modificación aclararía el texto.

79. Al final del segundo apartado de la directriz 1.7.1, convendría reemplazar las palabras «del tratado» por «de este tratado», también para mayor claridad y para indicar que los tratados mencionados en el apartado son el mismo.

80. El Sr. HAFNER sigue abrigando dudas en cuanto a la aplicabilidad del proyecto de directriz 1.1.8 al caso de ciertos tratados internacionales en los que se prevén excepciones sin que ello imposibilite la formulación de otras reservas. Se inclina sin embargo ante la opinión general, que consiste en adoptar este proyecto de directriz sin modificación.

81. En lo que respecta al proyecto de directriz 1.7.1, le parece entender que el segundo guión no va en contra de lo ya prescrito en derecho convencional, a saber, que se aplican restricciones al tratado en cuestión. Se debe entender por lo tanto que el derecho a concertar tales acuerdos está sometido a los límites fijados por el derecho internacional general aplicable en ese caso. Ello concierne en particular a la restricción según la cual los Estados no pueden concluir acuerdos incompatibles con la realización de la finalidad y del objeto del propio tratado.

82. El Sr. GAJA (Presidente del Comité de Redacción) estima que, a reserva del acuerdo del Relator Especial, las dos propuestas del Sr. Economides son aceptables.

83. Señala luego al Sr. Hafner que los proyectos de directriz examinados no se refieren a la validez de las reservas y de las declaraciones interpretativas. No importa aquí saber si los acuerdos mencionados son válidos en el sentido del artículo 41 de la Convención de Viena de 1969 o según otros principios de esta Convención.

84. El Sr. HAFNER está de acuerdo, pero señala que será necesario de todos modos abordar la cuestión de la validez de las reservas. Teme que si se adopta el texto actual de los proyectos de directrices sobre lo que se ha llamado tratados o acuerdos *inter se*, no se hable de la validez de estos instrumentos en las directrices siguientes. Tal como están actualmente redactados, estos proyectos de directrices dan la impresión de que existe un derecho ilimitado a concluir tales tratados y el Sr. Hafner desearía que quede bien claro que la interpretación correcta es la del derecho convencional.

85. El Sr. ROSENSTOCK estima que la propuesta del Sr. Economides sobre el proyecto de directriz 1.1.8, que llevaría a reemplazar en la versión inglesa a *clause* por *one of its clauses*, es mucho menos elegante que la versión actual y puede prestarse a confusión. La cláusula o las cláusulas en cuestión pueden estar gramaticalmente ligadas a «una declaración unilateral» y el orador preferiría pues que se conserve el texto actual del proyecto de directriz, pero no tiene nada que oponer a las demás modificaciones propuestas.

86. El Sr. TOMKA opina que la propuesta del Sr. Economides puede plantear problemas de interpretación

en la medida en que cabe preguntarse si una sola cláusula basta para excluir o modificar un efecto jurídico o si hacen falta varias. Por su parte, apoya firmemente el texto propuesto por el Comité de Redacción.

87. El Sr. SIMMA estima que la intención del Sr. Economides es precisar que la cláusula en cuestión debe figurar precisamente en el mismo tratado en relación con el cual se puede formular una declaración unilateral.

88. Sin duda disipa las preocupaciones del Sr. Hafner la oración «la concertación de un acuerdo [...] en aplicación de una disposición expresa de un tratado», que figura en el proyecto de directriz 1.7.1 y que suprime esencialmente el riesgo mencionado. No es posible en efecto imaginar que, si se puede concertar un acuerdo inter se en virtud de disposiciones expresas de un tratado, tales disposiciones expresas autoricen la conclusión de acuerdos contrarios a la finalidad y al objeto del tratado.

89. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA recuerda que esta serie de proyectos de artículos ha suscitado numerosas controversias y se pregunta si, a pesar del considerable esfuerzo desplegado para la redacción, conviene considerar cerrado el debate sobre la oportunidad de incluir los proyectos de directriz 1.7.1 y 1.7.2 en la Guía de la práctica. Cuando se leen esas disposiciones, da la impresión de que se ofrece a los Estados y a las organizaciones internacionales partes en un tratado la posibilidad de alejarse de la línea que creyeron inicialmente adoptar para la realización de un instrumento jurídico. En la medida en que estas posibilidades militan en definitiva contra el sistema inicial que se pretende establecer, el Sr. Pambou-Tchivounda abriga dudas sobre la pertinencia de estos dos proyectos de directriz.

90. Si se lee el proyecto de directriz 1.4.6 se observa que lo que en él se prevé no entra en el ámbito de aplicación de la Guía de la práctica. Inmediatamente se plantea la cuestión de qué interés y qué sentido tiene su segundo párrafo, puesto que la directriz propiamente dicha no entra en el ámbito de aplicación de la Guía. Este segundo párrafo no añade gran cosa y no constituye una directriz.

91. El Sr. PELLET (Relator Especial) observa que el Sr. Pambou-Tchivounda se limita a repetir a propósito de las alternativas lo que ya dijo y no le parece que sea el momento de abrir de nuevo el debate. Se convino a este respecto, pese a las reticencias de ciertos miembros, que más valía decir algo que no decir nada, puesto que se trata de una Guía de la práctica.

92. En cambio, el Relator Especial ve con cierta sorpresa la posición que ha adoptado el Sr. Pambou-Tchivounda en relación con el proyecto de directriz 1.4.6. Parece extrañarle que la formulación del Comité de Redacción, idéntica a la propuesta por el Relator Especial, no entre en el ámbito de aplicación de la Guía de la práctica. Todas las directrices que figuran en la sección 4 de la primera parte relativa a la definición están redactadas de la misma manera y, si no se desea esta directriz, habrá que suprimir toda la sección 4, que constituye lo que se ha llamado el «cajón de sastre», es decir, el lugar donde se reúnen las directrices que excluyen lo que no constituye una reserva y no entran, pues, en el ámbito de aplicación de la Guía. Sí entran, en cambio, las declaraciones interpretativas, aunque no constituyan reservas. Parece indispensable pre-

cisar estos dos puntos si no se desea impugnar toda la arquitectura de la primera parte, y ello no procede.

93. En cuanto a la propuesta del Sr. Economides en relación con el proyecto de directriz 1.1.8 y con la reticencia del Sr. Rosenstock en cuanto a su versión inglesa, si se adopta la formulación «una de sus cláusulas» se excluye la idea de que una cláusula de exclusión podría estar prevista en otro tratado. Cabe imaginar que ciertos Estados concierten un tratado y que luego, unos años más tarde, esos mismos Estados concierten otro tratado en el que se prevea la posibilidad de excluir el efecto del primer tratado. Quizá el problema no se haya planteado nunca, pero la redacción propuesta por el Sr. Economides tiene el inconveniente de no prever la posibilidad de que una cláusula figure en un tratado diferente. Existe otra hipótesis: un Estado se adhiere tardíamente a un tratado A cuando el tratado B está vigente y formula esta declaración. Dicho esto, no es éste el tipo de hipótesis que se había previsto y el Relator Especial estaría de acuerdo en introducir cierta rigidez, que no parece indispensable, para dar satisfacción al Sr. Economides. Convendría, sin embargo, utilizar más bien la fórmula habitual que figura en otros lugares del proyecto de directriz, por ejemplo «una cláusula contenida en dicho tratado» o «una cláusula de dicho tratado».

94. Lo mismo cabe decir del proyecto de directriz 1.7.1, en el que «ciertas disposiciones contenidas en ese tratado» sería preferible a «ciertas disposiciones del tratado». Si se adopta esta solución, ya sea en el proyecto de directriz 1.1.8 o en el proyecto de directriz 1.7.1, el problema del Sr. Rosenstock desaparece o queda de todos modos resuelto.

95. El Sr. Hafner ha reafirmado también la posición que había adoptado en la Comisión y que se reveló muy minoritaria. No es necesario, pues, reexaminarla, sobre todo puesto que el Sr. Simma le ha respondido muy bien en relación con el segundo guión del proyecto de directriz 1.7.1. Como el acuerdo se concluye en virtud de una disposición expresa del tratado, no es imaginable que sea ilícita. En este caso, aunque es una constante suya, el Sr. Hafner confunde los problemas de definición y los problemas de licitud.

96. El Sr. ECONOMIDES recuerda que el Relator Especial preveía expresamente en su proyecto de directriz 1.1.8 que la declaración se debía efectuar de conformidad con el tratado en cuestión y que no puede tratarse de un tratado diferente. Aquí se habla de cláusulas de exclusión que se han de interpretar de un modo muy restrictivo y el orador no entiende que pueda entrar en juego eventualmente otro tratado. Basta sencillamente establecer una relación entre el tratado y una de sus disposiciones. Poco importa el texto, la formulación que propone el Relator Especial («contenidas en ese tratado») es satisfactoria.

97. El Sr. TOMKA señala que, en bien de la uniformidad, convendría velar por que el vocabulario utilizado sea coherente en todo el proyecto. La expresión «del tratado» no sólo figura en el proyecto de directriz 1.7.1 sino también en los proyectos de directriz 1.4.6 y 1.4.7. De ahí que el Sr. Tomka se incline más bien por mantener sin modificación el texto del proyecto de directriz 1.7.1.

98. El Sr. GAJA (Presidente del Comité de Redacción) añade que esa fórmula figura en proyectos de directrices ya aprobados (1.1.4, 1.1.5 y 1.1.6). El problema planteado por el Sr. Economides es de carácter general y convendría reexaminar todos los proyectos de directrices para verificar que la formulación es homogénea y, si es necesario, modificarla. De momento, la Comisión podría conservar el texto de los proyectos de directrices examinados sin modificación, a reserva de su verificación ulterior.

99. En lo que respecta a la propuesta del Sr. Economides acerca del proyecto de directriz 1.1.8, el Sr. Gaja indica que, si se acepta la expresión «con una cláusula contenida en dicho tratado» habrá que añadir «y» antes de las palabras «que autoriza a las partes» y el texto resultará más pesado.

100. El PRESIDENTE juzga difícil ocuparse de redacción en sesión plenaria. Como el Presidente del Comité de Redacción ha sugerido, propone a la Comisión que apruebe la recomendación del Comité encaminada a la aprobación de los proyectos de directrices examinados en su forma actual, en la inteligencia de que se efectuará una verificación final cuando se hayan aprobado los proyectos de directrices restantes. Si nadie se opone, estimará que la Comisión desea proceder así.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2641.^a SESIÓN

Martes 18 de julio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)¹ (continuación*) (A/CN.4/504, secc. D, A/CN.4/509², A/CN.4/510³)

* Reanudación de los trabajos de la 2628.^a sesión.

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1998, vol. II (segunda parte), párr. 55.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) presenta su tercer informe (A/CN.4/510) sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, cuestión que se inscribe en el tema más amplio de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, y empieza con una breve descripción de las razones por las que la Comisión emprende la segunda lectura de los proyectos de artículos sobre la prevención. El tema surgió inicialmente cuando la Comisión examinaba la cuestión de la responsabilidad del Estado debida a la comisión de un acto internacionalmente ilícito. Se planteó entonces la cuestión de la responsabilidad internacional en caso de daños causados por una actividad que no fuese por otra parte ilícita, siendo «ilícita» en este contexto el antónimo no de «lícita» sino de «no prohibida». La Comisión entendió que estas situaciones merecían examen desde un punto de vista ligeramente distinto y nombró por tanto un relator especial para que examinase el nuevo tema. Inicialmente, la Comisión abordó al mismo tiempo los temas de la responsabilidad y la prevención. Ya en el 44.º período de sesiones se tenía sin embargo la impresión de que convendría abordar primero la prevención, para captar el consenso naciente en cuanto al deber de diligencia debida que este concepto entrañaba y decidir luego la vía de acción más adecuada en relación con la responsabilidad internacional⁴. Aunque se consideró que esta decisión facilitaría el progreso en el estudio del tema, algunos Estados expresaron dudas en la Sexta Comisión acerca de la conveniencia de separar ambos temas, lo que podría conducir en definitiva a su divorcio—criterio que, además, olvidaba la finalidad principal del mandato de la CDI—. En su 51.º período de sesiones, la Comisión decidió no obstante terminar primero la segunda lectura de los proyectos de artículos sobre la prevención⁵ y decidir luego si convenía abordar el tema de la responsabilidad y, en caso afirmativo, cómo y cuándo.

2. En su calidad de Relator Especial para el tema de la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, el orador tropezó con varias cuestiones de principio. Así, tuvo que determinar, por ejemplo, qué actividades abarca el tema, de qué elementos se compone el deber de diligencia debida y qué consecuencias tendría el incumplimiento de la obligación de diligencia debida. Se trataba de cuestiones delicadas en relación con las cuales no se logró el consenso a lo largo de los años ni en la Comisión ni en la doctrina ni en la práctica de los Estados.

3. Tampoco era posible separar enteramente este asunto del tema más amplio de la promoción del desarrollo sostenible, que supone la concesión de igual importancia al medio ambiente y al desarrollo en la determinación de las políticas, o del aumento de la capacidad, que supone la formulación y el mejoramiento de normas encaminadas a minimizar los riesgos que entrañan las tecnologías inhe-

⁴ Véase Anuario... 1992, vol. II (segunda parte), párrs. 344 a 349.

⁵ Véase Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párrs. 607 y 608.

rentemente peligrosas. La cuestión de cómo abordar las situaciones en las que ni el cumplimiento de las normas óptimas existentes ni la utilización de las tecnologías óptimas disponibles permiten evitar los daños es una cuestión que se podría examinar mejor más adelante —quizá durante el examen de la responsabilidad—, pero no es necesario que la Comisión se detenga de momento en ella.

4. Habida cuenta de estas consideraciones, la Comisión debe examinar primero la prevención en el sentido más estricto y limitado posible y restringir su alcance a las actividades que suponen una relación física entre el Estado de origen y los Estados que podrían resultar afectados cuando la actividad entrañe el riesgo de un «daño transfronterizo sensible»; el término «sensible» no es tan ambiguo como podría parecer, puesto que los Estados pueden establecer bilateralmente los niveles aplicables en el contexto de un régimen elaborado para cumplir una finalidad determinada. La Comisión facilitaría así su labor, puesto que excluiría de su examen fenómenos como la contaminación lenta, el daño efectivo, el daño resultante del efecto acumulativo de diversas actividades (como en el caso de la contaminación del aire) o el daño a zonas sobre las que ningún Estado tiene jurisdicción, el así llamado «patrimonio común de la humanidad». Estas propuestas recibieron un amplísimo apoyo en la Sexta Comisión y no suscitaron ninguna oposición tajante. Las cuatro o cinco zonas, cuya exclusión del alcance del proyecto de artículos había suscitado cierta inquietud, siguen ofreciendo posibilidades prometedoras para una elaboración progresiva futura —tanto más cuanto que hay componentes de la prevención como el principio de precaución y el principio «quien contamina paga» que no se pueden abordar aisladamente—, punto sobre el cual el orador volverá en caso necesario.

5. La mayor parte de la labor realizada en materia de prevención y que ahora se somete a la Comisión y a la comunidad internacional en la forma de un proyecto compuesto de 17 artículos es fruto esencialmente de una elaboración progresiva, porque no había una serie de procedimientos universalmente aceptados que fuese aplicable en la esfera de la prevención. El trabajo del orador y de la Comisión se ha guiado por la necesidad de crear procedimientos que permitan a los Estados actuar de manera concertada y no aisladamente.

6. Una cuestión que se planteó durante el examen del proyecto de artículos en la Sexta Comisión era si el deber de diligencia debida quedaba de algún modo diluido por la necesidad de que los Estados negocien un régimen en el que se tenga en cuenta un equilibrio equitativo de intereses cuando existe el riesgo de un daño transfronterizo sensible. A juicio del orador, el artículo 12 aprobado en primera lectura define sencillamente la obligación de un modo mutuamente aceptable, sin detraer en absoluto de ella. Esta opinión se refleja en el tercer informe. Otra cuestión que se planteó es la naturaleza exacta de la diligencia debida. Las conclusiones del orador a este respecto, que figuran en su segundo informe⁶, se recapitulan en el párrafo 20 de su tercer informe. Las consecuencias del incumplimiento del deber de diligencia debida se examinaban en los párrafos 35 a 49 en el segundo informe, y la conclusión a este respecto, que figura en el párrafo 49 del

mismo documento, fue que la cuestión del cumplimiento no se inscribía en el ámbito de la preparación del proyecto de artículos sobre la prevención.

7. El punto más importante examinado en el tercer informe es la cuestión de si —ahora que se ha decidido prescindir de momento del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y centrarse en el deber de diligencia debida— la Comisión necesita todavía examinar el tema de la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas dentro de la categoría general de «actos no prohibidos por el derecho internacional». ¿Qué consecuencias tendría mantener o suprimir esta categoría? Esta cuestión interesó acertadamente a ciertos miembros de la Comisión y se ha mencionado también en otros foros.

8. Como no es posible eludir la cuestión, se examina en el capítulo V del tercer informe. La responsabilidad del Estado está vinculada con los actos ilícitos mientras que la responsabilidad internacional (liability) está vinculada con la reparación de los daños causados por actos que no están necesariamente prohibidos por el derecho internacional. Por lo tanto, si la prevención es fundamentalmente una cuestión de gestión del riesgo, la frase «actos no prohibidos por el derecho internacional», que tenía inicialmente por objeto distinguir estos actos de los actos ilícitos, puede ser ya innecesaria e incluso inadecuada. Sin embargo, no se puede prescindir fácilmente de esta noción porque está ya relacionada con la esperanza de que, si se prescriben ciertas obligaciones de diligencia debida a modo de prevención y se producen fallos, la actividad prevista quede automáticamente prohibida a causa del incumplimiento del deber de diligencia debida, o bien se seguirá considerando admisible la actividad porque el Estado tiene sólo que cumplir su obligación de diligencia debida lo más eficazmente posible. En otras palabras, la cuestión consiste en saber si, al no poner de relieve que la actividad no está prohibida, acabaría estándolo por incumplimiento de la obligación de diligencia debida. Este es el temor fundamental cuando se trata de decidir si suprimir o no la referencia a los «actos no prohibidos por el derecho internacional». Aunque el temor es real, ninguna de las autoridades a que se ha dirigido el orador ha indicado que el incumplimiento de la obligación de diligencia debida haga que la actividad quede prohibida. Ese incumplimiento crea en cambio una relación entre quienes resultarán probablemente afectados y quienes promueven la actividad, que es inherente al concepto general de la diligencia debida. A juicio del orador, la supresión de la referencia no crearía más problemas y quizá permitiese incluso obtener en la Comisión un consenso mayor acerca del proyecto de artículos.

9. Varios Estados grandes han expresado gran inquietud ante el hecho de que, si se destaca el principio de la prevención aisladamente y no en relación con la cooperación internacional, la creación de capacidad y el tema más amplio del desarrollo sostenible, cabe que no puedan aprobar el sistema que ahora se elabora. Las opiniones expresadas son muy serias y el orador ha tratado de disipar en la medida de lo posible esa inquietud en el capítulo IV.

⁶ *Ibid.*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/501.

10. Para favorecer un consenso más amplio y la aprobación universal de los artículos, la Comisión debe prestar cierta atención a lo que se dice en el preámbulo; este preámbulo es fundamental para que el proyecto reciba un apoyo general.
11. Durante la primera parte del actual período de sesiones, todas las modificaciones propuestas al proyecto de artículos aprobado en primera lectura, con excepción del preámbulo, fueron examinadas en el Grupo de Trabajo, que se reunió cinco veces y estudió las observaciones de los Estados. Se obtuvo por último un consenso sobre todos los proyectos de artículos que ahora se someten a la Comisión y se introdujeron diversas modificaciones, esencialmente de pura forma. Los números entre corchetes corresponden a los números de los artículos aprobados en primera lectura.
12. El apartado a del artículo 2 se ha redactado de nuevo teniendo en cuenta las observaciones formuladas, para eliminar una confusión posible a causa de la conjunción «y» utilizada en la versión aprobada en primera lectura. Ahora queda más clara la idea de que, a efectos del proyecto de artículos, el riesgo se sitúa dentro de una gama determinada, que va desde una probabilidad elevada a una escasa probabilidad de causar un daño sensible.
13. El apartado f del artículo 2 es nuevo, pero se ha juzgado necesario añadirlo a causa de la frecuencia con que aparece la expresión «los Estados de que se trate» en el proyecto.
14. En el artículo 4 se ha añadido la palabra «competentes» para destacar que no se trata de las organizaciones internacionales en general.
15. El párrafo 1 del artículo 6 [7] contiene una versión modificada del principio de la autorización previa, pero las modificaciones son de pura forma habida cuenta de las observaciones formuladas. Las modificaciones introducidas en el párrafo 2 del artículo 6 son también fundamentalmente de forma pero, incluso con estos cambios, la aplicación de este párrafo puede, como ha indicado Chile, plantear problemas en relación con los derechos adquiridos y las inversiones extranjeras y dar incluso lugar a reclamaciones internacionales. Sin embargo, éstos son asuntos que pueden y deben resolver los Estados de conformidad con las exigencias del derecho interno y sus obligaciones internacionales. Cabe confiar en que no se planteen problemas insolubles, puesto que la normativa de los Estados que rige las actividades peligrosas cambiará en general de cuando en cuando a medida que se va adquiriendo experiencia y a la luz de la evolución científica y tecnológica.
16. El artículo 7 [8] contiene la palabra «ambientales» en el título y en el texto se destaca que toda evaluación de los daños ambientales se ha de fundar, en particular, en los daños transfronterizos que pueda causar la actividad peligrosa.
17. En el artículo 8 [9] se introduce solamente la expresión «Estados de que se trate» para indicar que tanto el Estado de origen como los Estados que puedan resultar afectados tienen el deber de dar a sus respectivas poblaciones información pertinente sobre la actividad peligrosa.
18. En el artículo 9 [10] se pone de relieve, sin que se pretenda con ello modificar el fondo del artículo precedente, que es necesario dejar en suspenso la decisión definitiva sobre la autorización previa de la actividad peligrosa hasta que se haya recibido, en un plazo razonable que en ningún caso debe exceder de seis meses, la respuesta de los Estados que puedan resultar afectados.
19. En virtud del artículo 10 [11], los Estados de que se trate podrán determinar el plazo que consideran razonable para llevar a cabo las consultas. Se ha añadido un párrafo nuevo al proyecto revisado de artículo, en el que se reproduce el párrafo 3 del artículo 13 aprobado en primera lectura con una sola modificación. En el nuevo artículo se destaca que el Estado de origen puede aceptar la suspensión de la actividad de que se trate durante un período razonable de tiempo en vez del período de seis meses que se proponía en el antiguo párrafo 3 del artículo 13. Se consideró necesario trasladar a este lugar ese párrafo porque en el artículo 12 [13] se hace referencia al artículo 10 [11]. El procedimiento que se seguirá es el mismo, incluso cuando se inicie a petición de los Estados que puedan resultar afectados pero, en ese caso, en la medida en que sea aplicable, el procedimiento deberá centrarse en las operaciones ya autorizadas por el Estado de origen y que hayan comenzado ya.
20. Los artículos 11 [12], 12 [13] (aparte de la supresión del párrafo 3), 13 [14], 15 [16] y 19 [17] no están modificados. El artículo 14 [15] es fundamentalmente idéntico al antiguo artículo, exceptuada la adición de las palabras «o relativa a la propiedad intelectual» que recogen una útil propuesta formulada.
21. Se han añadido los nuevos artículos 16 y 17 para atender propuestas de los Estados. Se ha considerado razonable añadirlos en la parte relativa a la prevención, ya que todos los Estados tienen que adoptar medidas de urgencia o preparatorias, por precaución o a título preventivo. El contenido de los artículos corresponde esencialmente a unos artículos análogos contenidos en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El artículo 18 [6] es el antiguo artículo 6 trasladado a otro lugar para mejorar la presentación.
22. Por último, el preámbulo se considera esencial para dar cabida, por lo menos en parte, a las opiniones de diversos Estados que habían hecho hincapié en el derecho al desarrollo, la necesidad de un método equilibrado que permita ocuparse del medio ambiente y el desarrollo, la importancia de la cooperación internacional y los límites a la libertad de los Estados. El proyecto de artículos está impregnado de estas ideas y se confía en que esta clase de preámbulo, más bien que la existencia de artículos precisos sobre dichos principios como habían sugerido algunos Estados, ofrezca una base razonable para que los Estados acepten en su mayoría la serie de artículos propuestos. Este preámbulo corresponde también a una convención marco y se podría recomendar que, cuando se aprueben los artículos, se les dé esta forma.
23. El Sr. LUKASHUK felicita al Relator Especial y a la Comisión en su conjunto por haber concluido la prepa-

ración del proyecto sobre la prevención de los daños transfronterizos que, a su juicio, se podría aprobar ya. El Relator Especial ha conseguido superar un gran número de obstáculos, tener en cuenta las diversas posiciones de los Estados y preparar un proyecto que permite resolver muchas cuestiones sumamente complejas e importantes.

24. Aunque el Relator Especial ha llamado acertadamente la atención sobre la importancia del preámbulo, éste crea una duda en el orador porque sólo contiene referencias a resoluciones de la Asamblea General, que son documentos importantes pero carecen de fuerza obligatoria. Hay toda una serie de convenciones cuyas disposiciones tienen una repercusión directa en el proyecto de artículos, y es importantísimo demostrar que los artículos tienen sólidas bases, no sólo en un derecho que carece de fuerza obligatoria, sino también en el derecho positivo internacional.

25. El artículo 5 relativo a la aplicación impone acertadamente a los Estados la obligación de tomar todas las medidas necesarias y el derecho nacional tiene una importancia muy grande, incluso decisiva, para la aplicación de la futura convención. No se trata solamente de un asunto orgánico, sino también de la manera en que se interpreta una convención de esta clase. En muchos casos, las disposiciones correspondientes del derecho nacional son más amplias y detalladas.

26. Cabe citar a modo de ejemplo una ley promulgada por la Federación de Rusia en abril de 1999 sobre la protección de la calidad del aire, que tenía por objeto proteger los derechos constitucionales de los nacionales a un medio ambiente favorable y a una información fidedigna sobre el medio ambiente. Su principio básico declarado era la prioridad concedida a la protección de la vida y la salud de las generaciones presentes y futuras y en ella se preveía la creación de un sistema avanzado para la gestión de la protección de la calidad del aire, incluida su vigilancia, exactamente como se prevé en el proyecto de artículos en cuestión. La ley rusa contenía un capítulo aparte relativo a los derechos de la población en materia de protección de la calidad del aire. La población tiene derecho, no sólo a recibir la información, sino también a participar en la adopción de las correspondientes decisiones. Quienes violan la ley son responsables desde los puntos de vista civil, administrativo y penal y se prevé el resarcimiento total de las víctimas. Lo interesante es que la ley presta considerable atención a la contaminación transfronteriza y obliga a todas las empresas a tomar las medidas necesarias para reducirla. Contiene además un capítulo específico sobre la cooperación internacional en el que se dice que la Federación de Rusia colaborará de conformidad con los tratados internacionales y se observa que las disposiciones de los tratados internacionales priman sobre el derecho nacional y que éste se podrá utilizar para interpretar la futura convención. La ley rusa contiene una definición muy detallada de la contaminación transfronteriza del aire. Este ejemplo permite llegar a la conclusión de que el proyecto que se examina es enteramente válido desde el punto de vista del derecho nacional y que su aplicación no tropezará con obstáculos jurídicos por parte de los Estados.

27. El Sr. GOCO señala a la atención del Relator Especial un artículo titulado «Sun, Sand and Toxic

Waste» (Sol, arena y desechos tóxicos)⁷, en el que se dice que por primera vez el Tribunal Europeo de Justicia (en el caso Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica) ha multado a un miembro de la Unión Europea. Grecia tiene que pagar 19.000 dólares de los EE.UU. diarios hasta que sus autoridades hayan limpiado un vertedero de desechos tóxicos en un barranco carente de agua que se halla en las cercanías de las playas turísticas de Creta occidental. En el artículo se añade que las autoridades locales encargadas de la gestión de desechos en Creta se han opuesto al plan del Estado de cerrar el vertedero y sustituirlo por una instalación de tratamiento de alta tecnología situada más cerca de una zona habitada. Según el artículo, el Ministro griego del Medio Ambiente ha dicho que, cada vez que ha tratado de resolver la crisis, la población local ha impedido a los empleados del Estado empezar la construcción de un emplazamiento provisional para el almacén de desechos.

28. El orador espera que el Relator Especial esté de acuerdo en que ésta es una situación en que el Estado ha ejercido la diligencia debida pero no ha podido realizar sus planes por circunstancias que escapan a su control. Tal situación es aplicable al tema que se examina.

29. El Sr. GAJA elogia los persistentes esfuerzos del Relator Especial por mejorar el texto y lograr que la Comisión lo apruebe y, en particular, su decisión de pasar en el proyecto de artículos del tema resbaladizo de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional al tema más sólido de la prevención de los daños transfronterizos a causa de actividades peligrosas.

30. En cuanto al mantenimiento de la expresión «actos no prohibidos por el derecho internacional» en el artículo 1, el orador se pregunta si no sería preferible referirse a la obligación de evitar un riesgo, independientemente de que las actividades en cuestión estén o no prohibidas por el derecho internacional. Si se impone una obligación a causa de la existencia de un riesgo sensible, ¿qué importancia tiene si la actividad está prohibida o no y si lo está por razones que pueden no guardar absolutamente ninguna relación con el riesgo? Además, una actividad puede estar prohibida en el derecho internacional pero no necesariamente en relación con el Estado que puede sufrir el daño. ¿Por qué influiría una obligación del Estado de origen frente a terceros en la aplicación del proyecto de artículos cuando se trata de procedimientos encaminados a evitar que se cause un daño sensible a otro Estado? El orador es partidario de que no se haga referencia en el artículo 1 a las actividades que no están prohibidas por el derecho internacional como condición para la aplicabilidad del proyecto de artículos.

31. El Relator Especial se ha referido a las críticas de algunos Estados contra el hecho de que el proyecto de artículos aprobado en primera lectura guardaba exclusivamente relación con los daños transfronterizos entre Estados y no se abordaba la cuestión del daño causado a zonas que escapan a la jurisdicción nacional o que forman parte del patrimonio natural de la humanidad. En la fase actual no sería fácil tratar de incluir ese asunto, pero se podría decir algo al respecto en el preámbulo o en una

⁷ Time, 17 de julio de 2000, pág. 23.

disposición del tipo «sin perjuicio», aunque sólo sea para indicar que la Comisión se da cuenta del problema y que le preocupan las actividades industriales que pueden ser peligrosas para la capa de ozono, por ejemplo, y que pueden por lo tanto afectar a toda la humanidad.

32. Lo más importante del proyecto de artículos es, a juicio del orador, que crea para el Estado de origen un deber de notificación y consulta. En virtud del artículo 9 [10], la obligación de notificar nace solamente cuando el Estado de origen ha efectuado una evaluación que indica la existencia de un riesgo sensible. En virtud del artículo 7 [8], el Estado de origen tiene obligación de efectuar esa evaluación en el caso de un posible daño transfronterizo, pero puede preferir no efectuar una investigación muy exhaustiva —en parte porque, si se observa un riesgo de daño sensible, cabe que se le impongan nuevas obligaciones—. El proyecto ofrece así un incentivo al Estado de origen para no hacer precisamente lo que se pretende, es decir, que debe haber una notificación anticipada cuando existe un riesgo de daño sensible.

33. En virtud del artículo 3 del Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, la notificación del Estado de origen es obligatoria en caso de actividades que puedan tener unos efectos transfronterizos importantes. El proyecto de artículos no pretende inmiscuirse en esa obligación, pero establece otras menos estrictas y ello puede afectar a la buena aplicación del Convenio.

34. Los Estados que vayan probablemente a sufrir daños tienen verdadero interés en participar en la evaluación del riesgo y deben tener la posibilidad no sólo de pedir sino también de recibir notificación previa para que puedan contribuir a la evaluación, de modo que sea indudablemente más exhaustiva de lo que habría sido en caso contrario.

35. Por último, se plantea la cuestión de las obligaciones para el Estado de origen una vez que se ha evaluado el riesgo de daño sensible. Según el artículo 10 [11], esas obligaciones tienen por objeto conducir a una solución acordada. No se dice gran cosa sobre el posible contenido de tal acuerdo, pero ciertas indicaciones al respecto podrían ayudar a los Estados a llegar a un acuerdo que responda a las preocupaciones que han inspirado el proyecto de artículos. Una posibilidad sería proponer que los Estados acuerden establecer un órgano de supervisión conjunto, al que se encomienden actividades como velar por que se mantenga correctamente el equilibrio de intereses, que el grado de riesgo no aumente considerablemente y que se preparen debidamente los planes de urgencia. Esta solución, como se ha observado en los acuerdos sobre los cursos de agua y en otros sectores, es a menudo la mejor manera de lograr la colaboración entre Estados.

36. El Sr. BROWNLIE comparte la opinión crítica del Sr. Gaja en relación con la frase «actividades no prohibidas por el derecho internacional». Elogia luego la política del Relator Especial descrita en los párrafos 27, 32 y 33 del tercer informe, consistente en destacar que el tema de la prevención se centra en la gestión del riesgo.

37. La única dificultad que le plantea el aparato conceptual general es el hincapié que se hace, sobre todo en

los párrafos 18 a 49 del segundo informe⁸, en el deber de diligencia debida. Es preciso obrar con prudencia, porque fundarse en esa noción podría crear la confusión, que el Relator Especial trata precisamente de evitar, con las cuestiones de responsabilidad del Estado. En el contexto del proyecto sobre la prevención, el deber de diligencia debida tiene una utilidad práctica limitada. La diligencia debida carece de autonomía conceptual, porque depende del contexto. Se trata solamente de una referencia a la norma jurídica pertinente y se la puede confundir con la negligencia o con la violación del deber de diligencia, mientras que la norma no se debe limitar a la creación no intencional de un riesgo.

38. En conjunto, el Relator Especial ha conseguido delimitar el tema y separarlo de la responsabilidad del Estado. Se debe considerar que la prevención forma parte integrante del derecho ambiental y hay que tener este hecho en cuenta cuando se tome la decisión definitiva sobre el trabajo a largo plazo.

39. El Sr. HAFNER pide una aclaración en relación con el comentario del Sr. Gaja sobre la necesidad, como resultado de las negociaciones, de que los Estados acepten el establecimiento de órganos de vigilancia conjuntos: ¿debe constituir la creación de estos órganos un deber del Estado o ser sólo una posibilidad que el Estado podría prever?

40. El Sr. GAJA lo considera una posibilidad que cabe mencionar, pero a los Estados corresponderá decidir si desean establecer esa clase de órganos.

41. El Sr. SIMMA elogia al Relator Especial por su competente y exhaustiva presentación del informe y por el proyecto de convención que propone. En el transcurso del tiempo se han ido suprimiendo los temas más controvertibles. La responsabilidad (liability), el principio «quien contamina paga» y el principio de precaución han desaparecido y lo que queda es un proyecto esquemático cuyo contenido está casi demasiado maduro para la codificación. El orador comparte la preferencia del Relator Especial por una convención en lugar de la declaración anteriormente prevista. Una serie de artículos carentes de fuerza obligatoria sólo serviría para engrosar el catálogo de principios ya elaborado a lo largo de los 25 últimos años. Además, como el trabajo que se realiza en materia de responsabilidad del Estado se convertirá probablemente en una declaración, hay tanto más motivo para que el proyecto sobre la prevención adopte la forma de una convención. Es el único producto del actual quinquenio que podría terminar así.

42. Como introducción a unos artículos sobre la prevención en derecho ambiental, el preámbulo insiste demasiado en la libertad de acción. Los instrumentos segundo y tercero que se mencionan guardan relación con los recursos naturales y el desarrollo, pero deben ir precedidos de una referencia al cuarto instrumento citado, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)⁹, que atañe directamente

⁸ Véase la nota 6 supra.

⁹ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución 1, anexo I.

al derecho ambiental. Como ha dicho el Sr. Lukashuk, cabría mencionar la obligación en derecho internacional general de ocuparse del territorio del país vecino: *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

43. En el debate sobre la prevención hubo desde el comienzo una considerable confusión acerca de la naturaleza jurídica de los principios y el Relator Especial ha hecho mucho por disiparla. El proyecto de artículos es, a juicio del orador, un conjunto autónomo de normas primarias sobre gestión o prevención del riesgo y la actividad en esta materia entraña principalmente la codificación de la obligación primaria de diligencia debida en una forma esencialmente procedimental. La futura convención no irá en detrimento de normas más elevadas ni de obligaciones más específicas existentes en otros tratados sobre medio ambiente. La referencia que se hace en el artículo 18 [6] a las normas consuetudinarias de derecho internacional se debe interpretar como una referencia exclusiva a las «obligaciones» en el derecho internacional consuetudinario y no a la libertad de acción, que es una parte muy importante de ese derecho. El incumplimiento de la futura convención iría acompañado de una responsabilidad del Estado, a menos que se establezcan procedimientos como *leges speciales* en tratados sobre casos precisos de contaminación. El Relator Especial tiene razón en decir que no existe una imbricación negativa con la responsabilidad del Estado.

44. El orador hace suyas las observaciones del Sr. Gaja sobre la supresión de la expresión «actividades no prohibidas por el derecho internacional» en el artículo 1. Cuando el proyecto versaba, no sólo sobre la prevención, sino también sobre el daño, la frase habría sido quizá necesaria para evitar una duplicación jurídica e intelectual con la responsabilidad del Estado, pero se la puede suprimir ahora puesto que se ha eliminado la obligación de resarcir. Por consiguiente, el deber de prevención se aplica ahora también a las actividades prohibidas, criterio más amplio que el orador acoge con agrado, aunque es preciso establecer una distinción entre las actividades prohibidas en el derecho ambiental internacional, muy pocas de las cuales suponen la creación de un riesgo, y las prohibidas por normas enteramente distintas del derecho internacional, como las relativas al desarme.

45. Dado que el proyecto se extiende a las actividades no prohibidas por el derecho internacional, quizá conviniere revisar todo el texto. Por ejemplo, el artículo 6 [7], que exige la autorización previa, es ahora problemático, puesto que en él se dice que se habría de autorizar una actividad prohibida por las normas del derecho internacional; en otras palabras, una actividad enteramente ilícita. Quizá se podría añadir un cuarto párrafo al artículo 6 [7] en el que se indicase que no es posible autorizar las actividades ilícitas prohibidas por el derecho internacional.

46. El Sr. BROWNLIE preferiría que la máxima *sic utere tuo* no se insertase en el preámbulo sino en una cláusula de salvedad, por ejemplo en el artículo 18 [6]. Es preciso mantener la cuidadosa demarcación efectuada por el Relator Especial entre la prevención y otros sectores del derecho internacional.

47. Las referencias a la diligencia debida dan a entender que el proyecto no se aplicaría a un comportamiento

deliberado o imprudente, algo totalmente irreal e incluso retrógrado. Entre las diferentes causas de riesgo cabría ciertamente incluir actividades que se realizan deliberadamente o con imprudencia total, porque no tienen absolutamente en cuenta el riesgo para los demás Estados. Hay una extraña tendencia en la documentación a ignorar el dolo. El caso *Rainbow Warrior* es un buen ejemplo porque, en general, en la documentación correspondiente no se hacía referencia a un comportamiento deliberado. El orador desearía conocer la opinión del Relator Especial a este respecto.

48. El Sr. SIMMA juzga difícil incluir el comportamiento doloso o deliberadamente perjudicial en el proyecto. Por ejemplo, en el contexto del artículo 6 [7] ello significaría que, si un Estado se propone causar un perjuicio a otro con algún tipo de contaminación ambiental, tendría que solicitar la autorización previa, proceder a una evaluación de los efectos, etc. El proyecto está enteramente concebido para las actividades emprendidas fundamentalmente de buena fe, pero en relación con las cuales es preciso un considerable grado de diligencia debida.

49. El Sr. ROSENSTOCK no entiende por qué, en los casos examinados, la falta de autorización previa no se podría considerar como una agravante, como el incumplimiento de otra obligación. El origen moderno de la obligación de diligencia debida se halla en el caso *Alabama*, en el que las actividades fueron mucho más lejos de la simple verificación de la comisión de un acto impropio. Partiendo de ese modelo, se puede ciertamente considerar que la obligación de diligencia debida se aplica a las actividades dolosas y deliberadas.

50. El Sr. HAFNER no está de acuerdo con el Sr. Simma en que la necesidad de autorización previa sea incompatible con que se suprima la restricción a las actividades no prohibidas por el derecho internacional. La lectura del artículo 6 [7] y de otros artículos relacionados con la autorización previa revela que no confieren un derecho a la autorización previa; se dice simplemente que, si se lleva a cabo una actividad, se necesitará autorización. No parece necesario revisar el proyecto para incluir el cambio de actividades previstas.

51. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) indica que la orientación del proyecto de artículos es clara. Si un Estado emprende una actividad que puede causar daños más allá de sus fronteras, se espera que dicho Estado efectúe la necesaria evaluación, tome disposiciones para la autorización y examine luego el proyecto para cerciorarse de que corresponde a ciertas normas. La clase de proyecto que se prevé es en general un proyecto a gran escala, como una central nuclear o hidroeléctrica, y el Estado que lleva a cabo estas actividades es responsable ante el otro Estado o ante los demás Estados en que la actividad pueda repercutir. El elemento del dolo o la intención o licitud de la actividad no importa a efectos del proyecto de artículos. Si la actividad está prohibida, se seguirán inevitablemente otras consecuencias y el Estado que continúe esa actividad responderá plenamente de dichas consecuencias. Suprimir la frase «actividades no prohibidas por el derecho internacional» no tendrá pues gran importancia si las actividades son ilícitas y los Estados las consideran como tales. Tampoco la supresión

de la frase obliga a reexaminar las disposiciones del proyecto de artículos. Si la actividad es ilícita, el proyecto de artículos deja de aplicarse y se convierte en una cuestión de responsabilidad del Estado. A juicio del orador, el proyecto de artículos se centra más bien en una mala gestión y en la necesidad de vigilancia de todos los Estados involucrados. Es grato que el Sr. Rosenstock haya señalado que el principio de la diligencia debida nació en el caso Alabama, lo que hasta cierto punto viene a ilustrar los argumentos del orador, que no se opone a la supresión de la frase pero juzga esa supresión innecesaria.

52. El Sr. TOMKA dice que la cuestión que la Comisión tiene ante sí es la prevención, con el tema más amplio de las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Por lo tanto, si la CDI desea ampliar el alcance del proyecto de artículos para incluir los actos prohibidos por el derecho internacional debe solicitar la aprobación de los Estados en la Sexta Comisión. En segundo lugar, la recomendación formulada en el párrafo 33 del informe puede atenuar la prohibición y el orador se pregunta si los Estados que emprendan actividades prohibidas lo notificarán a los demás países interesados, aunque sepan que sus actividades pueden causar daños. No se debe pues invitar a los Estados a ignorar las disposiciones del proyecto de artículos si la Comisión considera que debe ser aplicable a todas las actividades. A juicio del orador, el proyecto de artículos se debe aplicar exclusivamente a las actividades no prohibidas por el derecho internacional.

53. El Sr. BROWNLIE estima que citar el caso Alabama tiene un inconveniente, porque este caso no guarda relación con la diligencia debida sino con una violación deliberada de las normas de neutralidad aplicables durante la guerra civil americana. En cuanto al artículo 6 [7], el orador entiende la cuestión suscitada por el Sr. Simma, pero el artículo no es concluyente en cuanto al comportamiento deliberado; si el proyecto se convierte en convención, habrá probablemente casos en que los Estados no apliquen debidamente sus disposiciones. La Comisión debe velar pues por que el proyecto de artículos abarque el comportamiento deliberado. A menudo no existe una distinción clara entre el dolo y la negligencia; como en el caso Alabama, puede no estar claro hasta qué punto un gobierno es culpable de negligencia o de algo peor. Cabe sin embargo que esta dificultad sea más de expresión que de fondo.

54. El Sr. GAJA explica que su principal preocupación en relación con el proyecto de artículos son las disposiciones relativas a la notificación, la información y la consulta. Debe quedar claro que el proyecto de artículos se aplica a toda clase de actividades. La cuestión no reside en si una actividad está prohibida per se, sino en si su realización supondría el incumplimiento de una obligación del Estado de origen para con el Estado donde se harían sentir los efectos perjudiciales de la actividad. El orador propugna pues que los artículos 6 [7] y 11 [12] se redacten de modo que se prevea que se puede autorizar cualquier clase de actividad de riesgo.

55. El Sr. SIMMA señala que el punto de vista expuesto por el Relator Especial no es desconocido en derecho internacional, como demuestran los principios *jus in bello* y *jus ad bellum*, pero es difícil de entender. Es como

si, antes de ser apuñalada, la víctima pidiese que se desinfecte el puñal para evitar la septicemia. En cuanto a los artículos a que se refiere específicamente el párrafo 33 del informe, el artículo 3 es un artículo preliminar al que siguen otros artículos. Su inclusión parece reafirmar que los artículos se refieren solamente a las actividades no prohibidas por el derecho internacional.

56. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) indica que, en su examen de diversos proyectos a lo largo de los años, la Comisión se había centrado, no en la naturaleza de las diversas actividades, sino en el contenido de la prevención. La confusión ha surgido pues solamente porque no se había examinado primero este aspecto del tema. A su parecer, la Comisión ha logrado establecer los principios en que se debe fundar la prevención. Algunos miembros mantienen que, al conservar la frase «las actividades no prohibidas por el derecho internacional», se corre el riesgo de distraer al lector del contenido de la prevención, puesto que será preciso determinar qué actividades están prohibidas y qué otras no lo están. El orador, al igual que el Relator Especial que le precedió, Robert Q. Quentin-Baxter, no se preocupó de resolver todos los aspectos de los actos prohibidos por el derecho internacional, sino de explicar y delimitar el concepto de prevención. En cambio los académicos, porque tal es su vocación, han encendido y atizado la llama de la controversia sobre lo que está o no está prohibido. Para evitar semejante debate innecesario y doctrinal, el orador formuló la recomendación contenida en el párrafo 33, con la que trataba de tranquilizar a los colegas a quienes preocupaba el mantenimiento de la frase «las actividades no prohibidas por el derecho internacional». Estas actividades tendrán de todos modos que sujetarse a las disposiciones de los artículos 10 [11], 11 [12] y 12 [13]. Si, por otra parte, la actividad está claramente prohibida por el derecho internacional, el proyecto de artículos no se ocupará de las consecuencias. No hay ninguna necesidad de duplicación.

57. El Sr. ILLUECA pide al Relator Especial que aclare dos cuestiones. En primer lugar se pregunta si, como algunos Estados han afirmado, las actividades militares caen fuera del alcance de los artículos. Se refiere a las actividades militares en su sentido más amplio, que abarcan la paz y la guerra y comprenden la ocupación militar, el establecimiento de bases militares en países extranjeros y el despliegue de las fuerzas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. En el curso de esas actividades se pueden causar daños al medio ambiente o a los recursos naturales y los artículos deberían ser más explícitos al respecto. En segundo lugar, desearía más detalles sobre el alcance de la definición del daño transfronterizo mencionado en los artículos 1 y 2. En particular, se pregunta cómo se aplicarían esos artículos al daño causado por un Estado que realiza o patrocina actividades dentro de un territorio que controla pero que no le pertenece. Un ejemplo pertinente son las minas de fosfatos de Nauru, durante el protectorado de Australia, Reino Unido y Nueva Zelanda. Australia causó serios daños con la extracción intensiva de fosfatos y efectuó luego obras para reparar esos daños, pero el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru* se sometió a la CIJ y se llegó por último a una solución pacífica. No obstante, como se indica en un estudio reciente, conviene recoger en los artículos sobre la prevención los daños causados en un

caso como el descrito, es decir, por Estado que no tiene fronteras comunes con el territorio en el que se ha causado el daño.

58. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice, en relación con las actividades militares, que el Grupo de Trabajo había examinado este asunto y llegó a la conclusión de que el régimen de prevención se aplica a todas las actividades, militares o no, si causan daños transfronterizos, siempre que sean enteramente admisibles en derecho internacional. Si hubiese dudas sobre su admisibilidad, se les aplicaría también. En cambio, los artículos no se aplicarían si las actividades están prohibidas; en ese caso se dispone del recurso a la responsabilidad del Estado. El Estado afectado por actividades como la explotación de fábricas de municiones o los ensayos que requieren el establecimiento de un cordón que torno a ciertas zonas por razones de seguridad tiene derecho a intervenir en la medida en que estas operaciones tengan efectos más allá de las fronteras. El Estado que realice esas operaciones tiene una obligación correspondiente para con el Estado que probablemente resulte afectado. La cuestión se aborda brevemente en el comentario pero se pueden añadir aclaraciones.

59. En cuanto a las minas de fosfatos de Nauru, el Sr. Illueca ha suscitado una cuestión importante. En Namibia se presentó una situación análoga. En el caso Namibia, la CIJ declaró en su fallo que el Estado que controla un territorio, legalmente o no, es responsable de todas las actividades desplegadas en ese territorio. Sin embargo, los artículos pueden no ser el medio adecuado para abordar el daño causado en esas circunstancias; sería quizá más adecuado hacerlo en el derecho aplicable, por ejemplo, a los territorios fideicometidos. En el caso de las minas de fosfatos de Nauru, el arreglo ofrecido por Australia fue una manera razonable de solucionar el asunto. La situación no es igual de clara en relación con otras actividades, como los ensayos nucleares. El orador acepta sin embargo sin reservas que los artículos sobre la prevención se deben aplicar cuando una parte considere que la actividad está prohibida y la otra no.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2642.ª SESIÓN

Miércoles 19 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas¹) (continuación) (A/CN.4/504, secc. D, A/CN.4/509², A/CN.4/510³)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA da las gracias al Relator Especial por haber presentado un tercer informe (A/CN.4/510) sobre la cuestión de la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas claro, conciso, sobrio y sin embargo completo. Este informe constituye una obra a la vez científica y pedagógica.
2. Obra científica por cuanto define las nociones fundamentales y el alcance del tema (en los párrafos 14 y 16 especialmente) y abre perspectivas, tanto en relación con el tema de la responsabilidad fundada en el hecho internacionalmente ilícito como en relación con el concepto de prevención y con el tratamiento futuro del régimen preciso de la reparación, de modo que ofrece una lectura general de todo el régimen que prevé la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.
3. Obra pedagógica por cuanto el Relator Especial ha sabido manipular el vínculo dialéctico entre el principio de la diligencia debida y las actividades autorizadas para revelar al lector el sentido, a la vez que el objeto, de la noción de prevención y sugerir la articulación del régimen propuesto en los proyectos de artículo.
4. La obligación de diligencia debida se reduce, según el Relator Especial, a la obligación de gestión concertada de los riesgos por los Estados interesados. Estos riesgos son los inherentes a las actividades que tienen lugar en el territorio de uno de ellos o a las actividades que pueden causar daños en el territorio de otros Estados. La norma general de prevención del riesgo de que actividades no prohibidas en derecho internacional causen daños viene a trastornar la imagen clásica de la función del territorio como fundamento material del ejercicio de la jurisdicción del Estado. La facultad de legislar se transforma en obligación de dotarse de un instrumento normativo, legislativo y administrativo adecuado y eficaz. El derecho internacional determinará en adelante el derecho interno y lo orientará y condicionará. La problemática de la relación entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional se plantea ahora en términos concretos y no teóricos como anteriormente. El vínculo que se crea entre la competencia territorial y el riesgo de que actividades no prohibidas por el derecho internacional causen daño revelan la existencia de una obligación de alcance general impuesta al Estado por el derecho internacional y de

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1998, vol. II (segunda parte), párr. 55.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

³ Ibid.

la consiguiente obligación de resarcimiento si se viola esa obligación. Por este medio, la obligación de prevenir convierte en objetiva, por así decirlo, una regla primaria que, en los informes anteriores sobre el tema, se consideraba implícita en toda actividad no prohibida por el derecho internacional. Así, la relación entre la responsabilidad de los Estados (responsibility) y la responsabilidad internacional (liability) descrita en los párrafos 25 a 30 del tercer informe existen realmente y será necesario que, en definitiva, el Relator Especial haga lo necesario para dilucidarla.

5. El orador desea destacar el alcance de esta función reconstruida y en mutación del territorio, en la perspectiva de la tendencia actual a la descentralización industrial y a la mundialización de la economía. Hace poco más de 20 años, cuando reivindicaban la transferencia de tecnología, los países del tercer mundo, víctimas de un efecto de moda, no se daban seguramente cuenta, como tampoco se dan cuenta ahora, de los efectos perversos de la tecnología venida del Norte. No se daban seguramente cuenta de que un buen día dejarían de ser simples receptores de fábricas «llaves en mano» y se transformarían en foco de riesgo, es decir, en Estados de origen o Estados interesados en el sentido del proyecto de artículos. De ahí el interés que tiene para la comunidad internacional dotarse de un instrumento normativo y conceptual comúnmente aceptado que pueda garantizar a la madeja de asociaciones actualmente de moda la seguridad de intereses entrelazados o complementarios. Tal es, a juicio del orador, todo el interés actual y futuro del proyecto de artículos relativo a la prevención de daños transfronterizos sensibles que figura en anexo al tercer informe.

6. El orador comparte la opinión del Relator Especial de que este proyecto de artículos debería adoptar más bien la forma de una convención que de una declaración.

7. Como ha subrayado el Sr. Lukashuk (2641.ª sesión), el proyecto de resolución de la Asamblea General que figura como preámbulo al proyecto de artículos peca de insustancial en sus referencias normativas y el orador hace suyas las críticas que ha formulado a este respecto. Habría en efecto que darle más consistencia y recoger normas generales del derecho internacional, principios específicos del derecho ambiental y del derecho al desarrollo y también principios nacidos del Programa 21⁴ aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

8. Sin embargo, en cuanto al fondo, este preámbulo contiene en su quinto párrafo un enunciado innovador que confiere a la construcción del proyecto de artículos una base ideológica y conceptual seria y que, al parecer del orador, es la clave de todo el sistema, tanto en su parte «prevención» como en su parte «reparación», que se elaborará más tarde. Esta segunda parte es la que los Estados esperan y el principio enunciado en este párrafo hará las veces de introducción al conjunto de disposiciones relativas a la prevención y al conjunto de disposiciones sobre

la reparación, que la Comisión deberá elaborar porque, en su defecto, el sistema quedaría incompleto. De ahí que convenga desplazar este párrafo e insertarlo en el proyecto de artículos propiamente dicho y darle una formulación mejor, digna del alcance directivo que debería conferir a todo el sistema.

9. En lo que respecta al proyecto de artículo 1, el orador es partidario de mantener en el texto la referencia explícita a las «actividades no prohibidas por el derecho internacional», expresión que debería figurar también en el título para que éste concuerde con el texto. En cuanto al objeto propiamente dicho de esta disposición, cabe preguntarse si el Relator Especial desea hablar de actividades o de daños y si se interesa en la causa o más bien en las consecuencias. El proyecto de artículos se aplica, no a las actividades, sino al riesgo de daños transfronterizos sensibles, cuya prevención es la esencia misma del tema. Subyacente a este artículo 1 está la idea del riesgo inherente (a toda actividad humana), expresión que no figura en el tercer informe. De ello se trata, sin embargo, y esta idea parece constituir el elemento desencadenante del sistema de gestión concertada preconizado entre, por un lado, el Estado de origen y, por otro, los Estados que puedan resultar afectados. Este sistema de gestión concertada está animado a su vez por la idea de la solidaridad. La relación entre el Estado de origen y los Estados que puedan resultar afectados podría invertirse de la noche a la mañana si fuese necesario desplazar una actividad de un punto a otro.

10. Esta última idea habría debido figurar en el artículo primero, que peca por exceso de abstracción. Decir sencillamente las cosas, hablando por ejemplo de actividades de tipo industrial, comercial o agrícola, habría aclarado al lector neófito sobre la cuestión de que se trata. Quizá este proyecto de artículo ganaría en interés y precisión si se enfocase así, aunque esta aclaración se podría efectuar en el comentario.

11. En lo que respecta al artículo 2, el orador propone que se redacte de nuevo el apartado a de la siguiente manera: «Se entiende por “riesgo de causar un daño transfronterizo sensible” el riesgo de que se produzca un daño sensible y previsible, independientemente de su gravedad». Esta referencia a la idea de gravedad, que debe figurar en la explicación de la expresión «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible», permite tener en cuenta la cuestión del umbral a partir del cual se apreciará el carácter sensible del daño, según se dice en el párrafo 16 del tercer informe.

12. En la versión francesa del apartado c convendría reemplazar la expresión États concernés por États intéressés, para armonizar este apartado con el f propuesto, que a su vez debería figurar inmediatamente después del apartado c.

13. El quinto párrafo del preámbulo al proyecto de resolución que precede al proyecto de artículos debería figurar a continuación del artículo 2 y se convertiría así en el artículo 2 bis, que llevaría el título «Obligación de prevenir» y el texto siguiente:

«1. La libertad de los Estados de realizar o permitir que se realicen actividades no prohibidas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control no es ilimitada.

⁴ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución 1, anexo II.

- »2. Esta libertad supone para el Estado la obligación de prevenir todo riesgo de daño sensible que tales actividades pudieran crear a los demás Estados, en particular a los que tienen fronteras comunes con él.»
14. El texto del artículo 3 no se modificaría, a reserva de las enmiendas que pudieran introducirse en su contenido. No se debería sin embargo titular «Prevención» sino «Medidas de prevención».
15. Para reparar un olvido en el artículo 6 [7] habría que insertar en el apartado a del párrafo 1 las palabras «en su territorio» inmediatamente después de las palabras «se lleven a cabo», con objeto de indicar que existe una relación entre el Estado de que se habla en la primera línea y el territorio de este Estado tal como debería figurar en el apartado a.
16. Por último, el orador estima que en la versión francesa del artículo 10 [11] la expresión *les États fixent ensemble* no es afortunada y convendría sustituirla por *les États fixent d'un commun accord*.
17. En el párrafo 2 bis de este mismo artículo 10 [11], construido como derecho sin fuerza obligatoria o «derecho blando» (*soft law*), cabe también lamentar en la versión francesa la expresión *fait en sorte* porque el Estado de origen podría fácilmente invocarla para afirmar que no tenía obligación de adoptar tal o cual medida, sino sólo de procurar tomarla. Sería mucho más directiva la formulación: *prend les mesures pratiques*.
18. El Sr. KATEKA estima que la propuesta del Sr. Pambou-Tchivounda de transferir el quinto párrafo del preámbulo al texto del proyecto de convención, donde constituiría un nuevo artículo 2 bis, relativo a la obligación de prevenir, es interesante pero tiene el inconveniente de que rompe el equilibrio del preámbulo, cuyos párrafos segundo y tercero recuerdan ciertos principios importantes, a saber, la soberanía permanente sobre los recursos naturales y el derecho al desarrollo. Si se acepta la propuesta del Sr. Pambou-Tchivounda habría que mencionar, si ello es posible, estos dos principios en el nuevo artículo 2 bis.
19. El Sr. TOMKA opina, al igual que el Sr. Kateka, que si se aprobase la propuesta del Sr. Pambou-Tchivounda se desequilibraría el preámbulo y se modificaría además la orientación de todo el texto del proyecto de convención. Hay que obrar pues con la máxima prudencia a este respecto.
20. El Sr. GOCO pregunta al Sr. Pambou-Tchivounda si, a su juicio, cuando el Estado de origen emprende una actividad y parece inevitable que ésta cause un daño, se podría ordenar una interrupción temporal de esa actividad en aplicación del artículo 19 [17].
21. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA responde al Sr. Kateka y al Sr. Tomka que se puede perfectamente conservar el quinto párrafo del preámbulo y ampliar su fondo en el texto del proyecto de convención. En cuanto a la interesantísima pregunta del Sr. Goco, no cabe ninguna duda de que el Relator Especial es quien mejor puede responder a ella y aclarar este punto a todos los miembros de la Comisión.
22. El Sr. ECONOMIDES estima que el Relator Especial ha llevado a cabo un trabajo notable en un lapso de tiempo muy breve, hasta el punto de que el proyecto de artículos que presenta se podría casi aprobar sin modificaciones en segunda lectura. Es posible sin embargo mejorar el texto.
23. En primer lugar, el orador comparte la opinión del Sr. Brownlie, el Sr. Gaja y el Sr. Simma de que sería prudente suprimir en el artículo 1 las palabras «no prohibidas por el derecho internacional», que no añaden gran cosa y pueden incluso inducir a error. Como dice el propio Relator Especial en el párrafo 28 de su tercer informe, hay pocas actividades que estén de por sí prohibidas en el derecho internacional. Si se suprimen estas palabras, el proyecto se aplicará siempre, salvo si existe una *lex specialis* que prevea otro sistema de prevención o si la aplicación del proyecto de artículos contradice una norma del *ius cogens*.
24. En segundo lugar, cabe legítimamente afirmar que hoy en día, en las relaciones transfronterizas, la regla según la cual un Estado debe abstenerse de causar un daño transfronterizo sensible a otro Estado constituye una norma consuetudinaria del derecho ambiental internacional. La práctica internacional confirma con fuerza esta regla desde hace cierto tiempo y el artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación es un ejemplo notable. El artículo 3 del proyecto de artículos corrobora pues esta regla consuetudinaria y, a ejemplo suyo, debe aplicarse a toda actividad que pueda causar un daño transfronterizo sensible y no sólo a las actividades peligrosas. El artículo 1 se podría modificar para que quede claro este punto.
25. Además, el proyecto va en contra de un principio arraigado de la solución de controversias en derecho internacional. Según el artículo 9 [10] del proyecto, puede surgir una controversia internacional a partir del momento en que el Estado de origen notifica que una actividad que se propone llevar a cabo en su territorio podría causar un daño transfronterizo sensible a otro Estado, que puede resultar afectado por esta actividad. Ahora bien, en derecho internacional, a partir del momento en que nace una controversia, las partes en la misma deben abstenerse de todo acto unilateral que pueda ampliar la controversia o dificultar su solución. Sin embargo, en lugar de tener en cuenta esta regla elemental del derecho internacional que la CIJ ha recordado en varias ocasiones, en el proyecto de artículos se autoriza al Estado de origen a que, después de la notificación, emprenda unilateralmente la actividad en cuestión aunque exista una controversia con un Estado que podría resultar afectado. Para obtener un equilibrio satisfactorio y equitativo a este respecto habría que excluir asimismo, según la expresión utilizada por el Relator Especial en el párrafo 34 de su informe, «el derecho de veto» del Estado que podría resultar afectado por la acción unilateral del Estado de origen cuando exista una controversia en cuanto a la actividad y ello hasta que la controversia se resuelva. Este equilibrio equitativo falta en la actualidad y, en su forma actual, el proyecto de artículos favorece al Estado de origen y deja hasta cierto punto sin defensa a los Estados que podrían resultar afectados.

26. Además, el párrafo 2 del artículo 19 [17] tiene graves lagunas. Habría pues que completarlo, eventualmente en el Comité de Redacción, inspirándose en las disposiciones del artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

27. El orador apoya también la propuesta del Sr. Gaja encaminada a reforzar el sistema de notificación previsto en el proyecto de artículos y la del Sr. Pambou-Tchivounda de que se inserte un nuevo artículo 2 bis relativo a la obligación de prevenir.

28. El proyecto de artículos suscita también otras observaciones, aunque de menor importancia. El apartado a del artículo 2 plantea un problema: es impreciso y convendría aclararlo o eventualmente suprimirlo. En el párrafo 1 del artículo 6 [7], la expresión «un Estado de origen» se debe sustituir por «el Estado de origen». En el párrafo 2 del artículo 9 [10] no se indica el punto de partida del plazo de seis meses previsto. En el artículo 10 [11] no se dice con precisión qué sucede si los Estados interesados no consiguen fijar de común acuerdo la duración del plazo para la celebración de las consultas. En la versión francesa del apartado c del artículo 11 [12] se ha de reemplazar la palabra *et* en la última frase por la palabra *ou*. En lo que respecta al artículo 18 [6], el orador se pregunta si no habría que mencionar expresamente las normas dictadas por las organizaciones internacionales y en particular por la Unión Europea. Por último, convendría citar en el preámbulo 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 Unidas⁵, en la que se enuncia el deber de cooperación y se abordan otras cuestiones relacionadas con el proyecto de artículos. En conclusión, el orador estima también que el proyecto de artículos debería adoptar la forma de una convención internacional.

29. El Sr. LUKASHUK opina, a diferencia del Sr. Economides, que la expresión «no prohibidas por el derecho internacional» que califica a la palabra «actividades» en el artículo 1 se debe conservar porque contribuye a definir el campo de aplicación del proyecto de artículos y evita un desbordamiento hacia el sector de la responsabilidad de los Estados. En cambio, está de acuerdo en que hay cierto desequilibrio entre los intereses de los Estados de origen y de los Estados que pueden resultar afectados y en que, tratándose de un proyecto de convención, es decir, un texto cuya ratificación por el mayor número posible de Estados se desea, convendría restablecer por razones prácticas este equilibrio.

30. El Sr. HAFNER comenta el análisis que hace el Relator Especial de las cuestiones examinadas y dice ante todo que, a diferencia del Relator Especial, no le parece que la cuestión de si es preciso conservar o no las palabras «no prohibidas por el derecho internacional» esté estrechamente vinculada con la relación entre el tema de la responsabilidad del Estado y la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Corresponde ciertamente al campo de aplicación del proyecto de ar-

tículos pero, ello aparte, si se decide que la responsabilidad internacional es la obligación para todo Estado de reparar el daño causado por un hecho no ilícito suyo, la expresión mencionada influye solamente en si el hecho de que las actividades en cuestión estén prohibidas condiciona la aplicabilidad de los artículos. En caso de inobservancia de sus disposiciones, la responsabilidad existirá necesariamente.

31. El Relator Especial examina luego en los párrafos 17 a 20 de su informe la relación entre la prevención y la responsabilidad internacional y el orador no entiende bien por qué menciona a este respecto el problema del deber de diligencia. Como ha explicado el Sr. Simma (2641.^a sesión), hay que partir de la hipótesis de que una violación de la obligación de prevenir acarrea la responsabilidad (responsibility) del Estado. En este contexto, se puede mencionar el deber de diligencia y el orador comparte la opinión que se da a este respecto en el informe en la medida en que expresa cierto grado de respeto de las normas del derecho internacional. Es sólo un aspecto de la cuestión de la responsabilidad del Estado, como ha subrayado el Sr. Brownlie (*ibid.*), y no es asimilable a esta responsabilidad propiamente dicha. Sin embargo, queda por saber si esta obligación de prudencia tiene un carácter relativo o absoluto. Es ciertamente relativa en la medida en que depende de la peligrosidad de la actividad en cuestión; sin embargo, hacerla depender del nivel de desarrollo económico del Estado interesado plantea ya ciertos problemas. Es cierto que en la Declaración de Río⁶ y en otros instrumentos internacionales se habla de obligaciones relativas en materia de derecho ambiental pero ¿quién puede decidir cuándo un Estado no está en condiciones de establecer y mantener un aparato administrativo adecuado? El problema consiste en saber precisamente en qué momento nace la responsabilidad. ¿Por qué no sería pues posible aducir que un Estado pequeño tiene menos obligaciones que un Estado poderoso si se comparan sus presupuestos? ¿Sería posible decir que un Estado con déficit presupuestario tiene menos obligaciones que un Estado cuyo presupuesto presenta un superávit? ¿Significa ello también que un Estado en desarrollo afectado podrá hacer valer menos derechos si el Estado de origen tiene un nivel de desarrollo comparable al suyo que si se trata de un Estado industrializado? Sin negar las necesidades de los países en desarrollo en materia de derecho ambiental, no hay que olvidar que no se trata en este caso de relaciones conflictivas Norte-Sur y que esta clase de conflicto será la excepción. Cabe preguntarse pues si es juicioso efectuar en este caso una referencia a los diferentes niveles de desarrollo.

32. En el apartado d del párrafo 20 del informe se dice, en relación con el deber de diligencia, que el Estado de origen tendría que asumir la carga de la prueba en mayor medida. El orador desearía saber qué se entiende por «en mayor medida». ¿Acaso se puede invertir la carga de la prueba?

33. En el párrafo 22 de su informe, el Relator Especial se refiere al desarrollo sostenible, al fortalecimiento de la capacidad y a los mecanismos de financiación internacionales. Ello remite una vez más al carácter relativo de la

⁵ Véase 2617.^a sesión, nota 19.

⁶ Véase 2641.^a sesión, nota 9.

responsabilidad, pero la continuación del párrafo parece introducir una incoherencia: por una parte se evocan estas responsabilidades diferenciadas y por otra se indica que esta diferencia no puede exonerar al Estado de la obligación de prevenir. ¿En qué medida esta responsabilidad diferenciada reduce entonces la obligación de prevenir? La tradición jurídica clásica exige límites precisos. Volviendo sobre las diferencias en el nivel de desarrollo, el orador pregunta cómo puede influir la cuestión del fortalecimiento de la capacidad y de los mecanismos internacionales de financiación en las relaciones entre Estados con el mismo nivel de desarrollo o con niveles de desarrollo comparables. No se trata aquí de las relaciones entre un Estado y la comunidad de los Estados, en cuyo caso estos principios podrían aplicarse puesto que esta comunidad comprende necesariamente Estados con niveles de desarrollo diferentes. Cabe imaginar que los Estados no contribuirán a la financiación prevista si no corren el riesgo de resultar afectados. El orador no entiende pues por qué el Relator Especial da tanta importancia a estas cuestiones. Afortunadamente, la posición del proyecto de artículos a este respecto es más equilibrada.

34. En cuanto al proyecto de artículos propiamente dicho, el orador sólo desea proponer algunas pequeñas modificaciones porque estima que es demasiado tarde para introducir modificaciones importantes como la propuesta por el Sr. Pambou Tchivounda.

35. Como dijo en el período de sesiones precedente, el orador es partidario de que se supriman las palabras «no prohibidas por el derecho internacional». Cabría preguntarse si la inobservancia de las disposiciones del proyecto de artículos hace que la actividad sea ilícita o si la actividad sólo será lícita si se respetan esas disposiciones. Está perfectamente claro que si una actividad se emprende en violación de los artículos relativos a la prevención, existe responsabilidad (responsibility) del Estado de manera que la realización de la actividad se podría calificar de ilícita, no directamente porque desde el punto de vista del derecho la actividad fuese intrínsecamente ilícita, sino porque se incumplen las disposiciones en cuestión. Para evitar discusiones a este respecto, el Relator Especial propone acertadamente que se suprima la expresión «no prohibidas por el derecho internacional», como desea cierto número de Estados. Además, no es nada seguro que tal supresión exija la revisión de otros artículos, en particular el artículo 6 [7]. Esta disposición no da derecho a la autorización a ninguna empresa y el Estado no está, pues, obligado a autorizar una actividad prohibida. El único efecto del artículo 6 [7] es subordinar el comienzo de la actividad a la autorización, pero no limita el derecho del Estado a rehusar dicha autorización. Este derecho sigue siendo un derecho discrecional del Estado y la única consecuencia de que se rechuze la autorización es que la actividad no puede comenzar.

36. Se ha dicho que un Estado nunca informará a otro Estado sobre las actividades que proyecta si éstas están prohibidas. A juicio del orador, los Estados estimarán más bien que una actividad es lícita de modo que la obligación de informar existirá. Al igual que el Relator Especial, el orador opina que la Comisión sólo debe ocuparse de la prevención y no de cuestiones conexas, como saber si una actividad está o no prohibida. Este criterio está plenamente conforme con el adoptado por la

Comisión en otras esferas. Además, los instrumentos internacionales comparables como, por ejemplo, el Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, no versan sobre las actividades no prohibidas por el derecho internacional sino sobre las actividades en proyecto solamente. Por último, si se conserva la expresión mencionada, habrá siempre que demostrar que la actividad es lícita para pronunciarse sobre la aplicabilidad del proyecto de artículos, lo que restaría eficacia al futuro instrumento.

37. La Comisión ha excluido deliberadamente del proyecto de artículos toda mención del patrimonio natural de la humanidad y otras cuestiones comparables. Sería juicioso, como ha propuesto el Sr. Gaja, que estas cuestiones se mencionen en el preámbulo para indicar claramente qué intenciones tiene la Comisión. El Sr. Gaja ha criticado también el artículo 9 [10], según el cual sólo es obligatorio notificar la actividad si parece existir un riesgo efectivo. Para responder a esta preocupación cabría decir, por ejemplo, «indica que no puede razonablemente excluirse el riesgo» o «indica la posibilidad de un riesgo...».

38. En lo que respecta al principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, cuya inclusión se ha propuesto, el orador concuerda con el Sr. Brownlie en que va implícito en el artículo 18 [6].

39. El orador duda de que la mención de los órganos mixtos de control sea bien acogida, porque se correría el riesgo de ver en ella una contribución a la proliferación de los organismos internacionales y a la burocracia internacional, así como una fuente de gastos. Conviene, sin embargo, conservar la idea, pero quizá fuese preferible exponerla en el comentario. El orador no puede por menos de apoyar la idea, avanzada por el Sr. Lukashuk y el Sr. Simma, de que se mencionen en el preámbulo los demás instrumentos pertinentes que han citado.

40. El orador se pregunta si, en el artículo 5, la adición de las palabras «de que se trate» se justifica. Según la definición que figura en el apartado f del artículo 2, ello significaría que la obligación de tomar medidas legislativas, administrativas y de otra clase sólo nace si la actividad está por lo menos ya planificada, pero en ese caso sería ciertamente demasiado tarde para tomar medidas legislativas. Dichas palabras se deben, pues, suprimir.

41. El orador llama la atención sobre la nota bene que figura al final del informe y que contiene observaciones interesantes, aunque su naturaleza no está clara. Los miembros de la Comisión saben, y los Estados han destacado, que existe una relación sumamente delicada entre el artículo 3, por un lado, y los artículos 11 [12] y 12 [13], por otro. La analogía con el artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación induce sin embargo a error, porque existe una importante diferencia entre la economía del proyecto de artículos examinado y la del artículo 7 citado. En efecto, en este último los diversos factores sólo se equilibran si se han tomado las medidas de prevención necesarias y se ha producido sin embargo un daño, mientras que en el proyecto de artículos examinado se procede a equilibrar los factores para las medidas de prevención en su conjunto. Parece, sin

embargo, que los Estados estarían dispuestos a aceptar esta idea.

42. La relación entre el artículo 3 y los artículos 11 [12] y 12 [13] plantea otra cuestión: si, después de haber negociado con el Estado que podría resultar afectado, el Estado de origen sólo está obligado a aplicar medidas de prevención menos rigurosas que las que se impondrían en otras circunstancias, cabe preguntarse si el Estado que podría resultar afectado no está renunciando a invocar la responsabilidad del otro Estado en caso de que se produzca un daño que se habría podido evitar con medidas de prevención más rigurosas. La respuesta a esta pregunta, cualquiera que sea, pone claramente de manifiesto ciertas consecuencias particulares de la relación especial que existe entre los tres artículos citados y arroja dudas sobre la oportunidad de la última frase de la nota bene. El orador se pregunta si la solución no consistiría en inspirarse en el Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, que lleva una nota en virtud de la cual sus disposiciones se aplicarán sin perjuicio de las cuestiones de responsabilidad (responsibility).

43. Además, el orador apoya la idea del Sr. Pellet de que se haga referencia —ya sea en el preámbulo, ya sea en el cuerpo del proyecto de artículos— al principio de precaución, que desempeña una función cada vez más importante en derecho ambiental.

44. En cuanto a la observación del Sr. Economides sobre el artículo 18 [6], si se interpretan en un sentido amplio las palabras «de conformidad con los tratados», esta disposición parece abarcar las normas dictadas por las organizaciones internacionales, en particular la Unión Europea, y no es necesario por lo tanto modificarla.

45. En conclusión, el orador dice que el proyecto de artículos se puede remitir al Comité de Redacción o, si el Relator Especial lo desea, a un grupo de trabajo.

46. El Sr. MOMTAZ felicita al Relator Especial por haber reanimado un tema moribundo y un tanto olvidado. Los 19 artículos que propone, una vez aprobados como convención marco, ofrecerán una orientación incontestable a los Estados que afrontan las consecuencias nefastas de la contaminación transfronteriza.

47. El orador se refiere ante todo al preámbulo y hace suyas las observaciones formuladas por el Sr. Lukashuk y reiteradas por el Sr. Gaja a propósito de los instrumentos citados en el proyecto que forman parte del derecho que se ha convenido en llamar «blando». En efecto, los considerandos del preámbulo no se refieren al derecho positivo y valdría más decirlo expresa y claramente. Sin embargo, si se menciona la Declaración de Río, que se puede considerar como derecho positivo puesto que su principio 2, corroborado además por el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)⁷, expresa, según la opinión consultiva de la CIJ en el asunto Licéite de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la convicción común de los Estados interesados y forma ahora parte del cuerpo de normas de derecho inter-

nacional ambiental. Es pues realmente derecho positivo y sería enteramente oportuno mencionarlo en el preámbulo. También habría que referirse al Programa 21, como ha sugerido el Sr. Pambou Tchivounda.

48. La CIJ ha hablado también del respeto del medio ambiente de las zonas que no dependen de ninguna jurisdicción nacional. Es una idea en la que valdría la pena detenerse, aunque se haya decidido no abordarla en esta fase. En efecto, es todavía difícil saber con certidumbre en qué medida las actividades del hombre causan en la atmósfera daños sensibles para la salud humana. Por ejemplo, el calentamiento general de la Tierra por el efecto invernadero obedece quizá a variaciones climáticas que sólo son transitorias. Como quiera que sea, el peligro es grave y fundamental. Se trata de un sector distinto del que aborda generalmente el derecho. Un daño en potencia, pero que se presenta como una amenaza indudable. Por esta razón sería grato que se incluyera en el preámbulo una referencia a esta cuestión que preocupa a la comunidad internacional. Habría también que recordar a este respecto ese derecho fundamental que constituye el derecho a un medio ambiente limpio y salubre.

49. El orador observa que en la última línea del preámbulo se habla de las «organizaciones de integración económica regional», mientras que en los artículos 4 y 16 se trata de «organizaciones internacionales competentes». Habría que atenerse a esta última expresión.

50. Refiriéndose seguidamente al proyecto de artículos y empezando por el artículo 1, el orador dice que más valdría, como ha aconsejado el Sr. Gaja, suprimir la calificación de «no prohibidas por el derecho internacional» que se aplica a las actividades que podrían causar daños. El Relator Especial mencionó a este respecto los experimentos nucleares (2641.ª sesión), que por otra parte consideró prohibidos por el derecho internacional. La cuestión sigue siendo muy controvertida, pese a la reciente opinión consultiva de la CIJ, pero la supresión prevista tendría la ventaja de permitir que la futura convención abarcara los experimentos nucleares, actividades sin duda alguna que pueden presentar riesgos y causar en su caso daños transfronterizos sensibles.

51. En la tercera línea del artículo 5 habría que añadir después de las palabras «mecanismos de vigilancia» las palabras «y de seguimiento», porque no sólo habría que vigilar sino también seguir la aplicación de las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que los Estados adopten.

52. En el artículo 7 [8] cabe preguntarse si el término «evaluación de los efectos» es el que conviene utilizar, puesto que la noción de estudio de los efectos está bien establecida ya en derecho ambiental internacional.

53. Los artículos 8 [9] y 9 [10] plantean un problema de ubicación: en efecto, los Estados que podrían resultar afectados merecen tener un conocimiento prioritario del riesgo de daños transfronterizos y sólo después deberán los Estados interesados informar al público de los riesgos que corre. Habría pues que invertir el orden de estas dos disposiciones.

54. El artículo 11 [12] tiene una importancia capital. Se observa, sin embargo, que, entre los factores que se han de tomar en consideración para lograr el equilibrio equi-

⁷ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

tativo de intereses de los Estados en cuestión, se omite la importancia de la actividad económica de que se trate para la economía del Estado de origen. Valdría la pena examinar más a fondo este asunto.

55. En el artículo 15 [16] no se insiste suficientemente en el hecho de que los ciudadanos de los Estados que podrían resultar afectados por un daño transfronterizo sensible tienen la facultad de recurrir a las instancias jurisdiccionales del Estado de origen. Sería juicioso armonizar este artículo con la disposición de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en la que se prevé este acceso a los tribunales del Estado de origen.

56. Convendría, por último, que el artículo 19 [17], relativo a la solución de controversias, fuese más detallado. Cabría inspirarse a este respecto en la Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales⁸, que contiene en efecto toda una serie de fórmulas pertinentes. Se observará además que no se hace distinción alguna entre las comisiones de determinación de los hechos y las comisiones de conciliación y que se da pues a las primeras la facultad de solucionar las controversias, transformándose si es necesario en comisión de conciliación. Esta fórmula podría revelarse útil en el contexto del tema examinado.

57. El Sr. HE estima que el proyecto de texto que la Comisión tiene ante sí consigue equilibrar los intereses del Estado de origen del daño transfronterizo y de los Estados que podrían resultar afectados. Sin embargo, hay algunas cuestiones importantes suscitadas en el informe que merecen comentario.

58. En primer lugar, el orador recuerda que la cuestión de la responsabilidad y la cuestión de la prevención se consideran en general dos problemáticas diferentes que requieren un trato distinto. El Grupo de Trabajo establecido por la CDI en su 48.º período de sesiones examinó ambas al mismo tiempo, pero los miembros de la Sexta Comisión le reprocharon que pusiese así en peligro el concepto fundamental de un régimen de responsabilidad internacional. Se indicó que el ejercicio del control jurisdiccional y de la soberanía sobre un territorio determinado no acarrea de por sí la responsabilidad internacional del Estado y que la consideración decisiva era el control ejercido sobre la actividad que se llevaba a cabo en el territorio en cuestión. La responsabilidad del daño transfronterizo se deberá, pues, atribuir a quien realice la actividad y no al Estado. Se aconsejó, pues, a la Comisión que enfocase el proyecto de artículos desde el punto de vista de un régimen de protección del medio ambiente, más bien que desde el punto de vista de un régimen de responsabilidad internacional. De ahí que la Comisión decidiese prescindir del problema de la responsabilidad hasta que hubiese concluido la segunda lectura de los artículos relativos a la prevención. Teniendo en cuenta la naturaleza del tema y las consideraciones descritas en los párrafos 31 a 34 del informe, el orador estima que es prudente suprimir el miembro de frase «no prohibidas por el derecho internacional» en el artículo 1.

⁸ Resolución 46/59 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991, anexo.

59. En lo que respecta luego a la obligación de diligencia, el Relator Especial ha enumerado en el párrafo 20 del informe los elementos que la componen e indicado en el apartado b que el grado de atención necesario debe ser proporcional al grado de peligrosidad de la actividad de que se trate. Las obligaciones procedimentales (autorización previa, estudio de los efectos ambientales y medidas de precaución) deberían ser, pues, más importantes y rigurosas si las actividades tienen una peligrosidad especial. Por otra parte, la severidad del deber de diligencia debe depender de la capacidad del Estado y de su nivel de desarrollo económico y este factor ha de figurar pues entre los que determinan la importancia del deber de diligencia de tal o cual Estado. Ello correspondería al principio 11 de la Declaración de Río, del que se desprende que la aplicación del principio de prevención y de la obligación de diligencia debida no se debe efectuar aisladamente o sin tener en cuenta el contexto más amplio del desarrollo sostenible y otras consideraciones relacionadas con las necesidades y las prácticas de los países en desarrollo y de los países en transición. Como no hay ninguna disposición del proyecto en la que se tenga en cuenta la situación especial de los países en desarrollo, el orador propone que en el comentario se haga hincapié en todos estos puntos.

60. Refiriéndose en tercer lugar al artículo 3 y luego a los artículos 4, 10 [11] y 11 [12] y al temor expresado de que todas estas disposiciones conduzcan a diluir la obligación de diligencia en el deber de prevención, el orador señala que lo que conviene destacar es que el equilibrio de intereses obtenido mediante la consulta y la cooperación no podrá exonerar al Estado de su obligación. Al contrario, el equilibrio de intereses sólo puede producir un régimen que permita a los Estados cumplir el deber de prevención de un modo más satisfactorio.

61. Por último, el orador hace suya la idea expresada por el Relator Especial y por otros miembros de la Comisión de que el proyecto de artículos debe adoptar la forma de una convención.

62. El Sr. TOMKA indica que el enfoque adoptado por el Relator Especial en su tercer informe es un tanto desacostumbrado, puesto que no examina los artículos uno a uno sino que procede a una exposición general en la que pone de manifiesto cierto número de cuestiones. Observa además que sólo han enviado observaciones por escrito cinco gobiernos, es decir, lo que supone menos del 3 % de los Estados Miembros de las Naciones Unidas.

63. En cuanto al proyecto de artículos propiamente dicho, el Relator Especial recomienda en el párrafo 36 de su informe que sea aprobado como convención marco, mientras que en el título del proyecto sólo se habla de una «convención». El orador supone que la adición de la palabra «marco» no significa que se trate de un instrumento menos obligatorio, ni que tenga por objeto incitar a los Estados a aceptar más fácilmente el texto, sino solamente que se habrán de negociar ulteriormente otros instrumentos, entre los Estados Partes o en el seno de la comunidad internacional de las Naciones Unidas.

64. En lo que respecta al preámbulo, el Relator Especial propone en realidad dos grupos de elementos. El primer grupo, que constituirá el preámbulo, es decir, la referencia a los instrumentos pertinentes existentes, de-

bería figurar después del título e ir precedido de la fórmula «los Estados Partes» y no «la Asamblea General». El otro grupo de elementos, en particular los tres últimos propuestos, se debería pura y simplemente suprimir porque no incumbe a la Comisión elaborar proyectos de resolución de la Asamblea General.

65. En cuanto a los artículos propiamente dichos, el Sr. Tomka no está enteramente convencido por los argumentos que se han alegado en favor de la supresión de la expresión «actividades no prohibidas por el derecho internacional» en el artículo 1, aunque es cierto que hay pocas actividades estrictamente prohibidas en derecho internacional. De todos modos, es poco probable que los Estados apliquen el proyecto de artículos a actividades manifiestamente prohibidas e incluso, si surgiesen algunas dudas en cuanto a si ciertas actividades están prohibidas o no, por ejemplo los ensayos nucleares, no cabe esperar que los Estados que estiman que tales actividades no están prohibidas y pueden pues en el futuro efectuar ensayos de esta clase se adhieran a la convención prevista, si su adhesión se puede interpretar en el sentido de que la convención debería aplicarse también a ese tipo de actividad.

66. El orador somete además al Comité de Redacción y al Relator Especial, para que ambos reflexionen al respecto, la observación formulada por el Reino Unido a propósito del artículo 1 que se reproduce en el informe del Secretario General que contiene los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/509), y se pregunta, en particular, si es preferible mantener la palabra «actividad» en plural o dejarla, como en el artículo 17, en singular. En lo que respecta al artículo 3, el orador observa que la sugerencia de los Países Bajos no ha recibido respuesta alguna en el tercer informe y propone pues que se mencione por lo menos esa sugerencia en el comentario del proyecto de artículo.

67. El orador hace suya la propuesta de suprimir en el artículo 5 las palabras «de que se trate» que juzga inútiles, tanto más cuanto que puede ser demasiado tarde para tomar el tipo de medidas a que se refiere este artículo cuando existe ya un riesgo de daño transfronterizo sensible. Por último, a propósito de la nota bene y para responder a la observación formulada por el Reino Unido en sus observaciones generales incluidas en el informe del Secretario General, el orador expone su opinión de que este aspecto se debería abordar en definitiva en el comentario de los artículos o en el informe de la Comisión, pero no al final del texto del proyecto de convención.

68. El Sr. BAENA SOARES ve con satisfacción que la tarea de la Comisión en relación con el tema examinado concluye en un espíritu de cooperación y un esfuerzo de armonización de opiniones a veces contradictorias, gracias en particular a la sabiduría del Relator Especial que, además, se interesa constantemente en los aspectos y las consecuencias prácticas del texto que propone. El preámbulo que el Relator Especial ha incluido en el anexo de su tercer informe es oportuno y tiene una importancia intrínseca. El orador aprueba el texto que se propone, pero aprueba al mismo tiempo también la propuesta de que, sin perjuicio de su estructura, se mencionen en él las convenciones vigentes en materia de desarrollo y medio ambiente, lo que contribuiría a que se tomasen en consideración equilibradamente estos dos aspectos.

69. En el párrafo 34 de su informe, el Relator Especial subraya ante todo que en el proyecto de artículos no se otorga el derecho de veto a los Estados que pudieran resultar afectados por las actividades peligrosas de otros Estados. Este derecho no existe. El objetivo perseguido es más bien garantizar la cooperación, de modo que los Estados interesados participen en la concepción y la aplicación de un sistema de gestión del riesgo en la forma y con los mecanismos que ellos mismos decidan adoptar, lo que parece razonable. A propósito de la posibilidad prevista en el párrafo 35 del informe de suprimir la expresión «actividades no prohibidas por el derecho internacional» en el artículo 1 del proyecto, los argumentos en favor de esta supresión no han convencido al orador, que preferiría conservar el texto actual. Es favorable en cambio a la recomendación que formula el Relator Especial en el párrafo 36 de que el proyecto de artículo se adopte en forma de convención marco.

70. Las modificaciones introducidas en el texto de algunos artículos, encaminadas por lo general a mejorarlos, han sido objeto de deliberaciones en el Grupo de Trabajo, deliberaciones en las que tuvo ocasión de participar el orador, o son resultado de los comentarios de los gobiernos. Sin embargo, el orador agradecería al Relator Especial que tratase de redactar con más claridad y precisión el apartado a del artículo 2. El artículo 14 [15] puede por su parte causar cierta preocupación, en la medida en que las tres categorías previstas ofrecen una gran latitud de decisión al Estado de origen para no transmitir los datos e informaciones que se califican de «vitales» para la «seguridad nacional» o para la «protección de secretos industriales o la propiedad intelectual». Es este un amplio terreno de excepción, ligeramente atenuado sin embargo por la exigencia de colaboración de buena fe del Estado de origen con los demás Estados de que se trate. El orador no tiene el propósito de abrir de nuevo el debate, pero subraya que la aplicación de este artículo requerirá una atención y una prudencia especiales. En conclusión, aprueba la transmisión del proyecto de artículos al Comité de Redacción.

71. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO desea subrayar ante todo la importancia de la distinción entre la prevención y la responsabilidad, distinción muy útil y que permite tratar como se merece el tema de la prevención y obtener así el proyecto de artículos que se presenta en segunda lectura, sin perder sin embargo de vista el objetivo principal del mandato de la Comisión, a saber, la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

72. En lo que respecta al preámbulo, la mención de principios fundamentales, como la soberanía permanente sobre los recursos naturales, el derecho al desarrollo, la Declaración de Río y la reiteración de los límites que tiene la libertad de los Estados de realizar o permitir actividades en su territorio o en otros lugares que se hallen bajo su jurisdicción, es pertinente y sería incluso útil mencionar expresamente ciertos instrumentos jurídicos, es decir, el derecho ambiental positivo, que son objeto de aceptación universal. El orador aprueba asimismo la idea de que se añada una referencia al Programa 21 o por lo menos a algunos de los principios inscritos en ese documento. En particular, la mención del derecho al desarrollo, es decir, la referencia al texto aprobado por la

Asamblea General en forma de resolución, es fundamental porque permite conservar una estrecha relación con el equilibrio necesario, que conviene mantener entre el artículo 3, relativo a la obligación de prevención, y los nuevos artículos 10 [11] y 11 [12], relativos, sobre todo el último, al equilibrio de intereses. Como dice el Relator Especial en el párrafo 22 de su informe, el principio de la prevención y la obligación de diligencia debida están en general relacionados con las cuestiones atinentes al desarrollo sostenible, al fortalecimiento de la capacidad y a los mecanismos internacionales de financiación.

73. El orador opina que el texto debe reflejar la estrecha relación que existe entre la obligación de prevenir, cuyos elementos presenta en modo detallado y muy completo el Relator Especial en el párrafo 20 de su informe, y el nivel de desarrollo económico, aunque de ningún modo se ha de llegar a la conclusión de que ello se podría traducir en una cláusula de exoneración de responsabilidad. A veces es difícil establecer el nivel de desarrollo, pero ésta es una noción útil que conviene aplicar en el contexto del proyecto de artículos.

74. Es además importante establecer claramente que el proyecto de artículos se refiere a las actividades que entrañan un riesgo y que pueden causar un daño transfronterizo sensible, en cuyo caso la responsabilidad reside en la gestión del simple riesgo de daño transfronterizo que pueden crear las actividades peligrosas. Tratándose en cambio del daño causado por actos contrarios al derecho internacional, es decir, por actos internacionalmente ilícitos, el régimen aplicable es el de la responsabilidad del Estado. A este respecto, la posibilidad que se prevé de suprimir en el artículo 1 las palabras «actividades no prohibidas por el derecho internacional» inquieta al orador, porque ahí está precisamente la delimitación necesaria entre las dos categorías de actividades, que producen dos regímenes diferentes de responsabilidad. El Relator Especial justifica la presencia de esta expresión en el párrafo 31 del informe, propone luego su supresión en el párrafo 35 y el término permanece finalmente en el proyecto de artículo 1. El orador es partidario de que se mantenga esta expresión para delimitar claramente la responsabilidad internacional, a la que corresponde el tema examinado, y estima que conviene abordar esta cuestión con la máxima prudencia.

75. El orador acepta en general las modificaciones del texto del proyecto de artículos que el Relator Especial propone a la Comisión y que se basan en los comentarios de los gobiernos. A su juicio, el proyecto de artículos podría efectivamente adoptar la forma de una convención marco en el sentido que se da a esta expresión en derecho internacional. En el artículo 2, la adición del apartado f, en el que se define la expresión «Estados de que se trate», le parece especialmente útil. En cambio, la mención de la propiedad intelectual en el artículo 14 [15] puede influir en el intercambio de información, así como en el objetivo consistente en prevenir y reducir al mínimo los daños. Por último, en relación con el artículo 19 [17], el orador destaca que, como el proyecto en su conjunto tiene por objeto establecer un sistema de prevención para evitar las controversias, el artículo 19 [17] no es la única disposición relativa a la solución de las eventuales controversias sino que se le ha de concebir como uno de los elementos de un sistema general de solución de controversias.

Estima pues que el Comité de Redacción podría mejorar el proyecto de artículo, inspirándose en el artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y agregando en particular al párrafo 1 la idea de negociación directa, no sólo sobre la interpretación y la aplicación del proyecto de artículos, sino también sobre la prevención y la reducción al mínimo del riesgo.

76. El Sr. ELARABY concuerda ante todo en la necesidad de una convención, que se impone tanto más cuanto que existe ya un importante volumen de «derecho blando» a este respecto.

77. Convendría ampliar el alcance del proyecto de artículos mediante la supresión, que se ha propuesto, de la expresión «actividades no prohibidas por el derecho internacional» en el artículo 1. Esta ampliación correspondería además a los objetivos generales perseguidos en el preámbulo y estaría conforme con la observación descrita en el párrafo 16 del segundo informe del Relator Especial⁹, en el que se decía que a juicio de China, Cuba, Egipto y la India el concepto de prevención propuesto por la Comisión no lo dejaba suficientemente comprendido en el ámbito más amplio del desarrollo sostenible.

78. El orador indica a continuación que, aunque los informes segundo y tercero se centran en la diligencia debida, falta en el proyecto un artículo que verse específicamente sobre esta noción. En su opinión, este concepto se podría abordar, o incluso definir, en el proyecto de artículo 3.

79. El proyecto de artículo 19 [17] trata del procedimiento de solución de controversias y el orador observa que los dos párrafos que constituyen este artículo carecen de sustancia. En el párrafo 1 se recoge de manera trunca el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, al que se añade sin embargo la expresión «prontamente»; el párrafo 2 es un poco más denso, pero la parte en que se prevé que el informe de la Comisión de determinación de los hechos será examinado de buena fe por las Partes no corresponde a lo que se puede justamente esperar de una convención. El orador sería pues partidario de que se redactasen de nuevo esto dos párrafos, de que se los invirtiese o incluso de que se previese, como último recurso, un mecanismo de solución judicial de un tipo u otro. En el ámbito de esta solución judicial, e incluso en la solución de controversias en su conjunto, cabría prever la posibilidad de requerimientos o medidas provisionales.

80. Por último, el orador opina también que en el apartado b del artículo 2 se debería mencionar el patrimonio natural de la humanidad y recoger así la noción de zonas que no dependen de ninguna jurisdicción nacional a que se refería la CIJ en su opinión consultiva relativa al asunto *Licéite de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

⁹ Véase 2641.ª sesión, nota 6.

2643.^a SESIÓN

Jueves 20 de julio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)¹ (conclusión) (A/CN.4/504, secc. D, A/CN.4/509², A/CN.4/510³)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El Sr. GALICKI dice que la Comisión ha llegado a la última etapa de su examen de este tema. Se ha hecho la valiente propuesta de que se apruebe el proyecto de artículos incluido en el anexo del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/510) como convención marco sobre la prevención de daños transfronterizos sensibles, lo cual parece estar plenamente justificado porque los artículos están bien elaborados y cuidadosamente equilibrados y abarcan todos los aspectos de la prevención. Una ventaja del proyecto es la precisión de su ámbito, que tiene en cuenta dos factores importantes: la separación de la prevención del tema general de la responsabilidad y el reconocimiento de la dualidad de regímenes con respecto a la responsabilidad y la obligación de resarcir. Debido a ello, los artículos se orientan principalmente a la gestión del riesgo, como parte de la prevención de un daño transfronterizo sensible. Parece que es la elección más acertada. También se observa claramente la intención de evitar conceptos imprecisos en las definiciones de los términos empleados, especialmente «daño transfronterizo» y la frase «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible», así como las distintas categorías de Estados que intervienen en los procedimientos de prevención. La precisión de las definiciones ha permitido elaborar normas igualmente precisas.

2. Parece que el principal problema que se plantea en relación con el alcance del proyecto de convención propuesto es si debe mantenerse la referencia a las «activi-

dades no prohibidas por el derecho internacional» en un régimen que distingue la obligación de prevención del concepto más amplio de responsabilidad internacional. Hay división de opiniones en la Comisión. El orador dice que es partidario de que se mantenga la frase que figura en el artículo 1, por varias razones. En primer lugar, porque figura en el título del proyecto y, aunque es consciente de las diferencias existentes entre las normas que rigen el deber de prevención y las relativas a la cuestión de la responsabilidad internacional en su conjunto, cree que debe haber algún tipo de nexo entre ambos sistemas. Parece que la frase que se examina proporciona ese nexo. En segundo lugar, como se señala acertadamente en el párrafo 31 del tercer informe, el empleo de la frase libera a toda posible víctima de la necesidad de demostrar que la pérdida fue ocasionada por un comportamiento ilícito o ilegal. Por último, la referencia a «las actividades no prohibidas por el derecho internacional» representa una importante línea divisoria entre el tema de la responsabilidad de los Estados y el de la responsabilidad internacional, del cual el principio de la prevención es un subtema.

3. Las convenciones internacionales que regulan diversos tipos de actividades denominadas sumamente peligrosas, como las actividades espaciales, parecen confirmar la dualidad de regímenes para la responsabilidad y la obligación de resarcir. De manera bastante excepcional cabría considerar que el proyecto de artículos establece un vínculo entre ciertos aspectos de la responsabilidad internacional y algunos aspectos de la obligación internacional de resarcir. En el párrafo 2 del artículo VI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales se dispone que no se concederá exención alguna «en los casos en que los daños sean resultado de actividades desarrolladas por un Estado de lanzamiento en las que no se respete el derecho internacional». Sin embargo, esa conjunción de responsabilidad internacional y obligación de resarcir es excepcional porque se refiere a la última etapa de la aplicación de las normas que rigen la responsabilidad internacional. En ese contexto puede justificarse la conducta que no «respeta el derecho internacional» como elemento que agrava la responsabilidad.

4. Por otra parte, resultaría anómalo todo intento de hacer extensiva la obligación de prevención a las actividades prohibidas por el derecho internacional. Esa obligación, que se deriva del proyecto de artículos, es previa a la actividad. Sería muy poco realista exigir a un Estado que tiene la intención de cometer un hecho internacionalmente ilícito que cumpla por anticipado todas las obligaciones de prevención previstas en los artículos. Por consiguiente, parece que el hecho de limitar la aplicación de los artículos a las actividades no prohibidas por el derecho internacional en realidad representa una ventaja, ya que será más fácil su aplicación futura y se evitará la delicada cuestión de la responsabilidad.

5. Asimismo, convendrá evitar la tentación de incluir un número excesivo de nuevas disposiciones relativas a asuntos adicionales que pudiera poner en peligro el equilibrio y las proporciones actuales tanto de la forma como del contenido de los artículos. Una razón más para adoptar una actitud realista es que la Comisión desarrolla su labor en el terreno inestable del desarrollo progresivo y

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1998, vol. II (segunda parte), párr. 55.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

no conforme a criterios de normas consuetudinarias firmemente establecidas, tal vez ya codificables. Será mucho más útil que los Estados dispongan de artículos concisos pero precisos y eficaces, de acuerdo con el principio de que «mejor poco y bueno que mucho y malo».

6. Cabe decir lo mismo del preámbulo, en el que, por supuesto, podría hacerse una referencia casi interminable a tratados y documentos. Sin embargo, el criterio adoptado por el Relator Especial permite conocer con suficiente precisión los orígenes más importantes de los artículos. Antes de su aprobación definitiva tal vez convenga examinar la posibilidad de indicar en el preámbulo algunos de los principios jurídicos más importantes en los que se basa el proyecto. Otros miembros ya han sugerido algunos de esos principios, como los de diligencia debida y desarrollo sostenible.

7. Como miembro del Grupo de Trabajo, está convencido de que los artículos, si bien considerablemente limitados, pueden servir de base para una elaboración ulterior en la esfera tanto del derecho ambiental como del derecho sobre la responsabilidad internacional en general. Espera que la CDI termine sus trabajos en el actual período de sesiones, a fin de que el proyecto pueda presentarse a la Sexta Comisión en el quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General.

8. El Sr. BROWNLIE dice que, por una vez, está en desacuerdo con el Sr. Galicki. Algunos miembros de la Comisión hacen declaraciones en apoyo de los artículos, pero a continuación quieren ampliar su ámbito a otras esferas del derecho internacional. El aspecto más valioso de los artículos es que abren nuevos caminos: no se refieren a la responsabilidad de los Estados o a la obligación de resarcir —cualquiera que sea su significado— ni tampoco son disposiciones jurídicas que carezcan de fuerza obligatoria. Funcionalmente son unas normas especiales relativas a un conjunto determinado de problemas, a saber, la gestión del riesgo. Por lo tanto, carece de utilidad establecer un paralelo con convenciones normales sobre la responsabilidad, la indemnización o la solución pacífica de controversias. El Relator Especial ha considerado situaciones que no comportan una controversia o son previas a ella. En esas circunstancias, el modo de llegar a una solución desde luego será diferente a las modalidades normales de arbitraje y adjudicación, que en la mayoría de los casos no son apropiadas. En el contexto del medio ambiente, el elemento más importante será la determinación de los hechos —a la que se hace referencia concreta en el artículo 19 [17].

9. Tal vez no haya ningún inconveniente en mantener la frase «actividades no prohibidas por el derecho internacional». Hay a ese respecto una total división de opiniones en la Comisión. Sin embargo, le preocupa que la frase pueda dar lugar a un malentendido considerable. Parece que muchos desean que se mantenga porque ven en ella un vínculo entre los proyectos de artículos y una de las otras esferas de la responsabilidad o la obligación de resarcir. Ese vínculo no existe. Es partidario de que se suprima la frase, que es la causa principal del malentendido.

10. El Sr. GALICKI dice que él y el Sr. Brownlie sólo están en desacuerdo en un aspecto: él es partidario de que se mantenga la frase «actividades no prohibidas por el derecho internacional» mientras que el Sr. Brownlie no lo es. Por lo demás, sus puntos de vista coinciden. Él ha puesto de relieve concretamente la diferencia que existe entre los proyectos de artículos y las cuestiones de la responsabilidad y la obligación de resarcir. Ha citado el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales para mostrar que, a diferencia de los proyectos de artículos, establece una relación entre la responsabilidad y la obligación de resarcir, si bien en casos excepcionales únicamente. Ha subrayado que los proyectos de artículos sobre la prevención se refieren a situaciones anteriores a la actividad. Sin embargo, sería erróneo afirmar que no existe un vínculo entre la prevención y la responsabilidad: después de todo, la prevención se deriva del tema principal de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y el informe también hace hincapié en ese vínculo.

11. El Sr. GOCO pide que se le aclare cómo puede un gobierno utilizar los artículos en una situación como la de Filipinas. Aunque su país está desnuclearizado, existen varias centrales nucleares en el extremo meridional de Taiwán, que están muy próximas al norte de Filipinas. Por supuesto, es motivo de grave preocupación la posibilidad de que en caso de accidente su país resulte afectado. Pregunta qué medidas deberá adoptar el Gobierno cuando se aprueben los proyectos de artículos y si deberá hacer una notificación o advertencia cuando, por ejemplo, el viento sopla en una dirección determinada.

12. El Sr. ROSENSTOCK dice que la Comisión ha examinado este tema durante más de un decenio y ha contado con tres relatores especiales, cuyos informes han aclarado las cuestiones e ilustrado posibles marcos analíticos. El problema siempre ha consistido en traducir las numerosas ideas presentadas en un resultado concreto. El Relator Especial y el Grupo de Trabajo tienen el mérito de haber elaborado un texto excelente. En el futuro tal vez puedan obtenerse resultados más ambiciosos. Entre tanto, está de acuerdo con el Sr. Lukashuk en que el útil proyecto sobre la prevención representa lo máximo que se puede alcanzar. Debe enviarse al Comité de Redacción y aprobarse en el actual período de sesiones. Por lo que respecta a la forma del instrumento, cree que la de una convención es la más apropiada.

13. Es partidario de que se deje el texto en su forma actual. Siempre que se incluya un comentario apropiado para evitar todo malentendido o tergiversación de su propósito, la frase «actividades no prohibidas por el derecho internacional» podrá mantenerse o suprimirse sin excesivas consecuencias, aunque él prefiere que se suprima, por las razones expuestas por el Sr. Hafner (2642.ª sesión). El preámbulo, como ha señalado el Sr. Tomka, también plantea algunos problemas técnicos. Por su parte, duda mucho de la utilidad o la conveniencia de un preámbulo. Si la Comisión decide que debe haber uno, preferiría que fuera menos militante que la versión actual, donde se hace referencia gratuitamente a material controvertible, y en cambio no se menciona, por ejemplo, la fundamental Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972. Sin embargo,

después de haber dedicado tanto tiempo a los proyectos de artículos sería trágico que la Comisión permitiera quedar bloqueada por un preámbulo. No se trata de una cuestión Norte-Sur, y todo intento de hacer que así sea creará problemas innecesarios. Confía en que la Comisión no permita que la perfección sea la enemiga de lo bueno y que pueda someter los proyectos de artículos para su aprobación por la Asamblea General en su quincuagésimo quinto período de sesiones.

14. El Sr. PELLET dice que, aunque los considera algo «cojos», en general está a favor de los proyectos de artículos porque piensa que la prevención es la única parte del proyecto inicial que ha alcanzado una etapa adecuada para su codificación y un desarrollo progresivo. Sin embargo, no puede convenir con el Sr. Rosenstock en que representen lo máximo que pueda obtenerse. Por el contrario, resulta desalentador que apenas haya traza del desarrollo progresivo. Incluso con respecto a la codificación, la Comisión no ha llegado ni siquiera a donde una apreciación prudente del derecho positivo merecería. Los proyectos de artículos no tienen por objeto limitarse al derecho ambiental internacional, pero la Comisión no puede evitar que su propósito principal sea prevenir un daño ecológico sensible. No es necesario ser un especialista en la rama en rápida expansión del derecho ambiental internacional —desde luego, él nunca lo ha pretendido— para percatarse de que los artículos son posteriores a acontecimientos ocurridos sobre el terreno en vez de ser simultáneos y mucho menos anteriores a ellos.

15. Como ya dijo hace dos años, lamenta mucho que el artículo 3 haya acabado por redactarse de manera menos estricta que el principio 2 de la Declaración de Río⁴ o incluso el principio 21 de la Declaración de Estocolmo⁵, especialmente en lo que respecta a la aplicación territorial de la obligación de prevención. El apartado a del párrafo 1 del artículo 6 [7] no lo compensa. Está de acuerdo con quienes han instado a que, por lo menos, se haga mención expresa de la obligación de diligencia debida. También lamenta que no se haya incluido en los artículos el principio de precaución, incluso en el sentido incompleto que se le da en el principio 15 de la Declaración de Río. El artículo 7 [8] también tiene menos alcance que el principio 17 de esa Declaración, por no mencionar el Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo. La aprobación de este Convenio se remonta a 1991: diez años en los que se han registrado muchos cambios y las normas relativas a la obligación de prevención se han hecho mucho más estrictas. Por el contrario, los proyectos de artículos parecen ir en la dirección contraria.

16. También considera que el nuevo proyecto de artículo 16 está viciado por el empleo de la frase «cuando proceda», que ofrece a los Estados una cláusula de excepción a la vez peligrosa e inútil. Por tanto, es partidario de que se suprima esa frase. Además, no comprende la importancia —e incluso el significado— de la nueva frase añadida al artículo 6 [7] en su párrafo 2. Por otra parte, apoya plenamente la orientación general del párrafo 2 del artículo 9 [10], que representa una importante mejora con respecto a la versión anterior. También

considera acertado el traslado del antiguo artículo 6 al artículo 18 [6]; es una precaución prudente. A ese respecto, no está más convencido que el Sr. Galicki, el Sr. Rodríguez Cedeño, el Sr. Tomka y otros miembros de que deba suprimirse la frase «actividades no prohibidas por el derecho internacional». Si así se hace, podría parecer que la Comisión está legitimando actividades ilícitas, poniéndolas al mismo nivel que las actividades no prohibidas. Considera que el Sr. Brownlie no debe preocuparse ya de que el hecho de mantener la frase no tendrá efectos negativos. Observa asimismo, con respecto a cambios de redacción, que la versión francesa del apartado a del párrafo 1 del artículo 6 [7] y el artículo 8 [9], entre otros, deja mucho que desear y confía en que el Comité de Redacción se ocupe de ello.

17. Con respecto a la cuestión más general del futuro del proyecto y del tema en su conjunto, duda de que efectivamente haya llegado el momento de remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción. El quinquenio aún no ha concluido y se pregunta si el tiempo que queda no debería utilizarse para que el Relator Especial revisara y completara los proyectos de artículos, teniendo en cuenta e incorporando las novedades registradas en el derecho ambiental internacional y haciendo especial hincapié en el principio de precaución, en las cuestiones relativas a los estudios del impacto ambiental y, tal vez, también en la prevención de controversias. Señala a la atención las observaciones formuladas a ese respecto por el grupo de trabajo presidido por el Sr. Yamada sobre los temas de derecho ambiental que pueden ser objeto de codificación y desarrollo progresivo. El objetivo de su propuesta no es sólo mejorar los actuales proyectos de artículos, que considera aceptables, si bien no les vendría mal un poco más de vitalidad. También desea anticiparse a los deseos de otros miembros de la Comisión que quieren que se aporte una contribución al derecho ambiental. El tema de la prevención es sumamente apropiado a esos efectos. Sin embargo, sería absurdo considerarlo desde el punto de vista ambiental únicamente, después de que se hayan aprobado los proyectos de artículos. Por lo tanto, propone que se examine más a fondo la cuestión de la prevención, con miras a precisarla a la luz de las novedades registradas en el derecho ambiental.

18. En cuanto al título del tema en el 50.º período de sesiones, el Sr. Brownlie instó hace dos años a la Comisión a que adoptara una posición definitiva sobre la cuestión de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y tomara una decisión sobre las recomendaciones que debe formular. Ha habido acuerdo general en que debe adoptarse una posición, pero la cuestión sigue pendiente. Es fundamental que la Comisión asuma sus responsabilidades y dedique por lo menos una sesión, sea del pleno o bien del Grupo de Planificación, a examinar esa cuestión, tal vez basándose en una nota del Relator Especial y de otros miembros de la Comisión. Su propia posición es clara. Considera que no debe continuarse con el tema: ni se presta a la codificación ni al desarrollo progresivo del derecho internacional. Por el contrario, sólo debe y puede ser objeto de negociaciones entre los Estados. La Comisión no debe dedicarle más tiempo. En el plano jurídico, su única contribución firme tal vez sea afirmar que, si un Estado no cumple sus obli-

⁴ Véase 2641.ª sesión, nota 9.

⁵ Véase 2642.ª sesión, nota 7.

gaciones relativas a la prevención, es responsable, pero no está obligado a resarcir; y no es necesario dedicar todo un conjunto de proyectos de artículos al tema. Si es necesario decirlo, puede agregarse un artículo a los proyectos de artículos dedicado a la prevención. En todo caso, la Comisión debe tomar una decisión en un sentido u otro. Si no lo hace, por lo menos será responsable, aunque no deba resarcir.

19. El Sr. KUSUMA-ATMADJA elogia al Relator Especial por haber presentado un conjunto excelente de proyectos de artículos, independientemente de la forma que acabe dándoseles, y expresa la confianza de que el Sr. Gaja, en su calidad de Presidente del Comité de Redacción, sepa resolver todos los problemas pendientes a la satisfacción de todas las partes interesadas. Se pone de la parte del Sr. Galicki en su debate con el Sr. Brownlie, aunque con el debido respeto a este último. Es partidario de que se remitan los proyectos de artículos al Comité de Redacción para su aprobación antes del siguiente período de sesiones de la Comisión.

20. El Sr. AL-BAHARNA dice que debe felicitarse al Relator Especial por la precisión y concisión de su tercer informe y debe respaldarse su deseo de ultimar los trabajos sobre el subtema antes de que concluya el quinquenio.

21. Parece que las principales cuestiones que se derivan del examen de los proyectos de artículos son las siguientes: las actividades no prohibidas por el derecho internacional (art. 1); el significado y la naturaleza del daño sensible (art. 2); el concepto de diligencia debida (art. 3); otros artículos relativos a la obligación de los Estados a cooperar en materia de prevención y los procedimientos que deben adoptarse al respecto; la cuestión de la relación que existe entre el tema de la responsabilidad y el de prevención; la solución de controversias; y, por último, la forma que deberán acabar adoptando los proyectos de artículos. Esa lista de cuestiones controvertidas no es en modo alguno exhaustiva. Sin embargo, gracias a la decisión adoptada por la Comisión en su 49.º período de sesiones de concentrarse en el subtema de la prevención⁶ y bajo la competente guía del Relator Especial, se ha progresado mucho en la depuración de los proyectos de artículos, que, a su juicio, están listos para que queden ultimados en una segunda lectura.

22. Discrepa con la recomendación del Relator Especial de que se suprima la frase «no prohibidas por el derecho internacional» del artículo 1. Es fundamental conservar esa frase para mantener la distinción jurídica entre el tema de la responsabilidad de los Estados y el de la obligación de resarcir, que, como reconoce el Relator Especial en el párrafo 26 de su tercer informe, la Comisión consideró hace muchos años que era necesario separar. Por consiguiente, es sorprendente esa inoportuna propuesta de última hora, especialmente si se tiene en cuenta la categórica afirmación que hace el Relator Especial en el párrafo 5 de su informe de que ningún Estado impugnó la expresión «actos no prohibidos por el derecho internacional» empleada en el proyecto de artículo 1.

⁶ Véase 2628.ª sesión, nota 4.

23. Con respecto a la expresión «daño sensible», parece que la controversia sobre esa cuestión —por citar el comentario hecho al respecto por la República Checa— ha agotado sus posibilidades, especialmente ahora que se ha incorporado en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, lo cual justifica con creces su empleo en los proyectos de artículos sobre la prevención. En cuanto a la expresión «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible», está de acuerdo con los Estados que consideran que la definición que figura en el apartado a del artículo 2 es confusa, pero puede aceptarla. A efectos de una mayor coherencia, sin embargo, el término «catastrófico» debería sustituirse por «sensible».

24. En cuanto a la aplicabilidad del concepto tan debatido de «diligencia debida» en el contexto del artículo 3, cuestión que se examina muy a fondo en el capítulo III del segundo informe del Relator Especial⁷, especialmente en el párrafo 24, algunos Estados consideran que el hecho de no emplear la debida diligencia sólo puede tener consecuencias en la responsabilidad de los Estados. A ese respecto, le ha impresionado el argumento de China mencionado en el párrafo 3 del segundo informe de que el incumplimiento de la obligación de diligencia debida no entrañaría responsabilidad cuando no hubiera daño, pero que cuando se hubiera producido un daño, podría haber responsabilidad del Estado, responsabilidad civil o ambas. Cuando un Estado cumple su obligación de diligencia debida y, a pesar de ello, se produce un daño, quien realiza la actividad debe pagar y aceptar la responsabilidad⁸. En conjunto, el artículo 3 es aceptable, en la inteligencia de que la obligación que en él se establece es la de diligencia debida. Sin embargo, no es necesario hacer una referencia concreta a ese concepto en el artículo 3.

25. Los artículos 4 a 17 también se han debatido a fondo, por lo que no deberían dar lugar a nuevas controversias. En cuanto al tema de la responsabilidad internacional, sigue opinando que la CDI, si desea cumplir cabalmente su mandato, deberá volver a examinar ese tema en cuanto los artículos sobre la prevención hayan pasado por la Sexta Comisión a raíz de su aprobación en segunda lectura por la CDI en forma de una convención marco. Como señala acertadamente el Relator Especial en el párrafo 3 de su tercer informe, la Comisión tiene el deber de ocuparse de la responsabilidad. Actualmente se dispone de abundante documentación sobre la práctica de los Estados y los acuerdos internacionales, así como un cuantioso y valioso material legado por el anterior Relator Especial, Sr. Julio Barboza.

26. Por último, considera que el artículo 19 [17], relativo a la solución de controversias, es incompleto en la forma en que está redactado actualmente y necesita alguna mejora. En cualquier caso, posiblemente no haya necesidad de una disposición sobre la solución de controversias en una convención marco que se ocupa únicamente de la cuestión de la prevención. Ello no prejuzga, sin embargo, que la Comisión pueda volver a examinar el

⁷ Véase 2641.ª sesión, nota 6.

⁸ Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), y corrección, párr. 43.

artículo 19 [17] cuando se ocupe de nuevo de la responsabilidad internacional.

27. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial), haciendo un resumen del debate, dice que tratará de resistir la tentación de verse envuelto en cualquier nuevo enfrentamiento ideológico o de otro tipo. La Comisión parece hallarse en un conflicto insoluble entre el idealismo ecologista y el deseo de aprovechar al máximo los beneficios de las rápidas e incesantes innovaciones científicas y tecnológicas. En respuesta al Sr. Pellet, dice que ha decidido no verse involucrado en cuestiones de derecho ambiental y extraer de los proyectos de artículos y comentarios que heredó en el 48.º período de sesiones de la Comisión lo que sea más viable —aunque en forma de lo que algunos podrían calificar, de un conjunto de proyectos de artículos «de saldo»—. Señala complacido que, con gran sorpresa suya, los proyectos de artículos aprobados en primera lectura han resultado aceptables para la mayoría de los Estados. En su calidad de Relator Especial, carece de programa propio: incumbe a la propia Comisión decidir si acepta la propuesta del Sr. Pellet, prolongando aún más un proceso del que los Estados ya están cansados, o respalda las preferencias expresadas de los Estados. Como Relator Especial, recomienda que la Comisión reduzca el alcance de los artículos a proporciones razonables, pues en caso contrario se corre el riesgo de no terminar nunca el examen del tema.

28. Por lo tanto, no le han convencido los argumentos del Sr. Pellet y otros representantes de que la Comisión debe examinar el principio de precaución. Ya se ocupó de ese principio en el capítulo VI de su primer informe⁹ y su conclusión figura en el párrafo 72 de ese informe. Es razonable el principio de que, cuando exista el peligro de un daño grave o irreversible, la falta de plena certidumbre científica sobre las causas y los efectos del daño ambiental no deba utilizarse como razón para aplazar la adopción de medidas encaminadas a prevenir la degradación del medio ambiente. Cuando se disponga de más información, confía en que los Estados hagan uso de ella. A su juicio, el principio de precaución ya está incluido en los principios de prevención y autorización previa, así como en la evaluación del impacto ambiental, y no puede separarse de ellos.

29. En cuanto a la solución de controversias, el artículo 19 [17] por lo general ha merecido la aprobación de los Estados en la Sexta Comisión. Los Estados tendrán una nueva oportunidad de examinar el artículo después de su aprobación en segunda lectura por la CDI. Por lo tanto, cualquier decisión que se adopte en el actual período de sesiones no quedará esculpida en piedra. En todo caso, no ve la necesidad de volver a ocuparse del artículo 19 [17].

30. Se han formulado varias otras sugerencias con respecto a diversos artículos y pide a sus autores que estén a la disposición del Comité de Redacción. Acoge con satisfacción el comentario del Sr. Rosenstock en el sentido de que los proyectos de artículos representan el máximo de lo que se podía alcanzar y que ha llegado el momento oportuno para remitirlos al Comité de Redacción. Recomienda que así se haga para que puedan volver lo antes posible a la Comisión.

⁹ Véase 2628.^a sesión, nota 5.

31. Se ha planteado la cuestión de si en el artículo 3 debe hacerse referencia directa al concepto de diligencia debida o si debe dejarse ese artículo en su forma actual e incluir una explicación en el comentario. Aunque valora el razonamiento del Sr. Al-Baharna, sigue considerando que las expresiones «todas las medidas apropiadas» y «diligencia debida» son sinónimas y que la primera ofrece más flexibilidad y probablemente creará menos confusión que la inserción de una referencia al último concepto. La inclusión de una explicación en el comentario será la mejor forma de comunicar a los Estados de lo que se trata. Es prudente seguir las enseñanzas de convenciones ya aplicadas y de eficacia demostrada, y su recomendación es que se deje el artículo 3 en su forma actual, incluyendo una explicación en el comentario en el sentido de que la expresión «todas las medidas apropiadas» es equivalente a la «diligencia debida».

32. Las opiniones dentro de la Comisión sobre si debe o no suprimirse la referencia que figura en el artículo 1 a «las actividades no prohibidas por el derecho internacional» se dividen más o menos por igual. Muchas de las autoridades a las que ha consultado en el curso del tiempo son partidarias de que se mantenga la frase, que ha acabado por representar una importante línea divisoria entre el tema de la responsabilidad de los Estados y el más amplio de la responsabilidad internacional, del cual el principio de prevención sólo es un subtema. No se resolverá el debate ideológico entre la responsabilidad y la obligación de resarcir por esa frase. Independientemente de que se mantenga o no, el verdadero objetivo del artículo es la gestión del riesgo y alentar a los Estados de origen y a los Estados que puedan resultar afectados a cooperar y actuar. El hecho de hacer hincapié en el principio de la adopción de medidas lo antes posible es lo más destacable del proyecto.

33. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión conviene en remitir el proyecto de preámbulo y los proyectos de artículos 1 a 19 revisados al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Responsabilidad de los Estados¹⁰ (continuación*)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4¹¹, A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

34. El PRESIDENTE invita a los miembros a iniciar el examen de los capítulos II y III del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

35. El Sr. GAJA dice que el capítulo III es destacable por el carácter novedoso de las cuestiones que se abordan

* Reanudación de los trabajos de la 2640.^a sesión.

¹⁰ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

¹¹ Véase la nota 2 supra.

y lo razonable de las soluciones generalmente propuestas. Limitará sus observaciones a un número reducido de problemas que, a su juicio, todavía no se han resuelto debidamente.

36. Si se aprueba la propuesta del Relator Especial de incluir el nuevo artículo 40 bis en la segunda parte bis, la segunda parte no contendrá ninguna indicación de los Estados a los que incumben las obligaciones que se describen en la segunda parte. La laguna creada por la supresión en la segunda parte de la única disposición relativa a los Estados lesionados debe llenarse, aunque sólo sea con una disposición que haga una referencia general a la segunda parte bis. Si bien los proyectos de artículos tienen por objeto regular las relaciones entre Estados únicamente, éstas pueden resultar afectadas por el hecho de que personas o entidades distintas de los Estados sean las beneficiarias de la reparación. En tal caso, esas personas o entidades deben tener alguna posibilidad de participar en la elección de la forma de reparación. Con respecto a la renuncia de reclamaciones de los que sean beneficiarios individuales u otras entidades, también será razonable presumir que les incumbe desempeñar algún tipo de papel. Esa preocupación quedó reflejada indirectamente, aunque de manera poco clara, en la exigencia de que «se haya renunciado válidamente» a la reclamación, y el comentario podría hacerlo menos oscuro. El texto de los artículos no emplea los mismos términos con respecto a la elección de la forma de reparación, a pesar de lo que se dice en el párrafo 233 del tercer informe.

37. El artículo 40 bis, en la forma propuesta por el Relator Especial, distingue entre Estados lesionados y los Estados que tienen un interés legítimo. Sin embargo, el artículo 40 bis no dice qué consecuencias tiene para los Estados que tienen un interés legítimo. El artículo 46 ter establece claramente que un Estado lesionado puede hacer valer la responsabilidad y elegir qué forma debe asumir la reparación, pero no dice nada acerca de los otros Estados. Aunque es evidente que pueden solicitar lo previsto en el capítulo I, a saber, la cesación y la garantía de no repetición, esa posibilidad debería indicarse en el artículo 40 bis. Además, el texto debería decir también qué podrían hacer con respecto a la reparación. No obstante, si se dice que esta última categoría de Estados no puede exigir restitución o indemnización porque no han resultado lesionados, este hecho tiene consecuencias importantes. El artículo 40, en su forma adoptada en primera lectura, establece que, si de una norma consuetudinaria o de un tratado multilateral se deriva una obligación en materia de derechos humanos, todos los Estados en el caso de una norma consuetudinaria y todos los Estados partes en el tratado podrán reclamar reparación. Tal vez haya sido excesivo —y será prudente reconsiderarlo—, pero existe el riesgo de ir demasiado lejos en la dirección opuesta estableciendo que los Estados no lesionados no pueden exigir reparación. En caso de violación de los derechos humanos, no habrá Estados especialmente afectados y las obligaciones en materia de derechos humanos pueden violarse con consecuencias muy pequeñas. Preocupa aún más lo que solía denominarse delitos internacionales de Estado y que actualmente se califican de violaciones graves de obligaciones erga omnes. Es preciso hallar alguna solución, de manera que el Estado que ha incumplido una obligación no pueda argüir simplemente

que, como nadie ha resultado lesionado, no tiene obligación de proporcionar reparación.

38. A su juicio, el párrafo 239 parece llevar al extremo la analogía entre invocar la invalidez, la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado en virtud del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, por una parte, e invocar la responsabilidad de un Estado, por la otra. En este último caso, nada justifica que un Estado deba formular en primer lugar una protesta o notificar su intención de hacer valer la responsabilidad. Puede hacerlo directamente. No debe haber ningún requisito previo del tipo previsto en el artículo 65 de la Convención.

39. El artículo relativo a la pluralidad de Estados lesionados debe ser «artículo 46 quinquies», y no «quinque», en la versión francesa del informe, pero, respecto de cuestiones más de fondo, convendría que el texto del artículo de que se trata dijera algo sobre la elección de la forma de reparación cuando haya muchos Estados lesionados. El comentario tendrá sin duda algo que decir al respecto, pero el propio artículo podría ofrecer alguna orientación a los Estados.

40. El artículo 46 sexies plantea algunas dificultades porque no siempre es fácil determinar las situaciones en las que se produce el mismo hecho internacionalmente ilícito y hay una pluralidad de Estados responsables de ese hecho. En el asunto *Détroit de Corfou* había un Estado responsable de la colocación de minas y otro de no haber hecho uso de sus facultades como Estado soberano para evitarla y advertir a los buques de paso; había dos obligaciones diferentes y por lo tanto dos hechos ilícitos. El daño puede ser causado por una pluralidad de hechos ilícitos, pero puede no haber una pluralidad de Estados responsables del mismo hecho ilícito. Los distintos asuntos y cuestiones que de él se derivan deberán examinarse en el comentario. El inciso i) del apartado b del párrafo 2 es acertado, si bien no es necesario un apartado que se refiera a cuestiones de procedimiento.

41. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que está de acuerdo con la mayor parte de lo que ha dicho el Sr. Gaja y se complace en informarle de que pronto estará disponible la sección D del capítulo III del informe, en la que figurará la disposición que deliberadamente faltaba.

42. El Sr. SIMMA dice que comparte con el Sr. Gaja un interés especial en la cuestión del cumplimiento de las obligaciones erga omnes y expresa su preocupación porque, tras leer el párrafo 226, tal vez haya el peligro, incluso después de que se publique una nueva sección del capítulo III del informe, de que los Estados no directamente lesionados sigan careciendo de acceso a recursos. En general, sin embargo, está de acuerdo con los principios en que se basa el documento que se examina y la concisión de los proyectos de artículos.

43. En el párrafo 238, el Relator Especial dice que, como el medio de comunicación normal entre Estados es el escrito, parece adecuado exigir que la notificación de la reclamación se haga por escrito. Sin embargo, en el artículo 46 ter —afortunadamente— no se hace ninguna mención de la necesidad de presentar por escrito una reclamación. A su juicio, la referencia a la Convención de Viena de 1969 es importante, pero la invocación del dere-

cho a declarar la terminación o suspensión de un tratado es mucho más limitada y se produce con mucha menos frecuencia que el hecho de hacer valer la responsabilidad de un Estado. En cualquier caso, la Convención sólo se refiere a los tratados concertados por escrito. Por otra parte, en la versión inglesa del párrafo 1 del artículo 46 ter se utiliza acertadamente el imperativo shall, no should. En ello reside la esencia de la disposición, por lo que shall deberá utilizarse en todo el articulado.

44. El párrafo 1, después de indicar que el Estado lesionado debe notificar de su reclamación, dispone que deberá indicar qué forma debe asumir la reparación (apartado b del párrafo 1). Por otra parte, esas acciones pueden producirse en dos momentos diferentes: primero se hace la notificación y después se discute qué forma debe asumir la reparación. Debe tenerse en cuenta esa posibilidad.

45. El contenido del apartado b del párrafo 2 del artículo 46 ter tiende a prejuzgar la decisión sobre el criterio que se adoptará con respecto al agotamiento de los recursos internos: el del ex Relator Especial Ago, que lo consideraba una cuestión sustantiva, o el del actual Relator Especial, que lo considera una cuestión de procedimiento. A su juicio, esa disposición no prejuzga la resolución de la cuestión. Asimismo, la referencia a la norma aplicable en relación con la nacionalidad de las reclamaciones (apartado a del párrafo 2) parece prejuzgar las decisiones que se adopten en el contexto de la protección diplomática.

46. El término «renuncia», que aparece en los párrafos 250 a 256, parece no guardar relación con la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad. Forma parte del vocabulario del comercio internacional y supone una acción deliberada. Además, su significado es mucho más limitado que el del término «aquietescencia», empleado en la Convención de Viena de 1969, que es preferible.

47. Con respecto a los párrafos 257 a 259, relativos a la demora, acoge complacido la opinión de que el transcurso de un plazo no hace por sí mismo inadmisibles una reclamación de reparación, y que es preciso adoptar una actitud muy flexible, como reconocen los tribunales internacionales. La referencia que se hace en el párrafo 258 al asunto LaGrand —pendiente de resolución por la CIJ— es desacertada, ya que pone a los miembros de la Comisión que intervienen en el caso en una situación difícil. La última frase de ese párrafo es inexacta: Alemania inició las actuaciones jurídicas no seis años y medio después de que se produjera la violación, sino mucho después; no tuvo noticia de la violación del derecho de asistencia letrada hasta 1992, aunque la violación se había producido en 1982.

48. Está plenamente de acuerdo con el comentario al artículo 46 quater, si bien considera que puede mejorarse la redacción del apartado b. En vez de hacer referencia al Estado responsable, que es la parte culpable, debería hablar de la acción interpuesta por la parte reclamante. Expresa su clara preferencia por el modo en que se expresa esa misma idea en el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969, es decir, un Estado «se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado». Hacer referencia a lo que

el Estado responsable pueda o no haber considerado crearía grandes dificultades con respecto a la prueba.

49. El análisis que figura en los párrafos 267 a 283 de la cuestión de una pluralidad de Estados responsables, así como el artículo propuesto, es decir el artículo 46 quinquies, parece algo simplista, especialmente teniendo en cuenta la participación de las organizaciones internacionales en las actuaciones de una pluralidad de Estados. Existe una interrelación muy compleja en la OTAN, por ejemplo, entre las responsabilidades de la propia organización y la integración y operaciones militares que llevan a cabo los Estados miembros. Desde luego, la responsabilidad de las organizaciones internacionales queda fuera del ámbito del proyecto, pero algo debe decirse acerca de las repercusiones de una organización para los Estados miembros si éstos no actúan sobre la base de una responsabilidad solidaria.

50. El apartado a del párrafo 2 del artículo 46 sexies es apreciable. Para alguien que no ha intervenido en el asunto Or monétaire es difícil comprender todas las sutilezas del principio del tercero indispensable, por lo que debe subrayarse que ese principio se refiere a la admisibilidad de los procedimientos y no puede considerarse un principio sustantivo.

51. Tal vez sea preciso reconsiderar la afirmación categórica que figura en la primera frase del párrafo 275 sobre las fuentes del derecho internacional. Desearía también saber si existe jurisprudencia relativa a la aplicación de la máxima *ex turpi causa non oritur actio*, que se cita en el apartado d del párrafo 276.

52. Por último, respalda la idea de remitir los proyectos de artículos que se examinan al Comité de Redacción.

53. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que se ha incluido la referencia al asunto LaGrand sencillamente porque se ha considerado pertinente una de las opiniones y desde luego no se ha pretendido con ello prejuzgar los resultados de ese asunto. Se publicará una corrección a su informe para enmendar los errores de hecho señalados por el Sr. Simma en relación con dicho asunto.

54. El Sr. ROSENSTOCK dice que el objetivo básico del comentario del Sr. Simma sobre el asunto LaGrand es pedir prudencia al examinar los asuntos en curso. Sería conveniente atender a ese llamamiento.

55. El Sr. DUGARD conviene en que la norma sub *judice* es importante, pero si se aplica de manera estricta puede acabar sofocando el debate. Muchos asuntos, especialmente los sometidos a la CIJ, duran años y años —por ejemplo el asunto Lockerbie—. Desde luego, la discreción es necesaria, pero también debe adoptarse una actitud flexible.

56. El Sr. KABATSI hace suyas esas observaciones. La norma sub *judice* es importante, pero algunos asuntos se resuelven por etapas y debe ser posible referirse a los que ya se han resuelto, incluso si el propio caso aún está pendiente.

57. El Sr. TOMKA dice que no debe impedirse que la Comisión examine sentencias o autos ya dictados. En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* ya se ha dictado

sentencia, pero ese asunto aún figura oficialmente en la lista general, a reserva de un acuerdo sobre la ejecución. Ya se han adoptado providencias y autos en el asunto Lockerbie. Ese material debe poder utilizarse, pero los miembros de la Comisión deben abstenerse de ponerse del lado de una u otra de las partes y de tomar posición en procesos actuales o futuros.

58. El Sr. ROSENSTOCK dice que nadie sugiere la aplicación de una regla absoluta. Se están pidiendo más bien discreción, prudencia y atención a los problemas que puedan crearse.

59. El Sr. HAFNER dice que en el capítulo III del informe se examinan bastantes temas nuevos en materia de responsabilidad de los Estados. Está de acuerdo con la estructura y la filosofía generales, pero considera necesario hacer algunas observaciones de menor importancia.

60. Está de acuerdo con los comentarios del Sr. Simma sobre el párrafo 238, pues no está convencido de que la reclamación deba hacerse siempre por escrito. En el párrafo 242 se describe la norma de la nacionalidad de las reclamaciones como condición «general» para hacer valer la responsabilidad, pero ¿debe interpretarse el término «general» en el sentido de que las excepciones son posibles? Este asunto entra dentro del tema de la protección diplomática y ya se ha presentado al respecto un proyecto de artículo que no se basa en esa norma.

61. Duda de que el asunto LaGrand, que se menciona en el párrafo 258, sea apropiado para demostrar la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad. La última frase de ese párrafo da una falsa impresión al afirmar que Alemania había iniciado las actuaciones jurídicas literalmente en el último minuto. Las actuaciones se habían iniciado en el último minuto no con anterioridad a la pérdida del derecho sino antes de que se ejecutara. Por lo tanto, la frase se refiere a la pérdida de un derecho no porque haya expirado un plazo, sino por la imposibilidad de evitar la ejecución.

62. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, que se menciona en el párrafo 272, puede servir de ejemplo; a pesar de que ha sido un experimento excepcional, no ha tenido sucesor —ni lo tendrá, a su juicio— y no puede utilizarse como demostración de tendencia alguna del derecho internacional. Duda también de que los acuerdos mixtos entre la Unión Europea y sus Estados miembros, a que se hace referencia en el párrafo 274, puedan servir de ejemplo de responsabilidad solidaria. De hecho constan de dos partes, una comunitaria y otra nacional, la cual es competencia exclusiva del Estado miembro. Teóricamente, la responsabilidad por el cumplimiento se distribuye a priori entre las organizaciones internacionales y los Estados miembros. Se hace referencia al anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con la división de competencias entre los Estados Miembros y la organización internacional. La responsabilidad solidaria mencionada en el párrafo 2 del artículo 6 del anexo es excepcional y, a su juicio, se contempla como una forma de sanción en los casos en que no hay indicación alguna de competencia. Por consiguiente, ese tipo de responsabilidad sólo se aplica en una situa-

ción doblemente excepcional, que difícilmente podrá generalizarse.

63. Es difícil comprender, en relación con el apartado a del párrafo 1 del artículo 46 ter, la razón por la que el Estado lesionado debe indicar la conducta que se requiere de parte del Estado responsable. ¿No bastaría afirmar que el Estado A ha violado un artículo determinado? El texto actual da la impresión de que el Estado lesionado puede decidir qué conducta debe adoptarse, pero no es así. Si el Estado lesionado propone un comportamiento diferente del exigido por la norma que se ha violado, el Estado responsable tendrá pleno derecho a oponerse. La referencia al artículo 36 bis parece indicar que esa desviación de la norma violada es inadmisibles; por lo tanto, no es necesario que el Estado lesionado defina ese comportamiento. Tampoco es necesario detenerse en la cuestión de la protección diplomática, y bastará decir que deben agotarse los recursos internos, de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional. La Comisión no debe crear complicaciones ocupándose de cuestiones que entran dentro del tema de la protección diplomática. Por consiguiente, es posible conservar la relativa concisión del artículo 46 ter.

64. Aunque respalda firmemente el contenido del artículo 46 quater, considera que el apartado a requiere una aclaración a fondo en el comentario, ya que en el texto no se explica el significado de «sin reservas» ni el de «inequívoca». Debe modificarse la redacción del apartado b, pues lo que se quiere decir es que ya no cabe razonablemente esperar que el Estado lesionado presente o lleve adelante una reclamación. Tal vez convenga considerar si esa norma puede tener algunas excepciones —por ejemplo por actos flagrantes—. Incluso en la Convención de Viena de 1969 se establecen excepciones al artículo 45. Además, si se pierde el derecho a hacer valer la responsabilidad, ¿qué sucede con el propio hecho ilícito y con la obligación de poner fin a ese hecho y ofrecer reparación? ¿El hecho ilícito se convertirá en lícito porque nadie pueda hacer valer las consecuencias de su ilicitud? Una consecuencia puede ser que persista la obligación de reparación, ya que el hecho ilícito no se convierte en lícito simplemente porque se haya perdido el derecho a hacer valer la responsabilidad. Sólo podrá convertirse en lícito si la renuncia del derecho equivale a alguna forma de consentimiento ex post. La creación de una opinión juris relevante puede modificar la norma pertinente, pero no tendrá efecto retroactivo, por lo que el propio hecho seguirá siendo ilícito. Si el Estado responsable ejecuta el hecho por segunda vez y no ha habido ninguna modificación de la norma pertinente, el Estado lesionado podrá considerarse otra vez lesionado y hacer valer la responsabilidad, a pesar de haber perdido ese derecho anteriormente. Es una cuestión que puede dar lugar a malentendidos.

65. En términos generales, no tiene objeciones que hacer al artículo 46 quinquies, aunque la cuestión es mucho más complicada que lo que indica el artículo. Aisladamente, el artículo podría incluso suprimirse, ya que podrían obtenerse los mismos resultados de otras disposiciones. Como ejemplo de las complejidades que entraña, cabe citar la cuestión de los extranjeros, nacionales de un Estado no europeo, cuyos derechos humanos sean masivamente violados por un Estado A, Parte en el

Convenio europeo de derechos humanos. En consecuencia, las personas tendrán derecho a hacer valer la responsabilidad como reclamación individual en el ámbito del sistema del Convenio. Al mismo tiempo, cualquier otro Estado Parte tendrá derecho a presentar una reclamación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Estado de procedencia tiene el derecho de hacer valer la responsabilidad del Estado A en el marco del régimen de responsabilidad de los Estados que la Comisión está estableciendo. Además, cualquier otro Estado también tendrá el derecho de hacer valer la responsabilidad en sentido estricto, ya que se ha cometido una violación grave y masiva de una obligación erga omnes. Por lo tanto, un mismo hecho ilícito puede tener cuatro tipos diferentes de consecuencias. La relación entre el Estado A y el Estado de donde procede el individuo y las reclamaciones en virtud del Convenio se examinarán más adelante, y duda de que sea suficiente hacer una simple referencia a una norma de *lex specialis*. Lo que se necesita es una analogía a una situación de *lis alibi pendens* en sentido muy amplio. Es interesante señalar que se ha hecho referencia a esa norma en el contexto de una pluralidad de Estados responsables, pero no en el de una pluralidad de Estados lesionados.

66. Un segundo ejemplo sería el de un río que atraviese varios países. Si el Estado ribereño ubicado aguas arriba construye una presa y corta el agua, varios Estados ribereños aguas abajo resultarán lesionados, por un solo y mismo acto, en su derecho al aprovechamiento de las aguas. Surgirán problemas considerables si no se ponen de acuerdo con respecto a la forma de reparación —por ejemplo si uno desea la restitución y otros una indemnización—. No pueden darse ambas formas de reparación. Si el Estado ribereño situado aguas arriba ofrece la restitución al primer Estado ribereño aguas abajo, esa solución se aplicará automáticamente al siguiente Estado ribereño, independientemente de las preferencias de éste. Por lo tanto, se necesita una disposición que regule la incompatibilidad de las formas de reparación. Una posibilidad consiste en otorgar prioridad a la restitución, salvo acuerdo en contrario de los Estados lesionados. Otra posibilidad sería condicionar la solución a un acuerdo entre éstos, pero se plantearía el problema de qué hacer si no llegaran a convenir en una forma común de reparación. ¿Equivaldría a una renuncia del derecho de hacer valer la responsabilidad que liberara al Estado responsable? Es preciso examinar esta cuestión.

67. Expresa su apoyo al artículo 46 sexies en cuanto no determina ningún tipo concreto de responsabilidad común, pero conviene con el Sr. Gaja en que la cuestión es más compleja y que el asunto *Détroit de Corfou* no es el ejemplo más apropiado. El apartado a del párrafo 2 se presta a una argumentación en contrario, que desde luego no es deseable. ¿Por qué se aplica esa norma únicamente en los casos de una pluralidad de Estados responsables y no en general?

68. En conjunto, considera que los proyectos de artículos deben remitirse al Comité de Redacción.

69. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que está enteramente de acuerdo con el análisis del Sr. Hafner relativo al Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales y los

acuerdos mixtos de la Unión Europea. El tratamiento detallado que en el Convenio se hace de la responsabilidad solidaria es muy poco habitual, y lo ha mencionado porque contiene la disposición más detallada en esa materia, no porque considere que refleje el derecho internacional general. Desde luego, el proceso de inferir principios generales del derecho internacional se basa en la analogía, pero no se puede saltar de un ordenamiento jurídico nacional al derecho internacional sin pasar por la etapa intermedia necesaria de hallar las bases comunes de ordenamientos jurídicos diferentes de los que inferir que algo constituye un principio jurídico general. Con respecto a los acuerdos mixtos, el anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar exige un trato especial de una situación determinada, pero la posición jurídica en el marco de los acuerdos mixtos no es la misma, contrariamente a la hipótesis más extendida.

Se levanta la sesión de las 13.00 horas.

2644.^a SESIÓN

Viernes 21 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeno, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que prosigan el examen de los capítulos II y III del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. MONTAZ lamenta no haber tenido más tiempo para examinar más a fondo los capítulos II y III, sobre todo porque este documento se refiere por primera vez a

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

cuestiones muy delicadas que tienen importancia capital para la continuación de los trabajos de la Comisión. Como observación general, estima que una vez más la distinción entre crimen y delito que figura en el artículo 19 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura afecta a algunos de los artículos propuestos. Así ocurre concretamente con respecto al artículo 46 quater, dedicado a la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad, y al artículo 46 quinquies, relativo a la pluralidad de Estados lesionados. En ambos casos las cuestiones planteadas lo son desde un punto de vista diferente si se trata de la violación de una norma fundamental del derecho internacional general. Lo acertado de este punto de vista se ve confirmado en el párrafo 233 del informe, en el que el Relator Especial dice que el Estado lesionado quizás no pueda por sí solo exonerar al Estado responsable del cumplimiento de sus obligaciones de carácter continuado. Cabe preguntarse si esta afirmación tiende a sugerir que en caso de violación de las normas fundamentales o erga omnes el Estado lesionado directamente no puede por sí solo y por su propia voluntad exonerar al Estado responsable de sus obligaciones, ya que se encuentran en juego los intereses de toda la comunidad internacional. Si la respuesta a esta pregunta es positiva, no cabe sino comprobar una vez más que la negativa del Relator Especial a interesarse por debatir la distinción del artículo 19 plantea un problema a la Comisión.

3. En lo que se refiere al contenido de los capítulos II y III del informe, se pregunta, en lo que respecta al párrafo 237, que se refiere a la forma en que ha de hacerse valer la responsabilidad, si no cabe que la reclamación del Estado lesionado se efectúe en el marco de los órganos políticos de una organización internacional o regional a la que acuda ese Estado para dirimir el conflicto que registra con el Estado autor del hecho ilícito. En algunos casos, el Estado lesionado no tiene la menor intención de presentar una reclamación ante esos órganos, que por otra parte no tienen competencia para recibirla. Pero no por ello sigue siendo menos cierto que las posturas adoptadas en el marco de esos órganos que imputen la responsabilidad del Estado autor del hecho presuntamente ilícito puedan considerarse formas de hacer valer la responsabilidad más bien oficiosas. Esta cuestión se planteó en el marco del asunto *Incident aérien du 3 juillet 1988* sin que la CIJ tuviera que pronunciarse sobre esta cuestión. Por el contrario, en el asunto *Plates-formes pétrolières*, que todavía está pendiente ante la Corte, el plazo bastante largo que ha transcurrido entre la destrucción de las instalaciones petroleras de la República Islámica del Irán en el Golfo Pérsico y la presentación del caso a la Corte por la República Islámica del Irán no ha impedido que la Corte se haya declarado competente. En estos dos asuntos la República Islámica del Irán ha hecho valer precisamente las posturas que había adoptado en el marco de órganos políticos de instancias internacionales.

4. En lo que respecta al párrafo 241, opina que la cuestión del agotamiento de los recursos internos debe considerarse una norma sobre admisibilidad de las reclamaciones en la esfera de la protección diplomática y que, en todo caso, esta norma no se aplica a los casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, incluidas evidentemente las que se refieren a los extranjeros que viven en el territorio del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito.

5. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) precisa que el párrafo 233 del informe se refiere en realidad a una distinción ligeramente diferente que existe entre las normas imperativas y las demás. No hay duda de que en caso de violación continuada de una norma imperativa, a menos que dicha norma lo prevea por sí misma, el Estado lesionado no puede exonerar al Estado responsable de sus obligaciones de carácter continuado ya que se trata de una cuestión que tiene un interés más general. Debido a ello, este párrafo llama la atención sobre las consecuencias posibles de esa situación en lo que respecta a las cuestiones de restitución. A propósito de las cuestiones relativas al artículo 19, puntualiza que desde el principio de su mandato intenta ocuparse de ellas y que tiene la intención de hacerlo con toda franqueza en el capítulo IV de su informe.

6. El Sr. LUKASHUK aprueba la intención del Relator Especial de examinar la cuestión de las violaciones manifiestas y graves de las obligaciones respecto de toda la comunidad internacional y espera que podrá resolver esta cuestión extremadamente compleja con la ayuda de todos los miembros de la Comisión. Un aspecto muy importante en relación con esto es el de las contramedidas en caso de violación de las obligaciones respecto de toda la comunidad internacional. Una cuestión más específica y concreta es la planteada en el párrafo 232 del informe, en el que el Relator Especial se refiere a la libertad del Estado lesionado de elegir entre las formas de reparación disponibles, pero no menciona el derecho del Estado responsable a este respecto. Ahora bien, a juicio del orador la forma de resarcimiento siempre debe determinarse mediante acuerdo entre las partes.

7. En lo que respecta a las condiciones formales para hacer valer la responsabilidad, opina que es preciso matizar las conclusiones a que llega el Relator Especial respecto del fallo de la CIJ en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*. Aunque la Corte no parece haber dado gran importancia a las formalidades en este caso, también ha indicado expresamente que ese enfoque se justifica por el carácter específico y excepcional de las relaciones existentes entre Australia y Nauru. Por consiguiente, no cabe deducir una regla general, y por ello opina que en el párrafo 1 del artículo 46 ter debería precisarse que el Estado lesionado ha de notificar «oficialmente» su reclamación. Esta precisión parece tanto más justificada por cuanto, en el párrafo 238, al Relator Especial le parece adecuado exigir que la identificación de la reclamación se haga por escrito.

8. En lo que se refiere a la cuestión del agotamiento de los recursos internos, el párrafo 241 se refiere a «la norma mínima en materia de trato debido a los extranjeros», palabras que emplea el Relator Especial sin ningún prejuicio pero que tienen una connotación desgraciada a nivel internacional. En efecto, se trata de unas palabras empleadas por grandes potencias para exigir a otros países la concesión a sus nacionales de un régimen jurídico conforme a las normas establecidas por ellas mismas, es decir, un régimen de privilegio. Lo cierto es que un enfoque de esta clase ha originado muchas protestas. Dado que la Comisión volverá a encontrarse sin duda con estas palabras cuando examine el tema de la protección diplomática, opina que en el marco del tema que se examina

bastaría con referirse a los derechos humanos generalmente aceptados.

9. En lo que respecta al principio *non ultra petita*, opina que no limita la competencia del órgano que se ocupa de la reclamación para conceder, basándose en todas las circunstancias del caso, un resarcimiento superior al solicitado. Se trataría por supuesto de un caso excepcional pero podría preverse, por ejemplo en el marco de una acción en la que fuesen partes países en desarrollo. Por consiguiente, el Relator Especial recomienda acertadamente que no se dedique un artículo específico a este principio.

10. Los proyectos de artículos 46 quinquies y 46 sexies, relativos a los casos de pluralidad de Estados, responden a la necesidad de que en el marco de las relaciones internacionales contemporáneas se prevea cada vez más un enfoque multilateral, por lo que esos artículos deberían sin duda remitirse al Comité de Redacción. En los comentarios correspondientes se dice, en el párrafo 267, que el comportamiento del órgano de un Estado no pierde esa cualidad por el hecho de que este comportamiento sea conforme a una decisión de una organización internacional. Cabe por tanto preguntarse si, en caso de que el Consejo de Seguridad adopte una decisión sobre sanciones y la aplicación de esa decisión exija la suspensión de acuerdos bilaterales, el Estado que se niegue a cumplir las obligaciones que le impone el tratado y de este modo aplique la decisión del Consejo sea no obstante considerado responsable.

11. En lo que se refiere al caso de la pluralidad de Estados lesionados, aprueba el contenido del párrafo 279, que le parece que va en la dirección de los principios de derecho que reconocen al Estado más lesionado el derecho a utilizar unilateralmente todas las posibilidades de defensa disponibles en el marco de contramedidas. Por ello, en caso de violación masiva de los derechos humanos en un Estado determinado, todos los demás Estados podrán, por supuesto, considerarse lesionados, pero el Estado cuyos nacionales se hayan visto especialmente lesionados como consecuencia de esas violaciones es concretamente el que tiene derecho a ejercer respecto de ellos su protección diplomática.

12. En lo que se refiere al apartado b del artículo 46 quater, considera demasiado subjetivas las palabras «y las circunstancias sean tales que el Estado responsable pueda haber pensado razonablemente que ya no se llevaría adelante la reclamación», y que la primera parte del apartado b basta para resolver el problema de que se trata.

13. Por último, en lo que se refiere a la relación entre las nociones de responsabilidad y de posibilidad o imposibilidad de oponerse a un acto lícito, se establece en principio que no existe una relación directa entre la posibilidad de oponerse y la responsabilidad. La primera no está vinculada a una violación. A su juicio, se necesitarán muchos esfuerzos y tiempo para resolver esta cuestión que ni tan sólo se expresa de manera clara en la práctica jurídica. Por consiguiente, no debe tratarse sino en el comentario.

14. En conclusión, apoya los proyectos de artículos propuestos y su remisión al Comité de Redacción.

15. El Sr. BROWNLIE dice que las cuestiones de que se trata en el capítulo III se han examinado muy a fondo y que las pocas dificultades que quizá subsistan son incumbencia del Comité de Redacción, al que deben remitirse lo antes posible los proyectos de artículos. Por consiguiente, sus observaciones se referirán únicamente a algunos aspectos técnicos.

16. En lo que respecta ante todo al problema planteado en el párrafo 238 por el Relator Especial de cuál deba ser la forma mínima de notificación de la reclamación por responsabilidad de un Estado a otro, a fin de que el Estado responsable se entere de la alegación y pueda reaccionar ante ella, considera demasiado restrictiva la solución dada a la última frase de ese párrafo. Además, no resulta muy convincente la analogía, en la nota a pie de página de ese párrafo, que se establece con el artículo 23 de la Convención de Viena de 1969 en lo que respecta a las reservas. Además, el Relator Especial no cita ninguna jurisprudencia ni opinión doctrinal en apoyo de esta solución en particular. Por otra parte, desde el punto de vista práctico no es seguro que los Estados siempre efectúen la notificación por escrito, tanto más cuanto que no se define la noción de «escrito». ¿Se trata de una nota verbal, de un atestado oficioso pero simultáneo y fiable, de entrevistas entre dos diplomáticos o de un acta redactada ulteriormente? Por ejemplo, en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, en el que se ventilaban problemas de renuncia y plazos, la CIJ, como por otra parte subraya el Relator Especial en el comentario, aprobó un enfoque general relativamente flexible admitiendo concretamente un testimonio bajo juramento del Jefe Supremo de Nauru en el que afirmaba que en varias ocasiones había planteado la cuestión de las reclamaciones ante las autoridades australianas. Sin pretender ofrecer una solución del problema, opina que el Comité de Redacción podría examinar nuevamente la propuesta del Relator Especial, que no parece reflejar la práctica existente ni los criterios adoptados por las jurisdicciones internacionales.

17. El trato dado al problema de la prescripción en los párrafos 257 a 259 del informe quizá podría mejorarse en el marco del comentario, por más que en el propio proyecto de artículo tampoco se resuelva completamente. El problema se debe a que aunque el hecho de no cumplir un plazo no sea de por sí motivo de no admisibilidad de una reclamación sobre este punto los manuales de doctrina son relativamente silenciosos e indican en general que existe un principio de prescripción extintiva, postura que el comentario, equivocadamente, ha hecho suya. Por supuesto, puede admitirse como principio general de derecho comparado la existencia de una noción general de prescripción extintiva de las acciones. Sin embargo, el análisis de esta noción la desglosa en dos elementos: el primero es el de la renuncia implícita que se deduce de la conducta de las partes, mientras que el segundo elemento es que la antigüedad de una reclamación hace que el Estado presuntamente responsable se encuentre en grave desventaja en lo que respecta a la prueba y al carácter equitativo del procedimiento. Estas cuestiones se tratan en el comentario pero la distinción no se refleja en el proyecto de artículos.

18. También ocurre que en algunos casos muy poco frecuentes la prescripción extintiva propiamente dicha se

aplique efectivamente cuando, por ejemplo, un acuerdo establezca de manera expresa que transcurrido un determinado número de años toda reclamación quedará excluida expresamente, pero esto no puede considerarse que forme parte integrante del derecho internacional general, lo que por otra parte tampoco se dice en el comentario.

19. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) teme que los miembros de la Comisión estén algo desconcertados por el contraste existente entre el artículo 43 ter propuesto, en el que se dice que el Estado lesionado debe, simplemente, notificar su reclamación al Estado responsable, y el comentario correspondiente, en el que se especifica que la notificación debe hacerse por escrito. Después de haber examinado las fuentes, ha llegado a la conclusión de que obligar a una notificación por escrito es demasiado categórico. Por consiguiente, acepta la crítica que se le ha hecho pero constata que existe un debate y que algunos miembros, como el Sr. Lukashuk, son favorables a una notificación escrita. Le parece que las palabras «exigir la notificación» son más flexibles y al mismo tiempo más equilibradas, ya que se supone que el Estado presuntamente responsable no puede saber determinadas cosas y por consiguiente es preciso informarle en caso de que deba presentarse una reclamación. En cambio, en otras situaciones es evidente que existe una reclamación, y la idea de que alguien deba presentarse para exponerla no parece muy buena. Si existe una divergencia entre el comentario y el proyecto de artículo será porque ha modificado el texto de este proyecto de artículo sin cambiar el del comentario, de lo que pide se le excuse. De todos modos, la Comisión se ocupa de la cuestión por medio del comentario y otros miembros quizá puedan expresar otras opiniones a este respecto. Por su parte, prefiere de ahora en adelante la solución flexible consistente en decir que la reclamación debe notificarse, sin precisar que deba hacerse por escrito.

20. El Sr. LUKASHUK comprende las dudas y la postura del Relator Especial. Por ello, a modo de transacción, propone que en vez de las palabras «deberá notificar por escrito» se aprueben las palabras «deberá notificar oficialmente», que le parecen suficientes.

21. El Sr. DUGARD, en relación con las cuestiones que le interesan más particularmente, en su calidad de Relator Especial sobre el tema de la protección diplomática y por consiguiente sobre el párrafo 2 del artículo 46 ter, dice que en conjunto le satisface esta disposición. Recuerda que el proyecto de artículo aprobado en primera lectura no incluye ninguna disposición sobre la nacionalidad de las reclamaciones, lo que es perfectamente normal ya que se había adoptado la decisión de abandonar el tema y apartarse de este modo del enfoque del primer Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, Francisco García Amador. Después de haber leído los capítulos IV y V del informe, distribuidos oficiosamente, observa que en el párrafo 428 examina la cuestión de la inclusión de una cláusula de salvaguardia sobre la protección diplomática y la nacionalidad de las reclamaciones. Comprueba con satisfacción que a juicio del Relator Especial la única cláusula de salvaguardia necesaria es la que figura en el apartado a del párrafo 2 del artículo 46 ter. Desde luego, toda la cuestión de la nacionalidad de las reclamaciones se tratará en el infor-

me sobre la protección diplomática, y en el período de sesiones en curso ya se le ha dedicado mucho tiempo. A pesar de todo, cabe señalar que el texto de la disposición propuesta origina alguna reserva: la doble negación que figura en la frase de introducción y en el apartado a («No se podrá hacer valer la responsabilidad de un Estado [...] en el caso de que [...] la reclamación no se haya planteado...») no produce muy buen efecto, pero se trata de una cuestión que corresponde decidir al Comité de Redacción.

22. El problema del principio del agotamiento de los recursos internos es más difícil. Se recordará que en el artículo 22 aprobado en primera lectura figura una disposición sobre el agotamiento de los recursos internos y que esta cuestión ya se ha examinado en períodos de sesiones anteriores. Este artículo representa en lo fundamental una idea personal del Relator Especial Ago, el cual repite un argumento que había defendido sin éxito en el asunto *Phosphates du Maroc*. Por cierto, sería interesante saber si había revelado el interés personal que tenía en este asunto cuando la cuestión se debatió en la Comisión: el orador considera que es sano que los miembros de la Comisión indiquen claramente los asuntos en que participen como asesores, para que todos sepan cuáles son sus intereses profesionales. Sea lo que fuere, estima que si se incluyen las disposiciones del artículo 22, el Relator Especial sobre la protección diplomática no tendrá libertad de actuación. Francamente, está abierto a toda sugerencia a este respecto y no se inclina decididamente ni por la acepción material de este principio ni por su acepción procesal. Al igual que el antiguo Relator Especial García Amador, cree que ambos enfoques tienen cosas buenas. Depende mucho del contexto en que se haga valer la norma del agotamiento de los recursos internos. De todos modos, desearía poder examinar esta cuestión más a fondo. Si el informe sobre la protección diplomática debe ocuparse del tema, no sería adecuado hacerlo detenidamente en los proyectos de artículos que se están estudiando.

23. Por ello aprueba la manera como se trata esta norma en el artículo 46 ter: mediante una referencia simple, sin tomar partido sobre el trámite que deba seguirse ni intentar entrar a fondo en el tema. Dado que la Comisión ha decidido remitir esta cuestión al tema de la protección diplomática, sería equivocado ir más lejos. El Sr. Hafner ha sugerido que podría prescindirse simple y llanamente del párrafo 2 del artículo 46 ter. Quizá ha hecho esta propuesta pensando que se incorporaría más adelante en el proyecto una cláusula de salvaguardia. Por su parte, estima que en su redacción actual el párrafo 2 es preferible a una cláusula de salvaguardia y está muy satisfecho con esa disposición.

24. El Sr. HAFNER precisa que no ha propuesto que se suprima por completo el párrafo 2 sino únicamente que se reduzca.

25. El Sr. GAJA está de acuerdo con el Sr. Hafner en que el texto de esta disposición podría ser más corto. En su actual redacción este texto se inclina claramente del lado de la teoría procesal al suponer que ya existe responsabilidad. Tal vez podría encontrarse una formulación más ambigua. Las observaciones formuladas por el Sr. Dugard le ponen en un aprieto, ya que se pregunta si

debería revelar que él mismo ha adoptado el enfoque procesal en el asunto ELSI después de haber escrito un libro que defendía la acepción material. En lo que se refiere a la alusión por parte del Sr. Dugard de los intereses de Ago, no es ningún secreto que éste había actuado como abogado en el asunto *Phosphates du Maroc*, que en cualquier caso data de la época de la Sociedad de las Naciones.

26. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que se ha referido detenidamente al artículo 22 en su segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados³. En el debate celebrado sobre este tema se destacó que la Comisión deseaba dejar abiertas las dos posibilidades. En algunos casos está claro que ya existe violación, y el agotamiento de los recursos internos es una condición de procedimiento previa a la que no se puede renunciar. En otros casos, la reclamación se basa fundamentalmente en la denegación de justicia. También puede haber casos situados entre ambos, de tal manera que una clasificación resulta difícil.

27. Aunque se supone que el texto del artículo 46 no lo juzga, está claro que no se trata de la admisibilidad de una demanda judicial. Se trata de una cuestión de admisibilidad de peticiones entre Estados, que por consiguiente procede incluir en el proyecto de artículos. Sin embargo, debe presentarse de tal manera que las cuestiones de fondo puedan tratarse en el marco del tema de la protección diplomática. También es preciso dejar abierta la posibilidad de que la norma del agotamiento de los recursos internos se aplique a las reclamaciones de particulares sobre violaciones de derechos humanos, que son competencia del derecho internacional general, frente a las denuncias de violaciones masivas. Es significativo que los artículos de los tratados relativos a los derechos humanos que aplican la norma del agotamiento de los recursos internos remitan al derecho internacional general y no apliquen, simplemente, una norma procedente de otro contexto. La idea fundamental es que la norma es de aplicación general. Aunque la postura que ha adoptado en su segundo informe es la de considerar que se trata de una regla de procedimiento, opina que la Comisión puede dejar esta cuestión relativamente abierta.

28. El Sr. DUGARD dice que el Sr. Gaja ha declarado que el apartado b del párrafo 2 del artículo 46 ter se inclina por la acepción procesal. Esto se debe quizá a que figura en un capítulo que se ocupa en general de cuestiones de procedimiento. Comparte la opinión del Sr. Gaja y del Relator Especial de que la Comisión, en la fase actual, no debe decidir entre la acepción material y la acepción procesal, ni adoptar una postura intermedia. Cuando la cuestión se remita al Comité de Redacción, será preciso que éste preste a ese hecho una atención particular para garantizar que continúen abiertas las diferentes posibilidades.

29. El Sr. PELLET reconoce que los proyectos de artículos que presenta el Relator Especial en el párrafo 284 de su tercer informe son muy oportunos.

30. Por otra parte, resulta interesante pensar con qué espíritu se formulan estas propuestas. Dejando de lado la

«prehistoria», constituida por el período García Amador, se han sucedido cuatro relatores especiales sobre este importante tema. Primero estuvo Ago, cuyo genio unificador y teorizador —y quizás también el deseo de desquite— permitió cambiar profundamente la visión tradicional que se tenía de la responsabilidad internacional. A continuación, después del episodio de Riphagen, que no tuvo verdadera influencia debido a la abstracción y rigidez excesivas adoptadas por ese Relator Especial, vino el enfoque más moralizador e insuficientemente técnico del Sr. Arangio-Ruiz. Con el Sr. Crawford triunfa el pragmatismo, en el buen sentido de la palabra y —excepto en lo que respecta a la cuestión del crimen— sin partir de apriorismos doctrinales rígidos. El orador tiene la impresión de que al Relator Especial le interesa sobre todo completar el proyecto de artículos y hacerlo plenamente operativo, concretamente colmando las numerosas lagunas que caracterizaban sobre todo la segunda parte del antiguo proyecto. El primer capítulo de la segunda parte bis ilustra felizmente este excelente programa, si bien le causa perplejidad la curiosa terminología que utiliza el Relator Especial para explicar sus intenciones, concretamente en el párrafo 227 del informe, en el que usa y abusa de la palabra «secundaria» para calificar a la vez las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito (cuando se trata simplemente de la responsabilidad, que es la consecuencia del hecho internacionalmente ilícito), las consecuencias de la propia responsabilidad (que podría decirse es una consecuencia «terciaria» del hecho ilícito) y quizás incluso las consecuencias de procedimiento «cuaternarias» del hecho internacionalmente ilícito.

31. Así pues, la finalidad está clara pero el vocabulario no: como se indica en el título del capítulo primero, se trata de saber en qué condiciones un Estado puede hacer valer la responsabilidad de otro Estado al que quepa atribuir un hecho internacionalmente ilícito. Se trata también, más precisamente, de saber a qué consecuencias, a partir de esa responsabilidad, puede llegar el Estado lesionado. A su juicio, la primera de esas condiciones parece ser que el Estado haya sufrido un perjuicio, pero esto corresponde al debate sobre el artículo 40 bis, por lo menos en sentido amplio, y seguramente ya habrá ocasión de volver a hablar de ello cuando se examine el texto del Comité de Redacción.

32. Refiriéndose después a los artículos propuestos por el Relator Especial, señala que el artículo 46 ter es el que parece plantear más problemas de principio, no por lo que dice sino por lo que no dice. Como se sabe, el Relator Especial ha propuesto que se modifique la redacción de los artículos que figuran en la segunda parte del proyecto, pasando del derecho de los Estados lesionados a la obligación del Estado responsable, tal como recuerda en el párrafo 232 de su informe. Al igual que la mayoría de los miembros de la Comisión, el orador ha aprobado este cambio pero por supuesto a reserva de que en la segunda parte bis se expongan claramente los derechos correlativos del Estado lesionado o de los Estados lesionados, ya que éste es un poco el espíritu de la reorganización que propone el Relator Especial: la segunda parte se interesa por las obligaciones del Estado responsable y la segunda parte bis destaca los derechos (o las obligaciones) del Estado lesionado.

³ Véase 2614.ª sesión, nota 5.

33. Uno de los principales problemas que se plantean a este respecto es si, y en qué medida, el Estado lesionado puede elegir entre las diferentes formas de reparación. Este problema capital se aborda en el párrafo 227, en el primer apartado del párrafo 231 y en los párrafos 232 y 233 del informe (ya figuraba en los párrafos 25 y 26). A esta cuestión el Relator Especial responde de manera a la vez clara y categórica que el Estado lesionado tiene derecho a elegir la forma de reparación. Esta postura tiene el mérito de ser enérgica, quizás incluso demasiado categórica —pero presenta un gran inconveniente: a pesar del anuncio que figura en el párrafo 233, en el que el Relator Especial dice que es preciso que la elección sea «válida», esta salvedad no figura en el artículo 46 ter, el cual sólo se refiere a la forma y el procedimiento (en sentido amplio) y no al contenido propiamente dicho del posible objeto de la reclamación.

34. Por consiguiente, le parece que antes del artículo 46 ter debe figurar otro artículo en el que se exprese claramente que el principio de la elección corresponde al Estado lesionado, sobre lo que, por cierto, le ha parecido que existe amplio acuerdo entre los miembros de la Comisión, a juzgar por el debate sobre los artículos 43 y 44. Este acuerdo le parece que sólo se refiere al principio de libre elección del Estado lesionado en lo que se refiere a la restitución o la indemnización. La Comisión parece convenir en que el Estado lesionado puede exigir la restitución de conformidad con las disposiciones del artículo 43, es decir, cada vez que esto sea posible y no resulte desproporcionado con la carga que suponga para el Estado responsable. La razón fundamental reside en que no debe reconocerse la posibilidad de que el autor del hecho internacionalmente ilícito pueda «comprar» una violación del derecho internacional, lo que por otra parte sería contrario al principio de la igualdad entre los Estados, ya que algunos tienen los medios para comprar una ilicitud y otros no. Por otra parte, conviene que esta explicación figure en algún lugar de los comentarios, ya que es la única explicación verdaderamente convincente del derecho del Estado lesionado de exigir la restitución en vez de la indemnización. De todos modos, también le parece que los miembros de la Comisión están de acuerdo en considerar que el Estado lesionado no puede renunciar a la restitución (a condición, por supuesto, de que sea posible) en caso de crimen, o quizás de manera más general, en caso de violación de una norma imperativa del derecho internacional general, ya que en tal caso el respeto de la obligación no sólo interesa al Estado lesionado sino también a la comunidad internacional en su totalidad.

35. Se plantea además el problema de la satisfacción: a su juicio, nada impide que un Estado renuncie a la restitución o la indemnización en beneficio de una simple satisfacción. Además, le parece que el Relator Especial lo admite, por lo menos implícitamente, en sus explicaciones dedicadas a la renuncia de la reparación. Pero también en este caso nada se dice en el propio proyecto de artículo. A pesar de todo, esto plantea otro problema: parece admitido que el Estado lesionado tiene derecho a satisfacción si ésta es necesaria para garantizar una reparación completa del perjuicio. Sin embargo, ¿puede exigir una forma determinada de satisfacción? Así parece establecerlo el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter, pero por su parte el artículo 45 es muy impreciso a este

respecto. Si no existe una respuesta clara a esta pregunta quizás no sea necesario elucidar esa dificultad en el proyecto, limitándose a señalar el problema en el comentario. De todos modos, no debe silenciarse como se hace actualmente puesto que el informe no lo aborda en esa forma.

36. En cambio, considera indispensable que en algún lugar del proyecto de artículos se diga expresamente esta vez —sin duda entre el artículo 40 bis y el artículo 46 ter— que «el Estado lesionado tendrá derecho a exigir la restitución y no la indemnización con arreglo a las condiciones establecidas en el artículo 43», y así lo propone formalmente.

37. Una vez planteada la cuestión previa de que, con algunas limitaciones, corresponde al Estado lesionado decidir la forma de reparación, el artículo 46 ter no suscita grandes dificultades, si bien podría seguramente simplificarse de manera considerable. En lo que respecta al párrafo 1, bastarían las palabras de la introducción, ya que los apartados a y b plantean problemas que otros miembros de la Comisión han destacado y además probablemente no son completos. Si se quisiera completarlos, se entraría en detalles que quizá pueda desarrollar mejor la práctica diplomática. En lo que se refiere a la frase de introducción, propone las dos modificaciones siguientes: en primer lugar, en vez de las palabras «que se proponga hacer valer» podría decirse «que haga valer» ya que de esto se trata en realidad. Las palabras «se proponga» son ambiguas y no añaden nada. En segundo lugar, la palabra «notificará» convendría igual que las palabras «deberá notificar» y en cambio el texto sería más simple y al mismo tiempo suficiente, y quedaría como sigue: «El Estado lesionado que haga valer la responsabilidad de otro Estado con arreglo a los presentes artículos —a su juicio también podría suprimirse esta expresión— notificará su reclamación a dicho Estado». Además, como han dicho los Sres. Brownlie y Simma, y por las mismas razones que ellos, no considera necesario precisar «por escrito», a pesar de que así se indica en el párrafo 238 del informe, si bien no figura en el texto. De hecho, poco importa la forma: lo que cuenta es que el Estado cuya responsabilidad se haga valer sepa que existe un problema.

38. En lo que respecta al párrafo 2 es forzoso reconocer que invade el tema del Relator Especial sobre la protección diplomática, ya que se refiere a la nacionalidad de la persona privada que ha sufrido el daño inicial por una parte y al agotamiento de los recursos internos por otra, es decir, de hecho, a dos condiciones a las que se subordina tradicionalmente la protección diplomática. Se pregunta por consiguiente si conviene ser tan concreto y si acaso no sería mejor remitirse simplemente a la protección diplomática. Esto podría hacerse con bastante facilidad pero probablemente en otro lugar que no sea el artículo 46 ter, de preferencia al principio del artículo 40 bis, donde podría decirse lo siguiente: «A reserva de las normas aplicables a la protección diplomática, un Estado tiene derecho a hacer valer la responsabilidad de otro Estado...». Otra posibilidad es la de incluir en la futura cuarta parte una disposición que diga: «El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas aplicables a la protección diplomática». Una tercera posibilidad sería dedicar a esta cuestión un nuevo artículo 46 ter (bis) que podría decir lo siguiente: «La responsabili-

dad de un Estado sólo podrá hacerse valer en caso de daño causado a un particular por un hecho internacionalmente ilícito si se reúnen las condiciones necesarias para la aplicación de la protección diplomática». Sea lo que fuere, le molestan dos cosas en el actual párrafo 2 del artículo 46 ter: primero, no es muy coherente que figure en el mismo artículo que el párrafo 1, relativo a las formas de hacer valer la responsabilidad de un Estado, lo que es muy diferente, y por otra parte es demasiado concreto y al mismo tiempo quizá incompleto, ya que la Comisión ha decidido disociar la protección diplomática de la responsabilidad.

39. En lo que respecta al artículo 46 quater, tras recordar que el Sr. Simma ha criticado la palabra *waiver* que figura en el texto inglés, dice que no tiene una idea muy clara sobre la palabra que convendría utilizar, si bien se muestra bastante escéptico sobre la palabra *acquiescence* porque corre el peligro de remitir, no a las consecuencias de la responsabilidad sino a la obligación de la responsabilidad, un peligro contra el que el Relator Especial alerta en el párrafo 254 de su informe. Consentir la ilicitud no es lo mismo que renunciar a la reparación. En todo caso, la palabra *renonciation* utilizada en francés es perfecta. Señalando además que el Sr. Hafner ha criticado la expresión «sea en otra forma inequívoca» que figura al final del apartado a del artículo 46 quater, el orador indica que la considera totalmente adecuada y que está muy bien justificada en el párrafo 256 del informe.

40. En lo que respecta al apartado b, dice que también le encuentra casi todas las virtudes y que tampoco en este caso puede seguir a los Sres. Lukashuk y Simma en sus críticas de la formulación flexible y adecuada de lo que parece remitir discretamente al impedimento por contradicción con comportamientos anteriores (*estoppel by conduct*) cuyas condiciones son más flexibles en derecho internacional que en *common law* y que no se refiere exclusivamente al comportamiento de uno de los protagonistas sino a la interacción de sus comportamientos, como en una especie de juego de espejos. En el mismo apartado, la palabra «lesión» debería sustituirse por la palabra «perjuicio».

41. Aunque aprueba el artículo 46 quater, considera sin embargo que falta algo que merecería un segundo párrafo o un artículo diferente a lo que ya ha hecho alusión, esto es, el caso de renuncia parcial, no al derecho de hacer valer la responsabilidad sino a las formas más confirmadas de reparación, a saber, la restitución, la indemnización, o ambas, en beneficio únicamente de la satisfacción. Quizá bastaría decir lo siguiente: «El Estado lesionado podrá renunciar parcialmente a la reparación completa a que tiene derecho», a reserva de la imposibilidad de renunciar a la restitución si se ha violado una norma de *jus cogens*.

42. En lo que se refiere a los artículos 46 quinquies y 46 sexies, comparte la opinión de los Sres. Hafner y Simma, que han destacado que los problemas planteados por la pluralidad de Estados lesionados y de Estados responsables son más complejos que lo que parece deducirse de esos dos artículos, aunque duda en seguir al Sr. Simma o al Sr. Lukashuk, que parecen abogar a favor de que la Comisión se ocupe del caso de la pluralidad de Estados, ya se trate de la responsabilidad activa o la res-

ponsabilidad pasiva, en el marco de las organizaciones internacionales. De todos modos, la Comisión ha decidido, con razón o sin ella, excluir todos los problemas que se refieren de cerca o de lejos a las organizaciones internacionales, por lo que estima que en la fase actual es mejor atenerse a esa decisión, tal como lo defiende con bastante firmeza el Relator Especial en el apartado a del párrafo 276 y en el párrafo 282 de su informe. Dicho esto, expresa su total acuerdo con el Relator Especial cuando en el párrafo 283 de su informe considera que las cuestiones relativas a la pluralidad de Estados lesionados y de Estados responsables deben, en lo posible, aclararse en el propio texto del proyecto de artículos.

43. Pasando al artículo 46 sexies, dice que respecto del fondo no tiene ideas muy concretas, excepto una: que las analogías con el derecho interno son en esta esfera muy arriesgadas y eso que ha tenido ocasión de pleitear ante la CIJ en varios asuntos en que se planteaba el problema. Dicho lo cual, no es exacto, como escribe el Relator Especial de manera excesivamente categórica en el párrafo 275 de su informe, que entre las fuentes del derecho internacional enumeradas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte no figuren las analogías extraídas de los sistemas jurídicos nacionales. A su juicio, éste es precisamente el objeto y la función de los principios generales de derecho que se mencionan en el apartado c de esta disposición, que remiten a los principios comunes a los Estados in foro domestico. Pero precisamente en el caso presente, al tratarse de mecanismos de responsabilidad conjunta o solidaria, los sistemas nacionales difieren de manera profunda, contrariamente, también en esto, a la impresión que puede dar el párrafo 272 del informe. Por consiguiente, por una razón totalmente diferente de la expresada por el Relator Especial, está de acuerdo con él y no cree que haya mucho que ganar del establecimiento de una analogía con los derechos nacionales. Por lo tanto, es preciso contentarse con el derecho internacional, y sobre este punto el Relator Especial señala muy bien que existe poca práctica y que la que hay no es en absoluto decisiva. El orador considera no obstante que los pocos ejemplos que ha encontrado son bastante convincentes, con excepción del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, que establece un régimen convencional de responsabilidad objetiva, es decir, por hechos que no son internacionalmente ilícitos, y por consiguiente no prueba absolutamente nada en la esfera que interesa a la Comisión. En cambio, para todo lo restante los ejemplos dados por el Relator Especial, incluido el del asunto *Détroit de Corfou*, cuya pertinencia han cuestionado algunos miembros, parecen poner de manifiesto que el derecho internacional prefiere la responsabilidad solidaria frente a la responsabilidad conjunta. Esto significa que si los hechos internacionalmente ilícitos de varios Estados han contribuido al mismo daño, cada uno de esos Estados tiene que reparar el perjuicio en su totalidad, a reserva de poder reclamar a los Estados corresponsables. Ésta parece ser la conclusión a que llegó el magistrado *Shahabuddeen* en su opinión separada en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, citado por el Relator Especial en el párrafo 277 y a la que parece adherirse por más que el final de este párrafo es extremadamente sibilino. Por otra parte, se trata del «escenario» aceptado concretamente por los Estados presentes en ese

asunto. Admite gustosamente que no es una conclusión del todo evidente teniendo en cuenta que se trata de una práctica muy poco frecuente, pero es la más verosímil y también la más cómoda para la víctima. Así, a falta de una costumbre clara que pueda codificar, la Comisión podría mantener este principio en calidad de desarrollo progresivo del derecho internacional, que no es otra cosa que la consolidación de tendencias que un análisis sin prejuicios de la práctica permite revelar. No obstante, la redacción del artículo 46 sexies es bastante asombrosa. Al mismo tiempo que el Relator Especial ha realizado este análisis objetivo del que parece deducir la misma conclusión que el orador, el texto del artículo 46 sexies parece ir exactamente en dirección contraria. Es verdad que «la responsabilidad de cada Estado [responsable de un mismo hecho ilícito] deberá determinarse de conformidad con el presente proyecto de artículos», pero esto no es en absoluto de lo que se trata ahora: la determinación de la responsabilidad corresponde a la primera parte del proyecto y lo de que ahora se trata son las consecuencias de la responsabilidad. Ahora bien, el párrafo 1 no habla de ella y el párrafo 2 aporta precisiones o atenuaciones de un principio que no figura en el párrafo 1. A su juicio, es preciso concebir de manera bastante diferente el párrafo 1 y decir, por ejemplo: «Cuando dos o más Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, cada uno de ellos estará obligado» —o, si se quiere ser prudente, «podrá verse obligado»— «a reparar todo el daño causado por ese hecho».

44. Una vez planteado este principio, el párrafo 2 se hace comprensible. Este principio no permite que un Estado obtenga una indemnización mayor que los daños sufridos (según se dice en el apartado a del párrafo 2), lo que no impide que el Estado así obligado a indemnizar por la totalidad pueda reclamar a sus corresponsables [según se dice en el inciso ii) del apartado b]. En lo que respecta al inciso i) del apartado b, considera que su lugar no corresponde a este artículo y que se requiere una disposición más general que indique que toda la segunda parte del proyecto se entiende sin perjuicio de las normas de procedimiento y de competencia en vigor ante las jurisdicciones y los tribunales internacionales.

45. La redacción del artículo 46 sexies requiere además algunas observaciones. En el apartado a del párrafo 2 no parece oportuno mencionar a las personas o entidades distintas de los Estados, ya que también en este caso se vuelve al derecho de la protección diplomática o incluso a los derechos nacionales. Se pregunta también si en ese párrafo es preciso limitar la indemnización y piensa en particular en la restitución de una cantidad de dinero. La palabra «reparación» o «resarcimiento» quizás sería más general y por supuesto más exacta que la palabra «indemnización». Considera por último que en el inciso ii) del apartado b la expresión «exigencia de contribución» que traduce las palabras inglesas *requirement for contribution* pertenece al *common law*, por lo que sería preferible recurrir a una expresión menos sesgada, diciendo simplemente que el párrafo 1 no excluye la posibilidad de que el Estado que pueda verse obligado a pagar la totalidad de la reparación reclame luego a los Estados corresponsables. Quizás sería útil precisar «con miras a recuperar una cantidad proporcionada a la contribución de cada uno de esos Estados al hecho ilícito» o «a los daños».

46. En lo que se refiere al artículo 46 quinquies, dice que requiere menos observaciones, no porque no parezca plantear ningún problema sino por falta de elementos para resolverlos. Considerado todo ello y desconociendo la práctica pertinente (quizá no la haya, excepto en el asunto *Forêts du Rhodope central*), parece que establece una norma de sentido común, por otra parte tan evidente que cabe preguntarse si es necesaria. A su juicio es preciso no obstante responder afirmativamente a esta pregunta, aunque sólo sea por simetría con el indispensable artículo 46 sexies. Se pregunta solamente si la Comisión acaso debería decidir entre la postura que adopta el Relator Especial en el párrafo 281 de su informe, que el orador tendería a aprobar, y la del árbitro Undén en el asunto *Forêts du Rhodope central*. El Relator Especial no propone nada concreto y el Comité de Redacción quizá podría interrogarse sobre este punto.

47. En conclusión, a pesar de algunas observaciones críticas que ha formulado, las más importantes de las cuales se refieren a las lagunas persistentes, vuelve a decir que, por lo menos en su opinión, los artículos propuestos por el Relator Especial son de muy gran utilidad y constituyen un «plus» indiscutible para el proyecto. Por consiguiente, el Comité de Redacción debería examinarlos y completarlos.

48. El Sr. ROSENSTOCK cree recordar que el Sr. Pellet figuraba entre los que consideraban que no se había subrayado lo suficiente que el Estado lesionado debe poder elegir la forma de reparación y se pregunta por qué en esas condiciones quiere suprimir el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter.

49. El Sr. GALICKI, a diferencia del Sr. Pellet, opina que el Relator Especial, en el párrafo 272 de su informe, cita acertadamente el ejemplo del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, y por su parte considera que también debería citarse el artículo VI de dicho Convenio, que reúne elementos de responsabilidad internacional (*liability*) y de responsabilidad de los Estados (*responsibility*).

50. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), en relación con la observación del Sr. Rosenstock, dice que tiene la intención de destacar, en el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter, que el Estado lesionado puede elegir la forma que debe asumir la reparación. En respuesta a una observación del Sr. Pellet con respecto al párrafo 1 del artículo 46 sexies, indica que la palabra «responsabilidad» que figura en dicho párrafo remite a la totalidad de la primera y la segunda parte del proyecto de artículos. Le parece que el Sr. Pellet está de acuerdo con él sobre el principio, si no lo está sobre la redacción.

51. El Sr. PELLET, en respuesta al Relator Especial, puntualiza que la palabra «determinarse» es la que le plantea un problema al remitir al origen de la responsabilidad.

52. Añade que por otra parte está en total desacuerdo con el Sr. Galicki: considera peligroso hacer valer convenios que plantean regímenes especiales de responsabilidad, ya que esto suprime la distinción entre *liability* y *responsibility*.

53. En lo que se refiere a la observación del Sr. Rosenstock, en su redacción actual el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter constituye una disposición de procedimiento: sólo significa que el Estado ha de notificar la forma de la reparación, pero no se trata en ningún modo del derecho del Estado lesionado a escoger la forma de esta reparación.

54. El Sr. ECONOMIDES lamenta no haber tenido tiempo suficiente para estudiar la versión francesa del texto que se examina, que se ha publicado con retraso. Por consiguiente, sus observaciones sobre los proyectos de artículos de que se ocupa la Comisión sólo tienen carácter exclusivamente preliminar.

55. El artículo 46 ter no parece abarcar el caso del Estado no lesionado que sin embargo está habilitado para hacer valer la responsabilidad internacional de otro Estado. Dado que este caso se registra en especial cuando se atenta gravemente contra los intereses fundamentales del conjunto de la comunidad internacional, sería conveniente tenerlo en cuenta, tal como ha aconsejado el Sr. Gaja. En lo que se refiere más precisamente al apartado b del párrafo 1, relativo a la forma que debe asumir la reparación, es preciso recordar que el derecho del Estado lesionado para elegir dicha forma no es absoluto, sobre todo cuando es posible la restitución en especie. De no ser así, carecería de sentido el principio de que salvo acuerdo contrario entre las partes la restitución tiene prioridad sobre la reparación. Por consiguiente, la elección de la forma de reparación depende de las disposiciones de fondo ya aprobadas en materia de restitución, indemnización y satisfacción. No es desde luego el artículo 46 ter el que deba resolver esta cuestión.

56. Además, este artículo no está completo. El Estado lesionado puede puntualizar muchas cosas en su reclamación, además de la simple cesación, lo cual no figura en el texto propuesto. Si se mantiene esta disposición, debería precisarse que la enumeración de los elementos que ha de contener la reclamación es estrictamente indicativa y no limitativa. Por otra parte, la forma de reparación suele determinarse al final de un trabajo de larga duración y no puede definirse inmediata y unilateralmente. En realidad, el único elemento útil del artículo 46 ter es la notificación escrita de la reclamación del Estado lesionado. Por consiguiente, es preciso mantener este elemento en una disposición especial sobre el modelo propuesto por el Sr. Pellet o si no incluir en el comentario la cuestión de la notificación de la reclamación.

57. El párrafo 2 del artículo 46 ter debería constituir una disposición completamente distinta que podría titularse «Condiciones para el ejercicio de la protección diplomática». Por cierto, a su juicio es ingenuo hablar al principio de este párrafo de hacer valer la responsabilidad «con arreglo al párrafo 1» ya que la responsabilidad del Estado no nace del párrafo 1 sino del régimen que establece el conjunto del proyecto. Por consiguiente, el párrafo 2 no se refiere a la responsabilidad directa entre Estados ya que prevé el caso del Estado que toma partido a favor de uno de sus nacionales, ya se trate de una persona física o de una persona jurídica. Se trata de una situación que efectivamente es preciso abarcar de alguna manera y para ello propondrá el texto siguiente:

«Un Estado no podrá hacer valer la responsabilidad de otro Estado en concepto de protección diplomática a no ser que:

»a) La reclamación sea conforme a las normas aplicables en relación con la nacionalidad de las reclamaciones;

»b) Se hayan agotado todos los recursos internos eficaces de que disponga la persona o entidad en cuyo nombre se ejerza la protección diplomática.»

Si no se quiere entrar en detalles, cabe aceptar un texto todavía más resumido, que diría lo siguiente: «Un Estado no podrá hacer valer la responsabilidad de otro Estado en el marco de la protección diplomática cuando no se reúnan las condiciones necesarias para el ejercicio de dicha protección».

58. En lo que respecta al artículo 46 quater, está de acuerdo con el Sr. Simma en que en el apartado a la palabra «renunciado» no se utiliza en su sentido técnico, ya que si hay «aceptación sin reservas de una oferta de reparación», hay, simplemente, solución del litigio, no mediante renuncia sino porque la parte lesionada se considera satisfecha. Por otra parte, las palabras «sea en otra forma inequívoca» pueden incluir la renuncia y otras modalidades de pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad y por consiguiente merecerían ser revisadas por el Comité de Redacción.

59. El apartado b de este artículo es mucho más problemático ya que se refiere a la cuestión muy difícil de la prescripción. Ahora bien, si se establece, corresponde al ámbito de las normas primarias. Introducirla en el proyecto mediante una norma secundaria es dar un salto que el orador califica de peligroso. En primer lugar, la regla del plazo razonable no conviene a todas las infracciones: es aplicable a los delitos pero no a los crímenes definidos según el artículo 19. En el mundo contemporáneo se considera que las violaciones más graves que afectan a la comunidad internacional en conjunto son imprescriptibles. Además, esta disposición es incompleta y no dice con claridad lo que se espera de los Estados y está redactada en términos demasiado ambiguos. En realidad, debería suprimirse totalmente.

60. En cambio, el artículo 46 quinquies parece muy útil. Es una lástima que no dé una imagen completa de las situaciones posibles: prevé el caso de un Estado lesionado y el caso de varios Estados lesionados, pero no el caso en que todos los Estados resulten lesionados por una violación muy grave que afecte a los intereses de toda la comunidad internacional. Esto es un error que, francamente, no sabe cómo corregir.

61. En lo que se refiere al artículo 46 sexies, sería mejor, tal como ha aconsejado el Sr. Pellet, limitarlo a que se haga valer la responsabilidad de cada Estado en vez de hablar de la «determinación» de esa responsabilidad, como se dice en el párrafo 1. La determinación de la responsabilidad corresponde a otra parte del proyecto. También es cierto que la cláusula del inciso i) del apartado b del párrafo 2 no está en el lugar que le corresponde, al contrario de lo que ocurre con el inciso ii). Aun así, será preciso mejorar la redacción de estas últimas palabras, sobre todo en francés. En lo que respecta al aparta-

do a del mismo párrafo, se trata de una disposición útil pero sería mejor suprimir las palabras «persona o entidad». En el comentario podría decirse simplemente que en algunos casos no se trata del Estado sino de instituciones o de personas privadas.

62. El Sr. ADDO dice que el artículo 46 ter consagra una situación evidente: la única manera de hacer valer la responsabilidad de un Estado es notificarle su reclamación, acompañada de precisiones sobre el comportamiento que debe seguir para garantizar la cesación del hecho ilícito y sobre la forma de reparación. Como ya se ha señalado a este respecto, en el párrafo 1 de la versión francesa deberían sustituirse las palabras *devrait préciser* por las palabras *doit préciser*, que son más apremiantes. En el apartado a del párrafo 2 de este artículo se plantea la norma de la nacionalidad de la reclamación, que limita el derecho al ejercicio de la protección diplomática que el derecho internacional reconoce a los Estados. Este derecho también está limitado por la norma del agotamiento de los recursos internos, que figura en el apartado b. De este apartado se deduce claramente que si los recursos internos disponibles no son eficaces, de nada sirve aplicarlos. También se deduce que cuando existen recursos pero las autoridades del Estado de origen obstaculizan su empleo, cabe considerar que se cumple la regla del agotamiento de los recursos internos. Así lo confirmó la CIJ, por ejemplo, en el asunto Barcelona Traction (excepciones preliminares). Por consiguiente, la redacción propuesta por el Relator Especial para este artículo es suficiente.

63. También aprueba el artículo 46 quater que se propone, en la inteligencia de que el «plazo razonable» de que se habla en el apartado b se evaluará en cada caso y habida cuenta de las circunstancias de que se trate. Los artículos 46 quinquies y 46 sexies también son aceptables. Por consiguiente, opina que debe remitirse al Comité de Redacción el primer capítulo de la segunda parte bis propuesta por el Relator Especial.

64. El Sr. LUKASHUK, en relación con el párrafo 1 del artículo 46 ter, dice que en la versión francesa, a diferencia de lo que aconsejan algunos miembros, debería mantenerse la forma verbal *devrait* en vez de sustituirla por *doit*, que expresa una obligación. Si se obliga al Estado lesionado a que desde el momento en que presenta su reclamación precise «la forma de la reparación», esto podría interpretarse en el sentido de que el Estado lesionado que, por ejemplo, no pida indemnización en su demanda no pueda pedirla más adelante.

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

2645.^a SESIÓN

Martes 25 de julio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. HE estima que procede felicitar al Relator Especial por su iniciativa de crear la nueva segunda parte bis relativa a la puesta en práctica de la responsabilidad de los Estados, que es verdaderamente completa y fundada en una argumentación bien razonada y equilibrada. Sin duda esta parte ocupará un lugar irremplazable en el proyecto de artículos.

2. El párrafo 1 del artículo 46 ter contiene un elemento crucial para la invocación de la responsabilidad: la necesidad de que el Estado lesionado notifique su reclamación al Estado responsable. En los párrafos 234 y 236 del tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4) se destaca la necesidad de que el Estado lesionado o interesado responda a la violación y el primer paso será llamar la atención del Estado responsable sobre la situación para que éste ponga fin a la violación y proceda a la reparación. En los párrafos 236 y 237 se dice que es preciso tener cuidado de no exagerar el carácter formal del procedimiento de notificación, porque la CIJ no atribuye gran importancia a las formalidades. Las diversas formas de notificación, desde el recordatorio oficioso o confidencial hasta la declaración pública o la protesta formal, se pueden considerar adecuadas para la notificación, según las circunstancias lo aconsejen; pero no enviar una notificación al Estado responsable podría acarrear serias consecuencias jurídicas, incluida la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad.

3. Una vez especificadas todas esas condiciones para la notificación de una reclamación, parece faltar una cosa: el factor tiempo. ¿Existe algún plazo para la notificación?

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

La respuesta se halla en el apartado b del artículo 46 quater, en el que se indica que la reclamación se ha de notificar al Estado responsable «dentro de un plazo razonable» a contar desde el momento en que el Estado lesionado haya tenido noticia de la lesión. Por consiguiente, en el comentario se debe mencionar el factor tiempo.

4. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que los apartados a y b del párrafo 2 del artículo 46 ter, referentes a la nacionalidad de las reclamaciones y al agotamiento de los recursos internos, contienen principios jurídicos generales cuya cobertura no se limita a los casos de protección diplomática, es decir, al trato que reciben las empresas y los nacionales extranjeros, y que esos principios se deben considerar como condiciones generales para hacer valer la responsabilidad del Estado. Sin embargo, al igual que otros miembros, el orador opina que el párrafo 2 debería constituir un artículo aparte, porque versa sobre las condiciones en las que no es posible hacer valer la responsabilidad del Estado, mientras que el párrafo 1 se refiere a la necesidad de notificación.

5. El orador observa complacido que se ha adoptado la distinción tradicional entre renuncia y plazo en el artículo 46 quater y en especial le agrada el texto del apartado b, que equilibra debidamente los intereses del Estado lesionado y los del Estado responsable. Surgen, sin embargo, ciertas dificultades en relación con la solución del conflicto. Es cierto que, en virtud del apartado a, la aceptación sin condiciones por el Estado lesionado de la reparación ofrecida por el Estado responsable se podría considerar como un tipo de renuncia. Sin embargo, en la mayoría de las circunstancias, la acción unilateral de un Estado no basta: el caso se ha de resolver mediante la acción de ambos Estados con objeto de obtener una solución que vaya en beneficio de ambos. En términos generales, la reparación no se puede, pues, considerar un tipo de renuncia y se la ha de tratar separadamente.

6. En ausencia de una solución específica cuando hay una pluralidad de Estados lesionados (art. 46 quinquies) y una pluralidad de Estados responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito (art. 46 sexies), es aconsejable seguir el principio general propuesto de que cada Estado es responsable de su propio comportamiento en relación con sus propias obligaciones internacionales y que cada Estado lesionado tiene derecho a reclamar reparación de todo Estado responsable por las pérdidas debidas y atribuibles a un hecho de dicho Estado, con la salvedad prevista en el párrafo 2 del artículo 46 sexies. Como se señala en el informe, los casos en los que hubo varios Estados lesionados o responsables en relación con uno y el mismo hecho ilícito no parecen haber causado en la práctica dificultades que requirieran una regulación específica en el proyecto más allá de la ya existente en el artículo 46 quinquies.

7. El Sr. TOMKA felicita al Relator Especial por su propuesta de redactar la nueva segunda parte bis, que constituye una importante mejora en comparación con el texto aprobado en primera lectura, sobre todo en relación con las contramedidas.

8. La primera cuestión que exige atención es el llamado «derecho» del Estado lesionado a elegir la forma de

reparación. Aunque en el artículo 46 ter no se habla expresamente de tal derecho, éste parece hallarse implícito en el apartado b del párrafo 1. En el curso de las deliberaciones, el Relator Especial parece haber confirmado esa interpretación. En el párrafo 232 del informe, el Relator Especial dice con mucha más claridad que es aconsejable establecer estrictamente el derecho a elegir. En el párrafo 233 sugiere que basta con referirse a la elección «válida» de una u otra de las formas de reparación y dejar que las condiciones de validez sean determinadas por el derecho internacional general. El orador se pregunta si el derecho de elección se ha de entender como un derecho subjetivo del Estado lesionado, que corresponde a la obligación del Estado responsable de proporcionar la forma de reparación que haya sido «válidamente» elegida por el Estado lesionado. Aparentemente la respuesta es afirmativa, según la declaración contenida en el párrafo 233 de que con arreglo al proyecto de artículos, tal elección debería surtir efecto pero ¿está esta conclusión en armonía con la crítica que hace el Relator Especial en el párrafo 227 del informe, es decir, que la segunda parte adoptada en primera lectura no dejaba ningún elemento de elección o de respuesta a los otros Estados o incluso al propio Estado responsable?

9. Se han citado dos casos en relación con el «derecho» de elección: Usine de Chorzów y Grand-Belt. En el primero, Alemania había preferido la indemnización a la posibilidad de restitución. En el segundo, Finlandia había acabado eligiendo la indemnización, aunque el arreglo se efectuó antes de que se hubiese realmente cometido el hecho internacionalmente ilícito, puesto que en 1992 no se había construido todavía el puente y no se vulneraba el derecho de libre paso de las torres y los buques utilizados en la perforación de pozos de petróleo. La situación era análoga a la que se planteó en el caso Projet Gabčíkovo-Nagymaros, en el que una de las partes había iniciado una construcción en su territorio en 1991 que no tenía en aquel momento ninguna repercusión sobre el otro Estado, aunque la posibilidad de modificar las obras o llegar a un acuerdo al respecto existía ya. En el caso Grand-Belt era posible todavía modificar el proyecto de construcción del puente o llegar a un acuerdo al respecto. Como en aquel momento no se había cometido ningún hecho internacionalmente ilícito, no se habría planteado la cuestión de la responsabilidad de Dinamarca ni habría nacido la obligación de restituir o indemnizar en el sentido de los artículos 43 y 44. Finlandia, a cambio del pago de una cantidad a sus astilleros, había aceptado que continuase la construcción del puente, que se inauguró por último en 2000.

10. En la práctica, lo más frecuente es que se elija entre la restitución y la indemnización. En el párrafo 143 de su informe, el Relator Especial llega a la atinada conclusión de que se debe conservar el principio de la prioridad de la restitución. En el artículo 44 se expresa esa prioridad cuando se dispone que un Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de indemnizar de las resultas de ese hecho «en la medida en que no las repare mediante la restitución». Por lo tanto, no se puede interpretar el artículo 46 ter como una confirmación del derecho subjetivo de un Estado lesionado a elegir la forma de reparación. Esa elección sería facultativa para el Estado lesionado. Si éste solicita la restitución y la restitución no es materialmente imposible o no supondría una carga totalmente desproporcionada en

relación con el beneficio que se obtendría con la restitución en vez de la indemnización, el Estado responsable tiene obligación de restituir. Si el Estado lesionado solicita la indemnización en vez de la restitución, aunque ésta no sea materialmente imposible ni entrañe una carga desproporcionada, hay dos posibilidades fundamentales: o el Estado responsable acepta indemnizar en vez de restituir y, gracias a este acuerdo, queda descartada ad casum la prioridad de la restitución, o el Estado responsable no acepta pagar la indemnización y se declara dispuesto a proceder a la restitución. En tal caso, el Estado lesionado no debería tener derecho a rehusar la restitución e insistir en la indemnización y sin embargo, si se entiende que el artículo 46 ter confiere al Estado lesionado el derecho a elegir la forma de reparación, el resultado sería ese. Como el así llamado «derecho» de elección no se especifica expresamente en esta disposición, el orador dirige más bien su crítica contra los párrafos correspondientes del informe, que servirían aparentemente de base para la preparación del comentario al artículo 46 ter.

11. En el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter, el orador preferiría «qué forma de reparación desea» en vez de «qué forma debería asumir la reparación». Abriga dudas sobre la conclusión del párrafo 247, es decir, que la norma de non ultra petita es el complemento procesal del principio más fundamental según el cual el Estado lesionado tiene derecho a elegir entre los medios de subsanar el daño de que dispone en el contexto de la reparación. A su juicio, el principio de non ultra petita es un principio del derecho procesal o un principio general del derecho que no sólo se aplica a la responsabilidad del Estado sino en un contexto mucho más amplio —por ejemplo en asuntos relativos a la delimitación marítima o territorial—. Como la Comisión no se ocupa de la codificación del derecho procesal, no hay necesidad de que enuncie ese principio.

12. Las palabras la «nacionalidad de las reclamaciones» que figuran en el apartado a del párrafo 2 del artículo 46 ter son imprecisas, aunque a veces se utilice esta expresión en la doctrina y en la práctica del Reino Unido y de otros Estados. El término «nacionalidad» describe una relación especial entre una persona y un Estado y no entre una pretensión y un Estado. Lo que realmente significa es la nacionalidad de la persona en cuyo nombre un Estado presenta una reclamación. En su futura labor, la Comisión debe tratar de hallar una frase más feliz que «la nacionalidad de las reclamaciones». La norma sobre el agotamiento de los recursos internos corresponde también al tema diferente de la protección diplomática. Nada permite aplicar las dos normas a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito que haya lesionado a otro Estado directamente y no a través de sus nacionales. Por lo tanto, el párrafo 2 es innecesario. Más valdría dejar pendientes estas cuestiones hasta que la Comisión examine más adelante el tema de la protección diplomática y quizá baste con incluir en la cuarta parte una cláusula de salvedad en relación con las normas aplicables a la protección diplomática.

13. En lo que respecta al artículo 46 quater, el orador está de acuerdo en que, cuando un Estado renuncia a una reclamación, no podrá luego hacer valer la responsabilidad, pero es dudoso que la aceptación sin condiciones de una oferta de reparación se pueda incluir en la categoría

de renuncia. O el Estado propone una forma de reparación que se acepta, en cuyo caso hay acuerdo y no renuncia o, si la reparación se efectúa de una forma u otra, la invocación de la responsabilidad no se justifica puesto que se ha cumplido la obligación de reparar.

14. En el apartado a del párrafo 2 del artículo 46 sexies sería preferible la palabra «reparación» a «indemnización». El orador se pregunta también si la expresión «admisibilidad de los procedimientos» en el inciso i) del apartado b del párrafo 2 es correcta y si no convendría reemplazarla por «admisibilidad de la reclamación» o «admisibilidad de la solicitud».

15. El Sr. KABATSI no tiene ninguna razón para estar en desacuerdo con la recomendación, generalmente secundada por los miembros, de que los proyectos de artículo 46 ter, quater, quinquies y sexies se transmitan al Comité de Redacción. Su existencia obedece al razonamiento bien documentado que se describe en la segunda adición al tercer informe. El Relator Especial merece los elogios que ya se le han hecho por su notable labor, elogios a los que el orador desea sumarse.

16. En principio, las disposiciones del artículo 46 ter, que sin duda alguna el Comité de Redacción depurará aún más, son aceptables. El párrafo 1 versa sobre la manera en que se debe notificar la reclamación. El Relator Especial ha señalado que la notificación se debería efectuar por escrito, que es la manera normal de comunicación entre Estados, pero reconoce que es preciso tener cuidado de no formalizar excesivamente el procedimiento. La actitud de los tribunales indica que la transmisión de la notificación no exige formalidades. Por otra parte, el Relator Especial destaca la importancia de una notificación efectiva al Estado responsable si se desea tener éxito en la reclamación. Con objeto de mantener la flexibilidad requerida, la palabra «notificar» que figura en el párrafo 1 no se debe modificar con palabras como «oficialmente» o «por escrito» como han sugerido algunos miembros. El orador preferiría el texto propuesto por el Relator Especial. Además, los límites a la invocación de la responsabilidad están suficientemente claros en el párrafo 2 y no hace falta agregar ningún otro detalle. En todo caso, el examen ulterior de este asunto se habrá de efectuar como parte de otro tema, la protección diplomática.

17. En general, el orador puede aceptar el artículo 46 quater, aunque no ve la necesidad del apartado b, relativo a la demora. Se podría suprimir este apartado y mencionar la demora en el apartado a, al igual que la extinción o la suspensión de la obligación violada.

18. El Sr. GOCO elogia el capítulo III, que no sólo es completo y convincente, sino que también pone de relieve normas y principios jurídicos contemporáneos. El trabajo del Relator Especial es indudablemente lo que la Sexta Comisión había previsto cuando, después de la primera lectura del proyecto de artículos, aprobó el método para su actualización y simplificación.

19. El capítulo I de la segunda parte bis, titulado «Formas de hacer valer la responsabilidad de un Estado», combina derechos esenciales y normas de procedimiento. Los primeros están constituidos por el derecho del Estado

lesionado a hacer valer la responsabilidad de otro Estado, mientras que las normas de procedimiento guardan relación con la manera de hacer valer esa responsabilidad. El derecho del Estado lesionado a elegir la forma de reparación es incuestionable, aunque nada impide que los Estados partes, lesionados y responsables, lleguen a un acuerdo sobre una indemnización. Después de la segunda guerra mundial se concertaron con frecuencia acuerdos de esta clase. El Relator Especial ha obtenido el equilibrio adecuado, por lo que el orador no tiene nada que oponer a la formulación del párrafo 1 del artículo 46 ter.

20. Las normas de admisibilidad contenidas en el párrafo 2 del artículo 46 ter pueden, en cambio, suscitar toda una serie de cuestiones. Podría bastar con unas disposiciones sencillas sobre la nacionalidad de las reclamaciones. La premisa en que se funda la nacionalidad de las reclamaciones es la existencia del interés jurídico de un Estado cuando sus nacionales y las entidades que tienen una conexión suficiente con él sufren un perjuicio como consecuencia de los actos de otro Estado. Además, hay muchos factores que condicionan esta noción, por ejemplo la continuidad de la nacionalidad, el cambio de nacionalidad, el acuerdo internacional o la legislación interna. Todo ello tiende a indicar que, como se dice en el párrafo 242, este asunto entra más bien en el tema de la protección diplomática. El argumento que se presenta en el párrafo 241, es decir que conviene insertar una cláusula de salvedad en lugar del artículo 22 respecto al requisito del agotamiento de los recursos internos, ha persuadido también al orador puesto que, después de todo, algunas leyes nacionales son intrínsecamente defectuosas o su aplicación puede ser laxista o arbitraria. En este contexto, el orador espera que se examine todavía la cláusula Calvo³, en virtud de la cual un extranjero renuncia al derecho a apelar al Estado de que es nacional en los contratos que concluye en otro Estado.

21. El principio de non ultra petita es razonable cuando se lo aplica en los litigios internacionales, pero no es una novedad: los tribunales nacionales lo siguen invariablemente. Aunque las pruebas tiendan a apoyar la existencia de una pretensión más amplia, el tribunal se ve generalmente obligado a conceder exclusivamente lo solicitado. El orador está pues de acuerdo con la conclusión a que llega el Relator Especial en el párrafo 247, a saber, que no es necesario expresar este principio con más detalle, porque podría limitar la flexibilidad de que disponen los tribunales internacionales para decidir la combinación adecuada de medios para subsanar el daño. De igual manera, la norma que prohíbe el doble resarcimiento se podría ciertamente englobar en el principio general de la reparación íntegra y equitativa aunque, según se indica en el párrafo 248, existe la posibilidad de que diferentes personas tengan derecho a formular la misma reclamación en diferentes foros. Ello plantea la cuestión de la identidad de las partes de las reclamaciones o de la reparación, que puede conducir a que se desestime la reclamación. También existe el peligro de que las partes vayan a la «caza de foros», que consiste en presentar reclamaciones en foros diferentes, pero ello es fundamentalmente una cuestión de procedimiento que los tribunales o un responsable que esté atento deberán tomar en consideración.

22. En el artículo 46 quater, la utilización de la palabra «válidamente» para describir la renuncia excluye todo consentimiento viciado. Puede existir ambigüedad cuando se trata de una relación entre personas, pero no quizá entre Estados partes cuyas decisiones se formulan a través de funcionarios facultados para ello. El orador sugiere sin embargo que, en la versión inglesa, la palabra renounce podría ser una útil mejora en relación con waiver, pese a la convincente explicación del Relator Especial sobre la elección de este último término. Renounce entraña la declaración oficial de que no se hará valer un derecho. En este contexto quizá fuese adecuado mencionar los plazos de prescripción, tal vez en el apartado b, para los casos en que no se comunica la reclamación al Estado responsable en un lapso de tiempo razonable. Otra posibilidad es el estoppel.

23. Según se dice en el párrafo 259, en la práctica de los tribunales internacionales no existen límites claramente definidos para medir el tiempo que ha de transcurrir. Es difícil medir la esperanza razonable de que no se pueda ejercer una pretensión. A veces las circunstancias impiden al Estado presentar a tiempo su reclamación. Este es el problema que se planteó a Filipinas cuando el Sultán de Sulu gozaba del derecho real sobre Sabah, Borneo, que luego cedió al Gobierno de Filipinas, aun cuando formaba parte de una mancomunidad. Sólo después de haber obtenido la independencia en 1946 reclamó el Gobierno ese territorio y para entonces una empresa británica y más tarde Malasia habían consolidado ya su ocupación. Durante las negociaciones diplomáticas entre Filipinas y Malasia se ventiló la cuestión de la demora, pero Malasia rehusó el recurso a la CIJ.

24. El orador no tiene nada contra los acuerdos, pero para decidir llegar a un acuerdo es precisa la participación de ambas partes y la acción unilateral no basta. Es adecuado hacer referencia a la Convención de Viena de 1969, con la salvedad de que en esa Convención la terminación de un tratado no tiene ninguna consecuencia perjudicial o favorable en el derecho o la obligación de reparar. El comentario de los artículos 46 quinquies y sexies es muy completo, en particular el párrafo 282, en el que se los resume. El orador entiende que en este resumen se hace constar la responsabilidad de cada Estado por su comportamiento y el derecho de cada Estado lesionado; éste no puede obtener una indemnización superior a su pérdida y, cuando haya más de un Estado responsable, puede surgir la cuestión de la contribución respectiva. Estas situaciones se han producido frecuentemente. La OUA ha identificado a varios Estados y entidades responsables del genocidio de 1994 en Rwanda. Lo mismo puede suceder en el caso de pactos de defensa mutua, cuando el ataque contra un Estado constituye un ataque contra los demás y cualquier Estado que sea parte en el pacto puede ser responsable de la defensa mutua. Los Estados que forman la OTAN podrían ser responsables separadamente y los casos Licité de l'emploi de la force, presentados ante la CIJ en relación con el bombardeo de Belgrado, podrían haber desencadenado la cuestión de la pluralidad. En este contexto, la peculiaridad de las obligaciones conjuntas y solidarias reside en la existencia de varias partes; el querellante puede solicitar reparación a una cualquiera de las partes y éstas a su vez tienen derecho a recurrir para obtener la contribución de las demás.

³ Véase 2625.^a sesión, nota 2.

El principio está perfectamente expuesto en el artículo 46 sexies y en el párrafo 282 del informe.

25. Rosalyn Higgins, juez de la CIJ, ha escrito que parece no haber tema en el que no surja la cuestión de la responsabilidad del Estado⁴. Sin embargo, a juicio del orador, la tendencia a convertir la responsabilidad del Estado en «derecho general» ha creado a la Comisión considerables problemas que dificultan la terminación de sus trabajos sobre este asunto. La amplia cobertura de la responsabilidad del Estado se desprende de la variedad de artículos debatidos y analizados y demuestra claramente que el derecho internacional no sólo no está alejado de la realidad, sino que es pertinente, de actualidad y vibrante. El tema de la repatriación es un excelente ejemplo. Se debe dar traslado del proyecto de artículos al Comité de Redacción.

26. El Sr. KUSUMA-ATMADJA felicita al Relator Especial por su tercer informe. Tras los esclarecedores comentarios de otros miembros y en particular del Sr. Goco, no queda gran cosa que el orador pueda añadir al debate.

27. El Sr. AL-BAHARNA estima que el Relator Especial ha tenido razón en insertar el artículo 40 bis en el capítulo I de la segunda parte bis, puesto que contiene la definición de «Estado lesionado», pero se pregunta si es acertado numerar los nuevos artículos 46 ter a 46 sexies, numeración que puede crear confusiones e incluso equívocos. El resultado es que se acumulan demasiadas cosas en el artículo 46, que de todos modos habría sido necesario dividir en varios artículos. Seguramente se podía haber hallado un método de numeración más sencillo.

28. El orador llama en particular la atención sobre los párrafos 227 y 228 del informe, en los que se puede observar la distinción entre las consecuencias secundarias de un hecho internacionalmente ilícito y la manera en que se puede hacer frente a esas consecuencias. En el párrafo 232, el Relator Especial analiza la elección entre las distintas formas de reparación, que pueden comprender la indemnización, la restitución o la cesación. Esta manera de enfocar los problemas que planteaba el texto de la segunda parte adoptado en primera lectura aporta ciertas mejoras necesarias, puesto que refleja el elemento de elección o reacción por parte de los Estados lesionado y responsable.

29. La redacción del proyecto de artículos se podía sin embargo haber precisado más en algunos casos. En el texto inglés, la palabra *seeks* que figura en el párrafo 1 del artículo 46 ter resta fuerza a la disposición. Además, la palabra «notificar» se debería sustituir por las palabras «notificar por escrito» y la utilización en la versión inglesa de *shall* y *should* requiere coordinación. Por último, convendría sustituir la frase «con arreglo a los presentes artículos» por «con arreglo a la presente parte». Así, el texto del párrafo sería:

«1. El Estado lesionado que haga valer la responsabilidad de otro Estado deberá notificar por escrito su reclamación a dicho Estado y deberá indicar:

»a) Qué comportamiento del Estado responsable resulta necesario para asegurar la cesación del hecho ilícito continuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 bis;

»b) Qué forma debería asumir la reparación.»

30. Esta versión tiene varias ventajas. En primer lugar, la omisión de las palabras «se proponga» reforzaría el texto. En segundo lugar, la adición de «por escrito» después de «notificar» corresponde a los artículos 23 y 67 de la Convención de Viena de 1969, en los que se habla de notificación por escrito. El orador está también de acuerdo con la opinión personal del Relator Especial recogida en el párrafo 238 del informe y en la nota a pie de página de ese párrafo. La palabra «notificación» es preferible a «notificar» porque la formulación es menos formal y correspondería pues al fallo de la CIJ en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, mencionado en el párrafo 237. Se debe introducir una flexibilidad mayor en el proyecto de artículos para no dar al Estado responsable una excusa que le permita no cumplir sus obligaciones so pretexto de que no ha recibido notificación oficial. La notificación escrita puede adoptar cualquier forma. La sustitución en la versión inglesa de *shall* por *should* se puede justificar también por las razones subyacentes al fallo de la Corte en ese asunto, puesto que *should* dejaría un margen para la flexibilidad requerida en la forma de comunicación dirigida por el Estado lesionado al Estado responsable. El propio Relator Especial dice en el párrafo 238 que debe existir por lo menos algún requisito mínimo de notificación de un Estado a otro de la reclamación por responsabilidad.

31. La necesidad de una comunicación o notificación por escrito viene confirmada por la analogía con la Convención de Viena de 1969 y también por el Relator Especial cuando dice, en el párrafo 238 de su informe, que parece adecuado exigir que la notificación de la reclamación se haga por escrito. Dicho esto, nada excusa que el Relator Especial no haya recogido explícitamente este requisito en el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo.

32. Las palabras «a su juicio» que figuran en el apartado a del párrafo 1 se deben suprimir porque no tienen cabida en el lenguaje que se utiliza para redactar textos jurídicos. En cuanto al apartado b, conviene señalar, ante todo, que la restitución debe recibir prioridad sobre toda otra forma de reparación y, en segundo lugar, que el derecho del Estado lesionado a elegir la forma de reparación no es absoluto, sino que está sujeto a ciertas limitaciones. El Relator Especial examina esas limitaciones en el párrafo 134, donde dice que el Estado lesionado puede no tener la opción de renunciar a la restitución si la ejecución continua de la obligación violada incumbe al Estado responsable y si aquél no tiene poder suficiente (o no lo tiene por sí mismo) para eximirlo de ese deber de ejecución. Es necesario, por lo tanto, recoger estas opiniones en el apartado b del párrafo 1.

33. Además, el texto del apartado b del párrafo 1 se debe condicionar para reflejar el hecho de que, en la práctica, la forma de reparación que proporcionará el Estado responsable es generalmente objeto de negociación por vía diplomática entre los Estados lesionado y responsa-

⁴ R. Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use It*, Nueva York, Oxford University Press, 1994.

ble. Por lo tanto, los Estados interesados pueden resolver la reclamación por medio del acuerdo al que hayan llegado en negociaciones bilaterales. En ese acuerdo se puede decidir a favor de la indemnización y no de la restitución. Además, después de las negociaciones bilaterales, el Estado lesionado puede estar de acuerdo en renunciar enteramente a su reclamación o aceptar la satisfacción como forma de reparación. El Estado lesionado no elige pues sólo la forma de reparación. Todas estas posibilidades pueden permitir la solución satisfactoria de la reclamación sobre la base del comportamiento conjunto de los Estados responsable y lesionado que, de consuno, pueden elegir cualquier forma de reparación o dar preferencia a una forma precisa de reparación en relación con otra. Por tanto, estas posibilidades se deben recoger en el apartado b del párrafo 1.

34. Es conveniente redactar de nuevo el párrafo 2 del artículo 46 ter para incluir un artículo nuevo y separado titulado «Condiciones para hacer valer la responsabilidad». El nuevo artículo se debe formular en términos positivos y no negativos y su texto debería ser:

«Artículo X

»La reclamación para hacer valer la responsabilidad de un Estado lesionado en virtud del artículo 46 ter deberá ser conforme con:

»a) Toda norma aplicable en relación con la nacionalidad de las reclamaciones;

»b) Toda norma sobre el agotamiento de los recursos internos, cuando se trate de una reclamación a la que se aplique efectivamente una norma de esta clase.»

35. La ventaja de que la disposición figure en un artículo aparte es presentarla como un artículo puramente procedimental, que sólo se necesita en el contexto del artículo 46 ter y que tiene por objeto completarlo, porque estaría incompleto si no se hiciese referencia a la nacionalidad de las reclamaciones ni al agotamiento de los recursos internos. Al mismo tiempo, el orador ha evitado hacer referencia a la segunda parte del apartado b del párrafo 2 para no prescindir de las cuestiones de fondo relacionadas con la norma del agotamiento de los recursos internos que pertenecen realmente a otro tema, el de la protección diplomática.

36. Además, toda simplificación de ese principio o norma en el contexto de la segunda parte bis del proyecto parecería corresponder al objetivo mencionado en el párrafo 241 del informe, según el cual la cláusula de salvedad debería formularse en términos muy generales; debería contemplar todos los casos a los que se aplica la norma de agotamiento de los recursos internos. Por supuesto, habría que mencionar en el comentario los casos excepcionales en los que podría no aplicarse la norma de agotamiento de los recursos internos en el contexto de las reclamaciones por responsabilidad. En el párrafo 241 del informe se citan ejemplos de violaciones de los derechos humanos a los que esa norma no se debe aplicar. Huelga decir que no serían ya necesarias las detalladas disposiciones de fondo del artículo 22 relativo al

agotamiento de los recursos internos que figuran en la primera parte y que se debería, por lo tanto, suprimir. En todo caso, el Relator Especial que se ocupa del tema de la protección diplomática, el Sr. Dugard, puede tener la seguridad de que, al adoptar un artículo de procedimiento inocuo para completar el artículo 46 ter, el Relator Especial sobre la responsabilidad del Estado no estaría adentrándose en su territorio.

37. En términos generales, el orador no tiene nada que oponer al artículo 46 quater, pero los apartados a y b se deberían convertir en los párrafos 1 y 2. En el apartado a, las palabras «renunciado válidamente» deberían recoger todos los casos o modos de renuncia a que se refiere el Relator Especial en los párrafos 253 a 256 del informe, cuando acertadamente describe la denuncia como una manifestación del principio general del consentimiento. También es interesante observar en el párrafo 256 que la renuncia se puede excepcionalmente deducir del comportamiento del Estado en cuestión, aunque el argumento de Australia en este sentido en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru* fue rechazado por la CIJ.

38. El otro problema que plantea el apartado a es la expresión «sea en otra forma inequívoca». Es ambigua y conviene redactarla de nuevo para poner más en claro su significado. Las demás circunstancias que pueden conducir a la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad, como la demora, el arreglo y la terminación o suspensión de la obligación violada, se deben mencionar específicamente en ese párrafo o por lo menos en el comentario correspondiente.

39. En el apartado b, la palabra «noticia» se debe reemplazar por «conocimiento». El miembro de frase «un plazo razonable» tiene una útil finalidad porque deja que el tribunal decida, basándose en el fondo de cada reclamación, si la demora en la notificación justifica la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad. Es dudoso que la llamada en el tercer informe «prescripción extintiva» opere, en sentido estricto, en esta clase de reclamaciones. La CIJ se inclina a adoptar una posición flexible, caso por caso, en lo que respecta a la cuestión del plazo para la presentación de las reclamaciones.

40. El primer enunciado en el artículo 46 quinquies refleja la práctica prevalente que consiste en permitir que cada Estado lesionado presente una reclamación separada. Para destacar ese principio quizá fuese aconsejable sustituir el miembro de frase «por su propia cuenta» por otro que diga «por derecho propio». El artículo debe reflejar también los diversos problemas que surgen cuando existe desacuerdo entre los Estados lesionados en cuanto a la forma de reparación reclamada.

41. El párrafo 1 del artículo 46 sexies plantea un problema, puesto que las palabras «deberá determinarse» parecen inadecuadas, como ha señalado ya el Sr. Economides. El párrafo 1 se debe redactar de nuevo de la siguiente manera: «Cuando dos o más Estados sean responsables de un mismo hecho internacionalmente ilícito, se podrá hacer valer la responsabilidad de cada Estado en relación con el hecho internacionalmente ilícito cometido por él». Así, se armonizaría la terminología con la utilizada en el artículo 46 quinquies y con el título del capítulo I de la segunda parte bis. La preferencia del orador

por el verbo «podrá» y la omisión de las palabras «de conformidad con el presente proyecto de artículos» obedecen también a un deseo de coherencia.

42. El párrafo 2 del artículo 46 sexies ha suscitado las críticas de otros miembros. En efecto, este párrafo parece estar fuera de lugar en el artículo porque, en primer lugar, no guarda relación con el párrafo 1 y, en segundo lugar, lo adecuado sería hablar de reparación y no de indemnización. Además se debe aplicar a los Estados solamente y omitir la referencia a las personas o entidades. Sin embargo, el orador no puede estar de acuerdo con el Sr. Pellet en que la analogía con el derecho interno sea peligrosa o irrelevante en el contexto del párrafo 2 del artículo. En los fallos de la CIJ se recurre en diversos casos a esta analogía pero, si el Relator Especial se propone codificar los principios mencionados en los párrafos 243 a 249 de su informe, relativos a los límites de la posibilidad de obtener reparación y los problemas que ello genera, el párrafo 2 del artículo 46 sexies, con su referencia a la indemnización solamente, no parece recoger exhaustivamente esos principios. En resumen, conviene redactar de nuevo el párrafo 2 y colocarlo en otro lugar del proyecto de artículos, quizás en el capítulo II, relativo a las formas de la reparación, en la sección correspondiente a la indemnización.

43. El Sr. KAMTO se refiere ante todo al apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter y dice que en el párrafo 232 de su tercer informe el Relator Especial afirma que un Estado lesionado tiene derecho a elegir entre las formas de reparación disponibles. Como la forma que la reparación adoptará es un asunto que se negocia entre los Estados o, en su defecto, que decide un tercero imparcial, el orador estima que la elección no es tanto un derecho como una pretensión —interpretación que el apartado b del párrafo parece confirmar puesto que se utiliza la palabra «debería».

44. La segunda observación del orador está relacionada con la noción de prescripción adquisitiva. En el apartado b del artículo 46 quater, la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad está condicionada a que el Estado lesionado haya hecho una notificación al Estado responsable en un plazo razonable a partir del momento en que ha tenido noticia del perjuicio. Quizá sea necesario moderar esta condición, aunque refleje fielmente la jurisprudencia actual, teniendo en cuenta la realidad de las relaciones entre Estados, porque el concepto de la prescripción adquisitiva se ha de examinar también en el contexto de los Estados que han pasado por un proceso de descolonización. En muchos casos, las pruebas que habrían permitido a esos Estados hacer valer la responsabilidad de otro Estado no estaban a su disposición en el momento de la independencia. Un ejemplo es el de los acontecimientos que tuvieron lugar en 1960 en el antiguo Congo belga recién independizado. Además a veces sucede que la guerra civil o desórdenes internos prolongados impiden a los nuevos Estados independientes hacer valer la responsabilidad de otros Estados. Somalia es un ejemplo y Sierra Leona un candidato probable. Por consiguiente, en el apartado b del artículo 46 quater, o por lo menos en el comentario, se debería insertar una frase en la que se diga que el Estado lesionado tiene que «estar en condiciones de establecer la responsabilidad del Estado responsable».

45. El Sr. GALICKI entiende perfectamente los temores del Sr. Kamto en cuanto a la difícil situación de los Estados que nacen de la descolonización pero, a su juicio, la expresión «dentro de un plazo razonable a contar desde el momento en que el Estado lesionado haya tenido noticia de la lesión» se puede interpretar de un modo tal que se disipen esos temores. La cuestión se podría explicar en el comentario.

46. Refiriéndose a otro asunto, el orador observa que el artículo 46 quater debería lógicamente versar primero sobre las reclamaciones y luego sobre la renuncia a ellas. Por lo tanto, habría que invertir el orden de los apartados a y b.

47. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) resume el debate y dice que, al parecer, hay acuerdo universal en que se deben transmitir los proyectos de artículos examinados al Comité de Redacción. Muchos de los comentarios se refieren a puntos o suscitan cuestiones que se podrían resolver en el momento de la redacción. Sin embargo, hay algunos puntos de fondo que es preciso abordar. El orador ha tomado cuidadosamente nota de todos esos puntos y desea pedir excusas de antemano si hay algún miembro al que no pueda responder individualmente en el brevísimo tiempo de que ahora se dispone.

48. Había habido acuerdo general en que el proyecto de artículos debe incluir un capítulo sobre la invocación de la responsabilidad, separado de los capítulos que versan sobre las consecuencias inmediatas de un hecho internacionalmente ilícito. En el capítulo III del informe está naturalmente implícito, si no explícito, que el derecho del Estado lesionado y de otros Estados a hacer valer la responsabilidad hallará un lugar en la segunda parte bis. A este respecto, el orador señala que la numeración relativamente extraña de los proyectos de artículos 46 ter a 46 sexies se explica por la necesidad de ubicarlos entre los artículos 46 y 47. Cabe esperar que, cuando termine su trabajo sobre el tema en el actual período de sesiones, el Comité de Redacción renumere todos los artículos, desde el artículo 1 hasta el final, y evite así el recurso al latín.

49. La primera cuestión de fondo en relación con el artículo 46 ter está relacionada con la palabra «noticias», término que el Sr. Al-Baharna considera más formal que «notificación», pero que el orador pretendía menos formal. Ha habido divergencias de opinión sobre cuán formal debe ser la notificación y si se la debe presentar por escrito, divergencias reflejadas en el informe, en el que se dice que la notificación se debería efectuar por escrito, lo que no se dice en cambio en el artículo. Provisionalmente, el orador prefiere esta última opinión, que al parecer comparten en su mayoría los miembros de la Comisión. Este es un asunto que corresponde examinar al Comité de Redacción.

50. Una cuestión más de fondo es la elección entre las formas de reparación. Lo primero que se ha de decir es que la situación es claramente distinta cuando la reparación, incluida la restitución, se combina con la cuestión del cumplimiento continuo de la obligación. Podría perfectamente suceder que el Estado lesionado no sea el único competente para liberar al Estado responsable del cumplimiento continuo de la obligación. No existe doc-

trina en materia de elección que permita resolver la situación. Así, en lo que respecta a la elección, la Comisión sólo ha de ocuparse del caso en que está en juego la restitución en relación con el pasado y en el que no se plantea en absoluto la cuestión del cumplimiento continuo. La cuestión es si en estas circunstancias el Estado lesionado puede libremente elegir la forma de reparación o si —cuando sea posible la restitución y la indemnización constituiría una carga excesiva— el Estado responsable puede insistir en la restitución en vez de en la indemnización. Evidentemente, si el Estado lesionado ha sufrido ya una pérdida financieramente evaluable, será preciso compensar ésta además de proceder a la restitución. El orador no tiene conocimiento de que esta situación se haya planteado antes y no es fácil resolver este problema en abstracto. De ahí que, en este artículo indudablemente mal redactado, haya preferido utilizar la palabra «válidamente» por lo menos en relación con la renuncia, pero lo mismo se aplica, por lo menos implícitamente, al artículo 46 ter.

51. En un contexto afin, en el que varios Estados lesionados no se ponen de acuerdo en la forma de reparación, se ha citado el ejemplo de dos Estados corribereños, situados ambos aguas abajo, uno de los cuales está dispuesto a aceptar la indemnización en lugar de un flujo de agua adecuado mientras que el otro no lo está. En esta situación, el primer Estado aguas abajo tendrá naturalmente la obligación de garantizar al segundo Estado un abastecimiento adecuado de agua. Por lo tanto, el acuerdo entre dos Estados ribereños aguas arriba podría suponer una violación de los derechos del Estado aguas abajo al cumplimiento continuo de esa obligación y no sólo de sus derechos en relación con hechos anteriores. En todo caso, se ha planteado la cuestión de si los artículos deben entrar en detalles, tanto en el asunto de la validez de la elección como en el problema que se plantea cuando hay varios Estados lesionados y éstos no llegan a un acuerdo. Instintivamente, más que por decisión consciente, el orador no ha entrado en detalles a este respecto debido en parte a la falta de la orientación que en otros casos suele ofrecer la práctica de los Estados y también porque mucho depende de las circunstancias particulares. Del capítulo II de la segunda parte se debe deducir probablemente que, cuando la restitución es posible, cada Estado lesionado tiene derecho a la restitución. Puede suceder que ese derecho prevalezca sobre la elección efectuada por otro Estado lesionado —por lo menos si esa elección tiene como consecuencia la denegación del derecho—. Si es ésta la respuesta, convendría tal vez exponerla claramente en el artículo o quizá fuese preferible abordarla en el comentario. En todo caso, es una cuestión que va más allá de la doctrina y de la práctica actuales, como ha dicho claramente el Sr. Tomka en su ponderado análisis. El Sr. Tomka ha señalado acertadamente que en el caso Grand-Belt no estaba en juego la responsabilidad, porque hasta el momento del acuerdo no había violación sino solamente la posibilidad de una futura violación. El asunto Usine de Chorzów entrañaba naturalmente una reclamación en nombre de un nacional que solicitaba indemnización por unos bienes y en este caso nadie negará que el interesado tenía evidentemente derecho a elegir. Es difícil saber si ese derecho existe en todos los casos, prescindiendo incluso de las cuestiones relacionadas con el cumplimiento futuro.

52. El orador está de acuerdo con la mayoría de los miembros de la Comisión en que el párrafo 2 del artículo 46 ter se debe conservar, pero en un artículo separado. Este párrafo plantea la cuestión más general de la relación entre el proyecto sobre la responsabilidad del Estado y el proyecto sobre la protección diplomática. A juicio del orador, la protección diplomática no es independiente de la responsabilidad del Estado: es un compartimento de esa responsabilidad. El orador está de acuerdo en esencia con el Sr. Al-Baharna y con otros oradores que han alegado que el párrafo 2 no debe ser muy detallado, pero estima que su presencia es necesaria y no le satisfaría una cláusula de salvedad sobre la protección diplomática que simplemente callaría cosas de interés para los Estados. Los gobiernos sentirían una gran preocupación si se omitiese el agotamiento de los recursos internos, especialmente a causa de su presencia en los artículos adoptados en primera lectura. Sería pues preferible un artículo aparte que contenga el fondo del párrafo 2, teniendo en cuenta las diversas cuestiones de redacción suscitadas, pero que no entre en detalles. Ese artículo, que figuraría en la segunda parte bis, estaría redactado de tal modo que no perturbase el debate entre las teorías de fondo y de procedimiento en relación con el agotamiento de los recursos internos. Otra razón, decisiva a juicio del orador, para conservar la norma del agotamiento de los recursos internos es que esta norma es aplicable, no sólo a la protección diplomática, sino también en el contexto de la violación individual de los derechos humanos, que no forma parte del derecho de la protección diplomática pero sí del derecho de la responsabilidad del Estado.

53. En cuanto a la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad, se ha manifestado en definitiva un apoyo general al apartado a del artículo 46 quater, aunque se ha sugerido que la noción de acuerdo se debe tratar separadamente de la noción de renuncia. Quizá sea una solución acertada. En cuanto al apartado b, se ha dicho que existe una distinción entre el caso de un retraso excesivo que equivale a la demora y el caso en que el retraso de un Estado causa un perjuicio efectivo al Estado responsable. El Comité de Redacción debería quizá estudiar la posibilidad de dividir en dos el apartado b, aunque la cuestión queda abierta en vista de las opiniones expresadas.

54. En cuanto a la pluralidad de Estados lesionados y de Estados responsables, la posición relativamente moderada adoptada en los artículos ha recabado el apoyo general. Ciertamente no se ha expresado un fuerte apoyo a una posición más categórica en favor de las doctrinas de la responsabilidad solidaria y conjunta. Se ha dicho que una interpretación de los hechos en el asunto *Détroit de Corfou* es que había dos actos ilícitos diferentes que habían causado el mismo daño. Otra interpretación, naturalmente, es que dos Estados habían cometido en connivencia un solo hecho ilícito. En todo caso, cabe que el Comité de Redacción desee examinar si el artículo 46 sexies se aplicaría en caso de que varios hechos ilícitos causen el mismo daño.

55. En cuanto al apartado a del párrafo 2 del artículo 46 sexies, el orador se opone enérgicamente a que se suprima la referencia a «persona o entidad». Claramente se plantea el caso de que una entidad individual lesionada se resarce incluso en el procedimiento interno, sin hablar de otros procedimientos. Es necesario tener en cuenta el

principio del doble resarcimiento y el orador está de acuerdo con el Sr. Al-Baharna en que el apartado a no agota este principio, aunque en él se habla de un caso especial que, a su juicio y a juicio de la mayoría, debe figurar en el proyecto.

56. En cuanto al apartado b del párrafo 2, el orador está de acuerdo con el Sr. Pellet y con otros oradores en que el inciso i) es una norma de admisibilidad judicial y no debe figurar en el artículo, sino que ha de ser objeto de una cláusula general de salvedad en la cuarta parte. El orador no ha tomado disposiciones en este sentido y al Comité de Redacción incumbe examinar la situación. Hay una distinción útil que es preciso efectuar entre la admisibilidad de una reclamación en el contexto de las relaciones de Estado a Estado y la admisibilidad de un caso ante un tribunal internacional. Es evidente que la cuestión a que se hace referencia en el inciso i) guarda relación con la segunda situación y no con la primera.

57. No se ha manifestado desacuerdo sobre el fondo del inciso ii) del apartado b del párrafo 2, pero se ha preguntado al orador si hay algo que autorice la aplicación del principio *ex turpi causa* entre Estados responsables. No sabe de nada que lo autorice y se ha limitado a exponer una posibilidad. El apartado deja que ese asunto se decida en función del caso y complacería al orador que el Comité de Redacción estudiase la fraseología adecuada.

58. El PRESIDENTE dice que, si nadie se opone, entenderá que la Comisión acuerda dar traslado de los proyectos de artículos al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

59. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar la sección D del capítulo III de su tercer informe.

60. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) explica que la sección D del capítulo III versa sobre una parte del tema general de las contramedidas y es la segunda de una serie de tres. Como los miembros recordarán, en su 51.º período de sesiones la Comisión debatió, en la sección D del capítulo I de su segundo informe⁵, algunas cuestiones generales en relación con las contramedidas y, en particular, la vinculación que los artículos adoptados en primera lectura establecían entre la adopción de contramedidas y la solución de controversias. El resultado de la deliberación se resume en el párrafo 286. La opinión mayoritaria fue que el derecho unilateral del Estado responsable a solicitar la solución de la controversia era indefendible. Esta era ciertamente y sigue siendo la opinión del orador, que también recibió un amplio apoyo en las deliberaciones de la Sexta Comisión. En todo caso, la CDI llegó al acuerdo provisional de redactar primero artículos de fondo sobre las contramedidas, independientemente de las cuestiones relacionadas con la solución de controversias, y examinar estas últimas en el siguiente período de sesiones cuando tuviese ante sí la totalidad del texto. La sección D del capítulo III se funda en esta premisa.

61. La sección D del capítulo III no versa sobre la tercera serie de contramedidas —contramedidas colectivas y contramedidas de Estados individuales en el contexto

de la invocación de la responsabilidad para con la comunidad internacional en su conjunto—, que se abordará en el capítulo IV del informe. La sección D del capítulo III trata solamente de la cuestión más precisa de la adopción de contramedidas por un Estado lesionado, definida provisionalmente en el párrafo 2 del artículo 40 bis, y se centra en una situación relativamente sencilla: el Estado A causa perjuicio al Estado B y el Estado B, no habiendo obtenido reparación, se propone tomar contramedidas contra el Estado A.

62. Los artículos 47 a 50 adoptados en primera lectura se refieren a esta situación y los párrafos 292 a 319 contienen una amplia reseña de estos artículos y de los detalladísimos comentarios formulados por los gobiernos al respecto⁶. Los comentarios se habían formulado con cuidado y se los ha tenido plenamente en cuenta. El orador desea expresar su agradecimiento especial al Gobierno de Francia, varios de cuyos comentarios ha recogido casi al pie de la letra.

63. Los artículos que el orador propone tienen el efecto deseado de los artículos 47 a 50, relativos a las contramedidas, que se habían adoptado en primera lectura, pero están reconfigurados para resolver diversas dificultades, conceptuales y de otra índole. El artículo 47 era anteriormente un texto híbrido en el que se pretendía definir las contramedidas y al mismo tiempo se trataba de limitarlas, lo que creaba problemas. El artículo 48 suscitó el importante problema de la relación entre el procedimiento para solicitar reparación y la adopción de contramedidas, que es la cuestión más controvertible de todo el texto; el orador ha tratado de resolver este problema haciendo una distinción, bastante insatisfactoria desde el punto de vista de la forma y quizá también desde el punto de vista del fondo, entre medidas transitorias y otras medidas. La redacción del artículo 49 estaba anteriormente un tanto deshilvanada y la formulación que ahora se propone es más precisa y se funda en la orientación que da la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. En el artículo 50 se confundían dos asuntos distintos: la cuestión de qué obligaciones se pueden suspender a modo de contramedidas y la cuestión de qué efectos no pueden tener las contramedidas, por ejemplo una violación de los derechos humanos y una violación de los derechos de terceros Estados. La claridad analítica depende de que se efectúe esta distinción.

64. El resultado es que se propone un número mayor de artículos para disipar la inquietud bastante generalizada que suscitan las contramedidas y mantener al mismo tiempo una gran parte del trabajo de fondo que la Comisión había tratado de efectuar en primera lectura.

65. En el nuevo artículo 47 propuesto se definen la finalidad y el contenido de las contramedidas desde el punto de vista instrumental y se habla de las obligaciones cuyo cumplimiento no se puede suspender a modo de contramedidas. El artículo 48 versa sobre las condiciones procedimentales para recurrir a contramedidas, el artículo 49 sobre la proporcionalidad y el artículo 50 sobre las contramedidas prohibidas. El artículo 50 bis es un artículo nuevo que recoge las sugerencias formuladas, en espe-

⁵ Véase 2614.ª sesión, nota 5.

⁶ Véase 2615.ª sesión, notas 5 y 6.

cial por el Gobierno de Francia, y que versa sobre la suspensión y la cancelación de las contramedidas.

66. Hay una distinción fundamental entre suspensión del cumplimiento de una obligación y suspensión de una obligación, distinción que no quedó clara en una gran parte del debate en torno a las contramedidas. La Convención de Viena de 1969 trata la suspensión de las obligaciones previstas en un tratado y dice fundamentalmente que, cuando un Estado tiene derecho a denunciar un tratado bilateral, puede también suspenderlo, pero no dice nada en absoluto sobre la manera en que se reanudarán esas obligaciones; en otras palabras, cómo o cuándo terminará la suspensión. La cuestión es que se han fijado umbrales muy elevados a la suspensión. La violación ha de ser material, por ejemplo. El efecto de la suspensión es eximir a las partes de la obligación de cumplir el tratado y congelar la obligación. Es cierto que el Estado que procede a la suspensión no debe hacer nada para impedir que el tratado suspendido pueda entrar de nuevo en vigor más tarde, pero cabe suponer que, si ese Estado podía haber denunciado el tratado, podrá también en una fase ulterior ejercer ese derecho, a menos que haya renunciado a él.

67. El problema reside en determinar qué se considera contramedidas. Para evitar en parte la confusión con la suspensión de los tratados, la palabra «suspensión» no figuraba en el proyecto de artículos adoptado en primera lectura. En cambio, en el artículo 47 se decía sencillamente que un Estado adopta contramedidas cuando no cumple con sus obligaciones, pero ello parecía plantear un problema muy grave, ya que la fórmula «no cumple sus obligaciones» abarca toda clase de cosas, incluidas algunas que pueden en la práctica ser irreparables y permanentes.

68. La CIJ dijo en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagy-
maros* que las contramedidas deben ser reversibles, pero en el proyecto de artículos adoptado en primera lectura no había nada que recogiese ese importante elemento de la noción de contramedidas. Por definición, las contramedidas se toman para incitar, inducir o quizá coaccionar al Estado responsable para que cumpla con sus obligaciones de cesación y reparación. Son proporcionales a la violación y se sobreentiende que, cuando el Estado responsable cumple con sus obligaciones, hay que poner fin a las contramedidas. También se sobreentiende que no se deben adoptar contramedidas que entrañen el continuo incumplimiento por el Estado lesionado de sus obligaciones, incluso después de que el motivo de las contramedidas haya desaparecido. La Corte tenía precisamente esta intención cuando identificó un elemento muy importante de la noción de contramedidas. Reversibilidad significa en realidad que debe ser posible volver a una situación de legalidad en ambos lados. Hay ciertas medidas que se pueden adoptar a modo de incumplimiento de obligaciones internacionales de la manera descrita en el artículo 47 que serían incompatibles con la reversibilidad. Por otra parte, decir que las contramedidas deben ser reversibles presenta ciertas dificultades porque, después de todo, las contramedidas se toman y producen efectos mientras duran.

69. A veces, las consecuencias de las contramedidas son irreversibles, hecho difícil de formular. El orador ha

preferido pues volver al término «suspensión» del cumplimiento de obligaciones, que ya había utilizado el anterior Relator Especial Riphagen⁷. Cabe que este término se deba utilizar también en el artículo 47 bis. El derecho del Estado responsable a que se cumplan las obligaciones para con él si él cumple sus obligaciones de cesación y reparación es uno de los derechos que se han de tener en cuenta para determinar la proporcionalidad de las contramedidas. Al Comité de Redacción corresponde examinar la manera de expresarlo, pero un elemento importante que faltaba en el proyecto de artículos adoptado en primera lectura es la cuestión del restablecimiento de una situación de legalidad si las contramedidas han tenido los efectos apetecidos. El orador se propuso abordar este asunto recurriendo a la noción de suspensión del cumplimiento de una obligación y no a la suspensión de la obligación propiamente dicha. La obligación sigue existiendo: no está en suspenso. La obligación existe como algo por referencia con lo cual se pueden evaluar las contramedidas.

70. Hay otra cuestión que es preciso examinar en relación con el artículo 47. Las contramedidas que cabría tomar no son contramedidas recíprocas, en el sentido en que utilizaba este concepto el Relator Especial Riphagen. Las contramedidas recíprocas se toman en relación con la misma obligación o con otra obligación conexas. La cuestión es si conviene introducir la noción de contramedidas recíprocas, ya sea exclusivamente, ya sea por lo menos parcialmente como base para establecer una distinción en el sector de las contramedidas. En primera lectura, la Comisión rechazó esa distinción, porque limitar las contramedidas a la adopción de contramedidas recíprocas crearía una situación en la que, cuanto más odioso sea el comportamiento del Estado responsable, menos probable será que se disponga de contramedidas porque será más probable que ese comportamiento infrinja, por ejemplo, derechos humanos. En el contexto de la violación de los derechos humanos o de violaciones atroces, es perfectamente evidente que las consideraciones de humanidad abogan contra la adopción de contramedidas.

71. El tipo de acción que constituye característicamente una contramedida es la congelación del activo comercial, la suspensión de autorizaciones o licencias o la suspensión de actividades comerciales. Estos tipos de actos son reversibles con relativa facilidad. El proyecto de artículos debe fomentar la adopción, a modo de contramedidas, de un comportamiento reversible y por esta razón, así como por la imposibilidad práctica de aplicar contramedidas recíprocas en muchos casos, la Comisión decidió en primera lectura renunciar a esa clase de contramedidas. El orador está de acuerdo con esa decisión y con las razones que la motivaron.

72. La formulación del artículo 47 parecía híbrida porque introducía la cuestión del efecto de las contramedidas en terceros Estados, lo que no entra realmente en la definición de las contramedidas. El principio básico de las contramedidas es que éstas deben consistir en la suspensión por el Estado lesionado del cumplimiento de una obligación para con el Estado responsable con objeto de inducirle a cumplir sus obligaciones de cesación y repa-

⁷ Véase el sexto informe [Anuario... 1985, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/389], págs. 11 y 12.

ración. Este principio básico se recoge en el nuevo artículo 47, a reserva naturalmente de las limitaciones especificadas en el capítulo II.

73. En el proyecto de artículos se establece también una distinción entre las obligaciones cuya suspensión no está sujeta al régimen de las contramedidas y las obligaciones que no se pueden incumplir cuando se toman contramedidas. Las primeras se examinan en el artículo 47 bis y las segundas en el artículo 50. El contenido del artículo 50 aprobado en primera lectura se ha dividido en estas dos disposiciones. Es importante porque un Estado, incluso cuando adopta contramedidas que son legítimas en virtud del capítulo II, no debe hacer lo indicado en el artículo 50. El artículo 47 bis abarca las obligaciones cuyo cumplimiento no se puede en absoluto suspender cuando se adoptan contramedidas. Existe una distinción importante si se piensa en el efecto de las contramedidas en los derechos humanos. Nadie sugiere que se pueda suspender una obligación en materia de derechos humanos a modo de contramedida. La contramedida se toma contra el Estado y no contra un ser humano, pero surgen problemas en relación con el efecto de las contramedidas en los derechos humanos, asunto al que se refiere el artículo 50.

74. Con esta salvedad, el orador ha seguido en líneas generales el contenido del artículo 50. Entre las obligaciones cuya suspensión no es posible a modo de contramedidas figuran, ante todo y sobre todo, las relativas a la amenaza o al uso de la fuerza enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas. En primera lectura, la Comisión había dicho con toda claridad que el artículo no versaba sobre las represalias con uso de la fuerza, las represalias armadas ni el uso de la fuerza, opinión que se ha recogido en el apartado a del artículo 47 bis.

75. En primera lectura, la disposición que ahora figura en el apartado b del artículo 47 bis había sido objeto de muy pocas críticas y fue generalmente aceptada por los gobiernos en sus comentarios. Entre las obligaciones cuyo cumplimiento no se puede suspender a modo de contramedidas el orador ha incluido las relativas a la inviolabilidad de los agentes, los locales, los archivos y los documentos diplomáticos y consulares.

76. El apartado c del artículo 47 bis, que versa sobre las obligaciones relativas a la solución de controversias mediante terceros, está claramente implícito en el artículo 48, pero no cabe ninguna duda de que un Estado no puede suspender una obligación como la solución pacífica de una controversia. En el contexto de las contramedidas, la solución pacífica de controversias consiste en contener la situación creada por las contramedidas y resolverla.

77. El antiguo artículo 50 se refería luego a los derechos humanos y decía que la adopción de contramedidas no podía vulnerar estos derechos. A este respecto se plantean dos problemas distintos. En la definición de contramedidas que figura en el artículo 47 es perfectamente evidente que las obligaciones de derechos humanos propiamente dichas no se pueden suspender y el apartado d del artículo 47 bis versa sobre la cuestión diferente y más restringida de las represalias que se excluyen por razones humanitarias y que pasaron a formar parte del derecho

internacional general después de los debates habidos sobre este asunto en el contexto de la Convención de Viena de 1969 y la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, de 1977.

78. El orador conservó la disposición que figura en el apartado e del artículo 47 bis porque es evidente que el cumplimiento de obligaciones en virtud de normas imperativas de derecho internacional general no se puede suspender en ninguna circunstancia que no esté prevista en dichas obligaciones.

79. Además, aunque sean lícitas en virtud del proyecto de artículos, las contramedidas no deben infringir los derechos de terceros y tampoco en este caso se puede suspender el ejercicio de esos derechos. Si los terceros tienen un derecho frente al Estado lesionado, este es responsable para con ellos de la violación de ese derecho. Entre esos terceros figuran los seres humanos, destinatarios de los derechos humanos fundamentales, de modo que el apartado b del nuevo artículo 50 abarca también los derechos humanos.

80. El apartado b del artículo 50 adoptado en primera lectura se refería a medidas extremas de coacción política o económica encaminadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado responsable y fue objeto de numerosos comentarios. Preocupaba evidentemente a los Estados que se pudiesen tomar medidas de coacción extremas a modo de contramedidas. Sin embargo, en cierto modo, las contramedidas son coactivas por naturaleza puesto que están calculadas para inducir al Estado a cumplir sus obligaciones internacionales. Es hasta cierto punto contradictorio decir que las contramedidas, siempre que sean proporcionadas, inducen a un Estado a cumplir sus obligaciones internacionales y quejarse luego de que son coercitivas. Se habían expresado otras preocupaciones, que el orador trató de incorporar en el nuevo artículo 50. En el apartado a se dice que las contramedidas no deben poner en peligro la integridad territorial del Estado responsable ni equivaler a una injerencia en su jurisdicción nacional. Hay que tener presente, por supuesto, que pedir a un Estado que cumpla con sus obligaciones y adoptar de hecho contramedidas no son por definición asuntos que incumban a la jurisdicción nacional de dicho Estado, pero hay otras disposiciones que se podrían tomar a modo de contramedidas y que infringirían este principio. El artículo tiene por objeto presentar una formulación más aceptable del tan criticado párrafo b del artículo 50.

81. En cuanto a las condiciones para recurrir a las contramedidas, el orador adoptó esencialmente la propuesta que había formulado a este respecto el Gobierno de Francia. Está generalmente aceptado que, antes de que un Estado tome contramedidas, debe instar al Estado responsable a que asuma su responsabilidad y cumpla sus obligaciones. El problema reside en qué sucede si el Estado responsable no lo hace. En el proyecto de artículos se distinguen las medidas provisionales de protección de otras medidas. En su propuesta se evita la fórmula «medidas provisionales de protección», que es el lenguaje utilizado en los procedimientos judiciales, y en el párrafo 2 del artículo 48 se recurre a la noción de aplicación provisional de contramedidas. Si se adopta una

noción de contramedidas que comprenda la suspensión de derechos —por ejemplo la congelación del activo comercial— será preciso tomar de inmediato las contramedidas o no será posible tomarlas en absoluto y ello inducirá a adoptar disposiciones más extremas. De ahí que el Estado lesionado deba tomar medidas provisionales para protegerse mientras las negociaciones continúan. Esa era la idea en que se fundaba el artículo 48, aunque la formulación era deficiente.

82. En el párrafo 1 del nuevo artículo 48 se prevé la obligación fundamental de presentar una solicitud al Estado responsable y en el párrafo 2 se dice que el Estado lesionado podrá entretanto tomar medidas provisionales si ello es necesario para preservar sus derechos. El párrafo 3 contiene la condición adicional de que, si tras un período razonable las negociaciones no culminan con la solución de la controversia, el Estado lesionado podrá adoptar las contramedidas que se impongan. Por ejemplo, si las contramedidas adoptaran la forma del secuestro de activo comercial, se podría prohibir inmediatamente la salida de ese activo de la jurisdicción para preservar el derecho del Estado lesionado a secuestrarlo en caso necesario. El secuestro propiamente dicho sería una forma más importante de contramedida. Naturalmente, la contramedida consistente en la confiscación del activo quedaría enteramente excluida, porque sería irreversible. El nuevo artículo 48 recoge pues de un modo ligeramente distinto el compromiso a que llegó la Comisión en primera lectura. Las opiniones al respecto son muy tajantes y, por si la Comisión decide no adoptar la posición intermedia, el orador propone una disposición más sencilla en la nota correspondiente al nuevo artículo 48.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2646.^a SESIÓN

Miércoles 26 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a proseguir la presentación de la sección D del capítulo III de su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que trató (2645.^a sesión) en primer lugar la definición de las contramedidas y en segundo lugar las condiciones que rigen la adopción de contramedidas, es decir, las condiciones de procedimiento.

3. Pero hay también condiciones de fondo, es decir, las obligaciones que debe respetar el Estado que impone contramedidas. Se trata evidentemente, en primer lugar, del principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 49. En los comentarios recibidos, ningún Estado ha emitido la menor duda sobre este principio. No obstante, algunos se han inquietado por la importancia decisiva del papel que les corresponde, ya que la licitud de las contramedidas se determina habida cuenta de esa prescripción. Otros dijeron que les preocupaba la forma bastante ambigua en que se preveía la situación en el artículo 49 aprobado en primera lectura. En efecto, éste utiliza una especie de doble negación: «Las contramedidas [...] no deberán ser desproporcionadas en relación con...». Por su parte, la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* expresó la misma idea pero de forma positiva diciendo que las contramedidas deben ser proporcionadas a los daños sufridos. Conviene hacer más claro el artículo 49 y destacar bien que la proporcionalidad es una condición sine qua non de la licitud y no una vaga declaración de principio como en el artículo anterior.

4. El tercero y último aspecto de las contramedidas es el de la suspensión o el levantamiento de las medidas adoptadas. Los artículos adoptados en primera lectura no decían nada al respecto y varios gobiernos, entre ellos el Gobierno francés³, insistieron en que se tratara de ello en el proyecto. La CIJ habló de ello indirectamente en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, pero desde el ángulo de la reversibilidad. Ahora bien, si una contramedida no puede suspenderse o levantarse, es que no es reversible, y si no es reversible no puede ser lícita según la Corte.

5. El proyecto de artículos adoptado en primera lectura preveía, en cambio, el caso de la suspensión de las contramedidas, que debía ocurrir cuando había cesado el hecho generador o cuando la controversia se sometía a juicio de un tercero cuya decisión se imponía a los dos Estados. Esto parecía satisfactorio, porque las contramedidas corresponden a una situación en la que un Estado lesionado, a falta de un tercero que tenga autoridad, no tiene más opción que tomarse la justicia por su mano. El artículo 48 adoptado en primera lectura presumía, por

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

³ Véase 2613.^a sesión, nota 3.

tanto, que la necesidad de las contramedidas desaparecía desde el momento en que se entablaba un procedimiento de arreglo obligatorio. Esta disposición ha sido bien acogida generalmente por los Estados, a reserva de algunas mejoras de forma. En efecto, se basaba en parte en el laudo arbitral dictado en el asunto *Accord relatif aux services aériens*. Este aspecto del artículo 48 se integró en el nuevo artículo 50 bis. Se ha agregado un tercer párrafo a este artículo 50 bis, en el que se dice que debe «ponerse fin a las contramedidas en cuanto el Estado responsable haya cumplido con las obligaciones derivadas de la segunda parte en relación con el hecho internacionalmente ilícito». Este párrafo opera independientemente de la cuestión de saber si se han suspendido las contramedidas.

6. El Relator Especial recuerda que queda por resolver el caso de la pluralidad de Estados lesionados. Según lo propuesto al respecto en el capítulo I de la segunda parte bis, cada Estado lesionado debería tener derecho de adoptar contramedidas proporcionadas al perjuicio sufrido, independientemente de la posición que pueda tener con respecto a las contramedidas colectivas. El resto será objeto de otro capítulo.

7. El Sr. LUKASHUK recuerda que el derecho de tomar contramedidas no es consecuencia de la violación del derecho internacional, sino de la negativa del Estado que la ha cometido a ajustarse a las obligaciones que le incumben por sus relaciones con el Estado lesionado. Por tanto, las contramedidas no pertenecen directamente al tema de la responsabilidad: no son más que un medio de incitar al Estado a cumplir sus obligaciones. Es decir, el simple hecho de la violación no crea el derecho a recurrir a contramedidas. El Relator Especial lo ha comprendido muy bien y ha explicitado las condiciones bien determinadas en las que son lícitas las contramedidas, es decir las que pueden incitar al Estado autor a cumplir sus obligaciones secundarias de suspensión, cancelación y reparación. Algunos Estados, entre ellos la República Checa⁴, han subrayado también en su comentario que las contramedidas no eran un medio directo y automático de responder a la violación de una obligación. Todo esto inclina a hacer de las contramedidas una institución independiente de derecho internacional, que no entra en juego más que en caso de negativa de un Estado a cumplir sus obligaciones.

8. En efecto, el Relator Especial se abstiene de dar una definición de las contramedidas. El Sr. Lukashuk piensa que es una institución de tal importancia que es necesario absolutamente elaborar una distinción jurídica muy clara de la misma. El Relator Especial ha preferido, como dice en el párrafo 322 del informe, formular el artículo 47 como una afirmación del derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas contra un Estado responsable con los fines y requisitos especificados en los artículos pertinentes. El nuevo artículo 47 no resuelve el problema y no define nada. No obstante, en los análisis del Relator Especial hay bastantes elementos para componer una definición que podría decir lo siguiente: «Las contramedidas son medidas que no son conformes a las obligaciones que tiene el Estado lesionado que las adopta con respecto del Estado autor del hecho ilícito, pero que el Estado lesionado tiene derecho a aplicar al Estado autor para incitarle a ejecutar las obligaciones que le incumben en derecho internacional».

⁴ Ibid.

9. El párrafo 2 del artículo 47 presenta también dificultades. Limitar las contramedidas a la suspensión de la ejecución de una o varias obligaciones internacionales es apartarse de las normas actuales del derecho. La Convención de Viena de 1969 dispone en el artículo 60 que una violación sustancial de un tratado bilateral por una de las Partes facultará a la otra Parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación. En el caso de los tratados multilaterales, la misma violación da a las demás Partes, actuando por acuerdo unánime, el derecho de suspender la aplicación del tratado total o parcialmente. El artículo 47 debería alinearse con esta disposición. El Relator Especial tiene toda la razón en subrayar en el párrafo 331 que las contramedidas no tienen carácter coercitivo. Es precisamente lo que las distingue de las sanciones.

10. El Sr. Lukashuk insiste en que se distinga claramente entre contramedidas y sanciones, ya que se trata de dos cosas de naturaleza bastante diferente. De la práctica y de la opinión juris se ha desprendido la idea de que el Estado no tiene derecho a recurrir más que a contramedidas, como había señalado el precedente Relator Especial. Las sanciones, en cambio, son monopolio de las Naciones Unidas y ningún Estado ni grupo de Estados tiene derecho a imponerlas fuera de esta institución. Quizá convendría agregar al artículo 47 una cláusula que dijera: «El presente artículo no afecta al derecho de las Naciones Unidas a aplicar sanciones conforme a la Carta».

11. Otro elemento del párrafo 1 es problemático. Dice que las contramedidas pretenden «inducir [al Estado] a cumplir con sus obligaciones». Sucede que puede decirse lo mismo de la retorsión, caso del que no se trata en ninguna parte del proyecto. No obstante, las medidas de retorsión son importantes y requieren también una definición jurídica clara.

12. El artículo 47 plantea, en fin, la cuestión de la evaluación del comportamiento de un Estado por otro Estado, evaluación que comporta siempre un elemento de subjetividad. Sin contar que un Estado puede equivocarse de buena fe. Por tanto, hay que prever que el Estado que sea objeto de contramedidas deba disponer de medios para disculparse. Esta cláusula sería muy importante, sobre todo para los pequeños países que tienen algo que decir sobre las contramedidas que les imponen algunos Estados más fuertes.

13. Pasando al nuevo artículo 47 bis, el Sr. Lukashuk observa simplemente que, por su contenido, está muy próximo del artículo 50 y que, por tanto, debería preceder inmediatamente a esta última disposición.

14. El apartado b del nuevo artículo 50 habla de «los derechos de terceros, en particular los derechos humanos fundamentales». Si estos «terceros» son Estados o instituciones, ¿a qué pueden corresponder sus «derechos humanos fundamentales»? Lo más prudente sería dedicar una cláusula particular a los derechos humanos.

15. El nuevo artículo 50 bis dispone de manera muy categórica que las contramedidas deben suspenderse si el hecho internacionalmente ilícito ha cesado. Por tanto, cabe imaginar una situación en la que, habiéndose suspendido las contramedidas, el Estado autor se niegue a ajustarse a las obligaciones secundarias que son la restitución o la indemnización, por ejemplo. ¿Cuál será entonces la posición de la parte lesionada? En cuanto al

párrafo 3 del mismo artículo, quedaría más preciso redactado como sigue: «Deberá ponerse fin a las contramedidas en cuanto el Estado responsable haya cumplido con las obligaciones mencionadas en la segunda parte en relación con su responsabilidad en el hecho internacionalmente ilícito».

16. En conclusión, el Sr. Lukashuk dice que, a su juicio, los proyectos de artículos que examina actualmente la Comisión pueden remitirse al Comité de Redacción.

17. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) desea precisar su posición respecto de la cuestión de las relaciones entre las contramedidas y el derecho de los tratados. Según el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, todo Estado lesionado por la violación de un tratado puede dar por terminado éste o suspender su aplicación, pero bajo ciertas condiciones: la violación debe ser «grave» (el criterio para ello es bastante elevado, según la definición) y el tratado no puede ser suspendido más que en parte, según su naturaleza. Cuando el tratado se extingue, ya no hay obligaciones para nadie. Cuando el tratado se suspende, pasa a ser virtual y ninguna parte tiene que respetarlo hasta que vuelva a ponerse en vigor, o quepa presumirlo, con el consentimiento expreso de las partes afectadas por esta suspensión.

18. La situación jurídica de las contramedidas es muy diferente. La denuncia de un tratado en virtud del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 es un acto lícito. Por esta razón, no interesa a la Comisión, la cual se ocupa del caso en que un Estado no respeta un tratado con miras a incitar a otro a respetar las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte del proyecto. Las condiciones también son diferentes: las contramedidas pueden adoptarse incluso si la violación no es «grave», aunque deben ser proporcionadas; no se trata de fraccionar las obligaciones; la obligación de partida incumbe siempre al Estado afectado por las contramedidas; por último, esta obligación es pertinente para determinar la licitud de las contramedidas adoptadas.

19. El Relator Especial, que dice encontrar interesante la noción de excepción de no aplicación porque está en relación con la reversibilidad, comprende muy bien que la Comisión pueda considerar que el término *suspension of performance* en el párrafo 2 del artículo 47 para traducir esta idea puede prestarse a confusión con la suspensión de un tratado. Sin duda tiene razón, pero lo que no debe hacer es confundir la situación prevista en la Convención de Viena de 1969 y la que se presenta en el ámbito de la responsabilidad de los Estados.

20. El Relator Especial desea agregar dos comentarios a su presentación del capítulo en examen (Circunstancias que excluyen la ilicitud). Primero, propone una formulación simple del artículo 30, en el supuesto de que los demás artículos en examen sean aprobados. Recuerda que este artículo se dejó en suspenso en espera de la decisión sobre las contramedidas⁵. Segundo, por las razones bastante complejas expuestas en los párrafos 363 a 366 de su informe, piensa ahora que la noción más vasta de excepción de inaplicación está suficientemente cubierta

por las disposiciones dedicadas a las contramedidas y que su propia concepción más estrecha, inspirada en el dictum de la CPJI en el asunto *Usine de Chorzów*, está suficientemente cubierta por el artículo 38 de la segunda parte, que propone conservar. Por tanto, no insiste en hacer de la excepción de no aplicación una circunstancia distinta de la exclusión de ilicitud.

21. El Sr. SIMMA aprueba la distinción que el Relator Especial establece entre la suspensión de un tratado y la suspensión de la ejecución de una obligación en el contexto de las contramedidas, pero no le puede seguir en la distinción que traza entre la situación prevista en la Convención de Viena de 1969 y la que se presente en el marco del derecho de la responsabilidad de los Estados. El Relator Especial ha dicho que el artículo 60 de la Convención no autorizaba la extinción o la suspensión de la aplicación de un tratado más que en caso de violación grave de sus disposiciones, lo que no significa que estas dos denominaciones no estén autorizadas cuando la violación no sea suficientemente grave, en tanto que las contramedidas pueden adoptarse por razones relativamente menores. Esto no es convincente ya que cabría pensar, y el Sr. Simma lo ha sostenido en varias publicaciones, que la idea consagrada en el artículo 60 de la Convención debería también permitir la suspensión proporcional y recíproca por motivo de la violación misma y no a título de contramedida. El último párrafo del preámbulo de la Convención dice que «las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención». Hay ejemplos en que tuvo esta especie de suspensión proporcional y recíproca en virtud de la *exceptio non adimpleti contractus* que consagra el artículo 60. Sólo sobre este punto el Sr. Simma difiere del Relator Especial.

22. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, según la Convención de Viena de 1969, un tratado puede suspenderse o terminarse en caso de violación grave. Es decir, no puede tocarse el tratado si la violación no es grave. El Sr. Simma tiene razón en decir que la excepción de no aplicación, en sentido amplio, podría bien conducir a algo que equivaldría a una suspensión en el contexto de las obligaciones sinalagmáticas, pero es una cuestión actualmente regulada por la Convención. Hay que resistir a la idea de que hay otros medios de dar por terminado un tratado o de suspender su ejecución distintos de los que prevé la Convención, lo cual indica expresamente que enuncia la totalidad de los motivos para hacerlo.

23. El Sr. PELLET considera útil la distinción introducida por el Sr. Lukashuk entre las contramedidas, anteriormente llamadas represalias, y las medidas de retorsión. Pero se equivoca al reprochar al Relator Especial no haber incluido la retorsión en el proyecto de artículos. En efecto, la retorsión es una reacción a un hecho que puede ser tanto ilícita como lícita. Por definición, en sí misma es una medida lícita, por tanto, no es una «circunstancia que excluye la ilicitud», que puede ser tomada por un Estado si la actitud de otro Estado no le place, respondiendo así a una actitud inamistosa con otra actitud inamistosa. La retorsión no es consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito y no entra en el marco del tema. Además, si se agrega la retorsión a las contramedidas, se aleja el tema aún más del concepto mismo de

⁵ Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 448.

responsabilidad, que supone de entrada un hecho internacionalmente ilícito. Quizá podría decirse en el comentario que es mejor, en principio, recurrir a medidas de retorsión más que imponer directamente contramedidas, ya que la retorsión no amenaza al sistema jurídico internacional. Pero sería un error, a juicio del Sr. Pellet, hacerlo en el proyecto, incluso si es tentador en el plano de lo que puede denominarse política jurídica.

24. El Sr. LUKASHUK precisa su idea: la retorsión puede utilizarse con respecto a un Estado «para incitarlo a cumplir con sus obligaciones». Por esta razón sería prudente dedicarle un párrafo o un artículo en el que se dijera que el proyecto de artículos no regula la cuestión del recurso a los medios de retorsión.

25. El Sr. TOMKA piensa que una medida de retorsión puede tomarse en respuesta a un hecho ilícito. La diferencia fundamental entre las medidas de retorsión y las contramedidas es que las primeras no afectan en nada la situación jurídica: no son un instrumento de derecho, son una respuesta de hecho. La Comisión califica al régimen de las instituciones jurídicas y no tiene por qué ocuparse de lo que no es jurídico.

26. El Sr. ROSENSTOCK, apoyado por el Sr. SIMMA, piensa también que la Comisión se equivocaría si se metiera en el ámbito de la retorsión, que no pertenece al tema en examen.

27. El Sr. SIMMA, tras repetir cuán extraña considera la expresión «contramedidas», estima oportuna la decisión de abordar la cuestión de las contramedidas y de elaborar disposiciones al respecto, ya que las contramedidas existen de hecho y no se las hará desaparecer porque la Comisión pretenda ignorarlas.

28. En suma, el Sr. Simma considera satisfactorio el régimen propuesto por el Relator Especial y aprueba en lo esencial sus proposiciones.

29. En cuanto al procedimiento, le ha sorprendido ver con qué rapidez, durante el 51.º período de sesiones, se condenó la idea de una relación procedimental entre las contramedidas y la solución de controversias por arbitraje, que figuraba en el proyecto adoptado en primera lectura. No obstante, puede resignarse al desdoblamiento de las contramedidas y de los procedimientos de solución de controversias; en primer lugar, porque tiene la impresión de que el producto final de los trabajos de la Comisión será un instrumento de derecho flexible, es decir una especie de declaración adoptada por la Asamblea General y, en segundo lugar, porque observa una multiplicación de regímenes particulares (*lex specialis*) que regulan los medios de incitar a los Estados a volver a la licitud y contribuyen así a poner en pie de igualdad a las grandes potencias y a los Estados menos poderosos.

30. En cuanto a las cuestiones tratadas en la sección D del capítulo III del informe, el Sr. Simma considera satisfactorios varios elementos. En primer lugar, la definición que da el Relator Especial a las contramedidas en el nuevo artículo 47 constituye una mejora notable frente a la versión antigua. El Sr. Simma considera oportuna la distinción entre la suspensión de las obligaciones basada en el derecho de los tratados y la suspensión de la obligación basada en las contramedidas, que deja la obligación

intacta. En tercer lugar, aprueba el abandono de las ideas de Riphagen respecto de las medidas de reciprocidad o las contramedidas recíprocas⁶, no porque tales medidas no existan sino porque, de manera general, están sometidas exactamente al mismo régimen que las demás contramedidas. En cuarto lugar, considera útil la distinción trazada por el Relator Especial entre las obligaciones que pueden ser objeto legítimo de contramedidas, por una parte, a las que se refiere el artículo 47 bis, y las que cabría denominar «ataques colaterales a derechos», previstas en el artículo 50, por otra parte. A este respecto se congratula del propósito del Relator Especial de no incluir la excepción de no aplicación (exceptio non adimpleti contractus) entre las circunstancias que excluyen la ilicitud. Por último, el Sr. Simma aprueba la propuesta de elaborar un nuevo texto para el artículo 30, prefiriendo el término «contramedida» a la palabra «sanción».

31. La posición del Sr. Simma es más crítica en lo que respecta a los derechos humanos. En primer lugar, le parece curioso mencionar los derechos humanos en relación con los derechos de terceros, como sucede en el apartado b del nuevo artículo 50, ya que, por una parte, la palabra «terceros» en derecho internacional se refiere claramente a Estados u otros sujetos de derecho internacional pero no a seres humanos y, por otra parte, porque si un ser humano tiene un derecho fundamental, es pura y simplemente una parte, no un tercero, y, por último, porque la palabra «terceros» implica claramente que la persona no está afectada, lo que no sucede si tiene derechos fundamentales. En segundo lugar, el Sr. Simma no puede suscribir el razonamiento del Relator Especial para explicar por qué los derechos humanos se excluyen del juego de las contramedidas. La idea del Relator Especial es que, en lo que respecta a las obligaciones relativas a los derechos humanos, los principales beneficiarios son, no los demás Estados, sino los seres humanos. Se trata de una buena idea, pero lo que, en cambio, el Sr. Simma considera peligroso es el hecho de liberar a los Estados de la responsabilidad de velar por el respeto de las obligaciones relativas a los derechos humanos por parte de otros Estados, haciendo así pasar al segundo plano el aspecto interestatal de las obligaciones relativas a los derechos humanos. A juicio del Sr. Simma, si es verdad que los derechos humanos no deben ser objeto de contramedidas, es porque las obligaciones relativas a ellos, ya resulten de tratados o se basen en el derecho internacional consuetudinario, son por definición «obligaciones integrales», en el sentido del nuevo artículo 40 bis, y no es posible bilateralizar la ejecución de esas obligaciones porque ello atentaría al derecho que tienen todos los demás Estados partes en esta obligación a que el derecho humano de que se trate sea respetado.

32. La redacción de la primera parte del nuevo artículo 47 es satisfactoria, pero la expresión «mientras no haya cumplido con tales obligaciones y según sea necesario teniendo en cuenta el modo en que el Estado responsable haya reaccionado después de que el Estado lesionado lo haya instado a cumplir con dichas obligaciones» hace la frase demasiado larga, ya que pretende integrar a la vez un elemento temporal, que figure en el artículo 50 bis, y la idea de proporcionalidad, que es objeto del artículo 49. Por tanto, el Sr. Simma propone una redacción de esta

⁶ Véase 2645.ª sesión, nota 7.

parte del artículo que consistiría, por un lado, en aligerar la última parte de la frase del párrafo 1 y, por otro lado, a combinarla con el párrafo 2, que diría lo siguiente: «...segunda parte, suspendiendo la ejecución de una o varias obligaciones internacionales que incumban al Estado que tome esas medidas frente al Estado responsable». Piensa por otra parte que la expresión «una o varias obligaciones» no es acertada y debería pedirse al Comité de Redacción que la revise.

33. En cuanto al artículo 47 bis, el Sr. Simma es de la opinión, en primer lugar, de dar más fuerza a la redacción de los apartados a a c caracterizando sus obligaciones como sigue:

«a) la obligación de abstenerse de la amenaza o del uso de la fuerza, conforme a la Carta de las Naciones Unidas;

»b) la obligación de respetar y garantizar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares;

»c) la obligación de someter la controversia a solución mediante terceros;»

El apartado d plantea un problema más fundamental, por el hecho de que retoma en gran medida los términos del párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y se refiere en particular a las «represalias» excluidas por el derecho humanitario. Ahora bien, teniendo en cuenta, por una parte, el hecho de que en la época de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados los derechos humanos eran una idea relativamente nueva y, por otra parte, que en la época contemporánea no puede insistirse demasiado en la necesaria protección de los derechos humanos en un contexto como el de las represalias, el Sr. Simma opina que habría que insertar un párrafo distinto relativo a los derechos humanos fundamentales o bien reformular el apartado d inspirándose en el proyecto adoptado en primera lectura a fin de excluir los derechos humanos fundamentales del juego de las represalias. Por último, el Sr. Simma estima que, en el texto inglés, convendría sustituir la palabra *precluding* por la palabra *excluding*.

34. El nuevo artículo 48 enuncia una idea importantísima y el Sr. Simma estima que debe mantenerse en su forma detallada y no reducirse a la forma propuesta en la nota de pie de página correspondiente al artículo. Este artículo, por otra parte, suscita varias observaciones. En el apartado c del párrafo 1 quizás convendría sustituir el verbo «acceder» por el verbo «proponer», ya que la relación actual puede dar la impresión de que se está en presencia de un *pactum de negociando*. El párrafo 2 retoma la vieja noción de medida conservatoria y quizás constituye un mal necesario para hacer aceptable a algunos Estados el conjunto del artículo 48. No obstante, el Sr. Simma subraya que la redacción de este párrafo no es tan diferente de la redacción aprobada en primera lectura como parece indicar el comentario. En el párrafo 3, el Sr. Simma se pregunta si la elección del término «controversia» es acertada, ya que la existencia de una controversia en sentido jurídico está subordinada a condiciones y cabe preguntarse si se trata precisamente de una controversia en sentido técnico a lo que se refiere este párrafo.

35. En cuanto al nuevo artículo 49, relativo a la proporcionalidad, el Sr. Simma aprueba la sustitución de una formulación negativa por una formulación positiva inspirada en la adoptada por la CIJ en la sentencia dictada en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Por otra parte, opina que debería calcarse aún más la redacción del artículo 49 sobre los términos de la sentencia dictada por la Corte en ese asunto, ya que en el estado del texto, las palabras colocadas después de la coma no agregan nada a la primera parte de la frase. El Sr. Simma, por tanto, propone, después de la coma, una formulación que podría ser la siguiente: «teniendo en cuenta los derechos afectados por el hecho internacionalmente ilícito».

36. En cuanto al nuevo artículo 50, el Sr. Simma se pregunta si la mención de la «injerencia» no equivale a abrir una especie de caja de Pandora. En cuanto al apartado b, recordando los problemas que mencionó anteriormente respecto de la relación entre los derechos de terceros y los derechos humanos fundamentales, el Sr. Simma se congratula de la referencia a la Observación general n.º 8 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se cita en el párrafo 350 del informe.

37. En conclusión, el Sr. Simma es partidario de remitir el conjunto del proyecto de artículos al Comité de Redacción.

38. El Sr. ROSENSTOCK precisa, refiriéndose a la cuestión de la proporcionalidad, que el Relator Especial ha intentado, con éxito relativo, integrar en el artículo 49 dos elementos del grado de proporcionalidad que había extraído Riphagen en el laudo arbitral dictado en el asunto *Accord relatif aux services aériens*, a saber: la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y del perjuicio dimanante del comportamiento francés, pero también los efectos perjudiciales, que resultarían de la repetición de ese comportamiento con respecto a muchos otros tratados idénticos celebrados por los Estados Unidos⁷.

39. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) reconoce que el apartado b del artículo 50 plantea un problema, pero que sucedía lo mismo con el texto adoptado en primera lectura. El verdadero problema es que las contramedidas adoptadas por un Estado que en principio pueden ser lícitas, por ejemplo un embargo comercial, pueden, al prolongarse, acarrear una violación de los derechos humanos. Por esta razón, el Relator Especial ha hecho referencia a los derechos humanos en el artículo 50, no por negarse a considerarlos seriamente, sino porque es delicado analizar los derechos humanos en el contexto de las contramedidas. Es cierto que un Estado no puede adoptar contramedidas que acarreen una suspensión de los derechos humanos en cuanto tales. No obstante, puede haber casos en que el elemento humano no sea el sujeto del derecho sino en cierto sentido su objeto. A juicio del Relator Especial, tal era el caso de la antigua prohibición de las represalias en derecho humanitario que, a diferencia de los derechos humanos contemporáneos, constituye una obligación puramente interestatal, de la que son beneficiarias las personas. Por esta razón el Relator Especial ha colocado la prohibición de las represalias en el artículo 47 bis, pero aceptando la idea de que su redacción podría ser revisada ulteriormente.

⁷ *Ibid.*

40. Desde que se acepta la distinción propuesta entre obligaciones no sujetas a contramedidas y contramedidas prohibidas, del análisis se desprende que el problema del respeto de los derechos humanos pertenece al ámbito de aplicación del artículo 50 y no al del artículo 47 bis.

41. El Relator Especial admite que la aproximación en el apartado b del artículo 50 de los derechos de terceros y de los derechos humanos fundamentales puede parecer un exceso de «derechos de humanismo», ya que equivale a considerar a los beneficiarios de los derechos humanos como terceros respecto del Estado. El problema es que parece extraño dedicar un párrafo distinto a los derechos humanos, ya que éstos son precisamente derechos de terceros con relación a la obligación interestatal que está sujeta a las contramedidas. Por tanto, la solución sería desdoblarse el apartado b en dos apartados, uno relativo a los derechos de terceros Estados y otro relativo a los derechos humanos. Esto dejaría de lado la posibilidad de un ataque a los derechos de entidades distintas de los terceros Estados, pero este aspecto podría tratarse en el comentario.

42. El Sr. SIMMA dice que está dispuesto a acoger favorablemente la idea de dividir el apartado b del artículo 50 en dos partes, una relativa a los derechos de terceros y la otra relativa a los derechos humanos fundamentales. No obstante, subraya el riesgo que entrañaría «privatizar» en cierto modo las obligaciones relativas a los derechos humanos presentándolas como obligaciones que no son debidas a los Estados. A su juicio, las obligaciones relativas a derechos humanos, en particular las enunciadas en las convenciones, tienen una doble naturaleza: son obligaciones que existen entre los Estados partes y que justifican, de la misma manera que otras obligaciones en caso de violación, el ejercicio de contramedidas. Este aspecto es importante y no debe ocultarse por el otro aspecto de los derechos humanos, destacado en particular por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a saber: que las obligaciones dimanantes de tratados no son sólo obligaciones entre los Estados sino también, y quizá en primer lugar, obligaciones para con las personas.

43. El Sr. Simma piensa, por tanto, que no sería ilógico insertar en el artículo 47 bis un apartado que prevea, como lo hace el proyecto adoptado en primera lectura, la exclusión del ámbito de las contramedidas de las obligaciones relativas a los derechos humanos.

44. El Sr. Sreenivasa RAO piensa que la distinción entre la protección de los derechos humanos en el contexto de las represalias y la protección de los derechos humanos en general es prudente hasta cierto punto. Si se considera la protección de los derechos humanos en el contexto de obligaciones de conflicto armado, es preciso reconocer que se trata en realidad de la protección de civiles inocentes. Si se parte de la perspectiva del Estado que es objeto de contramedidas y, por tanto, de un ataque del que debe protegerse, cabe admitir que éste suspenda el ejercicio de un gran número de derechos humanos en el marco de un estado de excepción. La suspensión de algunos de esos derechos puede no tener grandes consecuencias en el plano de la responsabilidad de los Estados. Pero ¿qué hacer con el caso en que, como ocurrió durante la segunda guerra mundial, se proceda a redadas de

importantes grupos e individuos para ponerles en campos de concentración? Es difícil separar la cuestión de los derechos humanos de las situaciones de conflicto armado. Además, los tiempos cambian y los derechos considerados como derechos humanos fundamentales son cada vez más numerosos. Habría que prever que tanto el Estado afectado como el Estado autor de las contramedidas estén obligados a proteger los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la distinción entre el artículo 47 bis y el artículo 50 perdería mucha importancia.

45. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) responde al Sr. Sreenivasa Rao que naturalmente deben defenderse los derechos humanos sin concesiones y que las disposiciones que prevén suspensiones en situaciones de excepción forman parte del régimen de los derechos humanos. Es por el rasero de estas disposiciones por el que hay que examinar el internamiento de personas durante conflictos armados y esto no pertenece al derecho de las contramedidas.

46. En cuanto a lo dicho por el Sr. Simma, el problema es que si se coloca en el artículo 47 bis la protección general de los derechos humanos, se elude el problema mucho más importante del artículo 50. En efecto, si las contramedidas acarrear violaciones de los derechos humanos, esto no se debe a represalias ejercidas contra individuos sino a los sufrimientos humanos que las acompañan, que pueden ser muy graves. Por esta razón, es de máxima importancia advertir a los Estados que si bien pueden establecer embargos o congelar cuentas bancarias, ciertos derechos individuales deben mantenerse, a reserva naturalmente de ciertas derogaciones. De ello se desprende que si se tiene la opción de un trato más limitado del artículo 47 bis en lo que concierne a los problemas clásicos de represalias y de una protección más amplia en el artículo 50, se hace más por los derechos humanos que siguiendo la línea propuesta por el Sr. Simma.

47. El Sr. GALICKI señala que el artículo 50 adoptado en primera lectura reunía elementos que anteriormente se dividían entre el artículo 47 bis y el artículo 50. Quizá convendría rectificar esta separación en cierta medida para evitar repeticiones u omisiones. Como se ha dicho, se habla en el apartado d del artículo 47 bis de obligaciones de carácter humanitario. Esta diferencia de terminología debería tomarse en consideración. Algunos participantes en el debate han considerado que esta noción se refería también a los derechos humanos. Convendría unificar la terminología y saber si debe hablarse de derecho humanitario o de normativas de los derechos humanos, como en el artículo 50. Será preciso que el Comité de Redacción reflexione sobre este punto. Se observan también las consecuencias de la separación introducida a partir del proyecto de artículo 50 adoptado en primera lectura en una comparación del apartado a del artículo 47 bis y del apartado a del artículo 50. Este procedimiento de separación debería reexaminarse con cuidado una vez más.

48. El Sr. SIMMA aboga por mantener la distinción establecida entre el artículo 47 bis y el artículo 50. En el supuesto en que un Estado adopte contramedidas económicas respecto de otro Estado, las obligaciones que no pueden suspenderse en el sentido del artículo 47 bis serían las obligaciones nacidas de un acuerdo comercial o

de algún acuerdo de asistencia económica. Las víctimas de los daños colaterales serían naturalmente civiles inocentes, lo que se dice bien en el artículo 50. Para el Sr. Simma, esto es perfectamente lógico y no hay ninguna confusión al respecto. Por otra parte, ¿no cabe contemplar contramedidas que afecten precisamente a obligaciones en materia de derechos humanos?

49. El ejemplo de las redadas, dado por el Sr. Sreenivasa Rao, invita a reflexionar. Las personas reagrupadas en campos de concentración serán verosíblemente nacionales del Estado que es objeto de las contramedidas: se entra entonces en el ámbito de la protección diplomática, de las normas mínimas que se aplican al trato de los extranjeros y, por tanto, de sus derechos individuales.

50. Pero pueden presentarse otros tipos de casos. Por ejemplo, cabe imaginar que exista en Alemania una asociación de amigos de Austria. Alemania, tirante con Austria, podría muy bien, en el marco de las contramedidas, detener a miembros de la asociación que serían sus propios nacionales, súbditos alemanes. Estas medidas no son inverosímiles ya que se ven ejemplos de ellas frecuentemente en la prensa.

51. Por esta razón, colocar consideraciones relativas a los derechos humanos en el artículo 50 no resuelve dificultades ni disipa los temores del Sr. Simma. Convendría reexaminarlas en el Comité de Redacción.

52. El Sr. PELLET dice que su posición sobre las contramedidas es conocida. Primero, no le gustan las contramedidas que, por la naturaleza de las cosas, cree que están reservadas a los Estados más poderosos, como sucede con la injerencia. Segundo, si las contramedidas son un mal, son un mal necesario y, en cualquier caso, un hecho. Por tanto, es preciso atenerse a ellas mientras la sociedad internacional siga siendo esencialmente descentralizada, de manera que, en ausencia de una justicia organizada, esta forma de «justicia privada» es inevitable. Y, tercero, dada la realidad de las cosas, es mejor regular las contramedidas que dejarlas en la anomia a la que algunos quieren confinarlas. Nada hay más peligroso para el débil que la ausencia del derecho.

53. Dicho esto, las propuestas del Relator Especial parecen constituir globalmente un progreso con relación al proyecto adoptado en primera lectura, incluso si no son perfectas y algunos puntos pueden constituir una regresión.

54. Tal sucede con la formulación del principio del artículo 47, que retoma la formulación inicial propuesta por el anterior Relator Especial, el Sr. Arangio-Ruiz⁸, a la que una mayoría de los entonces miembros de la Comisión se opuso con éxito, pese a la resistencia encarnizada de una minoría de la que formaba parte el Sr. Crawford. El artículo 47 adoptado en primera lectura era neutro. Presentaba las contramedidas como un hecho. El Relator Especial invita a la Comisión a rectificar esta neutralidad de buena ley, sin por lo demás justificar claramente esta marcha atrás, y partir de la idea de que las contramedidas son lícitas con ciertas condiciones: «el Estado lesionado

podrá adoptar contramedidas...». El Sr. Pellet preferiría una formulación negativa, como han propuesto algunos Estados: «un Estado lesionado no puede adoptar contramedidas salvo si...», pero si esto no es aceptable para una mayoría de los miembros, pide al menos que no se presente el recurso de las contramedidas como principio y que se vuelva a la fórmula neutra de compromiso laboriosamente adoptada en su 48.º período de sesiones. A juicio del Sr. Pellet, es el punto más negativo del informe, al menos en el plano de los principios: de un plumazo y sin explicaciones el Relator Especial ha rectificado un equilibrio laboriosamente obtenido.

55. Por lo demás, el Sr. Pellet cree que el Relator Especial tiene razón en tratar de simplificar la estructura del artículo 47, aunque sería posible avanzar más en el sentido de la racionalización. Como el Sr. Simma, duda del fundamento de las últimas palabras del párrafo 1: «...teniendo en cuenta el modo en que el Estado responsable haya reaccionado después de que el Estado lesionado lo haya instado a cumplir con dichas obligaciones». Además de que es difícilmente comprensible a primera lectura, le parece que si bien tal instancia y tal reacción son elementos que han de tenerse en consideración, no son más que unos elementos entre otros y que la verdad es que las contramedidas deben ser «estrictamente necesarias habida cuenta de las circunstancias», fórmula que el orador preferiría porque le parece más sencilla, más limitativa y más exacta.

56. En cuanto al párrafo 2 del artículo 47, el Sr. Pellet está de acuerdo con el Relator Especial en considerar que la limitación de las contramedidas, a lo que el Relator Especial Riphagen llamaba las «contramedidas recíprocas», no sería realista. En cambio, pese a las explicaciones dadas en el párrafo 347, el Sr. Pellet lamenta mucho que el Relator Especial haya cortocircuitado la preservación de los derechos de terceros en este artículo, observación que realiza el párrafo 3 del artículo adoptado en primera lectura. Esto es tanto más sorprendente cuanto que la lectura del párrafo 348 hace pensar que en fin de cuentas el Relator Especial se sumaba a la proposición de Irlanda⁹, que apunta, al contrario, a reforzar la posición de terceros tanto en el artículo 47 como en el 30.

57. Dicho esto, es inevitable que en algunos casos los intereses de terceros resulten afectados por las contramedidas. Pero no hay que confundir derechos con intereses, y si los terceros tienen derechos, no se ve por qué, dado que no han incumplido nada, la violación de sus derechos resultaría legitimada por el incumplimiento cometido por el autor de un hecho internacionalmente ilícito. El párrafo 3 del artículo 47 adoptado en primera lectura saca expresamente las consecuencias de esta constatación. Es indispensable reinsertar esta idea y no atenerse a la formulación muy ambigua que propone el Relator Especial, quien parece querer alcanzar el mismo resultado con la alusión sibilina a las «medidas frente al Estado responsable». En cambio, el Sr. Pellet cuestiona absolutamente que los seres humanos sean «terceros» en el marco de la responsabilidad interestatal y no puede aceptar la formulación que propone el Relator Especial en el apartado b del artículo 50. Sobre este punto se suma a lo dicho por

⁸ Véase el cuarto informe [Anuario... 1992, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/444 y Add.1 a 3], pág. 24, art. 11.

⁹ Véase la nota 3 supra.

el Sr. Lukashuk y el Sr. Simma: los seres humanos no son objetos de derecho de los derechos humanos sino que son precisamente partes en la obligación y no son en absoluto terceros. No está seguro de que dividir en dos el apartado b del artículo 50 baste para responder a sus preocupaciones.

58. Por otra parte, el artículo 48 recoge el progreso más espectacular y más neto resultante de las proposiciones del Relator Especial con relación al texto adoptado en primera lectura. Este último reposa en la creencia ingenua según la cual los excesos que con frecuencia conllevan las contramedidas resultarían limitados por un recurso hipotético al arbitraje obligatorio previsto en la tercera parte. Al remitir así todo a un mecanismo irrealista, y evidentemente inaceptable para una inmensa mayoría de Estados, se viene a descuidar las limitaciones de fondo necesarias para canalizar la «justicia privada» que son las contramedidas. El Relator Especial propone con razón abandonar esta idea extraña, esta especie de opio de los miembros de la Comisión que quieren creer que la sociedad internacional es idéntica a la sociedad nacional o que hay que aproximarla a ésta a marchas forzadas.

59. En cambio, parece imperativo preservar el gran progreso logrado en el texto adoptado en primera lectura, que consistió en subordinar la posibilidad de adoptar contramedidas al fracaso de las negociaciones conducidas de buena fe en un plazo razonable. El Sr. Pellet reconoce que el párrafo 3 del artículo 48 propuesto por el Relator Especial retoma esta idea. No obstante, lamenta que la secuencia lógica entre este párrafo 3 y el apartado c del párrafo 1, que se refiere a la obligación de aceptar negociar de buena fe, sea interrumpida por el párrafo 2, que el orador preferiría ver relegado al final del artículo. Las medidas provisionales que se prevén en el mismo deben aparecer como lo que son, a saber: excepciones a la prohibición de tomar contramedidas antes de que se haya ensayado la vía de la negociación. Su carácter excepcional debería señalarse más y, a la expresión «que sean necesarias», el Sr. Pellet preferiría una expresión más firme como «que resulten» o que sean «indispensables». En cambio, piensa que el Relator Especial tiene razón en eliminar la ambigüedad que resultaba de la mención de las «medidas conservatorias», incluso si debe entenderse naturalmente que se trata de la misma idea. Es cierto que podía pensarse en las medidas conservatorias de orden judicial internacional; ahora bien, no es la misma cosa.

60. Volviendo a la secuencia de los párrafos 1 y 2, le parece también al Sr. Pellet que el apartado b es prematuro en el lugar en el que se le ha colocado y que es demasiado rígido exigir al Estado lesionado que notifique las contramedidas que se propone adoptar antes del comienzo de las negociaciones. El orden lógico y práctico debería ser el siguiente: primero, una petición motivada de reparación; segundo, una negociación de buena fe y quizás no sea necesario prever una obligación distinta de aceptar negociar, porque el Estado que contempla adoptar contramedidas no debe solamente «acceder a negociar», debe proponerlo; tercero, la notificación de las contramedidas previstas que pueden ajustarse legítimamente en función de la negociación. Esto entraría dentro de la lógica de la mención, demasiado estrecha, de la exigencia de la necesidad de las contramedidas a la luz de la

respuesta del Estado responsable a la petición del Estado lesionado que figura al final del párrafo 1 del artículo 47.

61. En cuanto al párrafo 4 (que podría convertirse en párrafo 3 o pasar también antes del párrafo 2), no plantea problema en principio y, en todo caso, parece estar redactado en forma flexible y aceptable.

62. En cambio, el Sr. Pellet se opone enérgicamente a la alternativa que figura en la nota correspondiente al nuevo artículo 48, que suprime el logro principal del proyecto adoptado en primera lectura: la obligación —en principio previa— de negociar.

63. La proporcionalidad de que trata el artículo 49 es una noción indispensable y el Sr. Pellet se congratula de que el Relator Especial haya sustituido la palabra «o» después de «gravedad del hecho internacionalmente ilícito» por la palabra «y» que figura en el proyecto de artículo adoptado en primera lectura. Como el Sr. Simma, considera también que la proporcionalidad pura y simple a la que propone volver el Relator Especial es infinitamente preferible a la formulación negativa «desproporcionada» del texto adoptado en primera lectura.

64. Como se propone examinar conjuntamente los artículos 47 bis y 50, el Sr. Pellet destaca que en el párrafo 334 de su informe el Relator Especial dice que la distinción que él opera entre las obligaciones que no pueden ser suspendidas mediante contramedidas y las obligaciones que deben respetarse al adoptar este tipo de medidas introduce una aclaración. En este caso, el Relator Especial hace gala de un cartesianismo excesivo. Si, en lo abstracto, el Sr. Pellet comprende la distinción que tiene en mente el Relator Especial entre el objeto de las contramedidas, por una parte, y sus efectos, por la otra, comprende mal su aplicación en los artículos 47 bis y 50. Si se redacta el apartado a del artículo 50 de una forma ligeramente diferente, pero que equivale estrictamente a lo mismo en cuanto al fondo, diciendo, por ejemplo, que la obligación de no atentarse contra la integridad territorial de otros Estados no puede limitarse mediante contramedidas, se llega a «una obligación no sujeta a contramedidas», es decir, una obligación que pertenece al artículo 47 bis. Lo mismo sucede si se habla del deber de no injerencia. En cuanto al apartado b del artículo 50, del que ya ha hablado, el Sr. Pellet debe agregar que, pese a las explicaciones dadas en los párrafos 340 y 341, no llega a comprender en qué se diferencia el respeto de los derechos humanos fundamentales de las obligaciones de carácter humanitario que figuran en el artículo 47 bis.

65. En todo caso, parece prudente volver a un artículo 50 único relativo a las contramedidas prohibidas. El Sr. Pellet comparte en esto las opiniones del Sr. Galicki, pese al vehemente alegato del Sr. Simma.

66. Es inútil lanzarse a un debate punto por punto de las siete contramedidas prohibidas que figuran en los artículos 47 bis y 50. Para el Sr. Pellet bastaría en efecto con mencionar la prohibición del recurso a la fuerza de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y la obligación de no atentarse contra las normas imperativas de derecho internacional general, pero indicando en el comentario que se ha cuestionado el carácter imperativo de determinadas obligaciones (en particular las relativas a la inviolabilidad de los diplomáticos). Dicho esto, la

propia CIJ ha visto en ello «obligaciones imperativas» en su providencia relativa al asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* [pág. 20, párr. 41]. Análogamente, ha calificado de «obligaciones intransgredibles» las obligaciones humanitarias previstas en el apartado d del artículo 47 bis en la opinión consultiva sobre el caso *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* [pág. 257, párr. 79]. Sobre este punto, el Sr. Pellet está de acuerdo con el Sr. Simma, quien considera que no hay razón para distinguir entre las obligaciones de carácter humanitario y respeto de los derechos humanos, y coincide también con el Sr. Simma sobre lo que ha dicho en lo que concierne a los derechos humanos fundamentales y a la limitación necesaria del artículo 47 bis y del artículo 50 a tales derechos fundamentales. Sin duda, cabe decir lo mismo del principio de la integridad territorial y quizá también del principio de no injerencia. No quedaría más que la obligación relativa a la solución de controversias mediante tercero, pero el párrafo 4 del artículo 48 parece cubrir el supuesto principal. Es cierto que este párrafo no abarca exactamente el apartado c del artículo 47 bis, pero no está seguro de que sea necesario ese añadido que se referiría a supuestos marginales.

67. En todo caso, si bien el Sr. Pellet no tiene nada en contra del contenido de la larga enumeración de los artículos 47 bis y 50, se alza, como ya lo hizo durante el debate en primera lectura, contra el procedimiento mismo de la enumeración, probablemente no exhaustiva. Nunca se está seguro de no olvidar nada y puesto que se hace referencia al *jus cogens* en el apartado e del artículo 47 bis, por lo menos hay que dejar que éste cumpla su función.

68. Abordando el artículo 50 bis, el Sr. Pellet dice que es favorable a su inserción en el proyecto y piensa que es una buena idea prever que las contramedidas deben cesar cuando las circunstancias que las justifican hayan cesado.

69. Por tanto, el párrafo 3 del artículo 50 bis no plantea problemas. En cambio, el párrafo 2 no es necesario. Por una parte, plantea numerosos problemas de redacción: por ejemplo, al Sr. Pellet no le entusiasma la expresión «podría reanudarse», que es una especie de eco atenuado del comienzo del artículo 47, y el orador expresa lo mal que le parece esta formulación. Por otra parte, ni la palabra «requerimiento» ni la palabra «mandamiento» parecen satisfactorias. Por último, la precisión «de buena fe» no lo es más. El Comité de Redacción podría remediar todo esto pero, por otra parte, estas precisiones parecen superfluas, y podrían colocarse muy bien en el comentario, de ser posible con algunos ejemplos concretos. Estas son las consecuencias implícitas pero concretas del párrafo 1. Por otra parte, esta disposición es tan inútil que el Sr. Pellet no es partidario de que se remita al Comité de Redacción.

70. No sucede lo mismo con el párrafo 1, que puede remitirse al Comité de Redacción. No obstante, el Sr. Pellet se pregunta si la palabra «mandamientos» que figura en el apartado b es apropiada y piensa que cabría contentarse con referirse a los órganos o a los tribunales u órganos competentes para dictar decisiones obligatorias para las partes.

71. Por otra parte, este apartado b plantea dos cuestiones: la primera es la de saber si se refiere también a las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas. El Sr. Pellet supone que sí, pero, si es así, habría que decirlo y explicarlo en el comentario. Por lo demás, esto plantea problemas jurídicos interesantes en lo que concierne al asunto *Lockerbie*.

72. En segundo lugar, ¿este apartado b se refiere a las providencias de la CIJ o de otro tribunal que indiquen medidas conservatorias? Esto debería ciertamente ser así, pero no es lo que dice el texto propuesto. Para el Sr. Pellet, esas providencias de la Corte no constituyen decisiones obligatorias y mucho menos mandamientos; quizá se trata de mandamientos en el sentido del párrafo 2, pero si es así, los párrafos 1 y 2 no se corresponden entre sí.

73. En cuanto al artículo 30, el Sr. Pellet no ve inconveniente en el texto que propone el Relator Especial en el párrafo 362 de su informe, que al contrario marca un progreso con relación a la redacción anterior merced a la expresión añadida dans la mesure où. Dicho esto, se pregunta si esta disposición es necesaria. Su inclusión en la primera parte establece una ambigüedad que inquietó a algunos miembros de la Comisión el período de sesiones precedente, ya que las contramedidas parecen a la vez como una circunstancia que excluye la ilicitud y como consecuencias de la responsabilidad. Este «desdoblamiento de la personalidad» jurídica de la noción no es útil. Naturalmente, en abstracto cabe ver en las contramedidas una circunstancia que excluye la ilicitud, pero lo mismo sucede con otras instituciones jurídicas, por ejemplo una decisión del Consejo de Seguridad que imponga a los Estados la toma de medidas contrarias a algunas de sus obligaciones, lo que el Consejo puede hacer dentro de ciertos límites, y lo mismo sucede también, o puede suceder, con el consentimiento en la ilicitud o la excepción non adimpleti contractus, excepción que, prudentemente, el Relator Especial ha decidido no mencionar en el proyecto. El Sr. Pellet cree que ha tenido razón en hacerlo por las mismas razones que le hacen pensar que no es útil ni deseable mencionar las contramedidas en la primera parte, tanto más cuanto que, estrictamente hablando, no es la contramedida la que excluye la ilicitud sino la ilicitud del hecho inicial atribuible al Estado responsable. De hecho, es la primera ilicitud la que excusa a la segunda y no la contramedida en cuanto tal. Ahí hay una falta de lógica. El artículo 30 no es necesario y los artículos 47 bis a 50 bis se bastan por sí mismos.

74. En resumen, el Sr. Pellet dice que es partidario de remitir el conjunto de los proyectos de artículos al examen del Comité de Redacción, con excepción del párrafo 2 del artículo 50 bis y del artículo 30. Además desea ardientemente: primero, que se remodele el artículo 47 a fin de evitar que las contramedidas aparezcan como un derecho; segundo, que el artículo 47 bis absorba el artículo 50 y que la lista de los casos previstos por estas dos disposiciones se reduzca considerablemente y, tercero, que la separación entre el régimen general de las contramedidas y la solución de controversias se mantenga firmemente. Todo lo demás es cuestión de ajustes de redacción.

75. El Sr. LUKASHUK dice que aprueba en lo esencial las observaciones del Sr. Pellet con excepción de las relativas al apartado d del artículo 47 bis y al apartado b del artículo 50, y piensa, por el contrario, que hay que mantener la distinción entre las obligaciones de carácter humanitario, es decir dimanantes del derecho internacional humanitario, y los derechos humanos.

76. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que no comparte en absoluto la opinión del Sr. Pellet según la cual el conjunto de las prohibiciones de recurrir a contramedidas está cubierta por la noción de *jus cogens* y no puede suscribir su proposición sobre este punto. Como los Estados casi nunca reconocen a una norma el carácter de *jus cogens*, tal fórmula ampliaría radicalmente el ámbito de las contramedidas, lo que ciertamente no es el resultado deseado por el Sr. Pellet. En particular, el Relator Especial no cree en absoluto que la inviolabilidad de los locales, los archivos y los documentos diplomáticos y consulares, mencionada en el apartado b del artículo 47 bis, sea una norma de *jus cogens*. Por otra parte, esta disposición ha sido aprobada por los Estados y el Relator Especial se opondría a que se suprima.

77. Por otra parte, si se incluyen las disposiciones en examen en una forma apropiada en el proyecto de artículos, el artículo 30 quizá no sea necesario; pero si se les da la forma neutra y totalmente insatisfactoria en que fueron adoptadas en primera lectura, ciertamente lo es.

78. El Sr. ECONOMIDES se pregunta, en el supuesto en que después de la notificación hecha por el Estado lesionado a que hace referencia el artículo 48, el Estado responsable responde que cuestiona la existencia de la violación y propone llevar inmediatamente la controversia a la CIJ o ante un tribunal arbitral, si el Estado lesionado puede no obstante adoptar contramedidas, e incluso las mencionadas en el párrafo 2 del artículo 48.

79. El Sr. DUGARD suscribe la observación del Sr. Lukashuk: hay que distinguir claramente entre derecho internacional humanitario y derechos humanos.

80. El Sr. ROSENSTOCK, refiriéndose a la sugerencia hecha por el Sr. Pellet de suprimir la referencia a las contramedidas en el artículo 30 basándose en que lo que importa verdaderamente es el hecho ilícito inicial del Estado responsable, estima que con tal razonamiento cabría a fortiori suprimir la referencia a la legítima defensa. En efecto, puede vaciarse así el artículo 30 de todo su contenido y reconfigurar el conjunto del texto para tratar de resolver el problema que contempla de una forma totalmente diferente. No obstante, al hacerlo la Comisión corre el riesgo de perder toda posibilidad de concluir sus trabajos sobre el tema en su 53.º período de sesiones, en 2001.

81. El Sr. SIMMA dice que piensa que debe conservarse el artículo 30. Por otra parte, el título del artículo 50 le parece demasiado amplio, y sería preferible titular este artículo, por ejemplo, «Efectos prohibidos de las contramedidas». Por otra parte, en el texto inglés de la sentencia dictada por la CIJ en el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dicha Corte empleó una redacción muy rotunda pero se guardó de decir si el derecho diplomático pertenecía o no al *jus*

cogens. En lo que concierne a la cuestión de incumplimiento de una obligación en virtud de decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad, tal cuestión está cubierta por una disposición de salvaguardia.

82. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA suscribe las observaciones del Sr. Pellet sobre el orden de las disposiciones del artículo 48. Por otra parte, estima que en el párrafo 3 del mismo artículo no hay ninguna razón para limitar a las negociaciones los modos de solución de controversias.

83. El Sr. TOMKA dice que en cuanto al artículo 30, la CIJ, en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, analizó las contramedidas como circunstancias que excluyen la ilicitud. Por otra parte, esto está firmemente establecido en la doctrina desde el decenio de 1930 y el célebre artículo de Kelsen¹⁰. Por tanto, importa incluir las contramedidas ante las circunstancias que excluyen la ilicitud.

84. Por otra parte, los Estados pueden derogar por acuerdo bilateral obligaciones relativas a la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos o documentos diplomáticos o consulares, lo que muestra que esas obligaciones no pertenecen, pues, al *jus cogens*.

85. El Sr. MOMTAZ señala que las contramedidas no pueden adoptarse más que en relación con un comportamiento efectivamente ilícito, y destaca a este respecto que el Relator Especial indica en el párrafo 294 de su informe que creer de buena fe en la ilicitud no es suficiente.

86. El Sr. PELLET sigue considerando que sería preferible, en el artículo 47 bis, sustituir la enumeración de las diversas reacciones por una fórmula más general que las englobaría a todas. Esa enumeración es de todas formas incompleta: se podría hablar también, por ejemplo, de las obligaciones que imponen el derecho del medio ambiente y muchos otros. A este respecto le sorprende que el Relator Especial, quien en su momento criticó el párrafo 3 del artículo 19, utilice el mismo procedimiento en el artículo 47 bis.

87. En cuanto a la cuestión planteada por el Sr. Economides, la respuesta se encuentra en el apartado b del párrafo 1 del artículo 50 bis. Respecto de la cuestión de saber quién va a juzgar de la necesidad de las contramedidas, en derecho internacional son los Estados primeros jueces de la licitud, por lamentable que esto pueda ser, o de la importancia de limitar al máximo el recurso a las contramedidas.

88. Respondiendo al Sr. Rosenstock, el Sr. Pellet dice que debería suprimirse también la noción de legítima defensa en el artículo 30, aunque sólo sea porque se trata de una *lex specialis*.

89. Respondiendo a la observación del Sr. Simma, señala que las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que permite a los Estados no respetar una obligación, están ciertamente cubiertas por una disposición especial del proyecto de artículos pero ejercen

¹⁰ H. Kelsen, «Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht», *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Viena), vol. XII, n.º 4 (octubre de 1932), págs. 571 y ss.

precisamente de la misma manera que las contramedidas. En cuanto a la observación del Sr. Tomka, en el asunto por él citado la CIJ quizá concedió a los proyectos de artículos de la Comisión más peso del que merecían textos adoptados únicamente en primera lectura.

90. El Sr. KAMTO dice que hay que conservar el artículo 30, precisamente por la razón dada por el Sr. Rosenstock. Por otra parte, subraya la relación casi indisoluble existente entre las contramedidas y la solución de controversias e indica que volverá sobre ello en su intervención en la sesión siguiente.

91. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), respondiendo al Sr. Economides, dice que en el supuesto imaginado por éste, el Estado lesionado no puede adoptar contramedidas si el hecho ilícito ha cesado. Finalmente, respondiendo a una pregunta del Sr. Pellet, indica que al Consejo de Seguridad no le concierne el apartado b del párrafo 1 del artículo 50 bis y que sus decisiones caen dentro del artículo 39.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2647.^a SESIÓN

Jueves 27 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar su examen de la sección D del capítulo III del tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. KATEKA dice que, en el comentario general al capítulo III de la segunda parte del proyecto aprobado en primera lectura, se describen las contramedidas como el

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

aspecto más difícil y controvertido de todo el régimen de la responsabilidad de los Estados. El comentario dice que cuando adoptan contramedidas los Estados recurren a medidas unilaterales de autoayuda. En su opinión, pues, el examen de los artículos que se proponen requiere mucha prudencia.

3. De las opiniones expuestas por algunas Potencias se desprende claramente que no excluyen la adopción de contramedidas coercitivas y eso es una señal evidente del peligro de que las contramedidas puedan prestarse a abusos, especialmente cuando son las Potencias más poderosas quienes las adoptan contra países débiles, cuya capacidad para tomar contramedidas puede estar limitada a las notas diplomáticas de protesta. La inclusión de las contramedidas en el proyecto haría que los artículos fueran menos aceptables para ciertos Estados. En el debate sobre el artículo 30 señaló su oposición a la inclusión de las contramedidas.

4. El Relator Especial había pensado que la segunda lectura del proyecto de artículos estaría terminada en el 53.º período de sesiones de la Comisión, y el Comité de Redacción prepararía un texto completo, aunque dejando para el final la cuestión de la solución de controversias. Ese proceso de desagregación ha dejado diversas cuestiones en una situación un tanto dudosa. Por ejemplo, el artículo 19 se quedaría en la categoría de las «violaciones graves». El Relator Especial ha manifestado su preferencia por un instrumento no vinculante sobre la responsabilidad de los Estados y también ha desvinculado las contramedidas de la solución obligatoria de controversias al afirmar en el párrafo 287 de su informe que de estar vinculados ambos conceptos, el Estado destinatario tendría un derecho exclusivo. Por su parte, estaría de acuerdo en dar el mismo derecho al Estado lesionado porque la solución de controversias es un medio pacífico universalmente aceptado de resolver los conflictos.

5. El grupo de estudio de la Asociación de Derecho Internacional sobre el derecho de la responsabilidad de los Estados ha observado en su primer informe que las contramedidas representaban una peligrosa apertura del orden jurídico al poder, lo que indica que es necesario establecer un vínculo entre las contramedidas y la solución obligatoria de controversias para garantizar realmente el imperio del derecho en el derecho internacional público. Es decepcionante que el informe haya afirmado luego que el enfoque favorable a una jurisdicción obligatoria, por lo menos en lo que respecta a las contramedidas, parece muy poco realista. El tiempo y la reacción de los Estados dirán quién es realista. Lo mismo que con la Parte V de la Convención de Viena de 1969, que se ha vinculado a la solución obligatoria de controversias, se podía haber hecho con las contramedidas.

6. El Relator Especial ha refundido los artículos sobre las contramedidas aprobados en primera lectura diciendo que el propósito de las contramedidas es instrumental, es decir, que su finalidad es inducir el cumplimiento. Esto no siempre es así porque las contramedidas pueden ser punitivas para satisfacer los fines políticos y económicos del Estado lesionado. Por muy bien que se presenten las contramedidas, es evidente que no son aceptables. Como se decía en el comentario al artículo 30³, son medidas

³ Anuario... 1979, vol. II (segunda parte), págs. 138 y ss.

cuyo objeto es, por definición, infligir un castigo para conseguir el cumplimiento, y que en diferentes condiciones constituía una violación de un derecho válido y subjetivo del sujeto contra el que se adoptan las contramedidas. El comentario decía que esa característica general sirve para distinguir la aplicación de contramedidas, a veces llamadas «sanciones», del mero ejercicio del derecho a obtener reparación por un perjuicio. El comentario no dejaba lugar a dudas en cuanto al propósito de las contramedidas. Lo que se pide a la Comisión es pues que legitime algo que de otro modo equivaldría a la ley de la selva, en la que el fuerte impone su voluntad al débil. Por su parte se opone a la inclusión de las contramedidas en el proyecto de artículos.

7. Si la Comisión decidiera no obstante incluirlas, quisiera hacer diversas observaciones. La reconfiguración de los artículos no ha simplificado las cosas. La creación de un nuevo artículo 47 bis propuesto, tomado del artículo 50 adoptado en primera lectura, no ha mejorado el texto y, en su opinión, sería mejor restaurar el amplio artículo 50 sobre las contramedidas prohibidas. El Relator Especial ha descrito el artículo 47 aprobado en primera lectura como un «híbrido» y sin embargo en su nueva propuesta ha retenido lo esencial del párrafo 1 de ese artículo. En opinión del Sr. Kateka, las contramedidas son algo más que un simple incentivo. No es útil decir a un país cuyos haberes en el extranjero se congelan que esa medida tiene carácter instrumental; ese Estado podrá verse en la imposibilidad de comprar medicamentos y el carácter instrumental tendrá entonces resultados punitivos. Como ha dicho el Sr. Lukashuk, es difícil definir las contramedidas de manera específica. Quizá convenga volver a redactar el artículo 47.

8. El Relator Especial ha identificado cinco cuestiones básicas al reelaborar las disposiciones sobre las contramedidas. Ha rechazado con razón las contramedidas recíprocas porque en realidad no hay reciprocidad; se trata de una acción de sentido único. Aunque algunos países en desarrollo mantienen sus activos en países desarrollados y en consecuencia son víctimas fáciles en el momento de adoptar contramedidas, la mayoría de los países desarrollados no tienen haberes en los países en desarrollo que se puedan confiscar como contramedida.

9. En el artículo 47 bis, el Relator Especial ha dicho que convendría dar una nueva redacción a la cuestión de las obligaciones no sujetas al régimen de las contramedidas. Según el párrafo 334 del informe, parece mejor y más claro distinguir entre las obligaciones que no pueden ser suspendidas mediante contramedidas y las obligaciones que deben respetarse al adoptar ese tipo de medidas, es decir, entre la cuestión que motiva las contramedidas y su efecto. Personalmente no considera que esa distinción sea útil teniendo en cuenta el artículo 50 aprobado en primera lectura. El Sr. Lukashuk ha propuesto que el artículo 47 bis se coloque junto al artículo 50 dado el estrecho vínculo que hay entre ellos, mientras que otro miembro ha dicho que habría que unirlos. El texto del párrafo del encabezamiento del artículo 47 bis no está tan claro como el lenguaje imperativo del artículo 50 adoptado en primera lectura. De hecho, el empleo de la palabra «podrán» podría dar a entender que puede haber situaciones en que podrían suspenderse las obligaciones mencionadas. El

texto del apartado a quedaría mejor si se sustituyera la palabra «enunciadas» por «consagradas».

10. Le preocupa la cuestión de la supresión del párrafo b del artículo 50 adoptado en primera lectura. El Relator Especial ha alegado en el párrafo 312 que las contramedidas son coercitivas, lo que confirma sus peores temores respecto de esas medidas. El Relator Especial ha afirmado también en el párrafo 352 que una medida no puede estar lícitamente «enderezada» a poner en peligro la integridad territorial de un Estado porque el uso de la fuerza está excluido como contramedida. Este argumento es difícil de defender porque la soberanía y la existencia de un Estado no están amenazadas solamente por el uso de la fuerza; la coacción económica y política ha causado daños irreparables a la soberanía de muchos países en desarrollo. Al examinar las disposiciones relativas a los derechos humanos, algunos miembros han expresado su preocupación respecto de los daños colaterales y es de esperar que se manifieste la misma preocupación respecto de la coacción económica.

11. El Relator Especial ha propuesto entonces un texto descafeinado en un artículo 50 truncado para tener en cuenta las preocupaciones de los partidarios del apartado b adoptado en primera lectura. Sin embargo, el nuevo texto —del apartado a del artículo 50— es insuficiente por cuanto hace más amplia la disposición y no tiene en cuenta la realidad de la utilización de la coacción económica y/o política para justificar unas contramedidas desestabilizadoras. En su opinión, debe seguirse el tenor del apartado b del artículo 50 adoptado en primera lectura.

12. Se dice que el artículo 48 ha sido con mucho el más controvertido de los cuatro artículos aprobados en primera lectura. Sería mejor si el apartado c del párrafo 1 de la versión nueva pasara a ser el apartado a del párrafo 1 para poner de relieve la importancia de la negociación antes de la adopción de contramedidas; a su entender, la importancia de la disposición cuenta más que la cuestión de la lógica. Aunque es útil que el Relator Especial sustituya la desafortunada expresión «medidas transitorias de protección» por la idea de medidas «provisionales», el problema básico sigue siendo que, cualquiera que sea el nombre que reciban, las contramedidas son ilícitas por su carácter unilateral. Sean provisionales o sean plenas, sus repercusiones pueden ser difíciles de corregir y el problema no es la duración o el factor tiempo. El problema es la adopción de cualquier tipo de contramedidas. A ese respecto, preferiría, como se dice en el párrafo 358, que se aplacen todas las contramedidas hasta que concluyan las negociaciones o hayan fracasado definitivamente. De no ser así podría eliminarse la distinción entre las contramedidas «provisionales» y las demás contramedidas. El párrafo 4 del artículo 48 es un poco vago y sería preferible utilizar los términos del párrafo 3 del artículo 48 adoptado en primera lectura.

13. La nueva formulación del artículo 49 tiene un carácter positivo en contraste con el carácter negativo del artículo aprobado en primera lectura, y está bien que se suprima la formulación en forma de doble negación. Sin embargo, no es útil introducir el concepto de finalidad que se menciona en el párrafo 346 por las razones que ya ha expuesto.

14. El apartado b del nuevo artículo 50 establece que las contramedidas no deberán menoscabar los derechos de terceros, en particular los derechos humanos fundamentales. En el párrafo 347 el Relator Especial sostiene que no hay necesidad de aludir a la posición de los terceros Estados que pueden resultar afectados por las contramedidas. Si bien las contramedidas pueden no operar objetivamente, pueden causar sufrimientos a terceros. Por ejemplo, un embargo comercial impuesto por el Estado A contra el Estado B puede causar graves perjuicios al Estado C, que resultará ser una víctima inocente de las contramedidas; como resultado de la aplicación de contramedidas puede negarse a los países en desarrollo sin litoral facilidades de tránsito esenciales. Citar los «derechos humanos fundamentales» como un caso específico plantea la cuestión de si los derechos humanos de las personas en el Estado objeto de las contramedidas podrían excluirse por implicación dado que no se trata de un tercer Estado. El empleo de la palabra «fundamentales» también plantea la vieja discusión sobre qué son los derechos humanos fundamentales y cuál es su relación con otros derechos humanos derogables. Introduce un elemento de apreciación subjetiva que es mejor dejar fuera.

15. En el nuevo artículo 50 bis, el Relator Especial ha introducido una propuesta de Francia en el sentido de que deberá ponerse fin a las contramedidas tan pronto como hayan cesado las condiciones que justificaron su adopción. El Relator Especial ha aclarado que se refería a la suspensión del cumplimiento de la obligación y no a la propia obligación, pero entonces ¿por qué el artículo se refiere a la suspensión si ha cesado el hecho internacionalmente ilícito? El artículo utiliza el lenguaje del artículo 48 adoptado en primera lectura. En lugar de decir que «las contramedidas deberán suspenderse» habría que decir «deberá ponerse fin a las contramedidas». Asimismo, el párrafo 3 introduce una salvedad a la terminación debido a la referencia que hace a las obligaciones derivadas de la segunda parte. Esa referencia es innecesaria y amplía el alcance del párrafo.

16. Por último, desea reiterar su oposición a la inclusión de las contramedidas en el proyecto de artículos. Si la Comisión decide incluirlas, sería preferible que las disposiciones fueran generales pero breves y estuvieran basadas en los proyectos de artículo aprobados en primera lectura. En puridad, el Relator Especial ha hecho lo posible al tratar una cuestión difícil.

17. El Sr. GAJA dice que los artículos parecen estar mejor formulados que el proyecto aprobado en primera lectura, aunque en algunos aspectos todavía pueden mejorarse. En efecto, sería útil que el texto sobre las contramedidas tuviera menos extensión.

18. Está de acuerdo en que las contramedidas lícitas tienen una finalidad coercitiva. El artículo 47 indica que la finalidad es inducir al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la segunda parte. Sin embargo, en los artículos no se reflejan plenamente todas las implicaciones de esa finalidad. El párrafo 3 del artículo 50 bis dice acertadamente que deberá ponerse fin a las contramedidas después que se hayan cumplido las obligaciones derivadas de la segunda parte. Sin embargo, el artículo 49 dispone que las contramedidas deben ser proporcionales

a la lesión sufrida, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y sus efectos perjudiciales para la parte lesionada. Estos términos evocan la idea de que las contramedidas son sanciones por un hecho ilícito y que cuanto mayor sea la violación mayores serán las contramedidas. En su opinión, la proporcionalidad debe evaluarse en relación con la finalidad coercitiva de las contramedidas. Por ejemplo, si el Estado A se manifiesta dispuesto a pagar una indemnización por todos los perjuicios causados pero insiste en que para hacerlo ha de promulgar la oportuna legislación, las contramedidas se adoptarán solamente para promover la pronta aprobación de esa legislación; en este ejemplo no importa la gravedad del perjuicio. Puede haber otros casos en que la gravedad del perjuicio afecte a la probabilidad de que el Estado cumpla su obligación y en tales casos sí tiene interés referirse a la gravedad. El texto del artículo 49 se ha tomado de formulaciones contenidas en las decisiones sobre asuntos como *Naulilaa* y *Accord relatif aux services aériens* y en su opinión debe volverse a redactar. La CIJ consideró en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* que la finalidad de las contramedidas es inducir al Estado responsable a cumplir su obligación conforme al derecho internacional, pero en cierto modo rebajó la importancia de la finalidad al decir que era una de las condiciones de la licitud de las contramedidas. La Corte tampoco relacionó la proporcionalidad con la finalidad. Siguiendo hasta cierto punto el enfoque poco entusiasta de la Comisión respecto de la finalidad en sus primeros proyectos de artículos, la Corte había dicho que la proporcionalidad está relacionada con «el perjuicio sufrido teniendo en cuenta los derechos afectados» [pág. 56, párr. 85]. La Comisión debería ir más lejos y exponer las posibles implicaciones de la finalidad de las contramedidas sobre la proporcionalidad.

19. Está de acuerdo con mucho de lo que han dicho el Sr. Galiki, el Sr. Kateka y el Sr. Pellet acerca de la relación entre los artículos 47 bis y 50. La distinción entre una violación directa de una obligación y una violación de resultados de un efecto consiguiente es muy sutil. Si un Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la vida de las personas, poco importa que menoscabe directamente ese derecho o que deje morir de hambre a la población mediante medidas económicas y otras medidas. Aunque podría decirse que el inconveniente de las obligaciones derivadas de normas que no son imperativas puede estar justificado solo en las relaciones entre el Estado lesionado y el Estado responsable, esa violación no va generalmente en interés de la comunidad internacional. Sin embargo, no cree que pueda decirse lo mismo en cuanto a las violaciones de todas las obligaciones no impuestas por normas imperativas. Sería extraño que las contramedidas se consideren legítimas en derecho internacional cuando impliquen una violación por el Estado que adopta las contramedidas de obligaciones que afectan a otros varios Estados y en particular a la comunidad internacional en su conjunto. Debe haber una regla general según la cual cuando la obligación violada afecte a la comunidad internacional en su conjunto estarán prohibidas las contramedidas. Esto abarcará muchos de los casos que se contemplan en el artículo 47 bis, con seguridad los de los apartados a, d y e, y en el artículo 50. Aunque será difícil eliminar todos los ejemplos del artículo 50 adoptado en primera lectura, podría conservarse un par de ellos

e incluir una declaración más general. Al contrario del Sr. Pellet, no le plantea ningún problema que se haga referencia por separado a la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y a las obligaciones sobre la solución de controversias.

20. El párrafo 84 de la sentencia de la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* afirma el requisito de la *sommation*, notificación formal, antes de la adopción de contramedidas, lo que supone que hay que dejar pasar un cierto tiempo. Será útil indicar en el párrafo 1 del artículo 48 que la oferta de negociaciones forma parte del proceso de notificación. No está convencido de la necesidad del apartado b, porque podría ser contraproducente informar al Estado responsable de qué contramedidas concretas van a adoptarse.

21. En el párrafo 2 del artículo 48, el texto sobre la notificación niega la necesidad de la *sommation* y también es impreciso. Por su parte, favorece la versión alternativa propuesta en la nota a pie de página correspondiente al artículo 48, al que pueden añadirse algunos elementos.

22. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), refiriéndose a lo que ha dicho el Sr. Gaja sobre las obligaciones que afectan a la comunidad internacional, se pregunta si el proyecto de artículos puede interpretarse en el sentido de establecer que las contramedidas sólo pueden tomarse respecto de las obligaciones bilaterales en vigor entre el Estado responsable y el Estado lesionado. Si fuera así, las únicas exclusiones requeridas serán las indicadas en los artículos 47 bis y 50, la inviolabilidad de los agentes diplomáticos o consulares y la solución de controversias, así como, posiblemente, la jurisdicción interna.

23. El Sr. ROSENSTOCK dice que le ha sorprendido oír, en una exposición por lo demás convincente, que además de notificar su intención de tomar contramedidas los Estados tienen que esperar un cierto tiempo antes de adoptarlas. Esa idea no parece reflejarse en absoluto en el derecho consuetudinario y, sencillamente, son más los problemas que crea que los que resuelve. En la medida en que se haga una demanda, el derecho confirma claramente el derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas y no una modificación arbitraria de los requisitos judiciales para la adopción de medidas temporales.

24. El Sr. GAJA dice que, si la Comisión desea adentrarse parcialmente en el terreno del desarrollo progresivo del derecho, podría estipular que solamente las obligaciones bilaterales, en el sentido de las obligaciones que solamente existen con relación al Estado responsable, pueden ser violadas por las contramedidas. Esto comprendería el caso de las obligaciones emanadas de tratados multilaterales cuando esos tratados multilaterales generen en la práctica una serie de relaciones bilaterales. Esto discutiblemente limitaría las contramedidas incluso si va un poco más allá de lo que hoy es el derecho internacional consuetudinario. En respuesta al Sr. Rosenstock, precisa que no hay razón por la que en el proyecto no se pueda decir que un período de tiempo es necesario antes de que se puedan tomar contramedidas. No debe dejarse al Estado responsable tiempo para evitar la consecuencia de sus hechos, pero tampoco deben tomarse súbitamente medidas contra ese Estado antes

incluso de haberle notificado la invocación de responsabilidad.

25. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que acepta sin reservas las críticas al apartado b del párrafo 1 del artículo 48 y no tiene nada que oponer a que se suprima. Lo ha incluido sencillamente porque forma parte de una propuesta coherente formulada por Francia que parece representar una útil transacción en esa esfera.

26. El Sr. KAMTO dice que, como algunos otros miembros de la Comisión, tiene reservas respecto de las contramedidas, principalmente porque las considera como un retroceso en una época en que la tendencia apunta a la dirección opuesta, a la regulación de las relaciones internacionales mediante mecanismos de solución de controversias, inclusive mecanismos judiciales. Parece curioso que precisamente cuando surgen por todas partes instituciones jurídicas internacionales que pueden resolver las controversias entre los Estados a todos los niveles, la Comisión dé a los Estados el derecho a intervenir y de algún modo a ocupar el sitio de esas instituciones. Además, no está convencido de que en el derecho consuetudinario general haya base suficiente para las contramedidas. La práctica reciente deriva de las acciones de algunos Estados, pero eso no es ni mucho menos lo que tradicionalmente se entiende por derecho consuetudinario.

27. Quizá no tenga sentido volver a abrir el debate sobre el principio de si las contramedidas deben incluirse en el proyecto. Esa cuestión ya se ha examinado detenidamente y se ha resuelto. El tema es políticamente sensible, no obstante, y por ello es importante que las contramedidas se describan claramente antes de establecer el régimen jurídico pertinente. ¿Pueden las contramedidas asimilarse a instituciones conocidas como son las represalias, la retorsión, las medidas recíprocas y las sanciones? Dentro de esa gama de medidas, las contramedidas ocupan un lugar muy limitado. Por ejemplo, es totalmente artificial tratar de disociar enteramente las contramedidas de las sanciones. En los párrafos 290 y 296 del informe se exponen algunas de las preocupaciones manifestadas por los gobiernos a ese respecto y, con todo, el propio Relator Especial adopta en el párrafo 287 la opinión contraria. Una medida es punitiva no en función de su origen —un hecho individual de un Estado o un hecho colectivo— sino de sus efectos y del modo en que la percibe aquel contra el que se adopta. ¿Cómo puede explicarse que una decisión de las Naciones Unidas o de la Unión Europea de imponer un embargo por el incumplimiento de obligaciones en virtud de un tratado de derechos humanos tenga carácter de sanción, mientras que una decisión adoptada por un Estado por las mismas razones no lo tenga? Si se pregunta a los gobiernos cómo ven las contramedidas, está seguro de que para ellos no son ni más ni menos que sanciones.

28. En lo que respecta a la reciprocidad, la suspensión y sobre todo la terminación de un tratado a consecuencia de una violación grave, en el sentido del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, tienen el efecto de eliminar la norma, temporalmente o de manera permanente. Por otra parte las contramedidas son una reacción a una violación que no surte tal efecto: las obligaciones con-

vencionales resultan menoscabadas pero siguen pudiendo invocarse y el tratado permanece en vigor.

29. Frente a la retorsión, que es lícita ab initio, las contramedidas son ilícitas ab initio y solamente las hace lícitas el acto doloso al que constituyen una respuesta. A diferencia de las represalias, las contramedidas nunca pueden tener carácter militar. Las represalias armadas se han admitido únicamente en aquellos casos en que la prohibición del empleo de la fuerza aún no se había enunciado como principio fundamental del derecho internacional. La abstención del uso de la fuerza está ahora consignada sin equívocos en la Carta de las Naciones Unidas. Las contramedidas son, pues, represalias no militares que pueden o no tener un carácter sancionador o punitivo. La expresión «contramedidas» es genérica, neutral y por ende aceptable por los Estados, ya que abarca, al menos en parte, las dos nociones de represalias y sanciones. Los Estados han podido adoptar las represalias y sanciones en la anarquía que prevalecía hasta la primera parte del siglo xx, pero eso ya no es así. Las contramedidas aparecieron a fines del decenio de 1970 y comienzos de 1980, años de considerable debilitación de la autoridad del Consejo de Seguridad y de una expansión paralela de lo que se ha denominado «justicia privada». Eso no hay que olvidarlo cuando se trate de elaborar el régimen pertinente.

30. La cuestión principal es procurar que, al aplicar contramedidas, el Estado que se considere lesionado no actúe como si fuese un tercero imparcial, que las contramedidas no impidan o compliquen el arreglo pacífico de las controversias. La sección D del capítulo III del informe no da una respuesta enteramente satisfactoria a estas cuestiones, aunque representa un adelanto sobre los informes precedentes acerca del tema.

31. El principio de la aplicación de contramedidas y los conceptos de contramedidas transitorias y de proporcionalidad constituyen motivos de posible desavenencia entre el Estado que se considera lesionado y el Estado presuntamente responsable cuando la responsabilidad es algo que aún está por determinar. El Estado que se considera lesionado no puede resolver esa desavenencia de un modo unilateral, adoptando, por ejemplo, contramedidas en gran escala. La solución sólo puede obtenerse mediante el mecanismo de arreglo pacífico de controversias, que incluye desde la negociación hasta las actuaciones judiciales. He aquí que, a juicio del orador, la adopción de contramedidas esté inextricablemente vinculada al arreglo pacífico de controversias, pero según el Relator Especial eso no es así. En el párrafo 287, el Relator Especial dice que no debe haber vinculación especial de las contramedidas con la solución de controversias, ya que esa vinculación confiere al Estado presuntamente responsable un derecho exclusivo a invocar la solución por terceros, derecho que debería conferirse igualmente al Estado lesionado, en lugar de adoptar contramedidas. ¿Por qué ha de considerar el Estado lesionado que se le priva del derecho a recurrir a la solución por terceros? Si existe la posibilidad, expuesta en el párrafo 299, de que el Estado presuntamente responsable prolongue las negociaciones y emprenda procedimientos dilatorios, el orador podría entender la necesidad de prever contramedidas en determinados casos. Sin embargo, no puede estar en modo

alguno de acuerdo con la desvinculación entre las contramedidas y la solución pacífica de controversias.

32. De hecho, es partidario de establecer en la segunda parte un régimen jurídico de contramedidas amplio y completo. La idea fundamental ha de ser que las contramedidas pueden adoptarse únicamente para contribuir al funcionamiento adecuado del proceso de solución de controversias o al cumplimiento de las decisiones emanadas de ese proceso y nunca para obstruir la aplicación de las decisiones resultantes. De hecho, estaría más conforme con el derecho internacional contemporáneo el que las decisiones —y no las órdenes— de imponer medidas «transitorias» las adoptase en situaciones de excepción un tercero capaz de emitir mandamientos vinculantes. Ese es el papel que ahora desempeña con éxito el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. El hecho de que la CIJ no tenga esas atribuciones es deplorable y podría impulsar a proponer una revisión de su Estatuto y su Reglamento. Sin embargo, cualquier tribunal internacional del arbitraje podría emitir un fallo de urgencia a petición de las partes interesadas. Por otra parte, nada impide a los Estados que hayan convenido sobre la base de un acuerdo especial someter una causa a la Corte estipular que las medidas «transitorias» impuestas por la Corte serían vinculantes para ellos. Aquí existe un amplio abanico de procedimientos de urgencia que obvian la necesidad de contramedidas que, en las manos de determinados Estados, pueden representar una clara amenaza. Una vez más, las contramedidas podrían ser desproporcionadas, pero ¿qué pasa si el Estado presuntamente responsable después de todo no ha sido responsable? Hay que adoptar disposiciones de reparación, reparación que ha de ser determinada por un tercero imparcial.

33. Las contramedidas pueden adoptarse antes de que se ponga en marcha el mecanismo de solución de controversias y con la condición de que su validez sea revisada posteriormente por un tercero imparcial, o bien una vez solucionada la controversia, con objeto de garantizar que la decisión adoptada por el tercero se lleva a la práctica. En esa inteligencia, el orador desea exponer los siguientes comentarios sobre los proyectos de artículos.

34. En el párrafo 1 del artículo 47 se propone la inclusión de las palabras «o emanadas de una decisión vinculante de un tercero imparcial» después de las palabras «en la segunda parte». En la versión francesa del apartado a del artículo 47 bis aprueba el cambio propuesto de *prévues dans a conformément à*. En el apartado c deben suprimirse las palabras «por terceros» para que la disposición tenga mayor alcance.

35. Sería conveniente desde luego invertir el orden de los apartados a y b del párrafo 1 del artículo 48, y, a su juicio, las palabras «Estado responsable» deberían sustituirse por «Estado considerado responsable» por las razones aducidas con anterioridad.

36. Tiene dificultades especiales con el párrafo 2 del artículo 48, pues en él no se consignan condiciones efectivas algunas relativas a la aplicación de contramedidas. Si se conserva ese párrafo, debería rehacerse de modo que incluya una expresión tal como «alguna situación de urgencia» o «si la situación lo requiere» y omitir el adverbio «provisionalmente». También es partidario de añadir

la frase «de conformidad con el párrafo 2 del artículo 47» y suprimir la frase «a partir de la fecha de la notificación», pues no está justificada la adopción de contramedidas inmediatamente después de una notificación, aunque sean transitorias. De hecho, duda de la validez de las contramedidas «transitorias», pues son contramedidas o no lo son. Si se acepta su propuesta, el párrafo 3 debería por supuesto suprimirse y el párrafo 4 pasaría a ser el párrafo 3. Propondría pues un nuevo párrafo 4, que consista en un nuevo enunciado al párrafo 2 del artículo 50 bis, que en realidad corresponde más bien al artículo 48. Propone un texto en los términos siguientes:

«El Estado podrá aplicar las contramedidas que puedan ser necesarias para garantizar la ejecución de las decisiones adoptadas por un tercero en un procedimiento de solución de controversias, si el Estado responsable no se conforma con esa decisión.»

37. En cuanto al artículo 49, sirve para reforzar la necesidad de un mecanismo de solución de controversias ya que la proporcionalidad no puede existir en el vacío; hace falta alguien que la evalúe y la vigile.

38. No existe razón alguna para conservar el artículo 50, al menos como artículo aparte, y su título representa una imposibilidad lógica. Podría titularse «Conducta prohibida» o «Contramedidas», pero, por definición, las contramedidas no pueden prohibirse. La solución es incluir las disposiciones del artículo 50 en el artículo 48. Por otra parte, en lo que respecta al apartado a, la versión francesa de «jurisdicción interna» no es afortunada. La expresión *domaine réservé* podría prestarse a discusión, ya que su significado es sumamente discutible. Preferiría *jurisdiction interne*. El único cambio que prevé para el artículo 50 bis es trasladar el párrafo 2 del artículo 48 y volver a numerar el párrafo 3.

39. El Sr. GOCO apoya el enfoque realista del Sr. Kamto. La cuestión está en ver en qué circunstancias el Estado puede considerarse Estado lesionado. El mundo está lleno de situaciones en que un país hace incursiones en el territorio de otro, en su espacio aéreo o en su zona económica exclusiva, dando pie a acusaciones y contraacusaciones. Con frecuencia no se plantea el sometimiento de la cuestión a un tercero. En el párrafo 2 del artículo 48, empero, se requiere al Estado lesionado que notifique al Estado responsable de las contramedidas que tiene la intención de tomar. Eso es no tener en cuenta las crudas realidades de la vida, pues una contramedida es una medida de autoayuda. Existe una fuerte diferencia entre el ímpetu del artículo 48 y la propuesta primitiva del artículo 30, pues según el primero se disponen medidas transitorias mientras que el último es aplicable si el Estado adopta contramedidas en respuesta al incumplimiento por otro Estado de sus obligaciones internacionales. Por consiguiente, se pregunta si debería mantenerse aún el artículo 30.

40. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que le ha impresionado una consecuencia de los comentarios del Sr. Kamto, que es la necesidad de averiguar si el Estado considerado responsable realmente lo es. Hay que determinar la responsabilidad antes de que las contramedidas puedan ser válidas. Si se averigua con posterioridad que no están justificadas, puede plantearse una situación difi-

cil, ya que las contramedidas pueden basarse en una responsabilidad presunta. Si no se determina responsabilidad, el propio sistema de reglamentación de las contramedidas transitorias podría quedar perjudicado al depender de una presunción. Podría darse la situación en que el Estado que alegue haber sido lesionado resulte el responsable de la infracción. Esa posibilidad debe estar prevista en el proyecto de artículos.

41. El Sr. ROSENSTOCK, aunque hace suyo en parte el punto de vista del Sr. Pambou-Tchivounda, dice que iría más lejos. El Sr. Kamto no puede aceptar el artículo 47 porque presupone el dolo y sin embargo tampoco puede aceptar el proyecto de artículo 50 porque no presupone el dolo. Extraña falta de lógica, que indica que la Comisión adopta un enfoque tendencioso ante un problema difícil que acaso es únicamente una reflexión realista sobre el actual estado del mundo. No todo el mundo acepta la competencia obligatoria de la CIJ y no existe ningún mecanismo de solución de controversias que se extienda a todas las regiones. No hay más remedio que adoptar algún tipo de contramedidas o represalias. La cuestión es, pues, si es posible encontrar una base de acuerdo que mantenga esas medidas dentro de algún orden de un modo organizado y sin favorecer a unos grupos frente a otros. A menos que se llegue a ese acuerdo, se vendrá abajo la tentativa de elaborar un mecanismo de solución de controversias.

42. El Sr. GOCO quiere saber si se ha adoptado el criterio adecuado. La solución de una controversia es evidentemente la mejor solución, si es posible, pero en un caso como la guerra fronteriza entre Etiopía y Eritrea, la observación de la cláusula del párrafo 2 del artículo 48 podría motivar ulteriores medidas por parte del Estado responsable. La alternativa, sin embargo, sería al parecer reconocer la actuación unilateral del Estado presuntamente lesionado.

43. El Sr. KAMTO no niega que haya expresado opiniones algo contundentes sobre el principio de las contramedidas, pero ha tenido presentes las realidades de la escena internacional. No es justo decir que haya descartado la posibilidad de contramedidas provisionales. La cuestión, sin embargo, está en saber en qué condiciones y en qué situaciones deberían adoptarse. Tampoco cree que la CIJ sea la única instancia para un Estado lesionado, pues ya se sabe que los Estados suelen recurrir al arbitraje. Por último, no se opone al artículo 50 en su conjunto; lo que no le gusta es lo ilógico de su título. Ese problema puede resolverse incorporando sus disposiciones al artículo 48.

44. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el realismo lo aprecian diferentemente personas diferentes. El Sr. Kateka le ha acusado de ser demasiado realista al suponer que el proyecto de artículos no puede convertirse en tratado dentro de un sistema de competencia obligatoria. Aunque, sin embargo, sería partidario de ese resultado, porque le resultaría satisfactorio refundir su labor; es difícil contemplarlo de un modo realista. La tarea que la Comisión tiene pendiente, si es que decide adoptar contramedidas más plenas que las previstas en la disposición general del artículo 30, consiste en establecer una relación entre ellas y la solución de controversias que encaje en la lenta pero general y discernible evolución

hacia la obtención de una solución por terceros. No sería posible por diversos motivos establecer una vinculación nueva y automática entre la adopción de contramedidas y la solución de controversias, pero podrían redactarse artículos que encajasen en los sistemas actuales y en desarrollo de solución de controversias, de manera que el Estado sobre el que existan presunciones verosímiles de que ha cometido una infracción del derecho internacional esté en condiciones de prevenir esas contramedidas deteniendo o suspendiendo la acción y llevando el asunto a un tribunal. Ése es el efecto que deberían conseguir las disposiciones del proyecto de artículos.

45. El Sr. LUKASHUK está plenamente de acuerdo con la preocupación del Sr. Kamto en cuanto a la solución pacífica de controversias, pero teme que su enfoque exigiera la reforma de ramas enteras del derecho internacional. No se ajusta a la realidad en absoluto. Al mismo tiempo, no puede aceptar el realismo que se atribuye el Relator Especial, pues la más leve de las limitaciones que propone es acusadamente idealista en comparación con los usos contemporáneos. Si los gobiernos aprueban aunque sea un mínimo de las disposiciones propuestas, eso sería un éxito señalado para la Comisión y un paso importante en el desarrollo progresivo del derecho internacional.

46. El Sr. Sreenivasa RAO elogia la manera en que el Relator Especial se ha abierto camino entre las múltiples complejidades del tema, que estaba repleto de matices y cambios de difícil captura. Como complicación añadida, estaba profundamente enredado con la política. La situación de los días coloniales no importa ya, pues han cambiado los tiempos, pero destiñe sobre el enfoque internacional de las contramedidas. El precedente Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, creía que las posibilidades de abuso eran tales que el criterio más sensato era incluirlo en el tema más amplio de la responsabilidad de los Estados. Si se abarca por completo, estará en juego todo un sistema supletorio de derecho internacional. Incluso podría ser aplicable la *lex specialis*. Por otra parte, habría que prever las consecuencias de una aplicación inadecuada de disposiciones previas. Quisiera saber si hace falta una segunda categoría de salvaguardias.

47. Por otra parte, parece ganar terreno la opinión de que las contramedidas no tienen más remedio que adoptarse y que hay por consiguiente que establecer un cierto grado de razonabilidad. Él no va a decir categóricamente qué contramedidas son indignas de consideración jurídica. Los Estados a veces se ven obligados a recurrir a medidas mínimas de protección. Dichas medidas deberían sin embargo limitarse a sanciones y, sólo en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas, consistir en medidas como congelación de cuentas bancarias, denegación de ayuda económica o suspensión de derechos y obligaciones contraídos en virtud de tratados. En el caso de violaciones de derechos humanos, las medidas podían incluir resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos o la investigación de los abusos por un relator especial. Los ejemplos aducidos tienden a ilustrar que la defensa apasionada de una solución o de otra no guarda proporción con la realidad, aunque reconoce que los debates de la Comisión han permitido a la CIJ, en su examen del asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, enunciar cuatro propuestas que, a su vez, servirán de orientación a

la Comisión. El que la Comisión proceda a la codificación es sin embargo otra cuestión.

48. Las declaraciones hechas por los Estados ante la Sexta Comisión son mucho más razonables y pragmáticas que algunas de las que se han hecho ante la CDI, donde la tentación era una puja de exposiciones apasionadas. El pragmatismo de los Estados, sin embargo, es el ejemplo que hay que seguir, pues éstos pueden hacer reclamaciones, pero en última instancia tienen que conformarse con una fórmula de transacción. Por consiguiente, duda de la utilidad de propuestas tajantes sobre contramedidas. Ciertamente, nada pasaría de malo si el tema de las contramedidas se eliminara por completo del tema de la responsabilidad de los Estados.

49. Nadie va a discutir que las contramedidas hayan de ser una medida en última instancia, «un mal necesario», en palabras del Sr. Pellet. Así pues, si las contramedidas se contemplan como una excepción a la regla general en cuya virtud el demandante no puede ser juez y alguacil de su propia causa, el proyecto de artículos ha de poner todos los obstáculos razonables que pueda a los Estados que tuvieren la tentación de recurrir a esas medidas con demasiada desenvoltura. De aquí el hincapié que se hace, en los proyectos de artículos aprobados en primera lectura, entre la vinculación entre las contramedidas y la solución de controversias. Ese hincapié ha de destacarse aun más en el nuevo artículo 48 y la solución de controversias no ha de presentarse exclusivamente como una alternativa. En esa coyuntura, hace notar que el párrafo 4 del artículo 48 parece redundante, ya que se limita a exponer la verdad evidente de que, cuando hay en vigor un procedimiento de solución de controversias, los Estados han de acudir a él antes de recurrir a contramedidas. Sin embargo, si se conserva, el párrafo 4 del artículo 48 debería colocarse lógicamente delante del párrafo 3, como han propuesto el Sr. Pellet y otros, para reflejar mejor el orden natural de los hechos. Análogamente, el apartado b del párrafo 1 del artículo 48, con su requisito de notificación, no debería suprimirse, como ha indicado el Relator Especial, ya que establece un orden lógico de hechos y por lo tanto podría permitir al Estado responsable seleccionar los más importantes de los agravios del Estado lesionado. En cuanto al apartado c, aprueba la propuesta de sustituir las palabras «convendrá en» por las palabras «se ofrecerá a». En el apartado a, las palabras «petición razonada» deberían sustituirse por «reclamación escrita».

50. El problema es que el corpus de derecho internacional al que podría recurrir un Estado lesionado es un conjunto de leyes muy complicado, comprensible únicamente para los que las promulgaron y los que las practican, pero raramente para los 180 o más Estados que se rigen por sus cláusulas. De aquí que los Estados no hagan caso a sus asesores jurídicos, sino que en cambio adopten su propio criterio, apoyándose en instituciones internas que les son habitualmente más útiles. En resumen, el proceso de codificación del derecho internacional no ha tenido éxito todavía, pues cuando se trata de aplicación e interpretación, surgen dudas incluso sobre la Carta de las Naciones Unidas, texto redactado con la máxima claridad. El *jus cogens* es un arcano y nadie está realmente seguro de cuál es su contenido. Así pues, quitando los casos en que los derechos y las obligaciones se negocian directamente en forma de tratados bilaterales o multilate-

rales, toda legislación internacional de cuya elaboración y aplicación la mayoría de los Estados se sientan excluidos tendrá sólo una aplicación muy limitada.

51. Es difícil ver cómo una estructura que ha implantado obligaciones erga omnes y de jus cogens, estableciendo así la existencia de un orden jurídico superior, puede también permitir acciones unilaterales en cuya virtud un Estado puede tomarse la ley por su mano. En ese sistema parece que unas veces exista y otras no una comunidad internacional. La alternativa real, sin embargo, es entre un régimen mundial, aunque idealista, y un libertinaje internacional. No existen términos medios. Hay que establecer un equilibrio en el tratamiento de las contramedidas entre los intereses del Estado lesionado, los del Estado responsable y los de la comunidad internacional.

52. Los artículos 48 y 50 desempeñan una función útil en la limitación de la libertad de los Estados en tomar contramedidas, como hace el artículo 47. A su juicio, sin embargo, los artículos 47 y 50 deberían refundirse. En la reforma actual, el epígrafe del artículo 47 bis parecía indicar que la suspensión de las obligaciones enumeradas a continuación queda al arbitrio del Estado. Si ese no es el propósito, el epígrafe debería enunciarse de modo más categórico para disipar esa impresión. Análogamente, en el apartado a debería utilizarse una palabra más fuerte que «enunciadas». También parece haber un solapamiento entre el apartado a del artículo 47 bis y el apartado a del artículo 50, y se conseguiría una visión mejor de los condicionamientos aplicables a las contramedidas combinando ambos artículos.

53. A pesar de las desventajas señaladas por el Relator Especial, convendría alentar las contramedidas recíprocas en lo posible. Debe darse mayor relieve a esa idea en el texto del proyecto de artículos, no solamente en el comentario.

54. Otra cuestión de la que se ha ocupado el Relator Especial es la de la reversibilidad de las contramedidas como criterio para su licitud o razonabilidad. La reversibilidad es un criterio aprobado por la CIJ, como señala el Relator Especial en el párrafo 289 de su informe, y la Comisión debería hacerse eco de la labor de ese órgano, del mismo modo que la Corte se hace eco del de la Comisión. Debe prestarse mayor atención a este tema, al menos en el Comité de Redacción. Por otra parte, la reversibilidad no debe equipararse a la suspensión, sino que debe contemplarse como un criterio muy importante por sus propios méritos.

55. La tercera propuesta es que el proyecto de artículo sobre contramedidas se aplique únicamente en aquellos casos en que se plantean obligaciones de jus cogens o hay que colmar una laguna. Nunca han de servir como sucedáneo de otros regímenes autónomos creados por los Estados que, por imperfectos que algunos de ellos puedan ser, han de ser respetados para que puedan evolucionar dentro de la estructura general del derecho internacional.

56. También debe darse especial relieve a la idea de que las contramedidas no han de violar los derechos humanos fundamentales. La protección de los derechos humanos ha de ser una condición fundamental cuando se recurra a contramedidas y no simplemente una cuestión añadida

del tema completamente distinto de los derechos de terceros.

57. Por último, en lo que se refiere a la proporcionalidad, la CIJ ha hecho notar, en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, que las contramedidas han de ser proporcionales al daño sufrido, habida cuenta de los derechos en juego. El Relator Especial, sin embargo, propone ahora que las contramedidas deberán ser proporcionales a la lesión sufrida, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los efectos perjudiciales en la parte lesionada (art. 49). No ha tenido el orador tiempo de reflexionar detenidamente sobre el tema, pero su primera impresión es que ambos enfoques son completamente distintos. La cuestión indudablemente merece ulterior estudio. Por último, aunque es posible recurrir legítimamente a contramedidas como medios para inducir a la otra parte a cumplir sus obligaciones, por supuesto han de mantenerse totalmente al margen del tema completamente distinto de las sanciones punitivas.

58. El Sr. KUSUMA-ATMADJA simplemente quiere referirse a la cuestión suscitada sobre la reversibilidad de las contramedidas como criterio de su licitud. Los hechos pasan con tal rapidez en la escena mundial que las contramedidas podrían en algunos casos resultar irreversibles.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2648.^a SESIÓN

Viernes 28 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte).

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. DUGARD dice que a los publicistas no les gustan las contramedidas o represalias por recordarles que el sistema en el que trabajan es primitivo y no dispone de los medios coercitivos existentes en los sistemas de derecho interno. Probablemente sea ésta la razón de la frecuencia con que las represalias o contramedidas no se mencionan en los manuales de derecho internacional. Son, sin embargo, una realidad de la vida internacional o, como dice el Sr. Sreenivasa Rao, un mal necesario y corresponde por ello a los publicistas progresistas limitar sus excesos. La Comisión parece estar de acuerdo. Tiene por tanto que aprobar disposiciones que, a pesar de reconocer la existencia de contramedidas como un hecho deplorable del ordenamiento jurídico internacional, estén encaminadas a reducir su alcance. Los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial en su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4) consiguen este objetivo mediante ciertas modificaciones.

2. Por lo que respecta al artículo 47, el texto adoptado en primera lectura era un modelo de falta de elegancia, y complace al Sr. Dugard que el Relator Especial lo haya retocado sustancialmente. Lamenta únicamente que haya conservado la última frase, incluso si el Comité de Redacción pudiera rehacerla para darle mayor claridad y elegancia.

3. El Relator Especial ha rechazado con toda razón el concepto de contramedidas recíprocas. Es ciertamente imposible en la práctica que las contramedidas correspondan a la obligación que ha sido incumplida. Por esta razón en 1984, bajo el régimen de apartheid en Sudáfrica, seis dirigentes del movimiento antiapartheid se refugiaron en el consulado británico de Durban. El Gobierno sudafricano consideró que la concesión de asilo político a refugiados políticos en el consulado constituía una violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Como represalia se negó a cumplir un compromiso que había adoptado de entregar a cuatro sudafricanos al Reino Unido para que fueran juzgados en ese país por violaciones del embargo de armas decretado por el Gobierno británico. Esto constituye una ilustración de las dificultades que hay en la práctica para hacer que las contramedidas correspondan a la violación alegada.

4. El Sr. Dugard comparte la opinión del Sr. Sreenivasa Rao respecto a la reversibilidad de las contramedidas. Si bien el Relator Especial parece aceptarla en principio, no la menciona expresamente en el párrafo 2 del artículo 47. El Sr. Dugard considera que sería conveniente enunciarla en el artículo 47 y de ello podría encargarse el Comité de Redacción.

5. Por lo que respecta a los artículos 47 bis y 50, el Sr. Dugard, pese a comprender las razones, claramente expuestas en el párrafo 334 del informe, que llevaron al Relator Especial a separar las dos disposiciones: el artículo 47 bis referido a las contramedidas y el artículo 50 a su efecto, considera, al igual que la mayoría de los miembros que han comentado los proyectos de artículos, que estas dos disposiciones están tan estrechamente relacionadas que convendría reunir las o, si no fuera posible, colocar el artículo 50 inmediatamente después del artículo 47 bis. Además el título del artículo 50 no correspon-

de a su contenido y parece más apropiado el título propuesto por el Sr. Simma, «Efectos prohibidos de las contramedidas». El Comité de Redacción podrá solucionar esta cuestión, como también modificar el artículo 47 bis para tratar de eliminar la repetición de la palabra «obligaciones».

6. El artículo 50 presenta mayores dificultades. Habría que separar en primer lugar los derechos de terceras partes y los derechos humanos en dos párrafos distintos. Por tratarse de actos contrarios a los derechos humanos, es inevitable que la mayor parte de las contramedidas afecten a ciertos derechos humanos, en especial en las esferas económica y social. El Sr. Dugard no está convencido a ese respecto de la utilidad de la palabra «fundamentales». Piensa también que, como ha propuesto el Sr. Simma, habría que incluir una disposición prohibitiva de las contramedidas perjudiciales al medio ambiente.

7. El apartado a propuesto por el Relator Especial para el artículo 50 no es muy satisfactorio. Sería preferible volver al texto del apartado b aprobado en primera lectura. La palabra «extremas» es realmente difícil de definir pero debería mantenerse la expresión «la integridad territorial o la independencia política» que en él figura, dadas su importancia y la frecuencia con que aparece en las resoluciones de la Asamblea General. El principio del respeto a la integridad territorial y a la independencia política tiene importancia para las naciones en desarrollo y la redacción anterior era de todas maneras más clara. La palabra «injerencia» es especialmente difícil de definir y la expresión «jurisdicción nacional» es poco afortunada porque en inglés remite a una época pasada en la que el párrafo 7 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas prevalecía sobre el derecho internacional en todas las circunstancias. No tiene cabida en un texto moderno y sería preferible volver a la redacción aprobada en primera lectura.

8. Respecto a otros artículos, el Sr. Dugard nada tiene que objetar a los artículos 49, 50 bis y 30, y aprueba el artículo 48 a reserva de que se sustituyan en el apartado c del párrafo 1 las palabras «se accederá» por las palabras «se ofrecerá». Todos estos proyectos de artículos pueden enviarse al Comité de Redacción.

9. El Sr. ELABARY dice que el concepto de contramedidas es muy controvertido y por principio es personalmente «alérgico» a él. Las contramedidas ponen en evidencia el desequilibrio e incluso acrecientan las diferencias entre los Estados ricos y poderosos y los demás Estados. Por haber representado a su país en el Consejo de Seguridad durante dos años, le consta pertinentemente lo fácil que resulta a los Estados más poderosos imponer su voluntad a la comunidad internacional. Sin embargo, hay que hacer frente a la realidad, ya que en el mundo contemporáneo su utilizan, e incluso abusivamente, las contramedidas, estando hasta cierto punto reconocidas por el derecho internacional consuetudinario. La Comisión debe por ello regularlas muy estrictamente.

10. Un incidente ocurrido en 1964 proporciona un buen ejemplo de contramedida recíproca, proporcionada y reversible. Durante los disturbios que conoció el Congo en 1964, el Gobierno congolés decidió confinar al Embajador de Egipto en el Congo. El Sr. Tschombe, de

paso por Egipto poco después, fue detenido y seguidamente confinado por el Gobierno egipcio. Fue liberado cuando el Embajador egipcio lo fue.

11. Por lo que hace a los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial, el Sr. Elaraby preferiría, al igual que el Sr. Pellet y por las razones aducidas por éste, que el artículo 47 se redactara en términos negativos: «El Estado lesionado no podrá adoptar contramedidas salvo si...». Además, sería preferible que el párrafo 1 de este artículo 47 terminara después de las palabras «tales obligaciones», ya que lo que sigue es impreciso y no añade nada.

12. Por lo que respecta al artículo 47 bis habría que mencionar expresamente, en el apartado a, «la prohibición» de la amenaza o al uso de la fuerza, principio cardinal del derecho internacional contemporáneo. En el párrafo 3 del artículo 48 deberían suprimirse las palabras «tras un período razonable». Respecto a las contramedidas prohibidas de que se ocupa el artículo 50, el Sr. Elaraby se suma a las observaciones del Sr. Dugard y desearía también volver a la redacción precedente y a la expresión «la integridad territorial o la independencia política». Por último, el Sr. Elaraby hace suyo el punto de vista expuesto por el Relator Especial en el párrafo 366 de su informe respecto del artículo 30.

13. El Sr. ADDO dice que no puede negar que el sistema de contramedidas sea más beneficioso para las naciones poderosas. El propio Relator Especial señala en el párrafo 290 de su informe que en sus comentarios sobre si debían mantenerse las disposiciones relativas a las contramedidas, es decir los artículos 47 a 50, los gobiernos han señalado el desequilibrio inherente a las contramedidas, que sólo favorecen a los Estados más poderosos. No es por tanto extraño que el antiguo Relator Especial Riphagen señalara que la Comisión, al definir las condiciones del recurso lícito a tales medidas, debía procurar que las desigualdades reales entre los Estados no favorecieran indebidamente a los Estados poderosos y ricos en detrimento de los débiles y pobres. Es por consiguiente necesario elaborar un sistema de contramedidas equilibrado, lo que contribuirá en mayor medida a poner término a los excesos tenidos por algunos que de guardar silencio y hacer como si el problema no existiera. Como ha dicho el Relator Especial, no hacer nada respecto a las contramedidas puede ser catastrófico. En el estado actual de derecho internacional y de las relaciones internacionales, es ciertamente necesario que los Estados conserven el derecho a adoptar contramedidas en respuesta a actos cometidos en violación de sus derechos jurídicos. Se reprocha invariablemente al derecho internacional la falta de un mecanismo propio para garantizar el respeto de sus disposiciones debido a la falta de procedimientos judiciales obligatorios y del poder limitado de las instituciones internacionales que tratan de sancionar a quienes violan el derecho. Es inevitable en un mundo dividido.

14. El derecho internacional general autoriza las contramedidas bajo ciertas condiciones y dentro de los límites de la necesidad y la proporcionalidad. Pero las decisiones judiciales y arbitrales sobre las contramedidas

han sido escasas y el fenómeno ha sido relativamente poco estudiado por la doctrina. La práctica de los Estados, pese a ser abundante, no facilita muchas aclaraciones respecto a las circunstancias en las que las represalias están autorizadas ni a los límites precisos de las contramedidas. Se ha dicho que había que preferir los módulos de solución pacífica a las contramedidas, pero no se ha estudiado debidamente la relación entre ellos. Es cierto que la autoayuda no violenta y las contramedidas que no conllevan un recurso a la fuerza seguirán siendo un elemento importante del derecho internacional y podrán desarrollarse conforme se extienda la red de derecho internacional y de obligaciones internacionales. Cuanto más disposiciones jurídicas haya, más peligro habrá de violaciones y reacciones a esas violaciones por parte de quienes se consideran lesionados y carecen de otro recurso. Medidas tales como los embargos comerciales, la congelación de cuentas, la suspensión de obligaciones convencionales y la expulsión de ciudadanos extranjeros confirman esta observación. El asunto *Accord relatif aux services aériens* constituye el ejemplo que ha de seguirse sobre la forma de conseguir el respeto al derecho internacional, a saber la autoayuda. La expresión «contramedidas» que se utilizó por primera vez en este asunto ha reemplazado recientemente a la palabra «represalias», debido muy probablemente a su connotación peyorativa, ya que incluye las represalias armadas, en la actualidad ilícitas.

15. La contramedida es por tanto un hecho ilícito que se convierte en lícito por ser una reacción a un hecho ilícito anterior. Para el Sr. Addo esto es lo que dice el artículo 30 de la primera parte del proyecto.

16. Según el asunto *Naulilaa*, que parece ser el locus classicus del derecho de represalias, el objeto de las represalias debe ser la obtención de una reparación por el hecho ilícito cometido por el Estado o la vuelta a la legalidad procurando que las infracciones no se repitan y sólo son lícitas cuando van precedidas de una «solicitud no satisfecha» de reparación o de cumplimiento de las obligaciones. Las contramedidas que implican los recursos a la fuerza están prohibidas por el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

17. Refiriéndose seguidamente a los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial, el Sr. Addo aprueba su deseo de incorporar las contramedidas al capítulo II de la segunda parte bis. Estas disposiciones suscitan, con todo, algunas observaciones. En primer lugar por lo que hace al párrafo 2 del artículo 47, el Sr. Addo aconseja suprimirlo. Nada se perdería si desapareciera y si por el contrario se mantiene puede prestarse a confusión y suscitar problemas de interpretación. Puede ser también indebidamente restrictivo debido a las limitaciones que impone.

18. En el artículo 47 bis, cabe preguntarse si debe conservarse el apartado e. Aunque nunca se ha permitido infringir las normas de jus cogens, la Comisión tal vez quiera mantener esta cláusula por un prurito de prudencia. Por lo que hace al apartado c, que recoge la obligación relativa a la solución de controversias mediante terceros cuando los Estados se han comprometido a

resolver pacíficamente sus controversias, el Estado responsable debe, por lo general, disponer de suficiente tiempo para poner remedio a la situación que ha creado. No habría por tanto que adoptar decisiones apresuradas tras la presentación de la demanda. Por consiguiente, si los dos Estados se han comprometido formalmente a solucionar pacíficamente sus controversias, debe considerarse ilícito el recurso por uno u otro a las contramedidas. Sin embargo, pueden presentarse situaciones en que resulten ineficaces los mecanismos de solución. En ese caso es cuando el Estado lesionado puede imponer legítimamente contramedidas, en virtud del derecho internacional consuetudinario, y ello gracias a que el principio de contramedidas tiene, desde el punto de vista de la aplicabilidad, una existencia distinta de la regla relativa a la solución de controversias en el marco del derecho de los tratados.

19. Del análisis del Relator Especial se infiere que las contramedidas, para ser lícitas, han de reunir los siguientes requisitos: a) debe existir violación de una obligación internacional; b) la solicitud del Estado lesionado debe ser infructuosa; y c) las contramedidas adoptadas por el Estado lesionado han de responder al principio de la proporcionalidad.

20. El artículo 48 establece que en principio las contramedidas deben ir siempre precedidas de una solicitud del Estado lesionado a la que el Estado responsable se haya abstenido de responder. Aunque no existe una prescripción precisa que regule su contenido, la demanda ha de estar expuesta tan claramente que el Estado responsable no pueda llamarse a engaño y comprenda debidamente la gravedad de las consecuencias que cabe prever. Contrariamente a lo establecido en el apartado b del párrafo 1, el Estado lesionado no debería estar obligado a notificar las contramedidas que prevea adoptar. Respecto al apartado c, sería preferible decir que el Estado lesionado «se ofrecerá a negociar», ya que es el Estado responsable quien ha de aceptar este ofrecimiento o rechazarlo y en ese caso exponerse a las contramedidas.

21. Por lo que respecta al párrafo 4, que versa sobre las obligaciones que incumben al Estado lesionado en materia de solución de controversias, el principio de la buena fe exige que el Estado que se ha obligado a someter una controversia a un árbitro o juez no infrinja esta obligación mediante actos ilícitos. Una vez iniciado el procedimiento arbitral o judicial, debería dejar de ser posible el recurso a las contramedidas, ya que pueden poner en peligro la acción entablada. Por ello, sin duda, el Relator Especial ha previsto este párrafo 4. Pero no ha resuelto todos los problemas. Cuando los Estados pertenecen a un organismo institucionalizado como la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental o la OUA, que impone procedimientos de solución pacífica de las controversias, es cierto que antes de adoptar contramedidas el Estado ha de agotar estos procedimientos. Durante todo este tiempo, su derecho a recurrir a las contramedidas queda sencillamente en suspenso y puede ejercerlo de nuevo si la institución de que se trate resulta ineficaz. Así por ejemplo, en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ, aunque en su providencia para la fijación de medidas transitorias exigió a la República Islámica del Irán que pudiese fin a la deten-

ción de rehenes y a otros actos ilícitos, la República Islámica del Irán no tuvo en cuenta este mandamiento durante todo el resto del procedimiento. Es evidente que la Corte no ofrecía en este caso un recurso útil. Puede por tanto suceder que haya que mantener las contramedidas durante el proceso cuando el tribunal no puede conseguir que cese el perjuicio derivado de la violación que las ha motivado.

22. El Sr. Addo aprueba sin reservas el principio consagrado en el artículo 49, así como la redacción dada a esta disposición. Sin embargo, la determinación del criterio de proporcionalidad puede, en su opinión, presentar algunas dificultades. Aprueba igualmente el apartado a del artículo 50 aunque, por lo que respecta al apartado b, estima que las contramedidas que supongan por ejemplo el encarcelamiento o tortura de nacionales del Estado autor deben considerarse ilícitas, puesto que violan las normas reconocidas en materia de derechos humanos. Se plantea la cuestión de saber si es necesario, para determinar la licitud de las contramedidas, establecer una distinción entre diversas categorías de derechos humanos. Todo el mundo está de acuerdo en pensar que el Estado que adopta las contramedidas no puede atentar contra la integridad física de los nacionales del Estado responsable. Pero, por ejemplo, si la libertad de circulación de los nacionales de un Estado ha sido sometida a limitaciones por otro Estado ¿es lícito que el primer Estado imponga restricciones análogas a los nacionales del segundo? El Relator Especial tal vez desee responder a esa cuestión.

23. Por otra parte, el apartado b del artículo 50 habla de los derechos de terceros. Ahora bien, dada la creciente interdependencia política y económica de los Estados, no resulta imposible que las contramedidas adoptadas por un Estado tengan repercusiones en terceros inocentes sin que lo quiera el Estado que las ha adoptado. ¿Afectan los daños a esos terceros o a sus bienes a la licitud de las contramedidas? ¿Debería la Comisión elaborar artículos para regular este caso específico? ¿Tienen a su vez derecho los terceros lesionados a adoptar contramedidas y, en caso afirmativo, contra quién: el Estado lesionado de origen o el Estado autor de origen? Son cuestiones muy difíciles que el Comité de Redacción tal vez desee examinar.

24. Para terminar, el Sr. Addo declara que se adhiere a los principios enunciados en los proyectos de artículos 47 a 50 bis, que en su opinión deberían remitirse al Comité de Redacción.

25. El Sr. GOCO, con referencia al apartado b del artículo 50, se pregunta qué cabe entender por «derechos humanos fundamentales». Dos pactos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, garantizan los derechos humanos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales. ¿Cuáles de esos derechos no deben violarse para que la contramedida sea lícita?

26. El Sr. ADDO responde que se trata del problema que él mismo ha suscitado, ya que si la tortura es a todas luces una contramedida ilícita, debería en cambio permitirse la imposición de limitaciones a la libertad de circulación de los nacionales del Estado responsable. Cita como ejemplo la expulsión de nacionales nigerianos por

Ghana en 1969, seguida de la expulsión de nacionales ghaneses por Nigeria en 1983.

27. El Sr. KAMTO señala la dificultad de considerar que constituía una contramedida la expulsión de los ghaneses por Nigeria, puesto que tuvo lugar más de 10 años después del primer suceso.

28. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que se trata realmente de un problema de coordinación entre los tratados multilaterales que garantizan los derechos humanos y el sistema de contramedidas. La distinción hecha por el Sr. Addo es correcta, aunque de lo que en todo caso se trata es de proteger los derechos humanos contra los efectos de las contramedidas. Por lo que a él respecta, aconseja a la Comisión que no se pronuncie sobre el punto de saber si existen derechos fundamentales que en determinadas circunstancias se pueden suspender en razón de las contramedidas y otros derechos absolutamente intangibles.

29. El Sr. MOMTAZ dice que el Relator Especial ha conseguido establecer en conjunto un justo equilibrio entre los intereses del Estado lesionado y los del Estado autor del hecho ilícito. Claramente se desprende de su informe que las contramedidas, aunque puedan ser consideradas lícitas bajo determinadas condiciones restrictivas en derecho internacional, deberían constituir siempre una solución de última instancia. Los nuevos artículos propuestos tienen por finalidad prevenir el uso excesivo de contramedidas estableciendo limitaciones tanto de fondo como de procedimiento a la libertad de recurrir a ellas el Estado lesionado.

30. Por lo que hace en primer lugar a las limitaciones sustantivas, o de fondo, comienzan en el artículo 47 con la definición misma del objeto de las contramedidas. El párrafo 1 de este artículo no plantea problemas ya que establece que las contramedidas están encaminadas a inducir al Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito a cumplir con sus obligaciones, en otras palabras que no tendrían carácter punitivo alguno. La cuestión podría sin embargo plantearse en el caso de una violación de derecho internacional constitutiva de delito. La Comisión tendrá ocasión de volver sobre este tema en una etapa ulterior de sus trabajos.

31. El artículo 47 bis enumera las circunstancias que excluyen el recurso a las contramedidas por parte del Estado lesionado. Podría abreviarse la lista, no exhaustiva, que figura en el artículo dada la coincidencia entre varios de sus elementos. Por ejemplo, en los apartados a y e bastaría con hablar de «normas imperativas de derecho internacional general». Las obligaciones relativas a la amenaza o el empleo de la fuerza de que trata el apartado a están consagradas en la Carta de las Naciones Unidas y constituyen incontestablemente una norma imperativa de derecho internacional. Lo mismo cabe decir de las inmunidades diplomáticas mencionadas en el apartado b, cuyo carácter imperativo e inquebrantable ya no ofrece duda. La CIJ ha sido bastante clara a este respecto.

32. En lo que respecta al apartado d, relativo a las obligaciones de carácter humanitario, tal vez habría que precisar que se trata de disposiciones tanto de derecho humanitario como del derecho de los derechos humanos.

En ambos casos están prohibidas las represalias contra personas protegidas por estos dos cuerpos de normas. Es evidente que el apartado d está basado en el párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, que no permite dar por terminadas las disposiciones «relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario». Esta disposición es innegablemente la expresión de una costumbre internacional debidamente establecida a la que, es interesante señalar, se refirió la CIJ en 1970, mucho antes de la entrada en vigor de la Convención, en su opinión consultiva sobre el asunto Namibia.

33. Tras comprobar la existencia de un vínculo lógico entre el artículo 47 bis y el artículo 50, ambos relativos a las contramedidas prohibidas, el Sr. Momtaz pasa directamente a esta última disposición. Lamenta que en su apartado b ya no se haga referencia a las contramedidas que atentan contra la independencia política del Estado autor del hecho ilícito. En el párrafo 352 de su informe el Relator Especial justifica la supresión ante la dificultad de saber de qué forma las contramedidas podrían atentar contra la independencia política del Estado autor. La cuestión podría muy bien plantearse en caso de que el Estado lesionado fuese el principal socio comercial del Estado autor y como contramedida se negara a comprarle, por ejemplo, la producción de su monocultivo. La pérdida de ingresos que supondría podría innegablemente, por su naturaleza, atentar contra la independencia política del Estado autor.

34. Por lo que respecta al apartado b del artículo 50, la referencia a los «derechos humanos fundamentales» puede provocar algunas dificultades: ¿qué se entiende por «derechos fundamentales»? Pueden tratarse de derechos humanos que no admiten suspensión alguna, aunque éste no siempre es el caso. Así por ejemplo, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales califica de «fundamental» el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre. Se estaría por tanto tentado de decir que, según el apartado b del artículo 50, deberían prohibirse por violar un derecho fundamental las contramedidas que tuvieran por consecuencia hacer padecer hambre a la población civil del Estado autor del hecho ilícito.

35. Conviene a este respecto recordar que el artículo 23 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, de 12 de agosto de 1949, obliga a cada una de las Partes contratantes a autorizar el libre paso de todo envío de medicamentos y de material sanitario destinados únicamente a la población civil de otra Parte contratante, aunque sea enemiga. Este artículo recoge innegablemente una costumbre bien establecida. Estarían pues prohibidas las medidas encaminadas a interrumpir el envío de tales productos en tiempo de guerra y a fortiori en tiempos de paz.

36. A propósito todavía del artículo 50, el Sr. Momtaz expresa las muy graves dudas que le inspira el ejemplo puesto en la última nota a pie de página del párrafo 347 del informe. Nada tiene que ver con el tema objeto de examen el derecho reconocido a las marinas de guerra de los Estados beligerantes de inspeccionar en alta mar los buques mercantes que arbolan pabellón de un Estado neutro para asegurarse de que no transportan contraban-

do de guerra con destino al territorio enemigo. Además en francés la expresión *droits de poursuite* no viene al caso porque tiene un sentido muy distinto en derecho del mar. Si se quiere conservar esta nota habría que modificar su contenido.

37. Por lo que respecta a las limitaciones llamadas procesales que enmarcan las contramedidas, el Sr. Momtaz considera pertinente la observación del Sr. Simma que pone en duda la utilidad del proyecto de artículos de las disposiciones relativas a la solución de controversias. Pueden surgir controversias entre los Estados afectados por las contramedidas respecto al carácter del acto atribuido al Estado objeto de estas contramedidas. Éstas sólo pueden justificarse como respuesta a un comportamiento ilícito. Podría por tanto plantearse un conflicto precisamente sobre la cuestión de saber si el hecho era o no ilícito. Así por ejemplo, cuando el Iraq denunció en 1969 el tratado fronterizo que desde 1937 tenía con Irán, se jactaba de actuar contra un Estado «pretendidamente responsable», para emplear la expresión del Sr. Kamto, pero su iniciativa era, más que una contramedida lícita, una medida de retorsión o represalia.

38. Sería conveniente en estas circunstancias recoger en el texto el recurso a una solución de controversias por terceros. Son numerosos los casos de Estados que adoptan contramedidas en virtud de hechos cuya ilicitud rechaza taxativamente el Estado objeto de la contramedida. En caso de duda sobre la ilicitud del hecho originario y cuando el derecho internacional no se pronuncie categóricamente respecto de esa cuestión o esté en plena mutación, el Sr. Momtaz se pregunta si no habría que imponer el recurso a un proceso obligatorio de solución. El artículo 50 bis es bien acogido porque responde a una preocupación básica.

39. Para terminar, el Sr. Momtaz llama la atención sobre el párrafo 364 del informe, en el que se ponen como ejemplo los acuerdos relativos al intercambio de prisioneros de guerra. No le parece que la expresión sea correcta ni que se ajuste al derecho humanitario internacional, ya que en virtud del artículo 118 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949, los Estados beligerantes están obligados a liberar sin condición alguna, y no a intercambiar, a los prisioneros de guerra en su poder desde el fin de las hostilidades activas. En otras palabras, toda organización por los Estados de un intercambio de prisioneros de guerra sería contraria a este Convenio, que consagra una costumbre incuestionablemente establecida. Sería preferible no citar ese ejemplo.

40. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA observa que la cuestión de las contramedidas constituye un tema políticamente sensible, a juzgar por la diversidad de las reacciones de los Estados a los proyectos de artículos aprobados por la Comisión en primera lectura. La elaboración de un cuerpo de normas de derecho para canalizar y circunscribir las consecuencias de las contramedidas obedece precisamente a la necesidad de dar un aire de normalidad a una decisión que depende, por su naturaleza, de la sola apreciación soberana de su autor, pero cuyas consecuencias suscitan temores. Los artículos 47 a 50 en el párrafo 367 del tercer informe constituyen, por

ello, una opción valiente que convendría utilizar al menos como texto de trabajo de la Comisión.

41. La sección D del capítulo III suscita tres tipos de observaciones generales. Para comenzar, su lectura puede inspirar, al menos, dos actitudes. La primera de dramatización, inspirada por el concepto de contramedida como sistema de excepción, como mecanismo de justicia privada frente al nivel de institucionalización alcanzado en la comunidad internacional, actitud que impone la normalización y codificación de las contramedidas. A ella cabe oponer una actitud de trivialización o indiferencia motivada por la dependencia del recurso a las contramedidas de la única apreciación, por el Estado, de la importancia de sus intereses —atribuyendo a las contramedidas en cierta manera una función «alimentaria»—, actitud expuesta por el árbitro Reuter en el asunto *Accord relatif aux services aériens*. Desde esta perspectiva es necesaria la codificación del derecho relativo a las contramedidas ya que puede contribuir a limitar la influencia de la ley de la jungla en las relaciones internacionales. Cualquiera que sea la actitud adoptada, deben continuarse las actividades de la Comisión.

42. Para que prosigan efectivamente estas actividades, es necesario que la Comisión sepa de qué habla. Ahora bien, la sección D del capítulo III constituye un paso atrás respecto al texto aprobado por la Comisión en primera lectura sobre el concepto mismo de contramedida, que tenía a la vez la ventaja y el inconveniente de considerarla un hecho justificado por su finalidad, sin entrar en detalles sobre su consistencia material. La sección D guarda completamente silencio sobre este punto, lo que constituye uno de los puntos débiles del artículo 47 en la forma enmendada por el Relator Especial. La adición 3 tampoco regula las contramedidas, especialmente en el caso de una pluralidad de Estados responsables, ya que todo Estado, por poderoso que sea, pierde parte de su fuerza ante una diversidad de adversarios contra todos los cuales nunca está seguro de tener razón. Ello lleva a relativizar la eficacia misma de las contramedidas. Por último, la fragmentación del concepto mismo de contramedidas, distinguiendo entre contramedidas adoptadas por el Estado lesionado a título en cierta manera transitorio y contramedidas ordenadas por terceros imparciales, puede poner en peligro la unidad del régimen que se elabora. La sección D no regula específicamente el régimen de ninguno de estos tipos de contramedidas, pese a la ventaja que supondría disponer de un mecanismo integrado de solución de controversias que fuera adecuado.

43. Por último, de la lectura del informe parece inferirse la necesidad de que el marco normativo de contramedidas descansa en dos pilares básicos que permitan determinar su funcionamiento racional. Se trata, por una parte, de la exigencia de proporcionalidad que, pese a tener el carácter ya innegable de regla o principio general del derecho, sería conveniente formular de forma más correcta en los proyectos de artículos para evitar todo equívoco sobre los móviles de la contramedida y facilitar de esta forma la determinación de la buena fe de su autor en el momento en que decide utilizarla. El segundo pilar, que por faltar en el proyecto debería ser objeto de una propuesta del Relator Especial y de la Comisión, es el establecimiento más que necesario de un mecanismo de solución de controversias, haciéndolo lo más abierto

posible para proporcionar unos cimientos más racionales, o una legitimidad, a las contramedidas en el derecho internacional actual y contribuir de esta forma a reducir la ambigüedad creada por la dualidad de las contramedidas —por un lado transitorias y por otro impuestas a los Estados por un tercero imparcial—. Todo ello llevaría a establecer una racionalidad que reduciría el alcance de la presunción de responsabilidad de que podría prevalerse el Estado que se considere lesionado para instrumentar uno u otro comportamiento como contramedida frente al Estado presuntamente responsable. Cabe efectivamente temer un encadenamiento de contramedidas que choquen o compitan entre sí, precisamente por la imposibilidad de saber quién es responsable y quién lesionado, problema al que la sección D del capítulo III no propone la menor solución. La eficacia o utilidad de la técnica de las contramedidas y, por consiguiente, la fiabilidad de los proyectos de artículos a ellas relativas están de alguna forma en entredicho.

44. El Sr. Pambou-Tchivounda desea hacer algunas propuestas de modificación antes de remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción. Propone ante todo que el artículo 47 lleve el título de «Finalidad y objetivo de las contramedidas» y no el de «Finalidad y contenido de las contramedidas» porque lo que cuenta es el objetivo perseguido cuando un Estado decide adoptar contramedidas. Respecto a la definición de contramedidas, cuya necesidad se impone por sí misma pero que constituye una novedad en el sistema de responsabilidad de los Estados, propone, inspirándose en el principio del párrafo 1 del artículo 47 aprobado en primera lectura, la siguiente redacción:

«A los efectos de los presentes artículos, se entiende por “contramedida” la adopción unilateral por el Estado lesionado de cualquier disposición que estime adecuada para inducir al Estado responsable a cumplir sus obligaciones a tenor de los mencionados artículos, mientras que este último Estado no cumpla esas obligaciones ni responda a las peticiones del Estado lesionado de que proceda a su cumplimiento.»

El último período de frase permite evitar el recurso al concepto de necesidad que por su excesiva carga de subjetividad puede suscitar polémicas. El párrafo 2 podría modificarse como sigue:

«A reserva de las condiciones y limitaciones enunciadas en los artículos 48 a 50, el Estado lesionado puede adoptar contramedidas respecto a la ejecución de una o varias obligaciones internacionales que tenga para con el Estado responsable.»

Convendría por último volver al párrafo 3 del texto aprobado en primera lectura sustituyendo las palabras «Estado autor del hecho internacionalmente ilícito» por «Estado responsable».

45. El artículo 47 bis es el resultado del desmembramiento del artículo 50 aprobado en primera lectura, que no tiene razón de ser. Habría, por el contrario, que partir de la idea de integrar el artículo 47 bis propuesto por el Relator Especial y el artículo 50 aprobado en primera lectura para constituir un todo, aunque algo más condensado, en el sentido preconizado por el Sr. Momtaz y el

Sr. Pellet. En cambio, es preferible el título «Obligaciones no sometidas a contramedidas» al título «Contramedidas prohibidas» que había aprobado la Comisión en primera lectura y que encierra una contradicción. Las contramedidas, cuando están autorizadas, no pueden prohibirse.

46. El proyecto de artículo 48 propuesto por el Relator Especial es la consecuencia de un proceso metodológico que, alejado de una perspectiva funcional y en un plan estrictamente formal o estructural, olvida la necesidad de que las contramedidas sean útiles y gocen de un arraigo mínimo en el orden jurídico internacional preexistente para servir, no sólo a los Estados, sino, por encima de los Estados, al derecho internacional y a la comunidad internacional. El Sr. Pambou-Tchivounda aboga por un artículo 48 formado por tres párrafos. El párrafo 1 debería subordinar el ejercicio del derecho de adoptar contramedidas al establecimiento previo de un sistema de solución de controversias que es forzosamente necesario prever en el cuerpo de disposiciones. Convendría para ello inspirarse en el texto del párrafo 2 del artículo 48 aprobado en primera lectura, de manera que el párrafo 1 diga:

«El Estado lesionado que tome contramedidas deberá cumplir sus obligaciones en materia de solución de controversias de conformidad con los presentes artículos o con cualquier otro procedimiento de solución de controversias en vigor entre el Estado lesionado y el Estado responsable o que estos dos Estados acuerden.»

Seguiría un párrafo 2 relativo a las medidas transitorias, que no hay que excluir sino que integrar de acuerdo con el párrafo 1. Vendría por último el párrafo 3, que correspondería a lo que el Sr. Pellet ha llamado «la colocación del orden de los factores», redactado como sigue:

«El Estado lesionado que tome contramedidas habrá de ajustarse al siguiente procedimiento:

- »a) solicitud de cese o de reparación;
- »b) oferta de negociación;
- »c) notificación de las contramedidas.»

47. Por último, los artículos 49 y 50 estarían consagrados a la proporcionalidad y la suspensión de las contramedidas, siguiendo las directrices propuestas por el Relator Especial en la sección D del capítulo III.

Cooperación con otros organismos

[Tema 9 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

48. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Brynmor T. I. Pollard, observador del Comité Jurídico Interamericano, y le da la palabra.

49. El Sr. POLLARD (Observador del Comité Jurídico Interamericano) recuerda que el Comité está compuesto por 11 juristas nacionales de los Estados miembros de la

OEA elegidos a título personal por cuatro años por la Asamblea General de la Organización y pueden ser reelegidos.

50. El Comité tiene por principal vocación servir de órgano consultivo de la OEA en cuestiones jurídicas internacionales, promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y estudiar los problemas jurídicos que plantea la integración de los países en desarrollo del hemisferio y la normalización de su legislación. En sus últimos períodos de sesiones ordinarios ha mostrado especial interés por cinco grandes temas, a saber, el derecho a la información, especialmente a las informaciones personales (y sus limitaciones), la mejora de la administración de justicia en los países de América, la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por los Estados del hemisferio, la elaboración de un informe sobre los derechos humanos y la biomedicina o sobre la protección del cuerpo humano y los aspectos jurídicos de la seguridad del hemisferio.

51. A petición de la Asamblea General de la OEA, el Comité trata de averiguar el alcance con que las legislaciones nacionales tratan del acceso a la información y de la protección de los datos personales para decidir sobre la conveniencia de elaborar un anteproyecto de convención interamericana sobre el modelo del Convenio sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Conviene, en su opinión, que los sistemas de correo electrónico o de transmisión numérica de datos, sean públicos o privados, gocen de la suficiente protección jurídica. Dado que sólo seis Estados miembros han respondido a estas solicitudes de información, el Comité decidió continuar el examen de la cuestión para determinar la mejor manera de proceder, en especial si había que prever el establecimiento de principios fundamentales, directivas, una ley tipo o un proyecto de instrumento internacional que abarcara esta esfera de actividad.

52. El tema «Perfeccionamiento de los sistemas de administración de justicia en las Américas», que figura en el temario del Comité desde 1995, ha sido objeto de un informe preliminar presentado al Consejo Permanente de la OEA. En él figura un estudio a fondo de los principios, procedimientos y mecanismos encaminados a preservar la independencia de los magistrados y los abogados en el ejercicio de sus funciones. El Comité es muy favorable a las iniciativas emanadas de las reuniones de ministros de justicia o fiscales generales de la región. Se congratula en especial por la decisión adoptada por los ministros de crear el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y de su proclamada voluntad de mejorar el acceso de los estamentos sociales desfavorecidos a la justicia así como de reforzar la cooperación entre los Estados miembros de la OEA en la lucha contra la delincuencia transnacional y la ciberdelincuencia.

53. En marzo de 2000, el Comité aprobó un documento donde se examinaban los derechos y las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y decidió que se distribuyera a todos los organismos de los Estados miembros encargados de aplicar la Convención o interesados por el derecho del mar. Se trata de una guía muy útil para

dar efecto a las disposiciones de la Convención, habida cuenta de la complejidad de ésta y de las dificultades que los Estados en desarrollo encuentran en su aplicación. El Comité decidió asimismo continuar el examen de la cuestión teniendo en cuenta los comentarios que pudiera recibir de los Estados miembros y de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA.

54. A iniciativa de uno de sus miembros, el Comité comenzó a examinar la cuestión de la elaboración de un informe sobre los derechos humanos y la biomedicina y sobre la protección del cuerpo humano. Entre los problemas abordados figuraban los relativos al derecho a la vida a partir del momento de la concepción y a los embriones excedentarios en los procedimientos de inseminación o de fecundación artificial. Se acordó que el objetivo supremo debería ser la protección del embrión, dejando de lado prácticas como la maternidad de sustitución o la paternidad póstuma. En cambio se juzgó prematura la idea de elaborar una ley tipo o un proyecto de convención en esta materia. El Comité decidió informar al respecto a la Organización Panamericana de la Salud solicitándole que le comunicara la información y las opiniones sobre los factores científicos, médicos y técnicos que entran en juego y cualesquiera otras observaciones pertinentes.

55. En el 56.º período ordinario de sesiones del Comité, celebrado en Washington D.C. del 20 al 31 de marzo de 2000, tuvo lugar un intercambio de opiniones en el marco de una reunión conjunta con los asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores de la OEA sobre el problema de una nueva idea de seguridad en el hemisferio. Presentaron documentos Chile, México y el Perú, así como algunos miembros del Comité. Uno de éstos presentó en nombre del Canadá un documento titulado «Human Security: Safety for People in a Changing World». Según la tesis canadiense, la seguridad de los Estados y la seguridad de los hombres son función una de otra. Es imposible un mundo seguro si sus habitantes no están en seguridad. En las otras comunicaciones se trata de la seguridad futura del hemisferio en el marco amplio de la responsabilidad mundial. Todas estas cuestiones serán objeto de un examen más amplio en el siguiente período de sesiones del Comité.

56. Las reuniones conjuntas con los asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores de los Estados miembros de la OEA que tenían lugar todos los años se celebrarán en adelante cada tres años. En el marco de una de esas reuniones conjuntas en agosto de 1998 se examinaron los informes preliminares de los coorganizadores en 1999 del Centenario de la primera Conferencia Internacional de Paz. Los coorganizadores se han comprometido a tener en cuenta las opiniones expuestas y las conclusiones a que se llegó en esta reunión en los trabajos finales de esos informes.

57. Por otra parte, el Comité organiza todos los años, desde 1974, para funcionarios de los países de la OEA un curso de derecho internacional en el que participan especialistas de renombre. En agosto de 1999 pronunciaron conferencias los Sres. Baena Soares y Candiotti, miembros de la CDI.

58. Para terminar, da las gracias a los miembros de la Comisión por la oportunidad que le han ofrecido de man-

tener y reforzar la asociación institucionalizada entre la CDI y el Comité. Les asegura que el Comité atribuye máxima importancia a esta colaboración permanente.

59. El Sr. OPERTTI BADAN dice que la presencia en la sesión en curso del observador del Comité Jurídico Interamericano simboliza la necesidad de armonizar la codificación regional y la codificación universal, que son cometidos necesariamente complementarios.

60. La seguridad en el hemisferio reviste una importancia real en un momento en que ven la luz del día nuevas formas de seguridad que deberían estar subordinadas a la Carta de las Naciones Unidas. A la vista de ciertas medidas recientes, es lógica la preocupación que suscita el hecho de que no se hayan consultado los mecanismos previstos por la Carta. La cuestión de la seguridad humana sigue siendo de capital importancia y ha sido objeto de un intenso diálogo en la última Asamblea General de la OEA. Por último, los países de América despliegan verdaderos esfuerzos en materia de integración económica y social y siempre serán bien recibidos los trabajos del Comité en esta esfera.

61. El principio de no injerencia ha restringido siempre las actividades que pueden desarrollar las organizaciones internacionales a favor de la protección de la democracia. Pese a ello, algunas semanas antes la OEA ha adoptado medidas para ayudar al Gobierno peruano a restablecer el diálogo democrático, mejorar las relaciones entre los distintos poderes y dar nuevo impulso al funcionamiento de la Corte Constitucional y del sistema judicial peruano. Esto muestra de forma muy positiva que la OEA no da la espalda a los problemas, sino que, muy al contrario, su intervención no es de sancionar sino de cooperar.

62. El Sr. Opertti Badan da las gracias al observador del Comité Jurídico Interamericano por su declaración y alienta al Comité a continuar sus trabajos de codificación regional, que responden a las necesidades que no se tienen suficientemente en cuenta en el marco de la codificación universal.

63. El Sr. MOMTAZ desearía, habida cuenta del papel determinante que desempeña América Latina en el desarrollo progresivo del derecho del mar, que el observador del Comité Jurídico Interamericano facilitara información suplementaria sobre las dificultades con que tropiezan los Estados americanos miembros del Comité en la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que él mismo ha calificado de complejas.

64. El Sr. GOCO desearía saber qué seguimiento se ha dado a la Convención Interamericana contra la Corrupción. En Asia, región a la que pertenece, la corrupción es un tema de máxima preocupación. En realidad, el fenómeno ya no es endémico y afecta a todos los países. Por ello sería interesante saber qué medidas se han adoptado en el marco de la OEA para luchar contra este azote.

65. El Sr. TOMKA pregunta al observador del Comité Jurídico Interamericano sobre los planes del Comité respecto a sus actividades futuras y si existe un intercambio de información entre los Estados miembros y el Comité sobre los trabajos de la Comisión. Ha podido comprobar en todo caso que un gran número de esos Estados comu-

nican a la Comisión observaciones escritas sobre sus trabajos.

66. El Sr. POLLARD (Observador del Comité Jurídico Interamericano) dice que en lo que respecta a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, existen dificultades por ejemplo en materia de delimitación de las aguas territoriales, de la zona contigua, de la plataforma continental entre Estados contiguos, etc. El verdadero problema es que las divisiones jurídicas de los ministerios de relaciones extranjeras carecen de personal para elaborar un índice de los trabajos que hay que realizar y para abordarlos, por lo que todavía queda mucho por hacer.

67. Por lo que respecta a la corrupción, el Comité ha consagrado mucho tiempo a elaborar proyectos de ley encaminados a aplicar la Convención Interamericana contra la Corrupción a la que ha aludido el Sr. Goco. Corresponde en la actualidad a los Estados miembros adoptar las medidas deseadas inspirándose en esos trabajos.

68. Por lo que respecta a la pregunta del Sr. Tomka, que se preocupaba por saber si el Comité tenía en cuenta los trabajos de la Comisión, lo cierto es que el Comité se ocupa fundamentalmente de las cuestiones que le presentan los órganos de los que depende, la Asamblea General y el Consejo Permanente de la OEA. Ello no impide, sin embargo, tener en cuenta los trabajos de la Comisión y seguir con gran interés los contactos que puede tener con sus miembros.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2649.^a SESIÓN

Martes 1.º de agosto de 2000, a las 10.00 horas.

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. TOMKA dice que las contramedidas están reconocidas por el derecho internacional como institución jurídica, como lo indica la decisión de la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, en el que se tratan las contramedidas como una circunstancia que puede excluir la ilicitud de un acto que de otro modo se consideraría ilícito. Las contramedidas lícitas deberían por consiguiente incluirse entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, en el capítulo V de la primera parte, en el artículo 30. La nueva versión del artículo 30 propuesta por el Relator Especial en el párrafo 362 de su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4) constituye una base útil para la futura labor y el orador apoya plenamente su envío al Comité de Redacción.

2. En consecuencia, también acoge favorablemente la inclusión de los artículos 47 a 50 bis, sobre contramedidas lícitas, y felicita al Relator Especial por su buena disposición a no insistir en el texto propuesto del artículo 30 bis, en cuya virtud la excepción por incumplimiento (*exceptio inadimplenti non est adimplendum*) iba a incluirse entre las circunstancias que excluyen la ilicitud. La mejor manera de salir al paso de las inquietudes expresadas por diversos miembros sobre la aplicación ilícita de contramedidas por parte de los Estados es la de establecer unas condiciones categóricas de su licitud, limitando con ello la posibilidad de abusos por parte de los Estados. Es una razón de más para definir con claridad en el proyecto las circunstancias en que cabe adoptar contramedidas, postura no secundada por algunos Estados importantes que, en sus comentarios por escrito a raíz de la aprobación de los artículos en primera lectura³, preferían dejar este asunto fuera del proyecto.

3. El artículo 47 puntualiza acertadamente la finalidad de las contramedidas, que consiste en inducir al Estado que haya cometido un acto internacionalmente ilícito a cumplir sus obligaciones contraídas en el contexto de su responsabilidad, por ejemplo en forma de cesación, reparación o ambas cosas, a la vez que se excluyen las contramedidas punitivas. No obstante, el artículo 47 plantea algunos problemas. En primer lugar, no está del todo claro el uso que se hace de la palabra «podrá» en el párrafo 1: si el Estado lesionado tiene un derecho subjetivo a adoptar contramedidas, equilibrado por la obligación correlativa de tolerar al menos la conducta por parte del Estado presuntamente responsable, o si bien el artículo únicamente establece la posibilidad de que el Estado lesionado adopte esas contramedidas. En el párrafo 322 de su informe, el Relator Especial dice expresamente que el artículo 47 podría concebirse como una afirmación del derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas contra un Estado responsable con los fines y requisitos especificados en los artículos pertinentes. Sin embargo, ese derecho no está consignado en el texto del propio artículo. Así pues, aunque en el párrafo 294 del informe el Relator Especial no apoye plenamente el enfoque

adoptado por la Comisión al aprobar el artículo 47 en primera lectura, de hecho adopta más o menos el mismo enfoque. La expresión «lícita» no figura en el capítulo II de la segunda parte bis, sino en el artículo 30, y la ilicitud de las contramedidas queda excluida, no por los artículos 47 y siguientes, sino por el artículo 30.

4. Esta cuestión parece a primera vista puramente teórica. Parece ser, sin embargo, que algunos gobiernos podrían resistirse a reconocer un «derecho» del Estado a adoptar contramedidas. Por ejemplo, la Argentina propuso que las contramedidas se considerasen como un hecho meramente tolerado por el derecho internacional, mientras que Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, era partidaria de que se dijera que la aplicación de contramedidas era ilícita a menos que se cumplieran ciertas condiciones⁴.

5. En el párrafo 1 del comentario al artículo 30⁵, la Comisión calificó una contramedida de «una medida admitida* por el derecho internacional, como reacción a una infracción internacional», y decía en el párrafo 4 que «sólo en determinados supuestos el derecho internacional confiere al Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito cometido en perjuicio suyo [...] la facultad* de recurrir, en contra del Estado culpable de ese hecho, a una medida que se traduzca [...] en la lesión de un derecho subjetivo internacional de ese Estado». En ningún punto de su comentario al artículo 30 utilizó la Comisión la palabra «derecho» con referencia a las contramedidas. Tampoco la palabra «derecho» se utilizó en el comentario general al capítulo III (Contramedidas) de la segunda parte aprobada en primera lectura⁶. En cambio, el párrafo 2 decía que «hay suficientes indicios de que la práctica de las contramedidas está admitida* en el derecho internacional consuetudinario como medio de reaccionar ante un comportamiento ilícito». Así pues, el concepto de «derecho» a adoptar contramedidas solamente aparecía en el párrafo 1 del comentario al artículo 47, que decía que «la noción básica en que descansan las contramedidas es el derecho del Estado lesionado a no cumplir una o varias de sus obligaciones para con el Estado infractor». Sin embargo, si en determinadas condiciones cabe adoptar medidas en ejercicio de un derecho subjetivo, entonces no sería necesario incluir contramedidas en la primera parte entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, ya que, por definición, el ejercicio de un derecho no puede ser ilícito al mismo tiempo.

6. Por consiguiente, va a apoyar el enunciado del párrafo 1 del artículo 47 propuesto por el Relator Especial, siempre que quede claro en el comentario que el párrafo 1 permite la posibilidad (faculté) de adoptar contramedidas, pero no porque se tenga derecho a hacerlo.

7. En cuanto a la relación entre la suspensión de la obligación y las contramedidas, aquélla se menciona en el párrafo 2 del artículo 47, que dice: «Las contramedidas se limitarán a la suspensión del cumplimiento de una o varias obligaciones internacionales...» y en el epígrafe del artículo 47 bis, que habla de obligaciones no sujetas a contramedidas. A este respecto, está plenamente de

⁴ *Ibid.*

⁵ Véase 2647.ª sesión, nota 3.

⁶ Véase la nota 1 supra.

³ Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/488 y Add.1 a 3, y Anuario... 1999, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/492.

acuerdo con las opiniones expresadas en el párrafo 325 del informe, pero abriga algunas dudas sobre el párrafo 324 y sobre la sensatez de incluir en el texto un concepto que la Comisión con anterioridad se abstuvo deliberadamente de introducir. En el párrafo 324, el Relator Especial hacía referencia a las conclusiones en la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, pero la situación en ese supuesto era muy distinta. La Corte aceptó el argumento de una de las partes de que una decisión de la otra parte de suspender los trabajos previstos en el tratado equivalía a la tentativa de suspender la aplicación del tratado, pero llegó a la conclusión de que había que adoptar una decisión sobre si una convención se había suspendido o no adecuadamente de conformidad con el derecho de los tratados. En consecuencia, debería tenerse cuidado, al redactar los artículos 47 y 47 bis, en evitar toda referencia a la suspensión de las obligaciones. Bastaría con decir en el párrafo 2 que las contramedidas se limitan al incumplimiento de una o más de las obligaciones internacionales del Estado, con objeto de no dar la impresión de que la legislación sobre responsabilidad del Estado da motivos adicionales para suspender el cumplimiento de las obligaciones.

8. No está claro cuáles son los criterios que justifican la distinción entre los artículos 47 bis y 50, y el orador comparte la opinión de los partidarios de combinarlos, como se ha hecho con los artículos aprobados en primera lectura. Aunque la enumeración del artículo 47 bis es en principio aceptable, el orador se pregunta hasta qué punto una obligación de solucionar controversias por terceros (apartado c) podría en la práctica suspenderse mediante contramedidas. Si existe una jurisdicción obligatoria y el Estado ejerce el derecho de demandar al tercero, la incomparecencia de ese tercero no impide el desarrollo de las actuaciones. De hecho, debería estipularse especialmente una situación en la que el tratado prohíba taxativamente la adopción de contramedidas. El Relator Especial se ha ocupado del tema en el párrafo 343 del informe, pero sus conclusiones son que puede lograrse con la disposición de *lex specialis* (artículo 37 adoptado en primera lectura), y es suficiente indicar esta posibilidad en el comentario sobre el artículo 50. Sin embargo, al tener en cuenta el estado de necesidad, la Comisión aprobó un texto para el artículo 33 en primera lectura que prohibía invocar el estado de necesidad si esa posibilidad estaba taxativamente excluida por el tratado.

9. Por último, el orador apoya la fórmula propuesta por el Relator Especial para el artículo 49, pero observa de paso que la palabra «proporcionadas» ya fue utilizada, no sólo por la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, sino también por la Comisión hace unos 20 años, en el comentario al artículo 30.

10. El Sr. KABATSI dice que exponentes de las contramedidas alegan que, en un mundo carente de una autoridad jurídica centralizada capaz de dispensar y aplicar justicia entre los Estados, los Estados han de tener la facultad o el derecho de protegerse y defenderse si se quebrantan sus derechos internacionales. Se ha alegado además que ese uso en cualquier caso lo autoriza la costumbre internacional existente y tiene fuerza de ley. También se ha alegado que ese uso lo ha aprobado la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. También se alega que, con esos antecedentes, la elaboración de un

sistema equilibrado de contramedidas se presta mejor a reprimir los excesos que el mero silencio. Por otra parte, se ha alegado que en el texto se consignan restricciones y prohibiciones rigurosas del empleo de contramedidas para que el Estado presuntamente lesionado pueda adoptar contramedidas contra el Estado presuntamente culpable únicamente cuando no existe otra alternativa, y de ese modo evitar lesiones colaterales a terceros Estados y menoscabo de derechos humanos fundamentales.

11. Así pues, el texto debería consignar en primer lugar que las contramedidas se adopten únicamente como respuesta a un comportamiento efectivamente ilícito; en segundo lugar, que la finalidad de las contramedidas es inducir al Estado responsable a cumplir sus obligaciones de cesación y reparación y abstenerse de sanciones punitivas; en tercer lugar, que las contramedidas han de utilizarse únicamente como última instancia, cuando han fallado todos los otros medios o sería claramente ineficaz inducir al Estado culpable a cumplir sus obligaciones internacionales; cuarto, que las contramedidas podrían aplicarse únicamente en la medida necesaria con ese fin; quinto, que de conformidad con el fallo de la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, las contramedidas han de ser reversibles, y por último, que se entablaría un diálogo entre el Estado presuntamente lesionado y el Estado presuntamente culpable antes y después de la adopción de contramedidas.

12. Todos estos argumentos parecen conferir a primera vista un semblante humano al propuesto régimen de contramedidas. La verdad es en cambio que ese régimen tiene muy poco o nada de humano en su semblante. Aunque las contramedidas son en teoría un instrumento a disposición de todos los Estados, en la práctica la índole desequilibrada de ese régimen favorece a los Estados más poderosos a expensas de los más débiles. No es ninguna casualidad que las contramedidas gocen de fuerte apoyo entre los Estados más fuertes y sean rechazadas por los más débiles, que constituyen una importante mayoría. Los Estados que ocupan la zona intermedia son como es de prever más ambivalentes en su actitud, ya que su temor a ser víctimas de contramedidas aplicadas por Estados poderosos se compensa con la posibilidad de recurrir a contramedidas contra Estados más débiles que ellos.

13. Por otra parte, la decisión en cuanto a la existencia de un acto ilícito o de una conducta ilícita, así como la extensión y la gravedad de la misma, es cosa que queda a la discreción de la sensatez unilateral del Estado que adopta las contramedidas. Análogamente, la cuestión de la proporcionalidad, especialmente si se tiene en cuenta la determinación de la gravedad de la ofensa, también es cosa que ha de decidir el Estado que toma las contramedidas. Por otro lado, como ha reconocido el Relator Especial, las contramedidas pueden no ser reversibles en sus efectos. Además, aunque el proyecto de artículos trate de prohibir contramedidas que perjudiquen a terceros o menoscaben derechos humanos fundamentales, con frecuencia es inevitable infligir a esos terceros serios agravios y menoscabar sus derechos, aun cuando no se apunte a ellos directamente. Tampoco eso lo discute el Relator Especial.

14. El Sr. Simma ha comparado acertadamente las contramedidas con un dragón escurridizo, pero no ha pro-

puesto que se trate de domesticarlo. Tal vez ello se deba a que los dragones son por su propia naturaleza difíciles de domesticar. En todo caso, hay bestias menos míticas como los leones y los leopardos que son bastante menos peligrosas en la selva que en medio de una muchedumbre. En consecuencia, no es partidario de un proyecto de artículos que, en la formulación actual, sólo podría exacerbar las existentes desigualdades entre los Estados, la mayoría de los cuales son ya víctimas del subdesarrollo, de unas condiciones comerciales adversas, de atrasos tecnológicos y de un endeudamiento aplastante.

15. En cuanto a saber si las disposiciones que adelanta el Relator Especial en su tercer informe constituyen un progreso sobre las adoptadas en primera lectura, una su opinión a la de los que opinan que las actuales propuestas están equivocadas, como ha dicho muy bien el Sr. Kamto. Las disposiciones aprobadas en primera lectura guardaban relación con mecanismos de solución de controversias aplicables con anterioridad a la adopción de contramedidas, mecanismos que, a la vez que brindaban salvaguardias contra abusos, prevenían la posibilidad real de que los proyectos de artículos pudieran llegar a ser en última instancia un instrumento internacional vinculante. En virtud de las presentes propuestas no hay esas perspectivas. En el apartado b del artículo 50 se prohíbe recurrir a contramedidas consistentes en una coerción económica o política extrema destinada a poner en peligro la independencia territorial o política de un Estado que haya cometido el acto internacionalmente ilícito y puede ser suprimida del borrador propuesto para su aprobación en segunda lectura. De hecho, no quedan ya salvaguardias contra posibles errores y abusos. En el dilema de optar entre el proyecto de artículos propuestos para su aprobación en primera y en segunda lectura optaría por los primeros, que al menos proporcionan cierto solaz a los Estados más débiles, en el sentido de que establecen un vínculo con un procedimiento previo de solución de controversias. Las limitaciones procesales relativas a la aplicación de contramedidas impuestas en el párrafo 1 del artículo 48 están viciadas casi por completo por las disposiciones del párrafo 2 de ese artículo.

16. Para concluir, a la vez que hace suya la opinión de los miembros de la Comisión que se oponen a la inclusión de contramedidas lícitas en el proyecto de artículos, especialmente por los motivos detallados aducidos por el Sr. Kateka, desea no obstante reconocer y aplaudir los esfuerzos del Relator Especial, que ha dirigido con habilidad la complejísima cuestión del enrevesado y difícil tema de la responsabilidad de los Estados.

17. El Sr. AL-BAHARNA dice que, sobre la base de su evaluación de las observaciones formuladas por los gobiernos y las declaraciones generalmente positivas hechas en el seno de la Comisión, el Relator Especial ha introducido una serie de artículos revisados sobre contramedidas que no están vinculadas especialmente con los procedimientos de solución de controversias previstos en la tercera parte del proyecto de artículos. En el párrafo 289 del tercer informe, el Relator Especial hace referencia al fallo de la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, que parece haber inspirado su revisión de los artículos sobre contramedidas. Resumiendo sus conclusiones sobre el fallo de la Corte, el Relator Especial señaló que aceptó el concepto de las contramedidas y también

hizo suyo el requisito de proporcionalidad, a la vez que adoptaba un criterio más estricto al que cabría deducir del artículo 49. El resultado fue un conjunto mucho mejor de proyecto de artículos de contramedidas, se prestaba mucho más a ser aceptado que los artículos al respecto aprobados en primera lectura. Hay que felicitar al Relator Especial por haber allanado el camino en este tema.

18. Dado que el nuevo artículo 47 enunciaba el derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas y mencionaba su licitud si el Estado responsable no cumplía lo que se le pedía o se le notificaba, es preferible a la versión aprobada en primera lectura, que simplemente definía esas medidas. Las palabras «podrá adoptar contramedidas» son más adecuadas, ya que permiten que se actúe en defensa de lo que el Estado lesionado considera su derecho. Por otra parte, tal vez sería posible encontrar una expresión más afortunada que «a la luz de su respuesta» en el párrafo 1. Análogamente, sería oportuno utilizar una terminología menos enérgica que «a las peticiones» en el actual artículo 47. La frase «su respuesta a la notificación del Estado lesionado al que lo haga» sería más indicada. Asimismo, las palabras «estará supeditada a» en el párrafo 2 estarían mejor, ya que esa fraseología refleja el alcance esencial de las contramedidas, examinado en el párrafo 323 del informe. El artículo 47 bis formula de modo más elegante las cinco categorías de conducta expuestas en el actual artículo 50 adoptado en primera lectura pero los apartados a a e deberían numerarse de 1 a 5.

19. El contenido del nuevo artículo 48 supone una mejora considerable sobre las ya introducidas en el artículo adoptado en primera lectura, en el sentido de que no se hace mención de la tercera parte y en los apartados a, b y c del párrafo 1 se enumeran las medidas graduales que el Estado lesionado ha de adoptar con un orden lógico. Un procedimiento tan civilizado es digno de elogio. No obstante, el apartado a debería decir «Notificará al Estado responsable, requiriéndole que cumpla sus obligaciones» pues, a su juicio, las palabras «una solicitud motivada» son superfluas. La notificación habrá de consignar las causas que la motivan. En el apartado b está bien utilizado el verbo «notificará». El procedimiento expuesto en los apartados a a c debe conservarse y no debe suprimirse el apartado b, ya que las medidas aludidas han de adoptarse antes de emprender una contramedida. En el apartado c sería más adecuado decir «se ofrecerá a» que «accederá».

20. El Relator Especial parece justificar las medidas provisionales como primera reacción al acto ilícito cometido por el Estado responsable, pero personalmente no es partidario del párrafo 2 porque, a falta de un marco jurídico para las «medidas provisionales», estas últimas comprenden de hecho y en la práctica todos los elementos de las contramedidas, pero sin salvaguardias legales. De aquí que un Estado lesionado que sepa que está obligado a atenerse al procedimiento gradual establecido en el párrafo 1 recurriría con mayor probabilidad a contramedidas en virtud del párrafo 2, con lo que el procedimiento previsto en el párrafo 1 quedaría privado de sustancia y de significado.

21. Aunque el párrafo 2, sobre contramedidas provisionales, podría suprimirse, no está conforme con que se supriman los párrafos 3 y 4 según lo propuesto por el

Relator Especial, ya que guardan relación con el párrafo 1. Las palabras «en un plazo razonable» deberían proporcionar al Estado lesionado una salvaguardia satisfactoria frente a negociaciones dilatadas y estériles.

22. El nuevo artículo 49 es más sencillo y más claro que el artículo adoptado en primera lectura e incorpora acertadamente la norma de limitaciones al derecho a adoptar contramedidas, según se determinó en el fallo de la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. El nuevo artículo 50 constituye asimismo un gran progreso, ya que el apartado a está redactado de un modo más elegante que el apartado b de la versión anterior y la idea contenida en el actual apartado d figura ya en el apartado b del texto propuesto. El orador se inclina por aceptar el enunciado del apartado a por los motivos expuestos en los párrafos 352 a 354 del informe y coincide con el Relator Especial en que no haría falta añadir «o la independencia política del Estado», pues ese concepto está implícito en el de «integridad territorial».

23. La cuestión de lo que quiere decir la expresión «derechos humanos fundamentales» en el apartado b del artículo 50 ha sido contestada adecuadamente por el Relator Especial en el párrafo 351 del informe, que parece indicar que una interpretación más lata del apartado b podría incluir la prohibición de represalias contra individuos, proscritas por el derecho humanitario internacional. El hincapié que en el apartado b se hace en los terceros más bien que en los terceros Estados queda dilucidado en el párrafo 349 del informe. Por otra parte, esa explicación, vista en combinación con la disposición explícita del apartado b, confirma que ese párrafo trata de los derechos de los terceros en general y de los derechos humanos básicos en particular y que su alcance es por consiguiente mucho más amplio que el de los derechos humanos básicos. Por ese motivo, los Estados probablemente van a rechazar el apartado en su forma actual, pero podrían inclinarse más a aceptarlo si se añadiera la palabra «humanos» a continuación de «derechos», de manera que la frase diga «vulnerar los derechos humanos de terceros».

24. Al observar que el propuesto artículo 50 bis contiene la mayoría de los elementos incluidos en el artículo 48 adoptado en primera lectura, propone que la frase inicial del párrafo 1 se rehaga como sigue: «Las contramedidas deberán suspenderse tan pronto como». Debe invertirse el orden de los párrafos 2 y 3.

25. Por último, en lo que respecta al enunciado del nuevo artículo 30, habida cuenta de lo que parece ser el consenso general en la Comisión de que el principio de las contramedidas se incluya en la segunda parte bis, ese artículo debería incluirse a la fuerza en la primera parte del proyecto, según se indica en el párrafo 362 del informe. El nuevo texto propuesto por el Relator Especial para el artículo 30 es preferible al artículo aprobado en primera lectura, pero para mayor claridad deberían incluirse las palabras «hacia otro Estado» a continuación de las palabras «obligación de ese Estado», de manera que la frase diga «obligación internacional de ese Estado hacia otro Estado».

26. El Sr. HE menciona el hecho de que la implantación de contramedidas figura destacadamente en el régimen

de responsabilidad de los Estados. Su existencia en el derecho internacional está confirmada en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* y en la decisión de la Comisión de incluirlo en la segunda parte bis sobre su aplicación. Es un tema delicado, ya que involucra los intereses tanto del Estado lesionado como del culpable. Los Estados pequeños y débiles temen que se abuse de las contramedidas para presionarlos e imponer las exigencias de los Estados fuertes. Por ese motivo, las contramedidas sólo pueden utilizarse en última instancia y en circunstancias excepcionales y han de reglamentarse de un modo minucioso y puntual para que se ajusten al derecho internacional consuetudinario y no se replanteen en detrimento de los Estados pequeños y débiles.

27. Se ha propuesto por consiguiente que se delimiten rigurosamente las contramedidas, que su aplicación se defina de un modo estricto para evitar abusos y que se introduzca un procedimiento de arreglo de controversias por terceros. Otra propuesta es que se declare categóricamente que las contramedidas han de adoptarse de buena fe, aplicarse con objetividad y que no afectarán a los derechos de terceros. Por otro lado, se ha hecho hincapié en que es fundamental establecer un vínculo entre las contramedidas y un arreglo obligatorio de controversias para mantener el imperio de la ley.

28. Por otra parte, la idea de que a las contramedidas se aplican demasiadas restricciones gratuitas ha inducido a desvincular la adopción de contramedidas de los procedimientos de arreglo de controversias, ya que el mecanismo internacional para esto último es muy laborioso y lleva tiempo y el Estado culpable puede entablar actuaciones como táctica dilatoria. Por otra parte, la aplicación de esos procedimientos no puede impedir que un Estado adopte lo que considera contramedidas adecuadas.

29. La clave del asunto, pues, estriba en saber si la adopción de contramedidas debe vincularse al arreglo de controversias. Aunque esa vinculación garantizaría el imperio de la ley, no parece muy realista mientras los Estados no acepten en general la competencia obligatoria de un tercero. Cabe la posibilidad de establecer un equilibrio justo, incluyendo un régimen general de solución de controversias por terceros en el proyecto una vez que se arbitra un método práctico para separar las contramedidas de la solución de controversias. Con ese fin convendría adaptar, ampliar y consolidar el artículo 48, que es la disposición fundamental en materia de contramedidas. En el apartado c del párrafo 1 la expresión «accederá a» debe sustituirse por «se ofrecerá a». En el párrafo 3 se dirá: «Si las negociaciones no desembocan en una solución de la controversia:» y luego se añaden dos apartados que digan: «a) el Estado lesionado o el Estado culpable podrá someter la controversia al procedimiento de solución de controversias en vigor entre ellos; b) al no existir entre ellos ningún procedimiento de solución de controversias, la controversia podrá someterse a cualquier procedimiento de solución de controversias previo acuerdo entre el Estado lesionado y el Estado culpable». La totalidad del párrafo 4 debe suprimirse y sustituirse por «El Estado lesionado podrá tomar las contramedidas de referencia después de agotar los procedimientos antedichos».

30. Se ha reconocido en general que la proporcionalidad, que es la cuestión de que trata el artículo 49, pone un límite a las contramedidas en derecho internacional. El texto propuesto sigue el razonamiento del fallo en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, en que se tuvieron en cuenta la gravedad del acto internacionalmente ilícito y sus nocivos efectos para la parte lesionada. De este modo aportó una limitación sumamente eficaz que contribuiría a reducir la arbitrariedad unilateral de un sistema judicial sin competencia obligatoria.

31. El Sr. ECONOMIDES señala que las contramedidas constituyen una práctica arcaica que inevitablemente redundaría en beneficios a los Estados poderosos y socava el prestigio y la autoridad del derecho internacional. La legislación interna prohíbe de antiguo el que nadie se tome la ley por su propia mano, por lo que es escandaloso ver que no se aplica la misma norma en derecho internacional. Las contramedidas son ciertamente un mal, pero ¿son realmente un mal necesario? En cualquier caso, ya que la mayoría de la Comisión es partidaria de aceptar contramedidas, lo único que él puede hacer es recalcar la necesidad de someterlas a un régimen lo más severo y restrictivo posible.

32. Las observaciones de su país han hecho notar que las contramedidas son más adecuadas para infracciones caracterizadas como delitos que para infracciones que constituyen crímenes internacionales y esa distinción debería plasmarse en el capítulo III. Está persuadido de que sería ingenuo que los Estados trataran de reaccionar individualmente a los crímenes internacionales mencionados en el artículo 19 con contramedidas posiblemente serias.

33. Los crímenes internacionales violan el orden público internacional, por lo que cualquier reacción ha de consistir en una respuesta colectiva de la comunidad internacional a través de sus órganos competentes, el primero de todos el Consejo de Seguridad. Esas medidas naturalmente no sólo han de ser instrumentales, sino también intencionadas y punitivas. Espera que el Relator Especial se ocupe de ese tema en el capítulo IV del tercer informe.

34. Por el momento, el artículo 47 o cualquier otro artículo debería consignar expresamente que las contramedidas no se aplican en el caso de infracciones de obligaciones internacionales indispensables para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. El artículo 47 en el enunciado propuesto por el Relator Especial podría interpretarse de ese modo, pero sólo por lo que respecta a crímenes irreversibles como el genocidio. Análogamente, el proyecto debería contener una disposición en el sentido de que las contramedidas no se apliquen a crímenes internacionales.

35. Antes de aplicar cualquier contramedida es preciso tener la absoluta seguridad de que se ha producido un acto internacionalmente ilícito. Teniendo en cuenta la opinión de dos eminentes autores, Politis⁷ y Fitzmaurice⁸,

⁷ N. Politis, «Le régime des représailles en temps de paix», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1934 (Bruselas), pág. 31.

⁸ Cuarto informe sobre el derecho de los tratados (Anuario... 1959, vol. II, pág.40, doc. A/CN.4/120), en particular pág. 49.

que se ocuparon del asunto hace muchos años, sería aconsejable por lo menos incluir en el artículo 47 el adjetivo «comprobado» a continuación de «acto internacionalmente ilícito».

36. Apoya plenamente el orador las opiniones de los Sres. Kamto, Kateka y Sreenivasa Rao sobre la necesidad de vincular las contramedidas a la solución de controversias. La solución de controversias mediante negociación o intervención de un tercero ha de tener prioridad sobre cualquier clase de contramedida. De lo contrario se favorecería una acción unilateral de base posiblemente dudosa a expensas de la justicia internacional. Naturalmente, hay que tener mucho cuidado en conseguir que el procedimiento sea rápido y que ambas partes actúen de buena fe. Sólo en caso de manifiesta imposibilidad de contramedidas recíprocas deberían adoptarse contramedidas equivalentes o proporcionadas al acto internacionalmente ilícito del Estado responsable. Por otra parte, la adopción del criterio de la reversibilidad de las contramedidas podría contribuir a templarlas.

37. En el artículo 47, las palabras «el Estado lesionado podrá adoptar» podrían sustituirse por «un Estado lesionado podrá tener que adoptar». El párrafo 2 podría redactarse como sigue: «Las contramedidas consistirán en la suspensión de una o más de las obligaciones internacionales del Estado que adopte esas medidas hacia el Estado responsable, sin que la validez de esas obligaciones quede afectada en modo alguno». El párrafo 3 del artículo 47 aprobado en primera lectura podría mantenerse provechosamente en ese artículo o en otro lugar del capítulo II.

38. Los artículos 47 bis y 50 podrían refundirse bajo el epígrafe «Obligaciones no sujetas a contramedidas», por las razones aducidas por el Sr. Pambou-Tchivounda (2648.^a sesión). El artículo 48, que es la disposición más importante de ese capítulo, es sumamente problemático, ya que favorece al Estado lesionado, que domina la situación desde el principio hasta el fin. El artículo atribuye ciertamente gran importancia a la buena fe del Estado responsable, pero no se preocupa de la buena fe del Estado lesionado, que puede brillar por su ausencia. ¿Qué manera habría de equilibrar mejor ese artículo? El apartado b del párrafo 1 debería colocarse delante del apartado a a la vez que se fijan plazos muy breves entre las medidas descritas en los tres apartados. Si el Estado responsable acepta ofrecerse a negociar, y eso no da resultado, y conviene en que la controversia la resuelva un tribunal judicial o arbitral, el Estado lesionado no podrá recurrir unilateralmente a contramedidas. Análogamente, al Estado lesionado no le ha de asistir el derecho a recurrir a contramedidas si se niega a someter el asunto a un tercero imparcial. Por otra parte, no se establece una distinción clara entre las contramedidas mencionadas en el párrafo 2 y las mencionadas en el párrafo 3. Por otra parte, cabe adoptar contramedidas contra el Estado responsable si éste rechaza toda negociación o solución de la controversia por un tercero imparcial o no aplica el fallo del tribunal.

39. El artículo 49 debe redactarse como sigue: «Las contramedidas deberán ser equivalentes al daño sufrido o bien, si eso es imposible, deberán ser proporcionadas a ese daño». La palabra «equivalentes» no ha de interpretarse en el sentido de «recíprocas». La última frase del

artículo 49, en su forma actual, no añade nada a su pertinencia jurídica. El título del artículo 50 bis ha de revisarse. En el apartado b del párrafo 1 «o» debe sustituirse por «y», y la última parte de la frase del párrafo 2, que empieza diciendo «o si no aplica de buena fe el procedimiento», debe suprimirse. El apartado b del párrafo 1 se ajusta a lo propuesto por el orador en cuanto al artículo 48, ya que no ve la razón por la que el hecho de someter una controversia a un tribunal haya de suspender automáticamente las contramedidas, mientras que el sometimiento de la misma controversia a un tribunal en una fase anterior no impidió automáticamente su adopción en primer lugar.

40. El Sr. ROSENSTOCK dice que hace 20 años intervino en un debate como el actual, que trataba del hecho de que era mejor ser poderoso que débil. ¿Qué es lo que tienen de excepcional y de particular las contramedidas para hacerlas inaceptables como medios de hacer frente a un mundo imperfecto? Todo el mundo está conforme con el Sr. Economides en que es una desdicha que la sociedad de las naciones no se haya desarrollado como lo han hecho las sociedades nacionales y que las obligaciones jurídicas hayan de hacerse cumplir por consiguiente mediante contramedidas de vez en cuando. El papel de las contramedidas o de las represalias en el derecho internacional consuetudinario está ampliamente reconocido en la actualidad. El ejemplo más reciente de ese reconocimiento es la postura adoptada por la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La Corte y todos los que se han ocupado del tema de las contramedidas han dejado claro que hay límites a lo que hayan dictaminado, que las normas pertinentes han de ser compatibles con su eficacia y que hay que evitar abusos. Las contramedidas son una respuesta a una infracción de una obligación internacional y la Comisión no beneficia a nadie si trata de obscurecer ese hecho, y el objetivo de las contramedidas es la reposición del estado de cosas precedente, las relaciones que deberían existir bajo la ley.

41. El nuevo texto propuesto por el Relator Especial constituye una mejora sobre el producido en primera lectura, un proyecto zurcido aprisa por la Comisión que vició la sumamente ambiciosa y minuciosa labor llevada a cabo por el Comité de Redacción.

42. Está conforme con los que desean suprimir la última frase del párrafo 1 del artículo 47. El párrafo 2 de ese artículo le parece aceptable, ya que «la suspensión del cumplimiento» se aplica tanto a la eliminación de una prohibición como a la suspensión de una obligación afirmativa. El Comité de Redacción podría sin embargo elaborar una fórmula menos oscura. El apartado c del artículo 47 bis parece excesivamente amplio. ¿Se refiere a las obligaciones que nada tienen que ver con el acto ilícito o a las consiguientes contramedidas específicas? En caso afirmativo, ¿por qué?

43. El artículo 48 propone un enfoque complicado y arriesgado y debe sustituirse por la versión de la nota correspondiente al artículo. Es una trampa para incautos y una fuente de confusión y discusión. No responde a ningún derecho consuetudinario ni a ningún dictamen de la CIJ. En cuanto al artículo 49, sobre la proporcionalidad, la palabra «gravedad» tiende a referirse a cuestiones distintas de la reposición del estado de cosas precedente. El artículo 50 parece decir al Estado que, si bien su inte-

gridad territorial ha sido amenazada y su jurisdicción nacional violada, no puede responder de una manera proporcionada. Eso es absurdo. El apartado b no está redactado con mucha felicidad. Aunque la lesión a un tercer Estado no pueda justificarse bajo el concepto de contramedidas, no afecta a la relación jurídica inter se entre los Estados agraviado y agravante.

44. El artículo 50 bis parece requerir la suspensión automática de contramedidas, aun cuando un tribunal autorizado para ordenar una suspensión no lo haga. ¿No es eso pecar de hiperactividad? Si no se puede llegar a un acuerdo, la necesidad fundamental puede cubrirse incluyendo el artículo 30 en un enunciado objetivo en la parte primera del proyecto sin intentar detallar las acciones específicas que han motivado la suspensión.

45. Por último, a nadie le interesa que la Comisión responda ahora ante el mundo como lo hizo la que existía hace 50 años.

46. El Sr. OPERTTI BADAN dice que se produce un choque frontal entre los que no desean incluir contramedidas en el texto como institución que ha de regirse por el derecho internacional y los que en cambio opinan que eso puede hacerse. Es una esfera en que la línea divisoria entre el derecho internacional per se y las relaciones exteriores es bastante confusa. La Comisión, como cuerpo de especialistas jurídicos, tiene la obligación de contribuir a disipar esa incertidumbre. Su primera tarea consiste en decidir si, con respecto a las contramedidas, debería confinarse simplemente a reflejar la realidad o a coadyuvar a un desarrollo progresivo, de conformidad con el artículo 15 de su estatuto.

47. Se plantea además la cuestión de si hay hoy un conjunto de normas consuetudinarias de aceptación general que legitimen el empleo de la fuerza. Es posible observar cambios tanto cualitativos como cuantitativos en la comunidad internacional. Hay ahora 189 Estados Miembros de las Naciones Unidas con diferentes expectativas. Algunos buscan la oportunidad de reaccionar a problemas internos decisivos como el desarrollo económico. Otros quieren que la Organización legitime determinados actos o conductas internacionales. Hablar de derecho consuetudinario, inmutable y congelado en el tiempo, es muy difícil. La Comisión debería por consiguiente enfocar el tema de las contramedidas con un criterio abierto, sin abandonar por eso su preferencia por el derecho inclinado hacia el realismo.

48. La Comisión va a adoptar normas como recomendaciones a los Estados sobre el empleo de contramedidas para resolver controversias mediante lo que, después de todo, es una clase de empleo de la fuerza, y en la tercera parte del texto aprobado en primera lectura, el Estado presuntamente responsable tiene la opción de oponerse al empleo de contramedidas o de poner en juego unilateralmente el mecanismo del arbitraje. Eso ha reconocido la vinculación existente entre las contramedidas y la solución pacífica de las controversias. El párrafo 4 del nuevo artículo 48 obligaría al Estado lesionado que adopte contramedidas a desempeñar sus obligaciones para la solución pacífica de controversias «en virtud de los procedimientos de solución de controversias que existan». Sin embargo, si no hay tales procedimientos vigen-

tes, no habrá esa obligación. ¿Es que con ese enunciado más restringido se contribuye realmente al desarrollo progresivo del derecho internacional?

49. Una vez más, el artículo 50 aprobado en primera lectura enumera las medidas extremas de coacción política o económica como una de las contramedidas prohibidas, pero no se hace semejante referencia en la actual propuesta. Esto no se ajusta a la realidad, porque esas medidas tienen una fuerte repercusión, no sólo sobre los gobiernos, sino también sobre los pueblos. Hay que tener en cuenta una serie de precedentes. En San Francisco, con ocasión de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, las naciones latinoamericanas presentaron propuestas para prohibir las sanciones económicas. También debería tenerse en cuenta que 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 Unidas⁹ las prohibía, así como pronunciamientos regionales recientes tales como el dictamen emitido por el Comité Jurídico Interamericano acerca de la Ley Helms-Burton¹⁰.

50. El apartado b del artículo 50 no define los derechos humanos básicos, y el Relator Especial ha dicho que a la Comisión no le correspondía hacerlo. ¿Incluía eso los derechos económicos? Para un Estado que haya adquirido recientemente la independencia política, los derechos económicos, inclusive el derecho de acceso a los mercados, por ejemplo, son ciertamente fundamentales. La estabilidad económica conlleva la estabilidad política.

51. La referencia del apartado b del artículo 50 a «terceros», no al «tercer Estado» como en el artículo 47 aprobado en primera lectura, representa un progreso importante. La expresión es más amplia y abarca a personas y agentes económicos así como a los Estados.

52. Si las contramedidas se incluyen en última instancia en el proyecto de artículos, deberían considerarse, no como un derecho, sino como una excepción en virtud del derecho internacional. Por otra parte, el orador abriga varias dudas sobre la posibilidad de que la licitud esté garantizada por el hecho de que el Estado lesionado está facultado para determinar la licitud de sus propias contramedidas. La proporcionalidad, según se anuncia en el artículo 49, es por consiguiente una noción problemática. Si se incluyen cláusulas sobre ese tema, deberían ser lo más sencillas y escuetas posible.

53. El PRESIDENTE interviene como miembro de la Comisión para decir que apoya las ideas fundamentales de las propuestas del Relator Especial sobre contramedidas.

54. El párrafo 4 del nuevo artículo 48 y el apartado b del párrafo 1 del artículo 50 bis tratan del mismo tema, a saber, la situación una vez adoptadas las contramedidas, y requieren una lectura conjunta. El orador tiene una pregunta especial que hacer. El párrafo 2 del artículo XXIV del Tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos y el Japón¹¹ dice: «Toda controversia

entre las Partes en cuanto a la interpretación o la aplicación del presente Tratado, no resuelta satisfactoriamente por la diplomacia, se someterá a la Corte Internacional de Justicia, a menos que las Partes acuerden solucionarla por otros medios pacíficos». Si el Japón violara el Tratado, por ejemplo al discriminar contra ciudadanos estadounidenses en su territorio en cumplimiento de su obligación de aplicarles la cláusula de nación más favorecida, los Estados Unidos habrán de tratar de solucionar la cuestión mediante la diplomacia. Si no se llega así a un arreglo, podrán recurrir a contramedidas. A continuación, tienen la obligación, de conformidad con el párrafo 2 del artículo XXIV, de someter la controversia a la CIJ o acordar otro medio pacífico de solución de controversias. Si la controversia se somete a la Corte, los Estados Unidos deberán suspender sus contramedidas. ¿Es esa la interpretación adecuada del párrafo 4 del artículo 48 y del apartado b del párrafo 1 del artículo 50 bis del proyecto?

55. Otra cuestión se plantea. El Tratado de amistad, comercio y navegación era *lex specialis*, mientras que los proyectos de artículos son normas de derecho internacional general así como de derecho internacional supletorio. En consecuencia, el párrafo 2 del artículo XXIV del Tratado tiene aplicación preferente a los problemas emanados del Tratado, pues el régimen de solución de controversias que contiene excluye todo recurso a contramedidas.

56. El orador acepta la idea de que el principio de proporcionalidad consignado en el artículo 49 es parte del derecho internacional consuetudinario. En cambio le resultaría algo difícil aceptar la interpretación del principio como un equilibrio con la lesión sufrida o la gravedad del acto ilícito. A este respecto, comparte la opinión del Sr. Gaja y concuerda con la observación hecha por el Gobierno de los Estados Unidos. Las contramedidas se autorizan para inducir a los culpables a cumplir sus obligaciones. Así pues, la proporcionalidad debe ajustarse a este fin; dicho de otro modo, debe ser proporcional al mínimo grado de medidas necesario para inducir al cumplimiento de la obligación.

57. El Sr. GALICKI felicita al Relator Especial por su imaginación y tenacidad en el problemático tema de las contramedidas. La cuestión ha sido objeto de amplio debate en el seno de la Comisión entre los períodos de sesiones 46.º y 48.º, y como consecuencia la Comisión heredó el conjunto de disposiciones incluidas en los artículos 47 a 50. En su 51.º período de sesiones, la Comisión aprobó un doble enfoque de las contramedidas. Decidió mantener el artículo 30 sobre contramedidas como una circunstancia que excluye la ilicitud, en el capítulo V de la primera parte; al mismo tiempo, aplazó la conclusión del artículo 30 hasta haber examinado el régimen de contramedidas en el capítulo III de la segunda parte. En su segundo informe¹², el Relator Especial enumeró cuatro alternativas, que variaban desde el mantenimiento de la totalidad a la supresión de la totalidad del tratamiento de las contramedidas en la segunda parte. La opinión predominante entre los miembros de la Comisión fue ocuparse del fondo del asunto de las con-

⁹ Véase 2617.^a sesión, nota 19.

¹⁰ Véase 2629.^a sesión, nota 9.

¹¹ Firmado en Tokio el 2 de abril de 1953 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 206, n.º 2788, pág. 143).

¹² Véase 2614.^a sesión, nota 5.

tramedidas al margen del artículo 30, pero evitar toda especial vinculación con la solución de controversias. Ese legado ha de mantenerse presente según la Comisión se aproxima a su decisión final respecto al lugar y la importancia de las disposiciones sobre contramedidas en el texto sobre responsabilidad.

58. En su tercer informe, el Relator Especial hizo algunas propuestas alentadoras y valientes para la reconstrucción de las disposiciones sobre contramedidas. A pesar de algunas críticas, la opinión predominante parecía ser que sería conveniente disponer de un capítulo aparte sobre contramedidas en la parte destinada a la aplicación de la responsabilidad de los Estados. La versión de ese capítulo propuesto es muy amplia, sin embargo, y debería condensarse refundiendo varios artículos. Aunque está de acuerdo con el Sr. Opertti Badan en que el empleo de contramedidas debe considerarse excepcional, no hay que olvidar que su aplicación en la práctica cotidiana de los Estados no es rara ni mucho menos. Lo que parece echarse de menos en las disposiciones propuestas es una definición más concreta o una descripción legal de las contramedidas en el sentido del texto sobre la responsabilidad de los Estados. Debe procurarse diferenciar entre unos conceptos tan estrechamente relacionados como son contramedidas, represalias, retorsión y sanciones.

59. En el párrafo 289 de su informe, el Relator Especial recordó justamente la lista completa de elementos dentro del concepto de contramedidas dado por la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Esos elementos no habían sido recogidos sin embargo plenamente en la brevísima y funcional cuasi definición de contramedidas incluida en el artículo 47. Esos factores tan importantes como el carácter bilateral y reversible de las contramedidas, por ejemplo, no se habían subrayado lo suficiente.

60. El orador ya ha expresado dudas sobre el «divorcio» insinuado por el Relator Especial en las disposiciones del artículo 50 adoptado en primera lectura sobre contramedidas prohibidas, que llevaría al enunciado de un nuevo artículo 47 bis, sobre obligaciones no sujetas a contramedidas. En la práctica, no siempre es posible distinguir claramente entre obligaciones no sujetas a contramedidas y contramedidas prohibidas. También podría discutirse por qué determinadas situaciones que derivan directamente del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas figuran en el apartado a del artículo 47 bis, mientras que otras se encuentran en el apartado a del artículo 50. El artículo 50 aprobado en primera lectura trataba esas cuestiones conjuntamente y también utilizaba una terminología más compatible con el lenguaje de la Carta.

61. La diferencia establecida en los artículos 47 bis y 50 entre «obligaciones de carácter humanitario» y «derechos humanos fundamentales» podría plantear dificultades de aplicación práctica. El mero concepto de «derechos humanos fundamentales» podría plantear graves problemas por lo tocante a los derechos específicos que habría que incluir. ¿Estarían comprendidos el derecho a la libertad de circulación y el derecho a no pasar hambre? ¿Qué pasaría con el derecho a la propiedad, con tanta frecuencia vulnerado de resultados de la aplicación de contramedidas?

62. Asimismo, la yuxtaposición en el apartado b del artículo 50 de los «derechos a terceros» y los «derechos humanos fundamentales» no es una idea muy buena, ya que el primero de esos conceptos se relaciona con los Estados mientras que el segundo se aplica a los individuos. Con objeto de evitar problemas que pudieran derivarse de la inclusión más bien artificial de los «derechos de terceros» en el artículo 50, convendría reponer el párrafo 3 del artículo 47 adoptado en primera lectura, que trata del mismo problema en el contexto del propósito y alcance de las contramedidas, un entorno mucho más adecuado.

63. Muchas voces se han alzado contra la propuesta separación de los artículos 47 bis y 50. Si se lleva a cabo, entonces ambos artículos habrán de colocarse en proximidad inmediata o uno tras otro; habrá que establecer una distinción categórica en su alcance relativo y habrá de utilizarse una terminología compatible con otros instrumentos internacionales, en particular con la Carta de las Naciones Unidas.

64. En el artículo 48 se enumeran condiciones formales relativas al empleo de contramedidas, pero resultan demasiado prolijas y deberían condensarse. Por ejemplo, convendría combinar los apartados a y b del párrafo 1. El orden en que se enumeren esas condiciones es algo problemático, pues el artículo 48 adoptado en primera lectura establece una secuencia mucho más lógica en la que las obligaciones de negociar de buena fe figuran en cabeza de la lista de condiciones.

65. El artículo 49 sigue a las fórmulas aplicadas por la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* y en general parece aceptable. Debería constituir un artículo aparte, con lo que se recalcaría la importancia del principio de proporcionalidad en la aplicación de contramedidas. El artículo 50 bis requiere algunas correcciones de estilo, pero proporciona la conclusión lógica del conjunto de artículos sobre contramedidas con las necesarias disposiciones sobre suspensión y terminación.

66. El orador hace suya la opinión de otros miembros de la Comisión partidarios de remitir los artículos 47 a 50 bis al Comité de Redacción para su elaboración definitiva.

67. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) resume el debate y dice que sus observaciones no perjudican otras opiniones que se formulen más adelante, y que serán tenidas plenamente en cuenta por él y por el Comité de Redacción.

68. En su 51.º período de sesiones, la Comisión decidió mejorar los proyectos de artículos relativos a las contramedidas sin vincularlos especialmente a la solución de controversias del modo unilateral en que se propuso en primera lectura, pasando luego a examinar las observaciones recibidas sobre la versión revisada. La Sexta Comisión procedería luego a comentar las disposiciones propuestas y la CDI reanudaría el debate en términos generales en el 53.º período de sesiones en el contexto del texto definitivo en su conjunto.

69. Han hecho muchas observaciones los Estados y los miembros de la Comisión en cuanto a generalidades, como en el caso del Sr. Kabatsi y el Sr. Kateka, y en cuanto a puntos particulares. Los Estados en general han

aceptado con esfuerzo o apoyado positivamente la elaboración de las disposiciones sobre contramedidas, aunque podrían cambiar de opinión cuando vean el resultado final. La Comisión no obstante debe a los Estados la preparación del mejor texto posible para adoptar al respecto una decisión a tenor de las observaciones de los Estados.

70. La resistencia general a adoptar contramedidas es comprensible, pero la adopción de contramedidas es una realidad. Como hombre con experiencia de situaciones en que se han adoptado contramedidas, opina que es preferible tener alguna norma que no tener ninguna, en lo cual está completamente de acuerdo con las opiniones del Sr. Addo, el Sr. He, el Sr. Simma, el Sr. Tomka y otros. En su afán por obtener el mejor de los textos, la Comisión debería trazar una clara distinción entre la cuestión general de la postura adoptada por el proyecto en el tema de solución de controversias y la relación específica entre la solución de controversias y las contramedidas. La cuestión general depende de la forma que se dé al texto en última instancia y que aún no se ha decidido. Si, una vez que disponga de las observaciones de la Sexta Comisión, el criterio mayoritario de la CDI es que debería consistir en una convención, a él le parecería muy bien. Entre tanto, el artículo 48 contiene la conexión más estrecha posible entre las contramedidas y la solución de controversias sin introducir nuevas modalidades de solución de controversias en el texto. La Comisión ha ido lo más lejos que ha podido hacia la fórmula de transacción propuesta por el Sr. Bowett, un antiguo miembro de la Comisión, a la vez que ha seguido fiel a la decisión subyacente adoptada en el 51.º período de sesiones sobre el principio de la igualdad de los Estados. Ese principio ha sufrido un fuerte menoscabo en el texto examinado por la Comisión en ese período de sesiones, texto que habría constituido una inducción significativa a los Estados para adoptar contramedidas.

71. El debate ha sido sumamente denso y el orador no puede abordar todos los puntos suscitados. De todos modos, está claro que su intento de trazar una distinción entre los artículos 47 bis y 50 ha sido un completo fracaso. Ambos deberían ir combinados. Espera que sea no obstante posible distinguir entre obligaciones que son objeto de contramedidas y obligaciones que no pueden incumplirse aunque se adopten contramedidas. Un artículo único, sin embargo, bastaría a esos efectos, como ha dicho el Sr. Gaja.

72. En cuanto a la relación entre el artículo 30, referida también al Comité de Redacción, y las disposiciones de la segunda parte bis, la opinión general es que el artículo 30 debería tener una forma sencilla. Le atrae la propuesta del Sr. Al-Baharna de insertar las palabras «hacia el Estado responsable». El artículo debería consignar el efecto jurídico de las contramedidas, a saber, que si se justifican de conformidad con lo dispuesto en los artículos, excluyan la ilicitud en relación con el Estado responsable. Como ha dictaminado la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, y se dice con toda claridad en el capítulo II, las contramedidas son instrumentales. Dicho eso, cabría la posibilidad de una aclaración en el sentido indicado por el Sr. Tomka sobre el artículo 47, pues el texto podría invertirse para establecer las contramedidas que no pueden adoptarse a menos que se reúnan ciertas condiciones. Eso haría que las consecuencias ilícitas se

rigieran por el artículo 30. No entrañaría la hipocresía del texto aprobado en primera lectura, a la que el Sr. Rosenstock se ha referido de modo tan tajante. Existe un apoyo general a un enfoque más claro del artículo 47, aunque debería prestarse especial atención a la cuestión suscitada por el Sr. Operti Badan y el Sr. Tomka. Espera el orador que el Comité de Redacción pueda resolver el problema.

73. Muchas de las observaciones sobre los artículos 47 y 47 bis han consistido en cuestiones de estilo, pero dos han sido fundamentales. En efecto, se ha indicado que la sección D del capítulo III de este tercer informe tal vez no vaya lo suficientemente lejos. En primer lugar está la cuestión de la reversibilidad y en segundo lugar la cuestión de la bilateralidad de las obligaciones suspendidas. Posiblemente la Comisión debería dar la cara y decir claramente qué contramedidas han de ser reversibles y guardar relación con obligaciones únicamente entre el Estado lesionado y el Estado responsable. La cuestión de la reversibilidad suscita un problema especial y es que ningún acto realizado en el curso de la adopción de contramedidas puede deshacerse a continuación. El artículo 30 excluiría la ilicitud del acto que se emprendiera sin duda alguna. La reversibilidad significa un retorno a la situación previamente existente, como ha recalcado el Sr. Tomka. No debe perjudicarse esa idea. Ha tratado de expresarla a través del concepto de suspensión del cumplimiento de las obligaciones y se ha producido un apoyo general a la distinción entre la suspensión de obligaciones y la suspensión de su cumplimiento. El párrafo 3 del artículo 50 bis también ha obtenido un apoyo general como paso acertado. Si se ha ido suficientemente lejos o si el Comité de Redacción podría introducir aún mejoras es cosa que queda por ver, pero ciertamente la cuestión ha de seguir examinándose. El orador sospecha, sin embargo, que el problema es demasiado sutil para tener una solución fácil.

74. También surgen dificultades en torno al carácter bilateral de la obligación objeto de contramedidas. Como ha dicho el Sr. Rosenstock, está claro que la postura del Estado lesionado frente a terceros Estados no queda afectada en modo alguno por el proyecto de artículos. Si un tercer Estado sufre una infracción, tiene a su disposición derechos independientes. En ese sentido, las contramedidas son bilaterales. El Comité de Redacción tendrá, pues, que estudiar de nuevo si es posible hacer algo más.

75. Se han hecho muchos comentarios sobre la redacción del artículo 48, desde la preferencia expresada por algunos miembros por la simple cláusula contenida en la nota a pie de página correspondiente al artículo hasta la propuesta de que no se deben adoptar contramedidas de ninguna clase hasta que no se hayan agotado las negociaciones. El hecho es que hubo un debate interminable y análogo en la primera lectura, lo cual es prueba de la atención subyacente en el tema. Las disposiciones del artículo 48, aunque pueden claramente mejorarse, son un intento de llegar a una transacción razonable entre dos posturas, habida cuenta de que el tipo de contramedidas provisionales reversibles o suspendidas en cuestión son precisamente aquellas que si no se adoptan resueltamente, no se pueden adoptar en absoluto. Por consiguiente, el orador sigue siendo partidario de una fórmula de transacción en el sentido de la propuesta contenida en el artícu-

lo 48 que, después de todo, viene a ser la misma que la fórmula de transacción lograda en primera lectura. Puede que queden muchas deficiencias, pero el Comité de Redacción debe tener la posibilidad de tratar de mejorar el proyecto de artículo.

76. Concuera con la opinión de que el apartado b del párrafo 1 del artículo 48 debe suprimirse. En un principio se incluyó en el texto porque era una aprobación, en términos levemente distintos, de la moderada propuesta del Gobierno de Francia destinada a resolver un difícil problema.

77. Se ha estado en general de acuerdo en la necesidad de incluir la proporcionalidad; si debe tratarse en un artículo aparte o como parte de una síntesis más amplia es cosa que ha de decidir el Comité de Redacción. Lo mismo cabe decir de la comensurabilidad, aunque reconoce que la última frase del artículo 49 plantea una dificultad que ha sido analizada con precisión. El Comité de Redacción tendrá naturalmente que ocuparse de este asunto también. Pudiera ser que la CIJ tuviera razón en cuanto a la segunda parte de la fórmula igual que la tenía con la primera.

78. El artículo 50, como ha dicho, tendría que sintetizarse con el artículo 47 bis. El artículo 50 bis, entre tanto, ha sido aprobado en general durante el debate. Sea cual fuere la decisión a que se llegue sobre el artículo 48, habrá que mantener alguna disposición en el sentido del artículo 50 bis, aunque existe un considerable margen de mejora.

79. A pesar de las dudas expresadas por algunos miembros, la Comisión está en condiciones de remitir los artículos de referencia y el artículo 30 al Comité de Redacción para ver si puede elaborarse una síntesis mejorada de las diversas ideas adelantadas para su debate por la Sexta Comisión y por la CDI en su 53.º período de sesiones.

80. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, da por sentado que la Comisión está de acuerdo en remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos en el párrafo 367 de del tercer informe y el artículo 30.

Así queda acordado.

81. El Sr. OPERTTI BADAN dice que confía en que el envío al Comité de Redacción del texto no prejuzgue el resultado del examen del tema por la Comisión. El Comité podría resolver muchos de los problemas planteados, pero eso no tiene por qué significar que haya que adoptar una decisión de aceptar el mecanismo de contramedidas dentro del proyecto de artículos.

82. El PRESIDENTE asegura que la Comisión tendrá otra oportunidad de examinar el informe del Comité de Redacción y de hacer ulteriores observaciones.

83. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que en el presente período de sesiones va a haber escasas oportunidades de ulteriores debates. Más bien, sería cuestión de tomar nota de las mejoras hechas por el Comité de Redacción. En su cuarto informe, que, si Dios quiere, será el último, volverá sobre el tema a la luz de las reacciones

de los Estados en la Sexta Comisión. En el 53.º período de sesiones, la CDI examinará los proyectos de artículos en su conjunto, con inclusión del tratamiento de los temas comprendidos en la sección D del capítulo III y el capítulo IV del tercer informe. En ese momento se adoptará también la decisión definitiva entre las varias opciones.

84. El Sr. HAFNER dice que coincide con casi todo lo que figura en la sección D del capítulo III del tercer informe y en gran parte con lo dicho por el Relator Especial. El párrafo 338 del informe, sin embargo, se refería al parecer al derecho del Estado receptor a «revocar la autorización de la misión». Duda de que el derecho diplomático contenga regla semejante, como lo prueba la reciente experiencia. De hecho, ha habido discusiones sobre el tema en el Consejo de Europa. En el párrafo 343 la referencia a los tratados de la Unión Europea debería ser en realidad a los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, en los que se basa el carácter exclusivo de la coerción, según lo confirma el artículo 292 del Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Ni siquiera en el campo del derecho comunitario europeo, sin embargo, cabe alegar que el sistema de coerción no sea un régimen autónomo a los efectos de la responsabilidad de los Estados. Por otra parte, es cierto que el Tratado de la Unión Europea, fuera de las Comunidades Europeas, no constituye al parecer un sistema cerrado, ya que las medidas que 1, 3 ó 14 Estados adopten contra otro Estado presuntamente infractor de los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea se consideran legales. Ciertamente no se han esgrimido argumentos contra esta conclusión hasta la fecha. El párrafo 343 contiene además una manifestación que podría interpretarse en el sentido de que, cuando un tratado prohíbe las reservas, las obligaciones en virtud de ese tratado excluyen el empleo de la finalidad de las contramedidas. No puede el orador aceptar esa propuesta. Los derechos en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, después de todo, podrían utilizarse con ese fin.

85. Por lo que respecta al párrafo 1 del artículo 47, el Estado lesionado debería tener el derecho de adoptar contramedidas no sólo en tanto el Estado responsable no haya cumplido las obligaciones emitidas, sino también en el grado en que no las haya cumplido. Con referencia al párrafo 2 se pregunta si, como otros miembros han indicado, la expresión «hacia el Estado responsable» refleja la índole bilateral de las contramedidas con la claridad suficiente. El artículo 47 bis apenas se puede distinguir del artículo 50, salvo que el primero plantea determinados derechos que no deben suspenderse, mientras que el segundo simplemente expresa que, si determinados derechos se suspenden, la suspensión no debe equivaler a una amenaza a la integridad territorial. El preferiría mantener ambas disposiciones separadas, pero muy próximas. Entiende, a juzgar por el apartado b del artículo 47 bis, que las violaciones de los derechos de otras personas que disfrutan de inmunidad diplomática pueden provocar contramedidas. Eso no se aplica a los derechos de los diplomáticos «bilaterales», como por ejemplo un ministro que visita un Estado extranjero. La expresión «por terceros» en el apartado c debería suprimirse, ya que muchos tratados establecen un mecanismo de solución de

controversias que no involucra a un tercero o bien requieren que su procedimiento sea un requisito previo de un arreglo por terceros. La presente fórmula plantearía una situación en que podrían quedar en suspenso las negociaciones o el deber de consulta, pero no el procedimiento de adjudicación, aun cuando aquéllas hubiesen tenido por fuerza que preceder a esto último. En cuanto al artículo 48, preferiría la versión más breve incluida por el Relator Especial en la nota correspondiente al artículo, y comparte la opinión del Presidente y el Sr. Gaja sobre el artículo 49.

86. El apartado a del artículo 50 podría utilizarse mal de modo que se excluyeran las contramedidas. La negativa de entregar material bélico, por ejemplo, podría también considerarse que pone en peligro la integridad territorial de un Estado, ya que el Estado tendría así una capacidad limitada de defender su territorio. En todo caso, el objetivo del lenguaje utilizado difiere del del apartado a del artículo 47 bis, en que no hace falta el empleo de la fuerza para conseguir el resultado apetecido. Por consiguiente, debería subsumirse en el apartado a del artículo 47 bis o limitarse a una frase como, por ejemplo, «constituye una amenaza directa a la integridad territorial». Los contaminantes también amenazan sin embargo la integridad del Estado. Sería por consiguiente sensato mantener la referencia general a la integridad territorial, pero limitar el modo en que esa integridad puede ponerse en peligro. El orador se pregunta si la referencia a la intervención debe mantenerse, dado lo borroso de la definición del principio de no intervención. El apartado b contiene dos ideas distintas que han de mantenerse aparte una de otra. La primera podría mantenerse en el artículo 50, pero sería preferible trasladar la segunda al artículo 47 bis, en la medida en que los derechos humanos fundamentales no deben ser objeto de contramedidas. En cualquier caso son distintos de los derechos de carácter humanitario mencionados en el apartado d del artículo 47 bis. En el párrafo 2 del artículo 50 bis la referencia genérica a una «orden» de un tribunal internacional podría suscitar la interpretación de que quedasen incluidas incluso órdenes procesales, tales como entrega de un documento escrito antes de una cierta fecha. No está seguro de que ese sea el propósito. Por consiguiente, la referencia debería concretarse más, añadiendo una expresión como «sobre la sustancia» o «sobre el fondo del asunto».

87. Por último, con referencia a dos de los artículos, propone que las disposiciones que limitan los derechos a recurrir a contramedidas estén juntas y separadas de las que se refieren a cuestiones de procedimiento. Los dos tipos de disposiciones están mezclados en el articulado en su forma actual.

88. El Sr. GOCO hace notar que, según el párrafo 4 del comentario al artículo 48, la fórmula «provisionales de protección» está inspirada por procedimientos de cortes o tribunales internacionales que podrían tener la facultad de emitir órdenes provisionales o bien indicar medidas que cabría adoptar para mantener los derechos respectivos de las partes en liza. Según la versión propuesta por el Relator Especial, sin embargo, el Estado lesionado podría aplicar provisionalmente esas contramedidas de modo unilateral. Por otra parte, las medidas provisionales no tienen por objeto ser contramedidas plenas, y sin

embargo, el párrafo 2 del artículo 48 parece referirse a contramedidas que van más allá de las medidas provisionales de protección. Se trata, pues, de saber si existe una distinción real entre esas medidas y las contramedidas de aplicación provisional. Respecto a las primeras, existe por supuesto analogía con el derecho interno, incluso en los tribunales internacionales, pues el pedimento de un mandamiento judicial para interrumpir determinada actuación es un procedimiento reconocido. Por otra parte, dentro de ese procedimiento está el recurso subsidiario igualmente reconocido del desagravio por mandato judicial para que el demandado desista del acto que realiza. Ese desagravio por mandato judicial es análogo a las medidas provisionales de protección. Las medidas provisionales pueden conservarse en una nueva fórmula del párrafo 2 del artículo 48, pero habría que introducir algunas precisiones más para aclarar la necesidad de su inclusión.

89. El Sr. BROWNLIE dice que aún no se ha formado unas opiniones firmes sobre las contramedidas, que son un asunto muy arduo. De todos modos, él cree que vale algo la pena, incluso a estas alturas, examinar el carácter de la labor a que hace frente la Comisión. Vale la pena examinar cuál es la postura actual en derecho internacional. La Comisión no es un mero órgano codificador; podría proponer nuevas leyes o incluso legislar directamente. De todos modos es conveniente sondear las aguas que se propone surcar. Del informe y del debate desprende el orador la fácil hipótesis de que el derecho internacional general reconoce en general las contramedidas no coercitivas. Esta proposición es a la vez cierta y falsa. No hay medidas no coercitivas que se reconozcan como una de las circunstancias que excluyen la ilicitud, que es como, sin sorpresa para nadie, vio la luz el artículo 30. De todos modos, existe una diferencia cualitativa entre la condición bidimensional, el escaso relieve de una institución que figura como una de las circunstancias que excluyen la ilicitud, de la que otros ejemplos son el consentimiento, el cumplimiento de normas perentorias y la legítima defensa, y la interpretación de una institución tridimensional, a saber, contramedidas legitimadas por disposiciones que podrían entrañar e infundir legitimidad a elementos que previamente no estaban reconocidos como parte del derecho internacional general.

90. Las contramedidas tienen múltiples finalidades, no en el sentido jurídico, sino en lo que concierne al comportamiento político de los Estados. Se utilizan como la inducción a otro Estado a recurrir a un procedimiento de arreglo de controversias; como represalia; como elemento disuasorio; como inducción a desistir de una política; como forma de legítima defensa (en cuyo caso se aplicarían medidas provisionales), o como autoayuda en lograr un arreglo. A pesar del alto calibre de su presente labor, el hecho es que ni el Relator Especial ni su predecesor han elaborado una decisión categórica sobre la posibilidad de legitimar estas propuestas en virtud del proyecto de artículos, aunque los artículos 47 y 48 dan a entender que se trata de autoayuda. En ese contexto, la finalidad parece ser conseguir la cesación y la reparación, pero sin tener que recurrir para ello a ningún procedimiento de arreglo pacífico.

91. No está planteando el tema de la vinculación, sino simplemente analizando el efecto aparente de estos ar-

tículos. Después de todo, en un procedimiento efectivo de arreglo pacífico, el proyecto de artículos legitimaría lo que en último análisis es autoayuda, aunque sea no coercitiva. El enfoque del Relator Especial es empírico, aunque el tema es un animal salvaje que hay que domesticar. Existe empero un vínculo directo entre la opción de finalidades que hay que legitimar y las cuestiones técnicas de la proporcionalidad y la «reversibilidad», pues estas últimas cuestiones no pueden abordarse adecuadamente a menos que su contexto esté perfectamente claro. Por ese motivo, cree que incluso en la etapa actual del examen del tema habría que pensar más detenidamente en las finalidades legítimas de esa forma de autoayuda. No se trata simplemente de una cuestión de un debate de larga duración sobre la vinculación. Más bien se trata de saber si la presión ejercida para lograr un arreglo pacífico debería legitimarse. Tal vez eso sea lo que la Comisión trató de conseguir, pero, de hacerlo, debería tener claros sus propósitos, y esa claridad le parece que falta.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2650.ª SESIÓN

Miércoles 2 de agosto de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar el capítulo IV de su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).
2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) indica que el capítulo IV, en su parte dedicada a invocar la responsabi-

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

lidad hacia un grupo de Estados o hacia la comunidad internacional, trata de asuntos de los que la Comisión ya ha debatido en segunda lectura en el contexto del examen de su primer informe³ en relación con el artículo 19 de la primera parte y en el comienzo del actual período de sesiones durante el debate sobre la segunda parte del artículo 40, incluido en el capítulo I de su informe. El capítulo IV señala la culminación del proceso de análisis emprendido. Las cuestiones planteadas son a todas luces sumamente discutibles. La Comisión no hace al respecto labor de codificación, ya que el texto aprobado en primera lectura incluía la noción muy discutida de «crímenes internacionales» tal como los define el artículo 19, e introducía con destino a Estados no lesionados directamente, mediante la combinación de los artículos 40 y 47, un régimen de contramedidas indefendible en el sentido de que les atribuía el derecho a adoptar contramedidas en el caso de cualquier violación de los derechos humanos individuales, por ejemplo.

3. El problema es que, a estas alturas, la Comisión ha emprendido en cierto sentido la ruta del desarrollo —falta por saber si es progresivo— del derecho de responsabilidad de los Estados, que se inscribe a mayor abundamiento en el marco de un ejercicio más amplio de desarrollo, nada progresivo, emprendido en primera lectura. La cuestión está en saber cómo la Comisión ha de proceder a partir de ese momento. La CDI dispone de tiempo hasta el final del actual período de sesiones para aprobar, con ayuda del Comité de Redacción, un texto completo con objeto de que en el período de sesiones siguiente disponga de las observaciones de la Sexta Comisión y de los gobiernos para rematar su tarea. Ha de arbitrar, para las propuestas que figuran en el capítulo IV, fórmulas que sean de aceptación general. El Relator Especial invita a los miembros de la CDI a que limiten sus intervenciones a esas propuestas, rogándoles que eviten reabrir el encendido debate que sobre el artículo 19 se produjo en el 50.º período de sesiones, pero que pudo desembocar en una decisión cuyo texto se reproduce en el párrafo 369 del tercer informe y que ha permitido y permitirá progresar en el sentido indicado en el párrafo 371 del informe, es decir, en el sentido de una «desintegración» del concepto de «crímenes internacionales». Insiste el orador en que, al adoptar los proyectos de artículos en el actual período de sesiones, la Comisión no va a tomar ninguna decisión definitiva. Dispondrá de tiempo suficiente para volver sobre el tema en el siguiente período de sesiones.

4. El orador ha reconocido la existencia de obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto, pero quedan varias cuestiones por resolver. Ante todo procede reconocer que el derecho de responsabilidad de los Estados no es la primera modalidad de solución de los casos de violación planteados en el artículo 19. La idea de que frente a un genocidio o a una invasión, por ejemplo, sea suficiente una reacción de los Estados, sin que vaya acompañada de una acción coordinada de la comunidad internacional, es un mito, que el Relator Especial explica en el párrafo 372 de su informe. En realidad, los hechos ilícitos calificados como crímenes en el artículo 19 se refieren principalmente a los hechos de gobiernos

³ Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/490 y Add.1 a 7.

irresponsables, no democráticos, y la población debería quedar al margen de toda sanción que se le pudiere aplicar. Dice el orador a este respecto que, debido en parte a la iniciativa de la Comisión y en parte a otras razones, la comunidad internacional, con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado en 1998 pero que aún no ha entrado en vigor, empieza a admitir el concepto de responsabilidad individual en el caso de esos crímenes. Ciertamente, los Estados incurren en responsabilidad por esos actos, pero esta responsabilidad queda en un segundo plano, que el capítulo IV trata de definir.

5. La Comisión aprobó en principio, al comienzo del actual período de sesiones, el derecho de todo Estado a invocar la responsabilidad en caso de una infracción cualquiera de una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto, y ahora queda determinar su extensión. Este derecho se extiende indiscutiblemente al derecho a exigir la cesación del acto internacionalmente ilícito y correlativamente al derecho a recabar una declaración de culpabilidad y al derecho a exigir una restitución en nombre de las víctimas.

6. Se plantea entonces la cuestión de saber si ese derecho, habida cuenta de las demás consideraciones, debe estar sujeto a limitaciones. El Relator Especial prevé tres situaciones a este respecto. En la primera la víctima principal es un Estado, bien sea objeto de una agresión o su población sea víctima de crímenes de guerra cometidos por otro Estado, y es el propio Estado al que incumbe reaccionar, ya que la posible reacción de otros Estados simplemente se combina con la suya. Lo mismo cabe decir en lo que respecta a la atribución de responsabilidad en lo referente a las contramedidas. La segunda situación, cuando no hay un Estado lesionado, es decir, el caso en que la población, o un grupo de población, sea víctima, por ejemplo, de un acto de genocidio cometido por su propio Estado, ningún Estado puede evidentemente actuar por su cuenta. Incumbe hacerlo a la comunidad internacional, sea cual fuere la posición del Estado responsable, y exigir la cesación del acto ilícito, su satisfacción y restitución. También debería poder exigir reparación, pero el dispositivo existente no lo permite. Está claro que los terceros Estados no pueden exigir reparación por su propia cuenta. Por último, la tercera situación es la de que no se produzcan víctimas o en la que todo el mundo sea víctima. Es el caso, por ejemplo, de la violación de obligaciones en lo que se refiere a la protección del medio ambiente, que puede tener efectos a largo plazo pero que no tiene un efecto específico: recalentamiento del planeta, adelgazamiento de la capa de ozono, etc. En ese caso, los Estados miembros de la comunidad internacional, en cuanto tales, deberían estar en condiciones de exigir la cesación del acto ilícito y una satisfacción; en muchos casos, sería difícil exigir indemnización en cuanto tal.

7. ¿Puede ir más lejos la Comisión? Si lo que quiere es elaborar un verdadero «régimen del delito», deberá por lo menos establecer las sanciones que va a imponer. La cuestión de las sanciones pecuniarias se aborda en los párrafos 380 y siguientes del informe, en particular en el párrafo 382. El Relator Especial refiere ahí el asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica, en que por vez primera en su historia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, juris-

dicción de vocación europea, por no decir internacional, ha impuesto una sanción pecuniaria a un país miembro por violación continua del derecho europeo. El Relator Especial analiza este procedimiento en los párrafos 383 a 385 del informe para deducir enseñanzas de alcance internacional. Cuando el derecho internacional no permite adoptar procedimientos colectivos, entabla en un primer momento procedimientos individuales. Eso ocurre en cierto sentido con las contramedidas. Hay dos casos que cabe prever a este respecto. En primer lugar, cuando el Estado víctima tiene derecho a adoptar contramedidas en reacción contra la violación de una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto, o de toda obligación multilateral por otra parte, los demás Estados partes en la obligación deberían ayudarle a adoptarlas, a su requerimiento y en los límites de los medios de que él disponga a estos efectos. Este procedimiento guarda relación con la de la legítima defensa colectiva. El otro caso, más complejo, es el de las contramedidas colectivas adoptadas en reacción contra violaciones cuando no hay Estado víctima. Los usos al respecto son limitados, pero no por ello dejan de existir y se analizan en los párrafos 391 y siguientes del informe; las conclusiones, por su parte, están expuestas en el párrafo 396, que el Relator Especial señala a la atención de los miembros de la Comisión. Esos usos se encuentran en un estado claramente embrionario, no tienen alcance universal y son muy discutidos. Además, hasta épocas recientes, no se apoyaban en ninguna opinión jurídica. La Comisión podría, en esas condiciones, verse tentada a contentarse con adoptar una cláusula de salvaguardia, remitiéndose al futuro para toda elaboración del derecho en esta esfera. Esa era en el 50.º período de sesiones la postura que el Relator Especial adoptó con carácter provisional. Sin embargo, ahora estima que la CDI no tiene por qué ser prudente, a menos que la Sexta Comisión se lo pida. Sería bueno que le presentara —es lo menos que podría hacer— la propuesta expuesta en los párrafos 401 y siguientes del informe, a saber: los Estados partes en una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto deberían tener el derecho a adoptar contramedidas colectivas en relación a violaciones flagrantes y bien averiguadas de esta obligación.

8. Después de haber analizado en los párrafos 407 y siguientes las consecuencias jurídicas adicionales derivadas de la Comisión de un «crimen» en virtud de la segunda parte, según se aprobó en primera lectura, el Relator Especial estima que las consecuencias jurídicas están fuera de lugar, por las mismas razones expuestas en el informe. Por el contrario, es posible cuando menos sostener que en caso de violación grave de una obligación hacia la comunidad internacional y si no hay Estado lesionado, los demás Estados miembros de la comunidad internacional podrían exigir al Estado responsable una indemnización punitiva en nombre de las víctimas naturales. Se trata de un desarrollo progresivo del derecho internacional en la materia. Dentro de ese espíritu, el Relator Especial propone en el párrafo 412 de su informe una versión del artículo 53 con un párrafo adicional enunciado de un modo menos truculento, sin la palabra «crimen», y que contempla la evolución del derecho penal al respecto: se trata del nuevo artículo 51, titulado «Consecuencias de las violaciones graves de obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto», que constituye el artículo único del nuevo capítulo III,

titulado «Infracciones graves de obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto».

9. Por otra parte, el Relator Especial remite a una nota de pie de página correspondiente al párrafo 413, en la que figuran elementos que podrían incluirse en el proyecto de artículo 40 bis. Propone también dos artículos sobre las contramedidas: el artículo 50 A, «Contramedidas en nombre de un Estado lesionado», y el artículo 50 B, «Contramedidas en casos de violaciones graves de obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto».

10. El Relator Especial subraya que el texto que la CDI va a presentar a la Sexta Comisión ha de ser en la medida de lo posible un texto de consenso. La CDI no puede presentarse dividida sobre conceptos tan discutibles como el de «crímenes internacionales», a menos que condene la totalidad del proyecto de artículos. En ese sentido, la medida que propone, habida cuenta de la decisión ya mencionada adoptada por la Comisión en su 50.º período de sesiones, por ambiciosa que sea, es la única posible en el estado de cosas actual. Por lo que respecta a la cuarta parte del proyecto de artículos, relativa a las disposiciones generales, la Comisión está de acuerdo en que debe contener una disposición sobre la *lex specialis*, pues ése era el objeto del artículo 37 aprobado en primera lectura. El Relator Especial indica que ha rehecho ese artículo 37, pues no basta que exista un texto, por ejemplo un tratado, que trate de la materia correspondiente, sino que es preciso que ese texto la trate de tal modo que pueda decirse al interpretarlo que tiene por objeto excluir toda otra consecuencia.

11. La segunda cláusula de salvaguardia, adoptada ya en el 50.º período de sesiones, se reproduce tal cual en el artículo 50 A.

12. La tercera cláusula de salvaguardia se refiere a la relación del proyecto de artículos con la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 39 que trataba de ello ha sido muy criticado, concretamente por el anterior Relator Especial. El Relator Especial indica que ello se debe a que, a su juicio, esas críticas estaban justificadas, por lo que propone para este artículo un texto mucho más sencillo y que recuerde menos una enmienda encubierta de la Carta.

13. Por último, hacía falta una cláusula de salvaguardia sobre el derecho de los tratados, que puntualice por otra parte que el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados no prejuzga la existencia o el contenido de una obligación primordial, sino que trata únicamente de las consecuencias de las violaciones. He aquí por qué el Relator Especial ha procurado formular el artículo 50 B en términos generales, de modo que se aplique al derecho internacional consuetudinario igual que al derecho de los tratados.

14. Éstas son las únicas cláusulas de salvaguardia que hacen falta por el momento. Por la razón indicada en el párrafo 428, una cláusula de salvaguardia no es necesaria para la protección diplomática, y la relación entre esta esfera y la responsabilidad de los Estados podrá definirse en el comentario. Lo mismo cabe decir de las cuestiones de nulidad y de no reconocimiento. Tampoco hace falta mencionar la no retroactividad, y por último, tam-

co es necesaria en este caso una disposición relativa a las definiciones.

15. Para concluir, el Relator Especial recomienda que los proyectos de artículos que propone se agreguen al proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados de tal manera que, si por milagro o por accidente, el Comité de Redacción puede concluir el examen durante el período de sesiones actual, puedan ser examinados en la Sexta Comisión durante el próximo período de sesiones de la Asamblea General y por la propia CDI en su 53.º período de sesiones.

16. El Sr. KATEKA dice que la exposición que ha hecho el Relator Especial ha sido sumamente instructiva y que hay que confiar con él en que la Comisión llegue a un consenso sobre las cuestiones examinadas.

17. La expresión «contramedidas colectivas» es engañosa; se trata en realidad de medidas adoptadas por un Estado o un grupo de Estados en reacción contra una violación de obligaciones colectivas y si se emplea otra expresión podría evitarse la confusión. Aunque opuesto a las contramedidas, el Sr. Kateka dice que puede entender que unas contramedidas «colectivas» puedan utilizarse en una situación en que estén en juego los intereses de unos Estados igualmente poderosos, pues si los abrazos de una persona de la misma estatura no son peligrosos, los de un gigante pueden ahogar al otro. El Sr. Kateka puede por consiguiente entender que se adopten contramedidas en un contexto regional. Por ejemplo, los países de la región de los Grandes Lagos de África han adoptado contramedidas contra un Estado de la región que violaba los derechos humanos para inducirlo a éste a sentarse a la mesa de las negociaciones y resolver problemas de buen gobierno. Aunque ello haya llevado mucho tiempo, pronto se va a firmar un «tratado de paz». Otro ejemplo, tal vez más delicado, es el de las medidas adoptadas por la Unión Europea contra Austria. Que tengan o no el efecto buscado, el Sr. Kateka quisiera saber la opinión del Relator Especial a este respecto. Sin embargo, no es seguro que la Comisión pueda elaborar disposiciones en las que se tengan en cuenta esas situaciones producidas en un contexto regional.

18. Al examinar los usos de los Estados, el Relator Especial cita varios ejemplos de contramedidas colectivas, de los que el primero se refiere a un Estado que practica un genocidio. Esto ilustra el dilema que plantean estas contramedidas y que depende de su connotación política tanto más cuanto que no se aplican de un modo uniforme. La situación en la ex Yugoslavia y las matanzas que se han producido en 1994 en Rwanda son tristes ejemplos. En el marco de su análisis, el Relator Especial llega a la conclusión de que hay que limitar el círculo de los Estados con derecho a recurrir a contramedidas colectivas; a juicio del Sr. Kateka, ese derecho debe limitarse a un grupo de Estados vinculados por igual a una región determinada.

19. En lo que respecta al artículo 51, relativo a las consecuencias de las violaciones graves de obligaciones contraídas con toda la comunidad internacional, el Relator Especial ha procurado resolver la controversia suscitada por el artículo 19 y el artículo 53 conexo adoptados en primera lectura. En el párrafo 374 de su informe propone

que se tomen en consideración las normas que se acepten generalmente como universales e inderogables. Cita el dictamen de la CIJ en el caso Barcelona Traction pero agrega que es innecesario (incluso inconveniente) citar ejemplos de esas normas en el proyecto de artículos. A este respecto, el Sr. Kateka no está conforme con el Relator Especial. Algunos de los ejemplos aducidos por este último que figuran en efecto ya en el artículo 19 son puramente indicativos y no tienen la pretensión de agotar el tema. Por consiguiente deberían mantenerse. Los ejemplos aducidos por el Relator Especial son la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, el derecho a la libre determinación y las obligaciones de derechos humanos y derecho humanitario que se reconocen como inderogables. Deja de lado sensatamente las cuestiones discutibles, como las de la agresión o la contaminación masiva. No obstante, en el proyecto de articulado deberían figurar ejemplos de violaciones graves sobre las que existe ya un acuerdo general. El Relator Especial ha evitado utilizar las expresiones latinas *erga omnes* y *jus cogens* y hay que felicitarlo de ello. Sea como fuere, confinar los ejemplos al comentario sería una injusticia para aquellos que, como el Sr. Kateka, son ardientes partidarios del artículo 19.

20. En el párrafo 2 del artículo 51, el Relator Especial tiene en cuenta una «indemnización punitiva» pero coloca la expresión entre corchetes. Lo mismo hace con el apartado c de la disposición que figura en una nota del párrafo 413, que pretende agregar al artículo 40 bis. Al parecer, esos corchetes se deben a la opinión enunciada por el Relator Especial en el párrafo 380 de su informe de que la indemnización punitiva no existe en el derecho internacional, pero, a juicio del Sr. Kateka, la Comisión debería suprimir los corchetes. Incluso si la indemnización punitiva debe utilizarse en beneficio de las víctimas de la violación, se trata de un buen punto de partida hacia el reconocimiento de la existencia de crímenes.

21. Conviene hacer notar que en el artículo 51, el Relator Especial ha recogido la terminología utilizada en el artículo 53 adoptado en primera lectura sustituyendo la palabra «crimen» por «violación grave» o «violación». A este respecto, el Sr. Kateka no comprende lo que quiere decir el Relator Especial cuando dice, en el párrafo 412, que habida cuenta de que la versión del capítulo III que se propone es completa e independiente y de que no tiene razón de ser que el artículo 19, en su versión aprobada en primera lectura, figure en la primera parte, si se aprueba el capítulo III puede suprimirse el artículo 19.

22. El artículo 50 A, relativo a las contramedidas en nombre de un Estado lesionado, suscita las mismas reservas que la situación en que un Estado «invita» a adoptarlas en el ejercicio de la legítima defensa. Lo mismo cabe decir de la intervención a raíz de una «invitación» en situaciones de crisis humanitaria. Hay que ser muy prudentes a este respecto y, cuando un Estado no resulte directamente lesionado, hay que limitar, como se indica en el párrafo 402 del informe, su posibilidad de intervenir. Ahora bien, el artículo 50 A no lo hace realmente y podría dar pie a abusos. El Comité de Redacción debería examinar esto con detenimiento.

23. El artículo 50 B presenta el mismo inconveniente que el artículo 50 A. La facultad de intervenir en aplica-

ción de contramedidas inquieta a los pequeños Estados. No existe ningún mecanismo al respecto y la Comisión no lo ha previsto. De todos modos, incluso las instituciones de seguridad colectiva que existen tropiezan con problemas y es dudoso que no pase lo mismo en el caso de las contramedidas. Podría ciertamente tratarse de obtener la cesación haciendo presión sobre el Estado autor del acto ilegal recurriendo a estas disposiciones, pero no es seguro que sean bastante explícitas al respecto.

24. En lo que se refiere a la cuarta parte, relativa a las disposiciones generales, el Sr. Kateka apoya el nuevo enunciado propuesto por el Relator Especial de los artículos de referencia, en particular el artículo 37, relativo a la *lex specialis*, y el artículo 39, referente a los artículos sobre responsabilidad y su relación con la Carta de las Naciones Unidas. El artículo A es una cláusula de salvaguardia de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, tema que la Comisión podría estudiar en lo sucesivo si acepta el informe del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo.

25. El Sr. HAFNER se refiere a la observación del Sr. Kateka a propósito de lo que ha llamado las «medidas adoptadas por la Unión Europea contra Austria», y subraya en primer lugar que no se trataba de medidas adoptadas por la Unión Europea, sino de medidas adoptadas por 14 miembros de la Unión Europea y, en segundo lugar, esas medidas nada tienen que ver con los proyectos de artículos, pues Austria no era culpable de ninguna violación, por lo que no estaba en juego la responsabilidad de Estado alguno. No se trataba de contramedidas ni de sanciones, sino de medidas que deben ser juzgadas por lo que valen a la luz del derecho de la Unión Europea y del derecho internacional general.

26. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que hace suyas por completo las observaciones del Sr. Hafner.

27. En lo que se refiere a la penúltima frase del párrafo 412 del informe mencionada por el Sr. Kateka, el Relator Especial señala que significa que si es necesaria una disposición equivalente al artículo 19, debe figurar en el capítulo III. El artículo 19 no desempeña absolutamente ningún papel en la primera parte del proyecto y está fuera de lugar. Si la Comisión decide aducir ejemplos de violaciones previstas en el artículo 50, ha de hacerlo en el capítulo III y no en la primera parte del proyecto.

28. El Sr. SIMMA dice que está satisfecho, al menos en principio, de los resultados a los que ha llegado el Relator Especial en el capítulo IV de su informe, a saber, los proyectos de artículos propuestos, pero que juzga el análisis de los problemas acusadamente heterogéneo, demasiado detallado en algunas cuestiones secundarias, en que las consideraciones sobre el asunto Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica es un ejemplo, mientras que de otras apenas se trata, como las que son objeto del artículo 51. Además, es curioso que las disposiciones destinadas a responder a las críticas dirigidas al artículo 40 figuren en una nota marginal, una nota del párrafo 413. El Sr. Simma espera que eso no perjudique a la aceptación de los proyectos de artículos y que los comentarios que el Relator Especial va a elaborar traten de manera sistemática y detenida sobre los temas omi-

dos, habida cuenta en particular de la abundancia de doctrina, que el Relator Especial no menciona por otra parte en sus notas.

29. Por lo que respecta a la transacción histórica a la que llegó la Comisión en su 50.º período de sesiones y que se reproduce en el párrafo 369 del informe examinado, cabe estimar que una exposición sistemática por parte del Relator Especial en lo que respecta a las obligaciones erga omnes y a las normas imperativas constituiría un sucedáneo satisfactorio del artículo 19. El Sr. Simma deplora la ausencia de semejante exposición, pero el resultado final es aceptable, la verdad, por un estrecho margen. Felizmente, el campo de aplicación del régimen así definido será muy limitado, pues los numerosos regímenes especiales en vigor le confieren un carácter supletorio. De este modo, el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas define el régimen aplicable a la agresión así como a las violaciones masivas de derechos humanos, ya que el Consejo de Seguridad considera por otra parte que amenazan a la paz internacional. Existen por otra parte regímenes convencionales, a este respecto, como el de la Cuarta Convención concertada entre la Comunidad y los Estados miembros del Grupo de África, el Caribe y el Pacífico (Convención de Lomé), que subordina la ejecución de sus obligaciones por parte de los Estados de la Unión Europea al respeto de los derechos humanos. También existe un régimen autónomo en lo que respecta al comercio internacional y regímenes especiales en materia de medio ambiente.

30. Nadie se siente cómodo cuando se confiere a los Estados que no están directamente lesionados por una violación la facultad de recurrir a contramedidas, pero ese malestar no es más que la continuación del que suscitan las contramedidas en general. Por una parte, la Comisión teme crear un monstruo, pero por otra parte no puede dejar impunes las violaciones graves del derecho internacional. La operación puede resultar artificial, sobre todo por lo que respecta a las violaciones «sin víctimas». Como ejemplo de tales violaciones, el Relator Especial mencionó el recalentamiento del planeta, pero para el Sr. Simma, la idea de que los Estados puedan luchar contra el recalentamiento del planeta mediante contramedidas es sencillamente cómica.

31. Por el contrario, hay que alegrarse de que las contramedidas colectivas estén sujetas a las limitaciones que el Comité de Redacción se está ocupando de definir. Por otro lado, tan sólo las violaciones graves, manifiestas y bien determinadas podrán ser objeto de este tipo de contramedida. En tercer lugar, la práctica de los Estados revela que los Estados no directamente lesionados distan mucho de abusar de contramedidas en casos de violación de derechos humanos y otras obligaciones erga omnes, y que, por el contrario, no se preocupan apenas de esas violaciones, pues en esa materia la selectividad es frecuente. Es preciso de todos modos ser muy prudente cuando se imponen obligaciones a terceros Estados como se hace en el artículo 51. Además, dejar a la «comunidad internacional organizada», es decir a las Naciones Unidas, la misión de reaccionar a las violaciones de las obligaciones erga omnes es cosa rayana con el cinismo.

32. Por otra parte, convendría subrayar debidamente en el comentario que, cuando sea posible, la decisión de adoptar medidas colectivas debe ser colectiva a su vez.

33. La Comisión no ha de perder de vista que está elaborando un régimen de contramedidas que no implican el empleo de la fuerza para evitar situaciones en las que los Estados afirman haber agotado todos los medios de acción pacífica y adoptan la actitud que ha sido la del Reino Unido en el marco de las medidas colectivas adoptadas contra Yugoslavia en 1998⁴. Si la Comisión define un régimen viable de contramedidas colectivas pacíficas, los Estados se sentirán menos incitados a recurrir a otros métodos como los lamentables que se han utilizado en el Kosovo.

34. El estudio de la práctica de las contramedidas colectivas que figura en el informe es sumamente interesante, pero tal vez el Relator Especial podría haber mencionado las leyes aprobadas en los años 70 por los Estados Unidos, que subordinan la ayuda militar, económica y técnica a un determinado comportamiento por lo que se refiere a los derechos humanos. Algunas de las leyes de referencia incluso prevén la conveniencia de tener en cuenta las aclaraciones del CICR para evaluar ese comportamiento, y la Comisión podría reflexionar sobre ese procedimiento. Por otra parte, las consideraciones que se dediquen a las sanciones pecuniarias de la Comunidad Europea son demasiado largas e inducen por otra parte a preguntarse que, si se piensa que han hecho falta 40 años para que una institución tan sólidamente integrada como la Comunidad Europea llegue al Tratado de Maastricht que establece esas sanciones, cuántos decenios no necesitará la comunidad internacional para arbitrar un régimen de contramedidas digno de ese nombre. En lo que se refiere a las indemnizaciones punitivas, hay que establecer un procedimiento de coordinación de las demandas planteadas por los Estados.

35. Por lo que respecta a las disposiciones que el Relator Especial propone agregar al artículo 40 bis en una nota del párrafo 413 de su informe, el Sr. Simma considera que deberían figurar en un artículo aparte. En el apartado a convendría mencionar las garantías de no repetición, que se mencionan en varias ocasiones en los párrafos correspondientes del informe.

36. El artículo 50 A debería, por lo que respecta a los terceros Estados, mencionar la gravedad de la violación, porque en ese caso ese texto parece permitir la prestación de asistencia al Estado lesionado, sea cual fuere la gravedad de la violación.

37. En lo que respecta al artículo 50 B, su título es demasiado general y, tal como está redactado, incluye a la vez las situaciones previstas en el artículo 50 A. El párrafo 1 encierra un error, pues en efecto debería referirse al artículo 51. Además, en el texto de ese artículo no figuran por ninguna parte las categorías definidas en los párrafos 377 a 379 del informe.

38. Por lo que respecta al artículo 51, la Comisión ha de resolver de una vez por todas cómo calificar las violacio-

⁴ Véase G. Marston, ed., «United Kingdom materials on international law 1998», *The British Year Book of International Law*, 1998, vol. 69, págs. 580 y 581.

nes: si se trata de violación «grave y patente» en el proyecto de artículo, mientras en el texto francés del informe se califican las violaciones de «graves y flagrantes» y a veces de «bien demostradas». El Relator Especial, al presentar su informe, ha hablado de violaciones «bien demostradas» y el Sr. Simma desearía que se utilice esta expresión o bien la expresión «demostradas de manera fidedigna», ampliamente utilizada en la esfera de los derechos humanos y que tiene la ventaja de invocar la estimación de una tercera parte objetiva. El enunciado del párrafo 1 podría además aproximarse más al del párrafo 2 del artículo 19 aprobado en primera lectura.

39. La obligación enunciada en el apartado a del párrafo 3 está bien corroborada por la práctica y no plantea ninguna dificultad. El apartado b plantea en cambio un problema teórico, ciertamente menor, a saber, su relación con el artículo 27. En cambio, el apartado c, relativo a la obligación de cooperar, es probablemente la disposición más problemática de todas las sometidas a examen. Si se piensa en una situación como la del Kosovo a fines de 1997 y comienzos de 1998, un Estado que desee ponerse al frente de la aplicación de contramedidas puede pedir a otros Estados que cooperen. Ahora bien, nada indica a quién incumbe la obligación de cooperar: ¿incumbe a la comunidad internacional, a la víctima o al Estado que solicita la cooperación? Sea como fuere, la Comisión no puede hacer recaer sobre los dos Estados una obligación de cooperar por la mera demanda del Estado que toma la iniciativa.

40. En el párrafo 4 no está clara la referencia a las consecuencias penales: ¿se refiere a la responsabilidad penal individual o remite a la noción absurda de responsabilidad penal directa del Estado? Por último habrá que preguntar si las condiciones procedimentales establecidas en el artículo 48 pueden aplicarse todas a las contramedidas colectivas,

41. Por lo que se refiere a las disposiciones generales propuestas, la expresión «en la medida» que figura en el artículo 37 debería suprimirse porque es lógicamente incompatible con el adverbio «exclusivamente»; no hay grados en la exclusividad. En cuanto al nuevo enunciado del artículo 39, es netamente mejor que el aprobado en primera lectura.

42. El Sr. LUKASHUK airea dudas a propósito del párrafo 2 del artículo 50 B. Ese párrafo, que trata de la cooperación de los Estados, establece una regla que tiene carácter de principio general, pues representa el derecho «flexible». Responde de todos modos al principio de cooperación, que es uno de los principios fundamentales del derecho internacional. Esta disposición tiene por consiguiente una importancia especial en la esfera de las contramedidas colectivas. Según el Sr. Lukashuk, es imprescindible mantenerla en el proyecto.

43. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA da las gracias al Sr. Simma por haber señalado a la atención de la Comisión una anomalía de construcción del artículo 51 en examen. Este artículo en efecto habla de dos cosas: el párrafo 1 tiene por objeto la «infracción de una obligación internacional», es decir, que comprende el título del capítulo III de la primera parte; los párrafos 2 a 4 corresponden ciertamente al encabezamiento del artículo, es

decir, a ese tipo de infracción que se mide por el baremo de la gravedad y que entraña ciertas consecuencias, así como estas mismas consecuencias. Convendría hacer justicia a la Comisión y a los esfuerzos emprendidos para trazar una distinción a partir de este concepto de gravedad entre «crímenes» y «delitos», según la terminología de Roberto Ago⁵. Se ha discutido durante mucho tiempo sobre esta denominación binaria, para llegar a la conclusión actual de que ha causado más problemas que el propio concepto que designaba. En el texto examinado, esta denominación ha desaparecido, aun cuando se haya conservado su contenido, lo que es una buena cosa. Así pues, el párrafo 1 del artículo 51 conserva el contenido del antiguo párrafo 2 del artículo 19, aunque lo haga sin decirlo.

44. Para que se ponga adecuadamente de relieve la distinción en la redacción propuesta por el Relator Especial, tal vez sería necesario, por un prurito elemental de simetría, escindir el artículo 51 en dos. El párrafo 1 constituiría un artículo específico, que llevaría por ejemplo por título: «Infracción grave y patente de una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto», incluido en la primera parte a continuación del artículo 25 del capítulo III, titulado justamente «Infracción de una obligación internacional». En la segunda parte figurarían simétricamente las consecuencias de esta disposición específica, a saber, los párrafos 2 y 3 del artículo 51. Esta configuración respondería a las preocupaciones que animan desde hace mucho tiempo a la Comisión.

45. El Sr. SIMMA concuerda con el Sr. Pambou-Tchivounda en que existe una cierta asimetría entre el régimen aplicable de las infracciones que cabe denominar «normales» y el que se aplica a las infracciones de las obligaciones erga omnes. Por eso, propone que se enriquezca el capítulo III, en su opinión bien sucinto, con su disposición única sobre la infracción grave de las obligaciones fundamentales hacia la comunidad internacional. Podría incluir un artículo sobre las infracciones en general, además de los recursos ofrecidos al Estado lesionado, más las contramedidas a disposición del Estado lesionado, más el régimen aplicable a las obligaciones hacia la comunidad internacional, más el contenido de las disposiciones de una nota en el párrafo 413, más los artículos 50 A y 50 B y, por último, el artículo 51. Eso constituye un régimen respetable y aplicable a una esfera muy importante.

46. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que aceptaría de buen grado escindir el artículo 51 e incluir en él nuevos elementos. Sin embargo, se opone firmemente a que figure en la primera parte, donde no desempeñaría absolutamente ninguna función. Además, si se incluye en ella, habría que examinar las reglas de atribución de la responsabilidad aplicables a este tipo de infracción. Su lugar está muy bien en el capítulo III. En cuanto a la redacción propuesta por el Sr. Simma, no tiene nada que objetar.

47. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA concreta su idea. Le parece que convendría que se sepa al final de la primera parte si no existe más que un solo tipo de infracción o si hay varios. En efecto, cabe el riesgo de no compren-

⁵ Véase el quinto informe [Anuario... 1976, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/291 y Add.1 y 2], párr. 117.

der por qué en la segunda parte, en lo que se refiere a las consecuencias del hecho ilegal, iba a haber varios regímenes.

48. El Sr. TOMKA comparte la opinión del Relator Especial. La primera parte debería a su juicio referirse a las infracciones del derecho internacional en cuanto tales, sin distinción. La diferenciación se haría según las consecuencias emanadas de la infracción; en primer lugar vendrían las consecuencias «normales» y luego las consecuencias de las «infracciones graves de obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto». Para enriquecer el capítulo III, la solución podría consistir en hacer del párrafo 1 del artículo 51 propuesto un artículo distinto, que iría seguido, en otro artículo, de los párrafos 2, 3 y 4.

49. El Sr. GAJA dice que el contenido de una nota del párrafo 413 da una indicación sobre lo que pueden exigir los Estados que no sean el Estado lesionado en caso de violación de una obligación internacional que interese a la comunidad internacional en su conjunto. El Relator Especial ha recordado, como se desprende claramente del texto del apartado b propuesto en la nota, que los Estados no lesionados pueden reclamar, en la situación concreta prevista, la restitución en nombre de la persona o la entidad lesionada y pedir además daños y perjuicios para las víctimas de la infracción, pero esto último únicamente en caso de infracción grave y patente de una obligación erga omnes. Por ejemplo, en caso de infracción grave y patente de los derechos humanos, es posible reclamar una indemnización al Estado responsable. Pero ¿qué ocurre si esa infracción no es grave y patente? En la práctica, cabe decir que no existe la obligación de indemnizar porque la obligación del Estado responsable será puramente teórica. Ningún Estado podrá exigir que se respete esta obligación. Lo mismo cabe decir en otros casos también, por ejemplo en el de la contaminación de los océanos. En algunos casos, aun cuando haya un Estado lesionado, los daños pueden rebasar la lesión sufrida por ese Estado. Tal vez habría que prever esta eventualidad y plantearse la posibilidad de reclamar entonces más de lo que el propio Estado lesionado tiene derecho a reivindicar.

50. El Sr. Gaja opina también que la distinción hecha de un modo general en el párrafo 374 del informe entre los derechos humanos que es posible derogar y los que son intangibles no es del todo pertinente. Si existe una obligación en derecho internacional consuetudinario por lo que respecta a los derechos humanos, no es muy importante saber cuál de esos derechos es violado, en todo caso desde el punto de vista de la obligación de reparación.

51. Para acabar con este tema, el Sr. Gaja opina que el párrafo propuesto en una nota del párrafo 413 sólo es en parte satisfactorio y convendría añadir algo. Convendría plantear la posibilidad de que, cuando no hay Estado lesionado, cualquier Estado pueda exigir reparación aunque no sea en su propio beneficio.

52. Al plantearse la cuestión del crimen internacional, el Sr. Gaja recuerda que la idea de incluir el artículo 19 en la primera parte tenía una razón lógica, que se derivaba claramente del quinto informe de Roberto Ago⁶ y de

las deliberaciones de la Comisión. En la idea primitiva, los crímenes internacionales de los Estados no eran considerados como infracciones graves de obligaciones de las que emanarían las consecuencias ordinarias de los actos ilícitos más algunas consecuencias adicionales. La idea original era que había dos series de consecuencias. Así, procedería prever algo sobre crímenes en la primera parte. Sin embargo, la Comisión se ha ido poco a poco orientando hacia la idea de que los crímenes internacionales son fundamentalmente actos ilícitos a los que se vinculan algunas consecuencias adicionales. No hay, pues, ningún motivo para hacer referencia a crímenes internacionales en la primera parte.

53. El nuevo artículo 51 no parece añadir gran cosa a los resultados del examen en primera lectura. Lo que es fundamentalmente nuevo es el párrafo 2, es decir la idea de la indemnización punitiva. El Sr. Gaja no tiene nada contra este esfuerzo de desarrollo progresivo del derecho internacional, pero abriga dudas en cuanto a la aplicación práctica de este principio. ¿Cómo va a obtener un Estado una indemnización punitiva? Habría que establecer la posibilidad de un recurso institucionalizado que permita responder a los crímenes internacionales de los Estados.

54. El Sr. Gaja comparte la opinión del Sr. Simma en cuanto al párrafo 3 de este artículo. El apartado b debería leerse paralelamente con el artículo 27. Este abarca ya el contenido del apartado. Cierto es que el artículo 27 trata de la comisión del acto ilícito y el apartado b del mantenimiento del acto ilícito. Sin embargo, de un modo u otro, se concurre siempre al acto ilícito, y si prestar ayuda o asistencia tiene por consecuencia comprometer la responsabilidad internacional, no se ve cómo los Estados pueden decir que, en caso de infracción grave o patente de una obligación internacional, no van a tener otro tipo de obligación que la que implica el artículo 27. El apartado b no estorba, pero debería introducir por lo menos una remisión al artículo 27.

55. El Sr. Gaja hace suyas así en cierta medida las observaciones del Sr. Simma sobre el apartado c, en cuya virtud los Estados están obligados a cooperar para aplicar las medidas destinadas a poner fin a la infracción. Esto equivale a decir, y es ir demasiado lejos, que los Estados están obligados a cooperar en la aplicación de contramedidas, aun cuando éstas sean adoptadas unilateralmente por un Estado. Se comprende la necesidad de la cooperación, pero no debería expresarse en estos términos. Habría por lo menos que rehacer este apartado.

56. Dado que el nuevo artículo 51 no dice gran cosa, el Sr. Gaja propone añadir un elemento a las consecuencias de las infracciones graves y patentes de obligaciones internacionales hacia la comunidad internacional en su conjunto. Se refiere a este respecto a las limitaciones impuestas por el derecho internacional por lo que respecta a la atribución a individuos concretos de las consecuencias jurídicas de comportamiento que hayan tenido al obrar en cuanto órganos del Estado. La norma fundamental exige que un Estado no pueda considerar estos comportamientos como conductas individuales, sino como conductas de Estado, salvo en algunos casos, concretamente el de los crímenes internacionales cometidos por individuos. Si un jefe de Estado hace cometer a este Estado un genocidio, no puede alegar que su acto individual sea un acto del Estado y el derecho internacional

⁶ Ibid.

permite reprimir su comportamiento. Sin embargo, las infracciones de las obligaciones que tienen los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto no implican todas que los individuos que actúan por cuenta del Estado cometan un crimen internacional. No sería, pues, razonable definir como crimen internacional del individuo todas las conductas que llevan al Estado a cometer una infracción grave y patente de una obligación hacia la comunidad internacional. La propuesta del Sr. Gaja tendría un alcance mucho más limitado. Permitiría sencillamente dar a los Estados la posibilidad de disociar al individuo del Estado, de suerte que el individuo cuyo comportamiento haya entrañado una infracción grave y patente de una obligación de ese Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto no pueda, como medio de defensa en una acción penal o civil, alegar que ha obrado en cuanto agente de ese Estado. La inserción de una disposición en este sentido permitiría añadir un elemento en las relaciones entre Estados que tendría efectos disuasorios.

57. En lo que respecta al párrafo 4, el Sr. Gaja opina que es sensato reservar para lo sucesivo las consecuencias adicionales que las infracciones podrían entrañar, tanto si la evolución futura del derecho conlleva una respuesta institucional como si no. Es posible que esa evolución se refiera a la categoría de infracciones graves y patentes en general, como da a entender el informe. Pero lo que es más probable es que se referirá a infracciones específicas. Así pues, es posible que se desarrolle un sistema para un tipo de violación y no para otro. Sería conveniente indicar que no se prevé una evolución general, sino también una evolución específica que se remitiría, técnicamente hablando, a la *lex specialis*, pues es sin duda esa forma la que va a tener. La comunidad internacional reaccionará frente a ciertas infracciones de ese tipo y no frente a otras, que podrían considerarse igualmente graves, pero que pueden requerir reacciones diversas para las cuales la sociedad internacional aún no está preparada.

58. La última parte de la intervención del Sr. Gaja se refiere a las contramedidas. Aprecia la evaluación de los usos de los Estados en la materia en el caso de infracciones de obligaciones que interesan al conjunto de la comunidad internacional. Sin embargo, la conclusión a la que se llega y el texto de los artículos 50 A y 50 B propuestos no corresponden exactamente a lo que estos usos parecen indicar. En la mayor parte de los casos mencionados, probablemente en la totalidad de los mismos, la única finalidad de las contramedidas es la de poner término a un acto presuntamente ilícito. Nada indica que los Estados utilicen contramedidas colectivas para obtener reparación. Incluso si los Estados tienen derecho a exigir reparación, la práctica parece justificar la adopción de contramedidas únicamente en relación con el cese del acto. No existe pues un paralelismo perfecto, cosa perfectamente comprensible, y hay que decir también positiva; a saber, que la Comisión no trate de extender las contramedidas a todas las utilizaciones para las que podrían servir. Las contramedidas no deberían entonces considerarse admisibles más que en la medida en que el fin perseguido sea la cesación del acto. Eso presenta también otra ventaja en el sentido de que no es necesario obtener el consentimiento del Estado lesionado, si es que lo hay. Como ha recordado el Relator Especial, en este caso, el Estado lesionado no tiene ninguna posibilidad de admitir que se

derogue la obligación y otro Estado puede pedir la cesación del acto. Así pues, en el caso de la ocupación militar de una parte del territorio de un Estado, incluso si este Estado, por una razón o por otra, no emite ninguna protesta, los demás Estados pueden insistir en que se ponga fin a la ocupación militar; sería en ese caso razonable que utilizaran contramedidas para provocar esa cesación.

59. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) replica que es efectivamente posible que haya un entrevero entre el apartado b del párrafo 3 del nuevo artículo 51 y el artículo 27 del capítulo IV de la primera parte. En el artículo 27 se hace hincapié en la comisión del acto ilícito, mientras que en el apartado examinado se insiste en el mantenimiento de la situación creada por ese acto ilícito. ¿Cambia algo esta diferencia, que se remonta evidentemente al examen en primera lectura? Cabe en efecto suponer que en muchos casos la obligación primaria, que es evidentemente una obligación continua, va a ser vulnerada en el contexto del mantenimiento de la situación. Sin embargo, cabe imaginar que las cosas ocurran de otro modo. Por ejemplo, cuando cese un comportamiento equivalente a un crimen de lesa humanidad que obliga a una población a huir a otro Estado, se plantea la cuestión de saber si hay que autorizar a esa población a regresar a sus hogares. ¿El hecho de no permitirle que regrese es en sí un crimen de lesa humanidad? Cabe imaginar que el artículo 51 ha de aplicarse en un contexto parecido a éste. Por este motivo es un poco difícil reducir a la cesación las contramedidas colectivas. Puede haber situaciones de restitución una vez cesado el acto ilícito que sean análogas a la cesación y no es seguro que se pueda trazar un distinguo neto entre ambas. El Relator Especial se declara completamente de acuerdo con el enfoque que el Sr. Gaja ha dado a la situación, es decir, que en todos los casos de lo que se trata es de la cesación. Por otra parte, el régimen de sanciones previsto por el derecho comunitario europeo, tal como se aplica actualmente, se articula fundamentalmente sobre la cesación. Que deba o no limitarse a ella es una cuestión que hay que examinar. Por su parte, no tiene ningún inconveniente en aceptar limitaciones más rigurosas evidentemente, pero hay un problema si la restitución acompaña por ejemplo a un delito de lesa humanidad cuando el delito ha cesado y el gobierno que lo ha cometido ya no está en el poder, pero cuyas consecuencias subsisten, es decir, millones de personas desplazadas. La legitimación de estas consecuencias puede equivaler, curiosamente, a una legitimación *ex post facto* del crimen. No es seguro que esta situación esté prevista por el capítulo IV de la primera parte.

60. Se plantea también el problema de la «transparencia» del Estado, noción que el Sr. Gaja ha tratado de concretar al decir que, en caso de infracciones graves, el individuo no tiene derecho de alegar su condición de agente del Estado en el curso de las acciones judiciales que puedan derivarse. El Relator Especial cree entender que la disposición que propone no consiste en crear una nueva infracción penal. Se trata de hecho de invalidar el argumento de la inmunidad, cuestión que se cernía sobre el caso *Rainbow Warrior*, sin revelarse del todo.

61. Por su lado, el Relator Especial piensa ante todo que esta cuestión no afecta a la responsabilidad de los Estados, sino a la responsabilidad de los individuos. A continuación dice estar poco convencido de la idea de

que el Estado sea «transparente» sólo en circunstancias excepcionales. Según él, en materia de violaciones del derecho internacional, el Estado es siempre transparente, es decir, que siempre tiene que responder de sus actos, y el individuo, tenga o no una función oficial, tiene siempre que responder de los suyos. De modo general, no es acertado tratar de vincular lo uno con lo otro.

62. El único ejemplo histórico del principio de la transparencia del Estado constituye la categoría de las «organizaciones criminales» definida en el artículo 9 del estatuto del Tribunal de Nuremberg⁷, ante el cual había un procedimiento distinto para calificar determinadas organizaciones como criminales de por sí. Entonces hubo individuos a los que se consideró criminales por motivo de su pertenencia a esas organizaciones, aunque el procedimiento tuviese una segunda fase en el curso de la cual los acusados podían aducir circunstancias atenuantes en lo concerniente a su pertenencia a esas organizaciones. Con esta experiencia histórica cabe decir dos cosas: en primer lugar, que nunca se ha repetido, puesto que la figura de «culpabilidad por asociación» no figura en ningún texto posterior; en segundo lugar, ese principio nunca se ha aplicado ni al Estado alemán ni al Gobierno alemán y sólo se ha aplicado a organizaciones como las SS.

63. A su juicio, querer establecer un vínculo entre la esfera de la responsabilidad del Estado y la esfera de la responsabilidad individual no es más que politizar la condición penal del individuo. La norma actual de derecho internacional que responsabiliza al individuo, incluido el que ocupa un cargo público, por crímenes del derecho internacional, sea cual sea su categoría oficial, es en sí una norma sobre la transparencia que se aplica sea cual fuere la categoría en la que entra el acto de que se trata y con independencia de saber si ese acto se imputa o no al Estado.

64. El Sr. GAJA reconoce que, en el caso de un crimen internacional imputable a individuos, la regla de la transparencia no se ha enunciado, pues emana de los principios generales. Puede de todos modos haber también problemas de responsabilidad civil o casos en los cuales, en el estado de derecho internacional, tal o cual actividad no se considere criminal. Su propuesta no tiene pues por objeto tratar la cuestión de la responsabilidad de los individuos, sino adoptar una disposición que solamente regularía las relaciones entre los Estados, pero que tendría al mismo tiempo un efecto disuasorio sobre los individuos.

65. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) reconoce que este problema es real y afecta concretamente al caso Pinochet. La cuestión es sin embargo saber si, en derecho, eso implica responsabilidad. A su juicio, el argumento es válido en el contexto de la inmunidad, pero cabe preguntarse si por principio la Comisión debe comprometerse en esta esfera. Observa a este respecto la extrema cautela manifestada por la Comisión en su 51.º período de sesiones al abordar este tema en la esfera de la inmunidad. Por último, se pregunta si el texto no está ya muy recargado. Ruega de todos modos al Sr. Gaja que no retire su propuesta, que podría recibir el apoyo de otros miembros de la Comisión.

⁷ Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo del Acuerdo de Londres relativo al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 82, n.º II-251, pág. 279).

66. El Sr. DUGARD tiene interés ante todo, como Relator Especial sobre el tema de la protección diplomática, en apoyar la actitud adoptada por el Relator Especial, en el apartado b del párrafo 428 de la adición 4, por lo que respecta a la protección diplomática. Al tratarse en segundo lugar de la retroactividad, estima que, si la Comisión tiene previsto adoptar proyectos de artículos en forma de declaración, debería omitir el tema de la retroactividad, en espera de que los proyectos de artículos se interpreten como declaratorios del derecho existente y dotados por ende de efecto retroactivo. En lo que se refiere a la idea, expresada en el párrafo 396, de que, en el caso de reacciones a infracciones de obligaciones colectivas, son los países occidentales los que dominan en la práctica, quiere insistir, apoyándose en ejemplos, en que esa práctica no está limitada a esos Estados. Así pues, el boicot petrolero de los países árabes de 1973 a 1974 ha sido interpretado, en particular por Shihata, como una reacción a la ocupación ilícita por Israel de la Cisjordania y de Jerusalén y al apoyo aportado por los Estados occidentales a esta ocupación⁸. Otro ejemplo es el de la reacción de los Estados africanos ante el apartheid en Sudáfrica y frente al régimen minoritario de Rhodesia que, ciertamente, no se ha plasmado en una violación de tratados, sino que ha cobrado la forma de atentados al derecho internacional consuetudinario, pues los Estados vecinos permiten a los movimientos de liberación establecer bases en su territorio y operar a partir de ellas. He aquí un ejemplo de reacción por parte de los Estados africanos ante la infracción de obligaciones colectivas relativas a los derechos humanos y a la libre determinación.

67. A juicio del Sr. Dugard, la decisión adoptada en 1966 por la CIJ en los asuntos Sud-Ouest african constituyó un retroceso importante del derecho internacional, al haber afirmado la Corte que los Estados sólo pueden intervenir cuando sus intereses nacionales están en juego. La Corte ha rectificado algo su postura en el caso Barcelona Traction aunque en el caso Timor oriental parezca haber vuelto, de hecho si no de derecho, a su postura anterior. El Sr. Dugard se felicita pues muy especialmente de la audaz denuncia hecha por el Relator Especial en el artículo 50 B así como en diversos párrafos del informe del principio enunciado por la Corte en 1966. Asimismo tiene a gala el haberse asociado al rechazo a ese principio.

68. El Sr. Dugard señala por otra parte que, por cortesía o tal vez por espíritu de conciliación, los miembros de la Comisión evitan plantearse la cuestión del artículo 19 y recuerda que, en el 50.º período de sesiones, la cuestión del mantenimiento posible del artículo 19 en el proyecto había provocado una división de opiniones prácticamente absoluta entre los miembros de la Comisión. El capítulo IV del informe parece pues un brillante ejercicio de transacción que permite a los partidarios del artículo 19 tener algo de que ocuparse con los conceptos de jus cogens y obligaciones erga omnes y que satisface a los adversarios del artículo 19 al prescindir del vocablo «crimen». El Sr. Dugard no está de todos modos del todo satisfecho de la manera en que se ha procedido. Ciertamente, el artículo 19 debería desaparecer pero, a su juicio, la noción de crimen internacional no debería eli-

⁸ I. F. I. Shihata, «Destination embargo of Arab oil: its legality under international law», *American Journal of International Law*, vol. 68, n.º 4 (octubre de 1974), pág. 591.

minarse por completo. Por ejemplo, sería posible enfocar este concepto añadiendo, al final de párrafo 1 del nuevo artículo 51, una frase que diga que semejante acto, resultante de la violación grave y sistemática por un Estado de una obligación internacional indispensable para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, constituye un crimen. El enunciado de esta frase se inspiraría en gran parte en el del artículo 19, al que se podría añadir el concepto de infracción grave y sistemática de una obligación internacional, como menciona el Relator Especial en los párrafos 404 y 405 de su informe. No se introducirían más cambios en el artículo 51. El Sr. Dugard reconoce sin embargo que en esta idea puede encontrar numerosas objeciones. Como ha subrayado el Relator Especial, si la Comisión adopta el concepto de crimen internacional, él se verá obligado a abordar la cuestión de manera más sistemática, concretamente, al definir las normas particulares relativas a los hechos justificantes y a la regularidad del procedimiento, así como a estudiar la cuestión de las penas. Además, algunos miembros pueden juzgar sencillamente inaceptable la presencia de la palabra «crimen» en el proyecto de artículos.

69. Por otra parte, semejante procedimiento puede presentar algunas ventajas. Ante todo, esta solución sería ciertamente preferible al mantenimiento del artículo 19 que, a juicio de casi todos, está especialmente mal redactado, ya que enumera una serie de ejemplos, mientras que no es normal legislar mediante ejemplos. Otra ventaja consistiría en mantener la palabra «crimen», pues la Comisión debe ser consciente del hecho, le guste o no, de que el concepto de crimen de Estado forma parte ya de la terminología y del idioma del derecho internacional. El abandono total del concepto podría ser en opinión de muchos, tal vez incluso en la Sexta Comisión, un retroceso. El Relator Especial por su parte, en el párrafo 391 de su informe, dicta un ejemplo en el que los Estados Unidos calificaron el comportamiento del Gobierno de Uganda de crimen internacional de genocidio, acusando directamente al propio Estado. Todo el mundo sabe por otra parte que, en el caso de Sudáfrica en la época del apartheid, la comunidad internacional condenó repetidamente el apartheid como crimen internacional calificando al Estado de criminal. Ahora bien, esta postura, aparte de las consecuencias políticas que ciertamente tuvo, también entrañó efectos jurídicos al conferir una licitud, o una semblanza de licitud, al empleo de la fuerza por los movimientos de liberación nacional. Además, a juicio del Sr. Dugard, hay que relativizar el contenido de los términos y no ve por qué el comportamiento descrito por el Relator Especial en el párrafo 372 como constitutivo de «infracciones graves de obligaciones fundamentales» no vaya a poderse calificar de crimen. Por otro lado, los ejemplos de reacción de los Estados en tales casos indican variaciones en cuanto a la calificación de la acción de los Estados. Así pues, cuando el Gobierno de los Países Bajos decidió suspender su ayuda a Suriname, declaró que se trataba de una modificación fundamental de las circunstancias⁹. Otros Estados han calificado la acción de contramedidas colectivas como reacción a graves infracciones de obligaciones fundamentales. Por último, el Sr.

Dugard hace notar que ya en el párrafo 2 del nuevo artículo 51 se habla de «indemnización punitiva» y, en el párrafo 3, del concepto de no reconocimiento, dos conceptos que en cierto modo tienen una connotación criminal. Por lo tanto, si la Comisión insiste en mantener el vocablo «crimen» simplemente porque ha llegado a ser parte integrante de la terminología del derecho internacional, puede hacerlo muy fácilmente en el artículo 51, sin reintroducir el artículo 19. Eso podría satisfacer a los defensores del artículo 19 más que la fórmula de transacción propuesta por el Relator Especial.

70. El Sr. Dugard sabe muy bien, sin embargo, que si la Comisión emprende este camino, no va a poder concluir los proyectos de artículos durante el presente quinquenio. El Relator Especial ha dirigido un vibrante llamamiento al consenso sobre este asunto y es indiscutible que la falta de ese consenso va a tener graves consecuencias por los proyectos de artículos y acaso también para la reputación de la Comisión. El consenso propuesto por el Relator Especial es notable y el Sr. Dugard estaría dispuesto a aceptarlo con la condición de que la Comisión no parezca renunciar por él simplemente al concepto de crimen internacional. El Sr. Dugard opina que procede introducir la noción de crimen internacional en el orden internacional contemporáneo, pero que su lugar no esté tal vez en el proyecto de artículo sobre la responsabilidad de los Estados. He aquí por qué invita encarecidamente a la Comisión a que, si desiste del artículo 19, inscriba en su programa de trabajo a largo plazo un estudio sobre el concepto de crimen internacional. Sería por lo demás aceptado que la CDI hiciese esta propuesta en el momento en que remita el proyecto de artículos a la Sexta Comisión, para no dar a entender que ha renunciado a un concepto importante y por lo demás profundamente anclado en el derecho internacional.

71. Para concluir, el Sr. Dugard se declara dispuesto a aceptar el consenso en las condiciones indicadas.

72. El Sr. ROSENSTOCK dice que no querría con su silencio dar a entender que la expresión «crímenes internacionales de los Estados» va a formar en adelante parte integrante de la terminología del derecho internacional. Él piensa por el contrario que se trata de una idea aberrante y no comprende cómo ha podido prosperar en los trabajos de la Comisión y que, en ningún momento en el curso del decenio transcurrido, ha obtenido el apoyo ni siquiera de la mitad de sus miembros. Tampoco piensa que sea razonable descontar, en cuanto haya que pagar un precio por la adopción de las propuestas en la legislación adelantada por el Relator Especial, la aceptación del concepto de crimen. La Comisión debería preguntarse si quiere o no, y en caso afirmativo a qué precio y en qué medida, poner en peligro todo lo que se ha hecho por el tema de la responsabilidad de los Estados en un arranque de irreflexión. Las propuestas del Relator Especial son interesantes, vale la pena examinarlas si la Comisión debe ciertamente remitirlas a la Asamblea General, por tratarse de una primera lectura, a fin de obtener comentarios e indicaciones en cuanto a la voluntad de proseguir las tareas en el sentido propuesto si se cuenta con el apoyo necesario. El Sr. Rosenstock opina de todos modos que, si la Comisión va demasiado lejos, va a incurrir en el inmenso riesgo de poner en peligro todos los trabajos realizados hasta la fecha. Las declaraciones por las que se

⁹ Véase *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV (1984), pág. 321.

califican ciertos comportamientos de «criminales» son ante todo de carácter político y en ningún caso en este contexto la noción de crimen se entiende en un sentido jurídico.

73. El Sr. HAFNER piensa por el contrario que la expresión «crímenes internacionales de los Estados» está aceptada en la terminología del derecho internacional, pero no todos la entienden de la misma manera. En el actual estado del derecho, hay al menos tres interpretaciones distintas, por lo que tratar de este asunto es cosa muy delicada.

74. El Sr. ECONOMIDES dice que, a su juicio, el artículo 19 constituía una disposición fundamental del proyecto que tenía tanto más valor cuanto que representaba también el desarrollo progresivo del derecho. La Comisión tiene a la vista otra propuesta que es el resultado de un esfuerzo enorme del Relator Especial para tratar de hallar una base de consenso. El Sr. Economides no está de todos modos convencido de que se haya encontrado el equilibrio ideal. El Sr. Dugard ha hecho una propuesta realista que conviene examinar con mucha atención para poder llegar a una solución equilibrada. Puede ser que otras propuestas se hagan para llegar a un consenso más satisfactorio, pero el Sr. Economides no puede aceptar la postura negativa a priori adoptada por el Sr. Rosenstock. Ciertamente, el trabajo realizado durante largos años ha de mantenerse, pero ello no ha de ser a expensas de una parte de la Comisión.

75. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice ante todo que en el párrafo 4 del artículo 51 la palabra «penales» debe entenderse en todas las acepciones posibles, pues la Comisión no puede excluir las eventualidades resultantes de decenios de desarrollo del derecho internacional.

76. En lo que se refiere a la presentación del proyecto de artículos a la Sexta Comisión, convendría por una parte que ésta tenga a la vista un texto de síntesis que le permita ver cómo los diversos artículos se articulan unos con otros y, por otro lado, que en su informe a la Asamblea General sobre el período de sesiones actual, la CDI distinga los aspectos del informe que han sido objeto de observaciones sustantivas de los gobiernos y representan el resultado de un trabajo de numerosos años de esos que tienen un carácter fundamentalmente nuevo.

77. El Sr. SIMMA puntualiza que, cuando dijo que el texto del artículo 51 debía aproximarse al del artículo 19, no se trataba de éste en su conjunto, sino únicamente del párrafo 2 de este artículo, a saber, la descripción de las obligaciones a que se refiere el artículo 19, y que no tiene él ciertamente el propósito de pedir que la palabra «crimen» se incluya en esta fase de los trabajos.

78. El Sr. BROWNLIE recuerda que las tareas emprendidas por la Comisión consisten ante todo en codificar la responsabilidad de los Estados, que constituye un aspecto del derecho consuetudinario implantado de antiguo y que sobrevivirá sea cual sea el resultado de los trabajos de la Comisión. Por otra parte, la Comisión tiene la ambición

de edificar un sistema de orden público multilateral y por medios puramente normativos. Por este motivo, entre otros, es importante que la Comisión estudie con atención la práctica de los Estados. Esto permite por ejemplo comprobar que la práctica de las sanciones multilaterales no es solamente cosa de los Estados occidentales.

79. En lo referente al artículo 19, no aprueba el criterio que consiste en decir que la eliminación por parte de la Comisión del artículo 19 equivaldría en cierto modo a renunciar al concepto de crimen internacional. Algunos de los miembros de la Comisión opinan por el contrario que el artículo 19 expresa una versión debilitada del concepto de crimen internacional que, por otra parte, no está en el lugar correspondiente. Se trata de un artículo inadecuado que, de todos modos, nada tiene que ver con el proyecto.

80. Por el momento, la preocupación de la CDI debe ser transmitir a la Sexta Comisión un proyecto de síntesis para obtener informaciones a cambio.

81. En lo que respecta a aspectos más específicos del informe, el Sr. Brownlie dice ante todo que las referencias a los usos de los Estados podrían sustanciarse y reequilibrarse. Por lo que se refiere a la terminología, opina que el concepto de contramedidas colectivas puede prestarse a equívocos, aunque sólo sea por la tentación de establecer una vinculación con las contramedidas bilaterales. Ahora bien, las contramedidas colectivas son ante todo sanciones colectivas y a veces son más paralelas que colectivas. Pese a la dificultad de encontrar un término de sustitución, preferiría la expresión «sanciones multilaterales».

82. En lo que se refiere a la obligación de no reconocimiento, prevista en el artículo 51, es inexacto decir, como ha hecho el Relator Especial, que esta noción corresponde al desarrollo progresivo. También en ese caso la Comisión debe procurar escrupulosamente establecer una relación entre sus trabajos y lo que se ha hecho a lo largo de decenios. En este caso concreto, este principio fue enunciado por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones a comienzo de los años treinta, lo que debería hacerse constar en el comentario. El informe debería por otra parte mencionar por lo menos el problema de la nulidad, pues el no reconocimiento, aparte de ser a veces una sanción política, constituye en un contexto más jurídico una reacción a la nulidad de un acto.

83. Por lo que se refiere en fin a la expresión «infracción grave y patente, por parte de un Estado, de una obligación», mencionada en el artículo 51, el Sr. Brownlie no opina que sea tan objetiva como parece, pues las infracciones cometidas por miembros permanentes del Consejo de Seguridad en general no suelen considerarse patentes.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2651.^a SESIÓN

Jueves 3 de agosto de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. GOCO dice que, mientras desempeñaba el cargo de Procurador General de su país, se ocupó de una serie de casos con elementos internacionales, aunque estaba especialmente dedicado al estudio y análisis del derecho nacional así como a la abogacía. Por lo tanto el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4) le ha parecido especialmente ilustrativo y le ha permitido disipar todas las dudas que tenía sobre algunas cuestiones.

2. El uso de la expresión «interés legítimo» en los párrafos 375 y 376 del informe plantea la importante cuestión de cómo se debe entender ese concepto. El orador se pregunta si se trata de un interés legítimo que sería reconocido en un órgano judicial o podría ser sometido a un examen judicial. El interés legítimo es, después de todo, un interés real y existente que se encuentra legalmente protegido. Además, el requisito de *locus standi* puede invocarse para decidir la preclusión cuando una de las partes no ha demostrado un interés legítimo en el juicio o carece de personalidad jurídica. La CIJ se ocupó de esta cuestión en varios casos, entre ellos los asuntos Sud-Ouest africano, en el que Etiopía y Liberia habían solicitado a la Corte que afirmase el estatuto de Sudáfrica como territorio bajo mandato. La Corte adoptó un punto de vista empírico del interés legítimo como cuestión general y se negó a restringir el concepto, por razones de principio, a disposiciones relativas a un objeto material o tangible. Sostuvo que, para existir, esos derechos o intereses debían corresponder claramente a quienes los alegaban, en virtud de un texto o instrumento o norma legal.

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

Una cuestión semejante se planteó en el caso Cameroun septentrional, en que se pidió a la Corte que declarase que el Reino Unido, en tanto que autoridad administradora de los cameruneses, no había cumplido con sus obligaciones con arreglo al acuerdo sobre administración fiduciaria pertinente.

3. Otra posible cuestión de procedimiento sería la unión adecuada de las partes. La existencia de un interés legítimo de las partes que deben unirse es, por supuesto, fundamental. Todavía otra cuestión es la existencia de una causa válida de la acción, o si se presenta una demanda legal, en oposición a una simple reconversión o solicitud de reparación. Lo que justifica la participación de otros Estados, o de toda la comunidad internacional, es una violación grave de las obligaciones. En consecuencia, la cuestión decisiva sería la clase de violación cometida, que haría posible la participación de otros Estados. Una vez cometida la violación, surge de inmediato el interés legítimo de otros Estados en unirse al Estado víctima pero, por supuesto, este último debe otorgar su consentimiento. Si no se cuenta con dicho consentimiento, los demás Estados que estén dispuestos a unirse a él tal vez no puedan hacerlo. Subsiste, no obstante, la cuestión de si —aparte del carácter de la violación, que es el criterio que debe emplearse en casos de asistencia a un Estado víctima— las alianzas, tratados o agrupaciones regionales, de los cuales existen muchos, son suficientes para constituir un interés legítimo.

4. Los ejemplos de contramedidas citados en el párrafo 391 no son contramedidas colectivas en un sentido estricto, en cuanto los Estados que las adoptaron no podían alegar que habían sido lesionados. Más aun, algunos se habían limitado a suspender los derechos previstos en los tratados aduciendo un cambio fundamental de circunstancias. Por otra parte, en el párrafo 396 se admite que la práctica de los Estados está dominada por un determinado grupo de Estados occidentales. Existen pocos casos en que los Estados de África y Asia hayan adoptado contramedidas colectivas, como lo confirma el párrafo 290 del informe, en relación con el hecho de que las contramedidas favorecen a los Estados más poderosos. La cuestión requiere un serio examen, en vista de la situación actual de países desarrollados, en desarrollo y menos desarrollados. Los países ricos e industrializados están agrupados en alianzas mientras que otros mantienen vínculos débiles entre sí y cuentan con el apoyo de un Estado poderoso. Aunque esos países son soberanos e independientes, son dependientes en lo económico. El resultado es que, a pesar de todo el cuidado que se ponga en su elaboración, la probabilidad de que se adopten contramedidas colectivas es muy reducida. Existen razones de peso para que los Estados no se unan a un Estado víctima. En este contexto, un grupo independiente convocado por la OUA ha responsabilizado a algunos Estados e instituciones por el genocidio ocurrido en Rwanda en 1994. Vale la pena preguntar por qué ningún Estado intervino para defender un concepto en el cual afirmaba creer a raíz de una violación tan grave de las obligaciones para con la comunidad internacional como es un genocidio.

5. El orador comentará más adelante la redacción de los artículos propuestos en el Comité de Redacción.

6. El Sr. MOMTAZ dice que el capítulo IV del tercer informe tiene la gran ventaja de permitir que la Comisión

amplíe su debate sobre la responsabilidad en el contexto de las relaciones bilaterales entre Estados. El artículo 19, aprobado en primera lectura, que trata de un tema muy controvertido, está presente en todo el capítulo. Aunque no desea reiniciar el debate sobre la distinción entre crímenes internacionales y delitos internacionales, el orador se limita a observar que esa distinción existe inevitablemente y que debe encontrarse tiempo para examinarla a fondo. Ha tomado nota cuidadosamente de la propuesta formulada en tal sentido por el Sr. Dugard (2650.ª sesión).

7. En cuanto al informe propiamente dicho, comparte plenamente la preocupación expresada por el Relator Especial en el párrafo 372, preocupación que también ha expresado el Consejo de Seguridad, en cuanto a los efectos perjudiciales de algunas de sus resoluciones sobre la población civil inocente de los Estados que son objeto de sanciones. El Presidente del Consejo ha formulado varias declaraciones acerca de la necesidad de asegurarse de que las sanciones sean conformes al derecho humanitario internacional. El Consejo debe establecer un grupo independiente de expertos para examinar el asunto.

8. En lo que respecta al párrafo 391, conviene con el Sr. Dugard en que la adopción de contramedidas colectivas no se limita a los Estados occidentales y señala a la atención las medidas tomadas por algunos países árabes contra Egipto después de los acuerdos de Camp David³ así como las adoptadas por los Estados miembros del Consejo de Cooperación del Golfo contra el Iraq después de la invasión de Kuwait.

9. Refiriéndose al párrafo 393 dice que es algo sorprendente que el Relator Especial, si bien utiliza la palabra «invasión» —que tiene sin duda una connotación negativa en derecho internacional— para describir la acción de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en el Afganistán, parece tener dudas en cuanto al carácter ilícito de dicha acción.

10. En el párrafo 374 se advierte cierta confusión entre la categoría de normas que la CIJ caracterizó como erga omnes en su dictamen sobre el caso Barcelona Traction y las normas imperativas del derecho internacional general. La confusión se debe, tal vez, a que todos los ejemplos ofrecidos se refieren a las normas imperativas de derecho internacional general o al jus cogens.

11. Comparte las reservas del Sr. Brownlie sobre el término «contramedidas colectivas» y se manifiesta enteramente en favor de su sugerencia de emplear la alternativa «sanciones multilaterales». Su principal preocupación, sin embargo, es que ese razonamiento del Relator Especial se basa en el derecho de los Estados que no están directamente afectados a prestar asistencia al Estado que ha sido lesionado por una violación grave de las obligaciones para con la comunidad internacional. En los artículos 50 A y 50 B se hace referencia a tal derecho. Sin embargo, en ese planteamiento no se tiene en cuenta la obligación de los Estados miembros de la comunidad internacional de reaccionar ante las violaciones del dere-

cho humanitario internacional, obligación que dimana claramente del artículo 1 de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, en que se establece que los Estados Partes se comprometen a respetar y a «hacer respetar» los Convenios en todas las circunstancias. La opinión de los juristas, en su abrumadora mayoría, considera que la expresión «hacer respetar» impone a los Estados una obligación de reaccionar ante cualquier violación del derecho humanitario internacional. La CIJ fue muy explícita al respecto al examinar el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. En el párrafo 220 de su fallo en dicho caso, la Corte dijo que los Estados Unidos tienen la obligación, según lo dispuesto en el artículo 1 de los Convenios de Ginebra, de «respetar» los Convenios e incluso «hacer respetar» los Convenios en todas las circunstancias. En esa ocasión añadió que dicha obligación deriva de los «principios generales de derecho humanitario a los que los Convenios se limitan a dar una expresión concreta».

12. Por consiguiente la cuestión consiste en saber cuál es la mejor manera de tratar el asunto. El orador sugiere —en un momento que ciertamente resulta muy avanzado— insertar una referencia en el párrafo 3 del nuevo artículo 51 al requisito de respetar el derecho humanitario internacional. En cuanto al apartado c del párrafo 3, es claro que está relacionado con la cooperación encaminada a poner fin a la violación de una obligación debida. En otras palabras, los Estados que no han sido directamente lesionados no pueden reclamar una indemnización por la sencilla razón de que el daño sufrido por dichos Estados es de carácter no material o moral.

13. En su forma actual el párrafo 4 no resulta útil. No hace falta decir que, aun si el proyecto de artículos se adopta en forma de convención, éste no puede ser un obstáculo al desarrollo del derecho consuetudinario o del derecho de los tratados.

14. En lo que respecta al artículo 39 aprobado en primera lectura, agradece la referencia que se hace en una nota en el párrafo 426 al artículo en extremo estimulante del Sr. Arangio-Ruiz que, a su juicio, es del todo convincente. Sospecha que el Relator Especial también ha quedado impresionado, lo cual explicaría la revisión radical que se ha hecho en la redacción y, más aún, la propuesta de eliminar por completo el proyecto de artículo. Desde que la CIJ adoptara su decisión en relación con el caso Lockerbie, se ha interpretado muchas veces el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, es evidente que el Artículo 103 se refiere sólo a las disposiciones de la propia Carta y no a las decisiones adoptadas por los órganos de las Naciones Unidas, en particular el Consejo de Seguridad. Por otra parte, se asigna a las disposiciones de la Carta prioridad sobre las que figuran en otros instrumentos jurídicos, excluyendo así las normas de fundamento puramente consuetudinario. En consecuencia, surge la cuestión de saber si, una vez adoptado, el proyecto al artículo perderá su carácter consuetudinario tan sólo porque ha sido codificado. El orador lo duda. La Corte se ha expresado claramente en tal sentido con respecto al Artículo 51 de la Carta y al concepto de legítima defensa al dictar su fallo en el asun-

³ Convenio de Camp David por el que se sientan las bases para la paz en el Oriente Medio, firmado en Washington D.C. el 17 de septiembre de 1978 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1138, n.º 17853, pág. 39).

to Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. En el párrafo 176 de dicho fallo la Corte declaró que el derecho consuetudinario seguía existiendo paralelamente al derecho de los tratados y que el Artículo 51 no puede sustituir al derecho internacional consuetudinario.

15. El mismo argumento podría aplicarse al proyecto de artículos que ahora tiene ante sí la Comisión. A veces sus disposiciones se basan en el derecho internacional general. Las que tienen fundamento consuetudinario no estarían comprendidas en el ámbito de aplicación del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. El orador considera que el artículo 39 no añade ningún elemento nuevo y, por lo tanto, pone en tela de juicio su validez. La misma cuestión surgió durante la redacción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El artículo 16 del Estatuto, que otorga al Consejo de Seguridad la posibilidad de suspender indefinidamente un caso ante la Corte, ha sido duramente criticado por muchos representantes de la doctrina jurídica. Por consiguiente, aceptaría de buena gana la propuesta hecha por el Relator Especial en una nota en el párrafo 426 en el sentido de que se suprima por completo el artículo 39.

16. El Sr. HAFNER dice que debe felicitar al Redactor Especial por haber completado, con la presentación del capítulo IV de su tercer informe, la enorme tarea de preparar el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados para su segunda lectura. El capítulo IV tiene amplias consecuencias y repercusiones políticas y también plantea cuestiones en extremo complejas con respecto a la actual evolución del derecho internacional y las relaciones internacionales.

17. La primera parte se refiere a las obligaciones erga omnes y a la obligación de proteger los intereses colectivos de los Estados. En ese contexto, debe resolverse la controvertida cuestión de los crímenes internacionales. El orador comparte el punto de vista de que los crímenes internacionales como tales no deben figurar en el proyecto de artículos. Aun suponiendo que sea posible llegar a un acuerdo sobre la existencia de la categoría de crímenes internacionales, todavía no ha llegado el momento de tratarlos en detalle, y, en todo caso, la labor de definirlos corresponde al campo de las normas primarias más que al de las secundarias. Puesto que las normas primarias aún no han establecido la extensión, el alcance y el contenido de dichos crímenes, sería prematuro tratar las normas secundarias o las consecuencias que se deducen de la existencia de las normas primarias. Naturalmente, puede decirse que la misma situación se planteó con respecto al jus cogens en la Convención de Viena de 1969, que no contenía una definición del contenido de ese concepto. Sin embargo, debe tenerse presente que los crímenes son una cuestión mucho más delicada y que la Convención preveía expresamente un procedimiento judicial obligatorio ante la CIJ cuando se trataba de cuestiones relativas al jus cogens —situación que no se produciría en el campo de la responsabilidad de los Estados—. Por consiguiente, el orador expresa su apoyo a la decisión del Relator Especial de tratar sólo los delitos que tienen características especiales que indican su gravedad.

18. En tal sentido, debe tenerse presente que en el proyecto de artículos ya se determinan diversas categorías de

obligaciones. Las obligaciones pueden ser bilaterales o pueden ser multilaterales, categoría que abarca las obligaciones debidas a un grupo de Estados o las debidas a la comunidad internacional en su conjunto; ambos grupos comprenden otras subcategorías como las que afectan el disfrute de los derechos de los Estados y las que tienen por objeto proteger un interés colectivo. Pero esa categorización debe distinguirse de las categorías de las diversas clases de violación, que podrían aplicarse a toda clase de obligaciones, tales como las que tienen un carácter continuo. Las violaciones graves y manifiestas forman una clase especial de violaciones. El nuevo artículo 51 trata de todas las obligaciones debidas a la comunidad internacional en conjunto, pero sólo con respecto a determinado tipo de violaciones. Existe pues una diferencia considerable entre los crímenes según la descripción original del artículo 19 y la clase de violaciones tratadas en el artículo 51. En consecuencia, los crímenes —si existen— no se tratan en el artículo 51, y el orador está de acuerdo con el punto de vista expresado por el Sr. Dugard en el sentido de que podría ser una buena idea insertar este tema en el futuro programa de la Comisión. Por otra parte, la otra propuesta del Sr. Dugard, en el sentido de que se incluya la definición de crímenes con arreglo al artículo 19 en el artículo 51, modificaría por completo el alcance de este artículo. A su juicio, en el proyecto de artículos propuesto en segunda lectura se considera que los crímenes están comprendidos tan solo por la norma de *lex specialis*. Tratar esa cuestión en este momento pondría en serio peligro todo el ejercicio.

19. El punto de vista expresado por el Relator Especial en su introducción oral sobre la relación entre la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad individual es exacto. Aunque la doctrina clásica considera que la responsabilidad de los Estados no está limitada por la responsabilidad individual, no es menos cierto que la función de esta última ha consistido indudablemente en liberar a la población de la condición de rehén en que se hallaba debido a la responsabilidad de los Estados. El orador está completamente de acuerdo con este punto de vista, que también es uno de los fundamentos de la creación de la Corte Penal Internacional.

20. De manera semejante, la imposición de indemnizaciones punitivas no está confirmada como una práctica del derecho internacional vigente. El artículo 228 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (numeración revisada con arreglo al Tratado de Amsterdam), a que hace referencia el Relator Especial en el párrafo 382 de su informe, es un caso especial que refleja el alto grado de integración conseguido desde que se firmara el Tratado de la Unión Europea, y aún subsisten algunas dudas con respecto a su aplicación. También debe observarse que todavía no existe la facultad de aplicar una decisión sobre sanciones pecuniarias —hecho que viene a confirmar que la Comisión se ocupa del desarrollo progresivo del derecho internacional—. Como lo ha señalado el Relator Especial con toda razón, la primera decisión en tal sentido fue adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sólo en julio de 2000, aunque el procedimiento ya había sido iniciado por la Comisión Europea en ocasiones anteriores. Es interesante señalar, sin embargo, que el procedimiento se ha puesto en marcha con respecto a cuestiones relativas al medio ambiente, que entrañaban obligaciones erga omnes y en relación

con las cuales posiblemente no existía ningún Estado lesionado. En consecuencia, de una parte, no es posible generalizar sobre la base de esa facultad del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, de otra, la facultad se limita en la práctica a casos de cierto tipo.

21. En cuanto al propio proyecto de artículos, por razones que el orador ya ha expuesto, se inclina en favor de conservar el segundo texto que figura entre corchetes en el párrafo 2 del nuevo artículo 51 y, por consiguiente, de suprimir la referencia a la «indemnización punitiva». El comentario debe comprender un examen de la medida en que la cuestión de la validez, planteada por el Sr. Brownlie, está prevista en el apartado a del párrafo 3. Aunque las declaraciones del Sr. Gaja y el Sr. Simma (2650.ª sesión) relativas a la relación entre el apartado b del párrafo 3 y el artículo 27 parecen convincentes, el orador tiende a apoyar el punto de vista expresado por el Relator Especial en su respuesta al Sr. Gaja acerca de la diferencia entre ambas disposiciones. En consecuencia, considera que el apartado b del párrafo 3 tiene cierto mérito.

22. El principal problema es el apartado c del párrafo 3 que, junto con el apartado b, se inspira sin duda en el párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En ambas disposiciones se impone la obligación, más allá del ámbito de las Naciones Unidas, a todo Estado que adopte dichas medidas y a quien se deba la obligación. El orador ya ha señalado, durante el examen realizado por la Comisión del artículo 29 bis sobre normas imperativas, que los artículos parecen afectar el derecho de neutralidad. Esto es especialmente cierto tratándose del apartado c, que, en caso de aplicarse, cambiaría el propósito mismo de la neutralidad, es decir la imparcialidad. Según ese principio, un Estado neutral estaría obligado a prestar al Estado responsable la misma asistencia que está obligado a prestar a los otros Estados de que se trata en el apartado c. Sin embargo esto sería contrario a la obligación prevista en el apartado b. Naturalmente, es posible aducir que la neutralidad ya no está regida por la regla de la equidistancia, pero ésta sigue siendo una afirmación discutible. Puede invocarse la regla de la *lex specialis* para resolver el problema, pero el orador duda de que el derecho de neutralidad puede considerarse como una *lex specialis* en relación con la responsabilidad de los Estados. En consecuencia, puede decirse que el Estado responsable está obligado a tolerar esa cooperación de un Estado neutral con los demás Estados, puesto que también estaría obligado por las normas sobre responsabilidad de los Estados —una situación semejante a la de los Estados neutrales que forman parte de las Naciones Unidas—. En este caso debe reconocerse que el derecho de neutralidad está modificándose considerablemente y que el artículo constituiría un elemento de desarrollo del derecho internacional, aunque si ese desarrollo es o no «progresivo» es algo que puede discutirse. El orador duda de que sea posible ir tan lejos y se une a los que han expresado sus dudas sobre esta disposición.

23. Otras consideraciones suscitan también algunas dudas sobre el apartado c del párrafo 3. En el párrafo 2 de la resolución 678 (1990) del Consejo de Seguridad, aprobada con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, se autorizó a los Estados Miembros a que hicieran uso de todos los medios necesarios para res-

taurar la paz y seguridad internacionales en Kuwait. En el párrafo 3 de la misma resolución se pidió a todos los Estados que prestasen un apoyo adecuado a las medidas adoptadas con arreglo al párrafo 2. El hecho de que en la resolución no se emplease la palabra «decide» significa que el Consejo no había impuesto una clara obligación de cooperación a los Estados que no participaban en las medidas colectivas con arreglo al párrafo 2. Es evidente que el Consejo no estaba seguro de si una obligación de esta clase sería conforme al derecho internacional o de si sería aceptada por los Estados. Tampoco era posible deducir del párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta que existía el deber de cooperar con los Estados que adoptaban las medidas colectivas. La única obligación que puede deducirse del vínculo entre la resolución del Consejo y el párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta (y también, tal vez, el Artículo 25) es que los Estados tenían simplemente el deber de no oponerse a esas medidas.

24. Otro problema con el apartado c del párrafo 3 es la expresión «cooperar en la aplicación de las medidas encaminadas a poner fin a la violación». Si bien se puede suponer naturalmente que esas medidas deben ser lícitas, eso no se dice en ninguna parte. La primera condición que debe imponerse a las medidas es que sean conformes al derecho internacional. Sólo entonces puede establecerse el deber de cooperar.

25. En cuanto al párrafo 4, la referencia a las consecuencias «penales» es superflua, puesto que está viciada por la presencia de las palabras «o de diferente índole». Sin embargo, las disposiciones que aparecen en una nota del párrafo 413 del informe es una adición necesaria, aunque debería formar un artículo por separado, como lo ha propuesto el Sr. Simma. Debería insertarse una referencia a la no repetición en el apartado a del texto de esa nota, puesto que la no repetición es paralela a la cesación. También se plantea la cuestión importante de si el Estado debe estar facultado para reclamar la restitución así como daños adicionales y para adoptar contramedidas a fin de inducir al Estado responsable al cumplimiento. El apartado c de la nota plantea diversas cuestiones en tal sentido: en el inciso i) del apartado c se emplea la expresión «en interés de la persona o entidad lesionadas», que requeriría la comunicación entre el Estado que invoca la responsabilidad y la víctima, mientras que el inciso ii) del apartado c parece no requerir dicha comunicación, aunque deben usarse los daños en beneficio de las víctimas de la infracción. Si bien esa propuesta está sustentada en cierta convicción moral, el orador duda de que existan casos en que se ha producido tal situación. Evidentemente ambos artículos deben leerse juntamente con el artículo 51, en el cual no se indica el Estado que está facultado a invocar la obligación del Estado responsable. En consecuencia, la propuesta que figura en la nota es un corolario necesario del artículo 51.

26. Podría apoyar la nueva formulación propuesta para el artículo 37, inclusive las palabras «en la medida en que». Al parecer la intención es que el artículo 37 someta todo el proyecto sobre responsabilidad de los Estados a un régimen de *lex specialis*. El artículo se refiere, sin embargo, sólo a «las condiciones para [...] un hecho internacionalmente ilícito», y por consiguiente el orador se pregunta si esto comprende también la definición de ese hecho, o, en términos de los títulos de las diversas

partes, los principios generales, el hecho del Estado conforme al derecho internacional y la violación en sí misma. En caso de mantenerse el texto haría falta hacer ciertas aclaraciones en el comentario, de lo cual podría ocuparse el Comité de Redacción. Sin duda, es preciso encontrar una solución jurídica para la cuestión de la relación entre los regímenes de *lex specialis* y el régimen general de responsabilidad de los Estados. ¿Podría un Estado que no está obligado por un régimen especial actuar con arreglo al régimen general cuando también está facultado para invocar la responsabilidad del Estado? En su comentario, el Relator Especial había hecho referencia a una solución por interpretación. En esta fase avanzada de los procedimientos parece que la Comisión tendría que aceptar ese punto de vista si se ofrece o no una solución válida. Sin embargo, se trata de cuestiones muy complejas.

27. La redacción del nuevo artículo 39 no plantea ningún problema aunque puede decirse que se trata de una disposición redundante, puesto que ya se deduce del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, teniendo en cuenta los comentarios del Sr. Momtaz, cuyas preocupaciones comparte hasta cierto punto, sería necesario examinar también las consecuencias de la eventual condición jurídica del proyecto. Si los artículos adoptaran eventualmente la forma de una resolución que refleje el derecho universal consuetudinario, podría afirmarse que prevalecerían sobre la Carta, puesto que el Artículo 103 se refiere a las obligaciones contraídas en virtud de tratados y no del derecho consuetudinario. El nuevo artículo 39 es, en consecuencia, especialmente importante puesto que debe interpretarse de manera tal que asegure que el Artículo 103 de la Carta prevalece sobre el instrumento en el cual estará contenido el proyecto de artículos.

28. El Sr. ECONOMIDES anuncia que habrá de referirse solamente a la solución de transacción que trata de buscar la Comisión con respecto de los artículos 19 y 51 a 53 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura.

29. A su juicio, la solución de transacción propuesta por el Relator Especial no es y no puede ser, a priori, satisfactoria. El Relator Especial ha suprimido el término «crimen internacional», que sin embargo está bien establecido en derecho. Los términos «crimen de agresión» y «crimen de genocidio» son universalmente aceptados. Además, ese término por sí solo tiene un efecto disuasivo considerable cuando se trata de las violaciones más graves. El Relator Especial ha suprimido completamente el artículo 19, así como el párrafo 3 del artículo 40 y el artículo 52, de los artículos aprobados en primera lectura y propone un nuevo artículo 51 a cambio de esas supresiones.

30. El párrafo 1 del nuevo artículo 51 debe constituir un artículo por separado, como ya lo han propuesto el Sr. Simma y el Sr. Tomka, y también debe ser considerablemente ampliado. El artículo debe contener una definición de la violación grave, como ahora se enuncia en el párrafo 2 del artículo 19. Esa definición debe decir: «La violación por un Estado de una obligación internacional esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en conjunto constituye una violación grave en el sentido del presente capítulo».

31. Apoya la idea de mencionar que la violación debe estar debidamente establecida o ser manifiesta, como es el caso de cualquier hecho internacionalmente ilícito, en particular cuando un Estado adopta contramedidas en relación con él. El artículo debe contener asimismo una enumeración de la mayoría, si no de todas, las violaciones graves mencionadas en el párrafo 3 del artículo 19 y, en particular, de la agresión. No hace falta decir que esa enumeración no sería exhaustiva pero sin embargo es indispensable, puesto que todos deben saber lo que se entiende por las palabras «violación grave».

32. El párrafo 2 del artículo 51, que constituye la única propuesta de fondo que ofrece el Relator Especial, debe adoptar asimismo la forma de un artículo por separado. A su juicio, debe retenerse la indemnización punitiva sólo en el caso de violaciones graves. En cuanto a las dos expresiones que ahora figuran entre corchetes, preferiría combinarlas en la expresión siguiente: «una indemnización punitiva en función de la gravedad de la violación».

33. El párrafo 3 también puede estar dividido en dos artículos. El primero podría decir: «Una violación grave entrañará, para cada uno de los demás Estados individualmente» —la palabra «individualmente» es importante—, «las siguientes obligaciones:», citándose a continuación los apartados a y b en su redacción actual. El segundo artículo podría decir: «Una violación grave también entrañará, para todos los Estados, las obligaciones de cooperar con el Estado lesionado: a) en el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el artículo anterior; b) en la aplicación de medidas encaminadas a suprimir las consecuencias de la violación grave». No hace falta decir que estas medidas deben ser conformes al derecho internacional.

34. El párrafo 4 podría constituir el artículo final del capítulo. Naturalmente, debe ser mejorado considerablemente por el Comité de Redacción.

35. Otro factor que debe considerarse es si el vacío que ha dejado la supresión del párrafo 3 del artículo 40 puede ser llenado por el párrafo 2 del artículo 40 bis y por los artículos 50 A y 50 B. No es fácil responder a esta pregunta. La mayoría de las disposiciones son complejas y requieren cuidadoso estudio, que, según espera, podría llevarse a cabo no sólo en el plenario sino también, sobre todo, en el Comité de Redacción. Sin embargo parece que, para aplicar la disposición del artículo 50 bis y evitar posibles abusos, sería necesario respetar el derecho de no intervención en cuestiones comprendidas en la jurisdicción nacional de los Estados de conformidad con la Carta, deber enunciado en 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 Unidas⁴. Las propuestas formuladas por el orador no contienen nada nuevo. Están basadas en el artículo 51 propuesto por el Relator Especial y en el artículo 51 aprobado en primera lectura y también recurren en cierta medida al artículo 19.

36. Su conclusión con respecto a la solución de transacción propuesta por el Relator Especial es que la tarea inmediata de la Comisión debe ser tratar de mejorar el

⁴ Véase 2617.^a sesión, nota 19.

texto en lo posible y luego volver a ocuparse de la cuestión en su próximo período de sesiones. Por último, desea felicitar al Relator Especial por su informe sobre un tema de importancia decisiva y agradecer los esfuerzos que ha hecho por lograr una transacción equitativa y honesta.

37. El Sr. KABATSI dice que, gracias a los esfuerzos del Relator Especial, parece que la Comisión se halla a punto de presentar a la Asamblea General y a la comunidad internacional una versión completa del proyecto de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados. En el capítulo IV de su tercer informe, el Relator Especial ha tratado de atar todos los cabos que quedaban sueltos y ha ofrecido soluciones de transacción sobre las disposiciones controvertidas, volviendo a ordenar las piezas del rompecabezas de manera que la imagen resultante sea menos confusa.

38. En general, acoge con interés el examen del Relator Especial y su elaboración del concepto del derecho de cada Estado a invocar la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto y, en particular, se felicita de los límites tan útiles impuestos a ese derecho cuando se ejerce en nombre de otro Estado. Se siente menos cómodo con la medida que ha adoptado el Relator Especial —con renuencia digna de elogio— con respecto al concepto de indemnización punitiva. Sin embargo, el Relator Especial puede tener razón cuando dice que el nuevo camino señalado por la Unión Europea podrá con el tiempo, tal vez en un futuro no muy distante, resultar atractivo para otros Estados o agrupaciones regionales.

39. Apoya asimismo el tratamiento hecho por el Relator Especial de la cuestión de las contramedidas colectivas si bien —y esto no es característico del Relator Especial— los ejemplos de práctica de los Estados se limitan de manera casi exclusiva a los Estados occidentales. El Sr. Dugard y el Sr. Kateka han citado otros ejemplos de los Estados africanos, en particular lo que se denominó una vez los «Estados de primera línea» y los Estados del África oriental y la región de los Grandes Lagos. Otros ejemplos que vienen a la mente son las medidas colectivas adoptadas durante los últimos años por los Estados del Commonwealth contra los Estados infractores tales como Nigeria. Todos esos ejemplos deben confirmar a la Comisión que existe una amplia práctica de los Estados en lo que respecta a las contramedidas colectivas. Aunque esos ejemplos no equivalen necesariamente a contramedidas en el sentido del capítulo II de la segunda parte bis, no es menos cierto que se advierten elementos de las mismas en esa práctica de los Estados.

40. Por consiguiente, podría suponerse que el orador ha acabado por aceptar el concepto de las contramedidas unilaterales. Ese no es el caso. Puede aceptar las contramedidas colectivas, o sanciones, como prefiere llamarlas el Sr. Brownlie, porque a diferencia de las contramedidas unilaterales adoptadas por Estados individuales, en el caso de las contramedidas colectivas las posibilidades de error y de abuso quedan reducidas por la sabiduría y buena fe de los demás Estados interesados. La situación es distinta de la situación de «autoayuda» de criterio unilateral a que se refiere el capítulo II de la segunda parte bis.

41. Acoge con interés el tratamiento hecho por el Relator Especial de la cuestión de las «violaciones graves» de las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto así como las recomendaciones propuestas. A diferencia de un cierto número de otros miembros, no se adhiere al concepto de criminalidad del Estado. Los Estados pueden cometer violaciones serias o graves del derecho internacional en perjuicio de otros Estados, que casi invariablemente se cometen en detrimento de la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, dichos Estados deben esperar las consecuencias correspondientes a manera de reparación. Pero éste debe ser el final de la cuestión. No existe ningún acuerdo comúnmente aceptado de la expresión «crimen del Estado», porque la expresión no tiene un sentido claro ni siquiera en el contexto de las disposiciones nacionales de derecho penal —razón suficiente para no utilizarla—. Las connotaciones peyorativas de la palabra «crimen» pueden ser un estigma para las poblaciones inocentes de los Estados que están regidos provisionalmente por regímenes tiránicos. Este fue el caso de Uganda durante el régimen de Idi Amin, y aunque los Estados Unidos tal vez tuvieron razón en imponer sanciones comerciales a Uganda, fue la población que ya sufría las políticas genocidas de Amin, y no Amin y sus secuaces, la que soportó el peso de las sanciones impuestas.

42. Está de acuerdo en que el capítulo III de la segunda parte, sobre las violaciones graves de las obligaciones internacionales, no es el lugar adecuado para las disposiciones que contienen el principio prescrito en el artículo 19; estas pertenecen más bien al capítulo II de la segunda parte, que trata de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional de los Estados.

43. En cuanto al párrafo 2 del nuevo artículo 51, prefiere las palabras «una indemnización en función de la gravedad de la violación», puesto que la idea de castigar a los Estados es difícil de aceptar. Las palabras «como lícita» deben suprimirse del apartado a del párrafo 3, puesto que la situación creada por una violación no puede ser lícita. Tal vez la palabra «lícita» podría ser sustituida por la palabra «aceptable». Comparte las dudas expresadas sobre la obligación de cooperar a que se hace referencia en el apartado c del párrafo 3 y está de acuerdo con el Sr. Hafner en que esa obligación puede no existir en todos los casos. Aprueba los artículos 50 A y 50 B así como los principios contenidos en la cuarta parte.

44. El Sr. LUKASHUK conviene con la mayoría de los elementos del informe pero se pregunta si la Comisión será capaz de domar los leones y los tigres a los que el Sr. Kabatsi hizo referencia en una sesión anterior.

45. En el párrafo 376 se sugiere que las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto generan el derecho a actuar en el interés general. ¿El cumplimiento de esas obligaciones exige la acción del Estado en defensa de los intereses generales? ¿Entraña esto un reconocimiento de algo semejante a la actio popularis en el derecho romano? La CIJ comprobó en los casos Sud-Ouest africano que ninguna institución de esta clase existe en el derecho internacional y el Relator Especial parece haber adoptado la misma posición.

46. En el párrafo 391, el Relator Especial indica que, teniendo en cuenta los escrúpulos sobre la licitud de los ataques de la OTAN contra Yugoslavia, los Estados miembros se basaron en consideraciones morales y políticas y no jurídicas. Tal vez debiera señalarse que las contramedidas no pueden basarse en consideraciones morales o políticas —cuestión que sería de importancia práctica.

47. El hecho de que el Relator Especial mencione en el párrafo 394 la retorsión en caso de violación de obligaciones de carácter general recuerda que, a menos que se diga algo sobre el tema en el proyecto de artículos, se tratará de un dilema que se presentará constantemente en la teoría y en la práctica.

48. Tiene algunas dudas en cuanto al título del capítulo III, porque da la impresión de que en el capítulo se examina el concepto de las violaciones graves o de que se enumeran dichas violaciones. Se trataría de un título apropiado para una sección de un código penal, pero no para un texto sobre derecho procesal. Puesto que el capítulo se refiere a la responsabilidad, debería titularse «Responsabilidad por las violaciones graves de obligaciones...». De manera semejante, en lo que respecta al artículo 51, la consecuencia de las violaciones graves de las obligaciones es la responsabilidad y, en efecto, el artículo se refiere a la responsabilidad. Por lo tanto su título debe reflejar su contenido y ser «Responsabilidad por violaciones graves...». El párrafo 2 podría redactarse de la forma siguiente: «Esta responsabilidad entrañará para el Estado responsable de la violación todas las consecuencias jurídicas de cualquier otro hecho internacionalmente ilícito y, además, una indemnización punitiva». La indemnización punitiva es muy importante en ese contexto.

49. Abriga serias dudas sobre el apartado a del párrafo 3 del nuevo artículo 51, puesto que parece que la obligación de no reconocer como lícita la situación creada por la violación no tiene nada que ver con las características específicas de la violación sino que se aplicaría a cualquier violación. Es cierto, sin embargo, que no se puede reconocer ninguna consecuencia ilícita.

50. La idea de responsabilidad también se ha omitido en el apartado b del párrafo 3. Sería mucho más exacto formular ese apartado en la forma siguiente: «no prestar ayuda ni asistencia al Estado que sea responsable de haber cometido la violación...». No está convencido de la necesidad de suprimir por completo al artículo 19 y en tal sentido está, en general, de acuerdo con el Sr. Economides.

51. Es necesario poner de relieve la importancia de las disposiciones contenidas en el artículo 50 A, puesto que su ausencia podría dar lugar a las prácticas de Estados policías que obligaran a respetar el derecho internacional en nombre de otros Estados que, de esta manera, dependerían de ellos. En el título del artículo 50 B se ha olvidado otra vez el término «responsabilidad».

52. En cuanto al párrafo 1 del artículo 50 B, en lo que se refiere a las obligaciones erga omnes cualquier Estado puede ser considerado como lesionado y por consiguiente no existe un Estado neutral. Por esta razón la cláusula debe formularse en la forma siguiente: «En los casos indicados en el artículo 50, en que ningún Estado resulte

directa o particularmente lesionado por la violación...». La pluralidad de la responsabilidad plantea cuestiones muy serias, que el Relator Especial ha pasado por alto; en otras palabras, la delimitación de las categorías de Estados directamente lesionados y de Estados con un interés jurídico. Esas dificultades se han presentado muchas veces en la práctica y seguirán presentándose.

53. En lo que respecta al nuevo artículo 39, tiene dudas en cuanto a si debe hacerse referencia exclusivamente al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que confiere una condición especial a la Carta en su conjunto. Por lo tanto, la referencia debe hacerse a la Carta en su conjunto, mencionando al final el Artículo 103. El Comité de Redacción podría seguramente redactar una disposición aceptable basada en ese artículo.

Las reservas a los tratados⁵ (conclusión*)
(A/CN.4/504, secc. B, A/CN.4/508
y Add.1 a 4⁶, A/CN.4/L.599)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión**)

54. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar el capítulo III de su quinto informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/508 y Add.1 a 4)

55. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, para comenzar, desea informar a los miembros que la Comisión de Derechos Humanos ha aplazado su examen de las reservas a los tratados de derechos humanos durante un año más, puesto que la Sra. Hampson no ha preparado un documento para someterlo a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en su actual período de sesiones.

56. La cuestión que se examina en el capítulo III —preparado en francés y no, como la Secretaría persiste en indicar, en francés e inglés— es el momento de formulación de las reservas y las declaraciones interpretativas. No se trata de una cuestión enteramente nueva para la Comisión, puesto que ya se ha debatido en relación con la definición de las reservas aprobada en el proyecto de directriz 1.1, que recoge la definición de la Convención de Viena de 1969. En esa definición se dice que se entiende por reserva una declaración unilateral hecha por un Estado o una organización internacional al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él o al hacer una notificación de su sucesión en un tratado. La definición se ha aclarado, en particular en el proyecto de directriz 1.1.2, en la que se dice que los casos en que puede formularse una reserva abarcan todos los medios de expresar el consentimiento en quedar obligado por un tratado mencionados en el artículo 11 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Sin embargo, esas aclaraciones no resuelven enteramente todas las dificultades

* Reanudación de los debates de la 2640.^a sesión.

** Reanudación de los debates de la 2633.^a sesión.

⁵ Véase el texto del proyecto de directrices aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en sus períodos de sesiones 50.^o y 51.^o en Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), párr. 470.

⁶ Véase la nota 2 supra.

sobre el momento en que una reserva puede o debe formularse y esas cuestiones se tratan en el capítulo III. En ellas se abordan desde el ángulo de la formulación de reservas, que constituyen la primera sección del capítulo III del quinto informe, titulada «La formulación, la modificación y el retiro de las reservas y las declaraciones interpretativas».

57. El orador se ha atenido estrictamente al plan de trabajo aprobado cuando se examinó el primer informe⁷ y, por lo tanto, se ha limitado a investigar el procedimiento para formular reservas. No ha examinado las posibles consecuencias de un procedimiento incorrecto, que pueden considerarse sólo cuando se analizan los problemas suscitados por las reservas no permitidas. Ha estudiado la formulación de reservas, pero no el carácter correcto o incorrecto de dicha formulación. Sin embargo, señala una característica curiosa del vocabulario empleado en la Convención de Viena de 1969 al definir las reservas. En el artículo 2 se habla de una declaración «hecha» en un determinado momento por un Estado, pero en los artículos 19 a 23 se emplea, por lo general, el verbo «formular». El apartado b del artículo 19 se refiere sin embargo a las reservas previstas en un tratado que pueden «hacerse» y no «formularse». Esta diferencia no es accidental sino el resultado de una cuidadosa elección. El verbo «hacer» debe usarse cuando las reservas son suficientes en sí mismas para surtir efectos, sin tener que ser confirmadas ni aceptadas. «Formular» debe emplearse cuando la reserva sea propuesta por el Estado en cuestión pero en sí misma no surta los efectos asociados normalmente con una reserva. A su juicio, la palabra «hecha» se empleó equivocadamente en el artículo 2, pero probablemente no valga la pena modificar el proyecto de directriz 1.1. La Convención no puede volver a redactarse. Sin embargo, en los proyectos de directriz que la Comisión va a examinar o aprobar habrá que tener cuidado en usar los dos verbos correctamente.

58. Desea señalar a la atención de la Comisión una cuestión que no se ha examinado en el informe, a saber el momento en que puede modificarse una reserva. Evidentemente existen vínculos entre la formulación y la modificación de una reserva. Sin embargo, no puede separarse la modificación del retiro de una reserva, puesto que la modificación es una forma diluida del retiro. Esta cuestión se examinará en la próxima sección del informe, que la Comisión tendrá ante sí el 53.º período de sesiones.

59. Las cuestiones examinadas en su informe son de carácter muy riguroso y técnico pero su importancia práctica no deja de ser considerable. La directriz 2.2.1, titulada «Formulación de reservas en el momento de la firma y confirmación formal», puede parecer complicada a primera vista pero no hace más que reproducir el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1986, que contiene normas sobre la participación de las organizaciones internacionales. Esto se refleja en la referencia a los actos de confirmación, que equivalen a una ratificación por los Estados. Propone que la Comisión se limite a seguir el método que utilizó al aprobar el proyecto de directriz 1.1, en otras palabras, que se incluya en la Guía de la práctica una disposición común a las dos Conven-

ciones de Viena de 1969 y 1986. Esto es necesario a fin de que la Guía sea tan completa y fácil de usar como sea posible.

60. El orador se ha preguntado si se justifica la norma contenida en el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, y recuerda que hay buenas razones para proponer su modificación, en vista de que, con la aprobación de la Sexta Comisión, se había adoptado en principio la decisión de no poner en tela de juicio las normas de las Convenciones de Viena a menos que fuera absolutamente necesario hacerlo. En el caso del proyecto de directriz 2.2.1 el orador no advierte que exista esta necesidad. Eso no significa que el párrafo 2 del artículo 23 no tenga desventajas. Probablemente va más allá de la simple codificación y cuando se adoptó era más próximo al desarrollo progresivo. Desde entonces la norma se ha vuelto generalmente aceptada y refleja la práctica prevaleciente general. Si la Comisión pusiera en tela de juicio esta norma también pondría en tela de juicio la práctica seguida.

61. Las ventajas de la norma contenida en el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se explican en los informes de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 14.º período de sesiones (1962)⁸, en la segunda parte de su 17.º período de sesiones y en su 18.º período de sesiones (1966)⁹, así como en los informes cuarto y quinto del Relator Especial, Paul Reuter, sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales¹⁰. Sin embargo, la principal desventaja de la norma es que, si se pide que las reservas se confirmen al expresar el consentimiento en obligarse, los Estados se sentirían probablemente desalentados de indicar las reservas que piensan formular cuando se apruebe un texto, es decir en el momento de la firma. La práctica de indicar las intenciones permite una mayor previsibilidad en cuanto a los futuros compromisos adoptados por las partes. Sin embargo, las desventajas no superan a las ventajas en el sentido de que valga la pena poner en tela de juicio el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

62. La segunda cuestión es si no sería una buena idea volver a formular los términos del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1969 cuyo texto no es enteramente satisfactorio. Por ejemplo, no es claro lo que se entiende por la expresión «que haya de ser objeto de». La lista de los medios de expresar el consentimiento en obligarse por un tratado es incompleta, puesto que es la misma que la contenida en la definición de reserva en el apartado d del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención, que no abarca todos los elementos de su artículo 11. En realidad esa laguna ha llevado a la Comisión a aprobar el proyecto de directriz 1.1.2, que permite superar la dificultad. La redacción más amplia del proyecto de directriz 1.1.2 podría usarse en el presente caso, pero el orador no lo considera necesario: bastaría hacer una referencia

⁸ Anuario... 1962, vol. II, pág. 210, doc. A/5209.

⁹ Anuario... 1966, vol. II, págs. 231 y 232, doc. A/6309/Rev.1 (part II).

¹⁰ Anuario... 1975, vol. II, pág. 41, doc. A/CN.4/285, y Anuario... 1976, vol. II (primera parte), pág. 159, doc. A/CN.4/290 y Add.1.

⁷ Véase 2632.ª sesión, nota 6.

en el comentario a los elementos que faltan mediante un simple intercambio de cartas.

63. De manera semejante, no cree necesario completar el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1969 para tener en cuenta la sucesión de Estados. La Comisión ha convenido en que todas las directrices sobre el tema se reunirán en una sección separada y, en todo caso, la palabra «Estado» abarca el concepto de Estado sucesor. Cuando un Estado sucesor ratifica un tratado, actúa en primer lugar y sobre todo como un Estado, no como un Estado sucesor. Por consiguiente, conviene que el proyecto de directriz 2.2.1 se limite a reproducir la redacción del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención, sin hacer una referencia específica a la sucesión de Estados, y tal vez hacer en el comentario una referencia a ese tema más extensa que la que hicieron los redactores de la Convención. En general, siempre que sea posible, la redacción de la Convención debe usarse como punto de partida introduciéndose una mayor precisión sólo cuando sea necesario.

64. Un aspecto en el cual sí se requiere mayor precisión se trata en el proyecto de directriz 2.2.2 titulada «Formulación de reservas durante la negociación o en el momento de la adopción o la autenticación del texto del tratado y confirmación formal». Las razones para redactar una disposición por separado y no limitarse a ampliar el proyecto de directriz 2.2.1 son tanto de principio como de carácter práctico. La Convención de Viena de 1969 no debe redactarse nuevamente y la directriz 2.2.1 es ya bastante larga. El proyecto de directriz 2.2.2 se limita a reinsertar el texto propuesto por la Comisión durante la elaboración de la Convención, que había desaparecido en circunstancias que Ruda calificó de «misteriosas»¹¹, como se dice en los párrafos 241 y 254 del informe. El texto simplemente desapareció y no se dio nunca ninguna justificación de su desaparición.

65. El nuevo detalle que el orador propone en el proyecto de directriz 2.2.2 sería ampliar la norma contenida en el proyecto de directriz 2.2.1 a las reservas embrionarias formuladas cuando se negocia, aprueba o autentica un tratado. La razón puede encontrarse en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 18.^o periodo de sesiones¹² y figura en el párrafo 253 de su informe. A veces se da por supuesto que las reservas embrionarias son equivalentes a reservas formales y, a juicio de la Comisión, es indispensable que el Estado interesado reiterare formalmente las declaraciones pertinentes al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él.

66. Hay otros dos aspectos en que debe complementarse el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1969. El primero está contenido en el proyecto de directriz 2.2.3: una reserva no precisa de confirmación ulterior si se formula al firmar un acuerdo en forma simplificada; en otras palabras, si el tratado entra en vigor por el solo hecho de su firma. Esta regla puede deducirse a contrario del proyecto de directriz 2.2.1, pero más vale enunciarla que darla por supuesta, y esto es cierto sobre

todo si la Comisión está preparando una Guía de la práctica. También se suprimiría la ambigüedad de las palabras «que haya de ser objeto de» del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención que se recogen en el proyecto de directriz 2.2.1. El único verdadero problema que puede preverse es de redacción. ¿Debe describirse el tratado en cuestión como «un acuerdo en forma simplificada», redacción que los seguidores del derecho civil podrían aceptar, o bien como «un tratado que entra en vigor por el solo hecho de su firma», lo cual significa lo mismo, pero es, tal vez, más aceptable para los seguidores del common law?

67. El último proyecto de directriz sobre las reservas formuladas antes de expresarse el consentimiento final en obligarse por un tratado es el proyecto de directriz 2.2.4, titulado «Reservas en el momento de la firma previstas expresamente en el tratado». El tema no es de importancia decisiva, pero la aprobación del proyecto de directriz resultaría útil para aclarar un aspecto en que la práctica es variable y está mal establecida. En el párrafo 262 ha citado el ejemplo de la Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades. Se establece que las Partes pueden formular reservas al firmar la Convención, aunque se trata de un instrumento que debe ser ratificado formalmente. ¿Es lógico, en tales casos, pedir que un Estado que ha alegado la autorización de la Convención para formular una reserva en el momento de la firma confirme su reserva cuando expresa su consentimiento formal en quedar obligado por el instrumento? El orador está convencido de que esto no es así y también de que podrían surgir grandes problemas prácticos, en todo caso en lo que se refiere a las reservas formuladas en el pasado en dichas situaciones, muchas de las cuales no han sido confirmadas, sin duda debido a la autorización enunciada expresamente en el tratado. Es cierto que otros Estados, o los mismos Estados en el contexto de otros tratados, han tomado la precaución de confirmar las reservas formuladas en el momento de la firma, pero esto ha ocurrido menos veces que la falta de confirmación.

68. En cuanto a las reservas tardías, todos están de acuerdo en que, a menos que se haya previsto otra cosa en un tratado, la expresión del consentimiento final en obligarse es la última vez en que una parte en un tratado puede formular una reserva. Esta regla dimana de la definición misma de reserva y está implícita en la primera parte del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. La CIJ la mencionaba en el caso *Actions armées frontalières et transfrontalières*, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre las Restricciones a la pena de muerte, así como el Tribunal Federal de Suiza en un caso muy interesante¹³ citado en el párrafo 282 de su informe. Otros precedentes, citados en los párrafos 281 a 285, tienen consecuencias bastante claras. El principio de que una reserva no puede formularse después de expresarse el consentimiento final en obligarse es una regla estricta que los Estados no deben poder eludir, ya sea por interpretación (como lo demuestran las conclusiones de la

¹¹ J. M. Ruda, «Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1975-III (Leyden), Sijthoff, vol. 146 (1977), pág. 195.

¹² Véase el párrafo 3 del comentario al artículo 18 (nota 9 supra), pág. 208.

¹³ Tribunal Federal de Suiza, F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie, decisión de 17 de diciembre de 1992, *Journal des Tribunaux*, 1995, pág. 536.

Corte Interamericana de Derechos Humanos) o añadiendo condiciones o limitaciones a una declaración hecha en virtud de una cláusula facultativa (como en la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Chrysostomos* y en el fallo dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Loizidou*). Ese principio debe enunciarse en la Guía de la práctica y es lo que propone en el proyecto de directriz 2.3.4, titulado «Exclusión o modificación tardía de los efectos jurídicos de un tratado por procedimientos distintos de las reservas».

69. El principio no se pone en duda y es preciso interpretarlo de manera rigurosa, pero puede ser el objeto de una disposición a contrario. Nada impide, en efecto, que las partes contratantes declaren que puede formularse una reserva o inclusive hacerla después de la expresión del consentimiento en obligarse o después de la entrada en vigor del tratado. Los ejemplos de dichas autorizaciones de una reserva después de la ratificación, que van de 1912 a 1999, figuran en el párrafo 289 del informe. En vista del principio de derecho consuetudinario según el cual cuando un tratado no dice nada al respecto la reserva debe formularse a más tardar en el momento del consentimiento en obligarse, toda excepción tendría que ser expresa. En los proyectos de directriz 2.3.4 y 2.3.1, las expresiones «salvo disposición en contrario del tratado» o «salvo que el tratado disponga otra cosa» informan a los Estados de que para que exista una excepción del principio, el tratado debe prever expresamente dicha suspensión.

70. Por su parte proponía ir incluso más lejos y ofrecer a los Estados, junto con el proyecto de directriz 2.3.1, cláusulas modelo para las excepciones que podrían constar en futuros tratados si los negociadores así lo desean. En tal sentido, recuerda el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 47.º período de sesiones, en el cual se indica que las directrices para la práctica de los Estados deben, en caso de ser necesario, estar acompañadas por cláusulas modelo¹⁴. Considera que esas cláusulas modelo, y piensa que también lo hace la Comisión, son como simples ejemplos de disposiciones que pueden incluirse en los tratados a fin de evitar problemas de aplicación con respecto a las reservas. Este es el propósito de las cláusulas modelo que figuran en el párrafo 312, y espera que el Comité de Redacción las examinará juntamente con el proyecto de directriz 2.3.1.

71. El Comité de Redacción podría mejorar el proyecto de directriz desde el punto de vista estilístico, pero en este se precisan dos excepciones fundamentales a la prohibición de formular reservas después de la expresión del consentimiento: «salvo que el tratado disponga otra cosa» y «a menos que las demás partes contratantes no hagan objeción alguna». La primera de estas excepciones es evidente y la segunda es lógica y se ajusta a una práctica bien establecida. Es lógica porque no puede obligarse a los Estados que acepten descartar la aplicación de una norma consuetudinaria que, evidentemente, no es imperativa. Puesto que una parte puede retirarse de un tratado y formular las reservas cuando vuelve a adherirse a él, no sería prudente adoptar una posición innecesariamente rígida: debe autorizarse a la parte a que haga sus

reservas directamente, sin pasar por el proceso de retirarse del tratado, siempre que otra parte no se oponga a ello.

72. Fue en respuesta a una situación de esta clase que el Secretario General adoptó una posición mucho más flexible a fines del decenio de 1970. En 1979, Francia había indicado su intención de denunciar el Convenio estableciendo una ley uniforme en materia de cheques con miras a volver a adherirse a él formulando nuevas reservas¹⁵. El Asesor Jurídico, en nombre del Secretario General, el depositario, había sugerido que Francia podía dirigir al Secretario General una carta, que éste comunicaría a las demás Partes, y que de no haber ninguna objeción podría considerarse que las reservas habían entrado en vigor. Así se hizo y en adelante el Secretario General siguió esta práctica en relación con los tratados de los cuales es depositario. En los párrafos 298 a 302 del informe se ofrecen varios ejemplos de casos semejantes con otros depositarios. Este planteamiento ha evitado que se denuncien una serie de instrumentos y, por otra parte, toda parte contratante que considere que la reserva constituye un abuso puede oponerse a ella. Esta manera de pensar ha llevado al orador a proponer el proyecto de directriz 2.3.3, titulado «Objeciones a la formulación tardía de una reserva».

73. Se sugiere en la literatura que dichas objeciones deben tener el mismo efecto que las objeciones a las reservas en general, y que las objeciones evitarían que una reserva tardía surtiese efecto tan sólo entre el Estado que presenta la objeción y el Estado que formula la reserva. Personalmente, no está de acuerdo, porque esto significaría poner en tela de juicio todas las reglas relativas a la limitación en el tiempo a la formulación de reservas. Cualquier Estado u organización podría formular una nueva reserva en cualquier momento y esto representaría una grave amenaza para la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas. Quedaría socavado el principio mismo de *pacta sunt servanda*. Más aún, esta interpretación no corresponde a la práctica de los depositarios que han estimado siempre, en palabras del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, que es posible considerar que una reserva jurídica entra en vigor de no haber ninguna objeción de los Estados partes.

74. En los proyectos de directriz 2.3.1 y 2.3.3, lo más importante no es que ningún Estado presente una objeción a la formulación tardía de una reserva. Por otra parte, una vez que se acepta el principio de la formulación tardía, debe aplicarse el régimen jurídico usual de las reservas y nada impide que un Estado parte que no se opone a la formulación tardía de una reserva se oponga a la reserva misma y hasta se niegue a considerarse obligado para con el Estado que formula la reserva. Esta posibilidad queda abierta en el proyecto de directriz 2.3.3. El orador se pregunta si se debe requerir la formulación expresa y no sólo tácita de las reservas, pero esto no se ajustaría a la práctica de los depositarios y de los Estados y no sería realista. Lo más que puede pedirse de los Estados es que no formulen objeciones a las reservas.

75. El último problema que queda, y se trata de un problema difícil, es el plazo en el cual pueden hacerse las

¹⁴ Anuario... 1995, vol. II (segunda parte), págs. 111 y 112, párrs. 488 y 496.

¹⁵ Naciones Unidas, Anuario Jurídico 1978 (n.º de venta: S.80.V.1), págs. 250 y 251.

objeciones a la formulación tardía de reservas. En esta esfera la práctica resulta ambigua. La mayoría de los depositarios que se han enfrentado al problema no han adoptado una posición al respecto. El 4 de abril de 2000, el Secretario General de las Naciones Unidas anunció un cambio de 90 días a 12 meses conforme a los argumentos presentados por la Unión Europea. Sin duda, 90 días era un plazo demasiado corto; los Estados no tenían tiempo para examinar las reservas propuestas. Esto también es cierto a fortiori respecto del plazo de un mes aplicado por el Secretario General de la OMI, que era evidentemente demasiado breve. Por otra parte, 12 meses es un plazo bastante largo porque durante todo ese período los Estados no tendrán seguridad sobre la suerte corrida por la reserva. Sin embargo, en el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 se permiten 12 meses para las objeciones a las reservas y, teniendo en cuenta asimismo la posición del Secretario General de las Naciones Unidas, el orador propone no obstante fijar un plazo límite de 12 meses en vez de 6 meses, que es lo que hubiera preferido.

76. En cuanto a la formulación *ratione temporis* de las declaraciones interpretativas, las declaraciones interpretativas tardías se presentan muy rara vez, pues contrariamente a la definición de reservas, la directriz 1.2, que define la declaración interpretativa, no contiene ningún elemento de tiempo. Esto significa que es posible hacer una declaración interpretativa en cualquier momento, aunque esto no se enuncie claramente en ninguna de los proyectos de directriz aprobados hasta ahora. Sin embargo, algunos tratados imponen limitaciones expresas al momento en que pueden formularse las declaraciones interpretativas. Esto ocurre con el artículo 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y con el artículo 43 del Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios. En este caso, una declaración interpretativa puede ser tardía y debería procederse por analogía con las reservas tardías. Lo mismo queda en claro en el proyecto de directriz 2.4.3 con respecto a las simples declaraciones interpretativas. En el proyecto de directriz 1.2.1 se indica que sólo pueden formularse declaraciones interpretativas condicionales al momento de expresarse el consentimiento en ser obligado por el tratado. Habría que incluir un proyecto de directriz por separado sobre las declaraciones interpretativas condicionales. Puesto que dichas declaraciones tienen efectos semejantes a las reservas, propone que los proyectos de directriz 2.2.3 y 2.2.4 se transpongan a los proyectos de directriz 2.4.4, 2.4.6 y 2.4.7 sobre las declaraciones interpretativas condicionales.

77. Con estas observaciones, presenta los 14 proyectos de directriz que figuran en el capítulo III de su quinto informe a la Comisión para que ésta los examine y exprese la esperanza de que se remitirán al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2652.^a SESIÓN

Viernes 4 de agosto de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. TOMKA señala que en el 50.º período de sesiones el Relator Especial propuso, sin éxito, que se suprimiesen el artículo 19 y los artículos 51 a 53 del proyecto y que, a raíz de eso, la Comisión había llegado a una solución de transacción, expuesta en el párrafo 369 del tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4), acerca de cómo había que seguir examinando la continuación del examen de las cuestiones tratadas en esos artículos. Aunque, como se desprende del párrafo 371 del informe, el Relator Especial ha intentado de buena fe cumplir su mandato, varias cuestiones permanecen sin respuesta.
2. Por ejemplo, cuando el Relator Especial se refiere, en el capítulo IV del tercer informe, a la «responsabilidad con relación a un grupo de Estados o con relación a la comunidad internacional», ¿hay que deducir que esa responsabilidad es la misma o que las consecuencias jurídicas de la violación de una obligación para con un grupo de Estados y de una obligación para con la comunidad internacional son las mismas? ¿Está el concepto así definido destinado a reemplazar la expresión, por lo demás poco afortunada, de «crimen internacional», que figuraba en el artículo 19, aun cuando ésta se refería más bien a las violaciones de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto y no para con un grupo de Estados?
3. Por otra parte, algunos de los conceptos empleados en el informe siguen siendo, a pesar de los esfuerzos del Relator Especial, relativamente confusos. Así ocurre con los de obligaciones *erga omnes*, normas imperativas (jus

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

cogens), obligaciones más graves y obligaciones colectivas. En el apartado a del párrafo 2 del artículo 40 bis, el Relator Especial emplea la expresión latina *erga omnes* para calificar una obligación que existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto. En el párrafo 373 afirma que el contenido de las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto es muy similar al de las normas imperativas, que por definición una norma imperativa debe tener el mismo rango para todos los Estados, que se trata de normas que surten efectos *erga omnes* y que no admiten acuerdo en contrario. Pero el propio Relator Especial señala que puede haber una obligación con efectos *erga omnes* que al mismo tiempo esté sujeta a modificación entre dos Estados determinados por acuerdo entre ambos, de lo que se deduciría que tal obligación no era imperativa. El Relator Especial concluye que es cierto que, en el supuesto de un acuerdo en contrario, la misma obligación no existía con relación a la comunidad internacional en su conjunto. Cabe preguntarse, pues, por qué en el apartado a del párrafo 2 del artículo 40 bis se califica la obligación para con la comunidad internacional en su conjunto de obligación *erga omnes* si admite acuerdo en contrario, lo que significaría que, en ese caso, ya no es una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto. Por lo tanto, el orador opina que tal vez sería preferible centrar la atención —para examinar el concepto antes comprendido en el término «crimen»— en las violaciones de normas imperativas, expresión empleada por la Comisión en el artículo 19, lo que daba a entender que efectivamente se refería más bien a las obligaciones emanadas de normas imperativas que al concepto más amplio de obligaciones *erga omnes*. Aunque comparte las opiniones expresadas por el Relator Especial en los párrafos 374 y 375 del informe, estima que esas cuestiones se tratan en éste de manera un poco superficial y que sería preciso profundizar su examen. Reconoce, además, que los ejemplos de normas imperativas no deben citarse en el texto de los artículos, sino en el comentario. Se pregunta asimismo qué papel puede desempeñar el consentimiento de un Estado en el contexto de la violación de normas imperativas, dado que esas normas no admiten acuerdo en contrario. Por último, opina que la introducción de penas podría resucitar el debate sobre la responsabilidad penal de los Estados, cosa no deseable, puesto que una mayoría aplastante de Estados rechaza la idea de que tal responsabilidad pueda existir en derecho internacional. Si bien el Relator Especial cita en su informe un ejemplo interesante de pena impuesta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, forzoso es constatar que la competencia a este respecto de dicho órgano jurisdiccional se funda en un tratado particular y que ello sería inconcebible en el marco del derecho internacional general.

4. El examen de la práctica de los Estados que se hace en el informe en lo que se refiere a las contramedidas colectivas es interesante pero ligeramente desequilibrado. De él se desprende, indudablemente, que Estados de regiones diferentes han adoptado medidas análogas pero, en ciertos casos, actos presentados como contramedidas colectivas constituyen más bien medidas de retorsión por motivos políticos. Sin embargo, un ejemplo muy interesante es el de las disposiciones legales aprobadas por el Congreso de los Estados Unidos en contra de Uganda, en virtud de las cuales ese órgano reconoció que un gobier-

no puede estar implicado en un hecho delictivo y que, si ese hecho le es atribuible, puede dar lugar a la responsabilidad del Estado. Se advierte, pues, que la posición del Congreso es diferente de la expresada oficialmente por el Gobierno de los Estados Unidos con respecto al proyecto de artículos aprobado en primera lectura.

5. La impresión general que el orador saca de la lectura del capítulo IV del tercer informe es, pues, que el Relator Especial se refiere indistintamente a varios conceptos que corresponden a categorías ligeramente diferentes, y que la confusión resultante es aún mayor a causa de la idea de que las obligaciones enunciadas en los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y al derecho del medio ambiente son obligaciones *erga omnes*, que en muchos casos incluso tienen carácter imperativo. Ahora bien, eso no es seguro, ya que incluso las disposiciones que definen ciertos derechos humanos como derechos a los que no se puede hacer ninguna excepción se refieren no tanto a una excepción pactada entre Estados partes como a la prohibición de que un Estado, al declarar el estado de excepción, deje sin efecto determinados derechos humanos fundamentales.

6. Teniendo esto en cuenta, el Sr. Tomka se pregunta si la Comisión debe apoyar los proyectos de artículo propuestos o proseguir en otra parte el examen de las violaciones de normas imperativas, resolviendo la situación mediante una cláusula de reserva en la que se indique que el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de cualquier otra consecuencia a que pueda dar lugar la violación de una norma imperativa de derecho internacional. Podría además prever que ese examen se haga en relación con otro tema de su programa de trabajo, a condición de que los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprueben ese procedimiento y esa propuesta.

7. En lo que concierne a la cuarta parte, relativa a las disposiciones generales, el orador aprueba en general el tenor del nuevo artículo 37, cuyo enunciado sin embargo podría ser mejorado por el Comité de Redacción así como el de los proyectos de artículos A y B. Por lo que hace al artículo 39, sobre la relación con la Carta de las Naciones Unidas, propone que se suprima. En efecto, si la Comisión recomienda en definitiva a la Asamblea General la aprobación del proyecto de artículos en forma de una declaración, esa disposición no tendría cabida en el proyecto, y si recomienda que se apruebe en forma de convención, la cuestión de la relación con la Carta se regirá en cualquier caso por el Artículo 103 de este instrumento.

8. El Sr. KAMTO dice que el Relator Especial merece ser felicitado por el capítulo IV del tercer informe, tanto más cuanto que en su elaboración ha hecho muestra del mismo coraje y el mismo afán de equilibrio que en el capítulo III, y que no vacila en hacer un desarrollo audaz del derecho internacional o en intentar la codificación de una práctica muy heterogénea y relativamente poco arraigada. No obstante, desea hacer algunas observaciones breves sobre ciertos conceptos, una terminología novedosa y a veces inesperada. Así, el concepto de «Estado víctima» puede suscitar confusión con el de «Estado lesionado», claramente definido en otra parte y al que sería mejor atenerse, aunque sólo sea por afán de coherencia. En el mismo orden de ideas abriga algunas dudas

en cuanto a la pertinencia teórica del concepto de «contramedidas colectivas», en el que el Relator Especial incluye tanto lo que en el párrafo 380 de su informe denomina la «indemnización punitiva» y las «multas» como diversas otras formas de reacción frente a la ilicitud que van del embargo económico a la suspensión del tráfico aéreo. Ahora bien, se trata en esos casos de lo que la mayoría de la doctrina califica de «sanción internacional». En realidad, si bien la distinción entre las «contramedidas individuales», que la Comisión examinó en relación con los artículos 47 a 50, y las contramedidas colectivas debería basarse en el carácter individual, por una parte, o colectivo, por otra, de la medida, del examen realizado se desprende que el contenido de la contramedida no es el mismo según se ejerza a título individual o a título colectivo o multilateral. Por consiguiente, no se puede utilizar el mismo término o el mismo concepto para designar esas dos realidades jurídicas. El orador puntualiza además que, a su juicio, aparte de las medidas de retorsión y las medidas de reciprocidad, cualquier reacción frente a la ilicitud en la esfera internacional constituye una sanción. En efecto: mientras que una buena parte de la doctrina define la sanción a partir de los criterios del ordenamiento jurídico interno, haciendo hincapié en el autor de la infracción, la calificación de la infracción, la previsibilidad jurídica o la predeterminación jurídica de la sanción que deba adoptarse, el concepto de sanción en el ordenamiento jurídico internacional se debe definir de modo más amplio, basándose hasta cierto punto en los conceptos del ordenamiento jurídico interno pero teniendo en cuenta por otra parte la realidad de una sociedad internacional débilmente estructurada y en la que no existen instituciones del mismo tipo que las del ordenamiento jurídico interno. Por eso, señala el orador, ha podido afirmar, con ocasión del examen de los artículos 47 a 50, que el elemento de cómo percibe la contramedida el destinatario o cómo reacciona ante ella es bastante importante para la definición de la sanción.

9. En lo que se refiere a la práctica presentada por el Relator Especial, opina que se podrían elegir mejor los ejemplos pero que, sobre todo, éstos serían más útiles si se presentaran de forma que pudieran ser explotados jurídicamente en las mejores condiciones. Desde este punto de vista habría sido sumamente útil indicar, en cada caso, la obligación inicial violada por el Estado responsable antes de mencionar la sanción o la contramedida adoptadas por el Estado lesionado. El Relator Especial lo ha hecho así en el caso de las contramedidas adoptadas por los Estados Unidos contra Uganda en 1978, las medidas adoptadas contra la Argentina o las adoptadas contra el Iraq. En cambio, resulta sorprendente que, en el caso de Polonia o de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), el mero movimiento de tropas soviéticas a lo largo de la frontera, y no a través de ella o en el interior del territorio polaco, haya podido justificar «contramedidas» contra la URSS y que, en el caso de la República Federativa de Yugoslavia, lo que todo el mundo califica de «crisis humanitaria», sin ninguna indicación acerca de la obligación o las obligaciones internacionales violadas, haya podido justificar las contramedidas. Por lo demás, en este último caso el motivo invocado por el Gobierno británico³ es cuando menos

sorprendente, puesto que dice apoyarse en «razones morales y políticas» para justificar la pérdida por Yugoslavia de sus derechos estipulados en el marco de un tratado bilateral. El orador opina, pues, que hay motivo para que la Comisión formule algunas aclaraciones para no dar la impresión, bien de que sigue fielmente una práctica poco sólida, bien de que no se propone indicar muy claramente en qué condiciones es legítimo adoptar contramedidas.

10. Por lo que hace al concepto de crimen, el Sr. Kamto tiene la impresión de que la Comisión a veces juega a meterse miedo, dado que se trata de un concepto muy arraigado en el lenguaje jurídico que emplean algunos de los Estados más importantes de la comunidad internacional para justificar algunos de sus actos. A este respecto, no se puede considerar desdeñable, aunque las opiniones hayan cambiado después, la posición adoptada por el Congreso de los Estados Unidos en 1978. Se trata de un argumento factual, pero hay además otros argumentos que dan a entender que el concepto de crimen internacional ya figura en el arsenal de conceptos jurídicos del ordenamiento jurídico internacional. Así, el hecho de que el propio Relator Especial haya previsto la indemnización punitiva refuerza la idea de que existen infracciones de carácter especial que podrían merecer una calificación particular. Además, crímenes como los de genocidio o de apartheid también son cometidos por Estados o por medio de instituciones o instrumentos del Estado. No se puede, por ejemplo, hablar de crimen de genocidio en Rwanda si no se tiene en cuenta que los medios del Estado han sido puestos al servicio de la comisión de ese crimen. Opina, pues, que si la Comisión, por afán de equilibrio y conciliación pero no por consideraciones de orden jurídico o fáctico, puede prescindir del término «crimen», no puede sin embargo rechazar su contenido. Por otra parte, es posible hacer valer en sentido opuesto la idea de transparencia considerando que, cuando se prueba el crimen del individuo, existe una presunción de crimen de Estado, el punto de partida para remontarse al crimen de Estado. Todas esas razones inducen a pensar que el concepto de crimen existe y que la Comisión debe hacer buen uso de él en el proyecto de artículos.

11. Con respecto al artículo 51, por lo tanto, apoya las propuestas que, con ánimo de avenencia, hizo el Sr. Economides (2651.^a sesión), tendientes a que la Comisión, sin recoger la terminología, trate de explotar lo mejor posible el contenido del artículo 19.

12. En lo concerniente al artículo 50 A, propone que la expresión «a instancias y en nombre de un Estado lesionado» se sustituya por la fórmula «a instancias, en nombre y en lugar de un Estado lesionado», para que un Estado lesionado que haya pedido a otro Estado que adopte contramedidas no pueda reservarse la posibilidad de volver a recurrir él mismo, o más tarde, a las contramedidas. Opina, en efecto, que habría que velar, en relación con las contramedidas multilaterales y por analogía, por que se aplique la regla non bis in idem a fin de evitar una multiplicación de las sanciones con respecto a la misma violación, lo que significaría por otra parte perder de vista el elemento de proporcionalidad que, también en este caso, debe prevalecer.

³ Véase 2650.^a sesión, nota 4.

13. Por último, en especial por los motivos expuestos por el Sr. Momtaz (*ibíd.*), el orador es partidario sin reservas de la supresión del artículo 39, que no añade nada pero podría aumentar la confusión y crear problemas de interpretación.

14. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) desea confirmar lo que indica en la nota del párrafo 399 del informe, esto es, que al mencionar ciertos ejemplos no toma partido ni pretende tampoco que la Comisión tome partido con respecto a si las medidas adoptadas en esas situaciones estaban justificadas. El hecho de citar determinados ejemplos de medidas —contramedidas, medidas de retorsión o de otra índole— no implica juicio alguno en cuanto a su legitimidad. Se trata simplemente de ejemplos de la práctica de los Estados destinados a situar el contexto.

15. El Sr. PELLET saluda el esfuerzo realizado por el Relator Especial quien, cumpliendo su promesa, ha logrado en este período de sesiones concluir el examen del conjunto del proyecto pese a haberse arriesgado a dejar para lo último los aspectos más polémicos, es decir, las contramedidas, los crímenes y las relaciones entre el derecho de la responsabilidad y el derecho de la Carta de las Naciones Unidas. Reconoce, sin embargo, que es preferible que los Estados tengan una última oportunidad para manifestar sus opiniones en la Sexta Comisión y que, para ello, tengan una idea de las soluciones —de transacción o no— a las que se encamina la CDI. Con todo, el Relator Especial quizás hubiera debido empezar por esto y terminar por el análisis de los problemas más técnicos. En cualquier caso, el Comité de Redacción deberá tomarse su tiempo porque no será hasta el próximo período de sesiones, y no en éste, que la Comisión aprobará el proyecto definitivo.

16. En cuanto al fondo, señala ante todo que la cuestión, que estima fundamental y previa, de la relación entre el proyecto de artículos y la Carta de las Naciones Unidas, o, de una manera más general, entre el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados y el derecho del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, ha sido reducida a la porción congrua por el Relator Especial en el artículo 39, que figura en la cuarta parte. El Sr. Pellet no se opone en absoluto a la idea en que se basa este proyecto de artículo, pero no puede por menos de señalar que el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, por una parte, y la Carta, por otra, se sitúan en dos planos diferentes.

17. En definitiva, cabría pensar que la Carta de las Naciones Unidas enuncia normas primarias cuya violación genera, como todo incumplimiento de normas primarias, la responsabilidad del Estado al que esa violación es atribuible, mientras que el proyecto estudiado versa o debería versar sólo sobre normas secundarias, en la inteligencia de que, a la inversa, ello no excluye que los mecanismos de la Carta puedan, en ciertos casos, contribuir a hacer efectiva la responsabilidad. Pero tales supuestos se darían accidentalmente: la función primera de las Naciones Unidas no es velar por la observancia del derecho internacional sino, principalmente y en todos los casos, mantener la paz y la seguridad internacionales. Lo mínimo que cabe decir es que las relaciones entre esos conjuntos de normas son muy complejas, como varios

Estados, y, en particular, el Reino Unido, han subrayado. A diferencia de los dos miembros de la Comisión que han expresado la opinión contraria en esta sesión, no cree que esto sea una razón para eludir el problema. Estima, no obstante, que hay que ser más prudente de lo que ha sido el Relator Especial en la elaboración del proyecto de artículo 39 que, finalmente, es muy restrictivo y que distinga entre esos dos conjuntos de normas sólo desde un punto de vista muy particular, el de la jerarquía de las normas, cuando esto, como ha señalado el Sr. Tomka, sólo tendría interés si finalmente se diera al proyecto de artículos la forma de un tratado, lo que, a juicio del Sr. Pellet, parece totalmente inútil.

18. El artículo 39 es una disposición restrictiva desde un doble punto de vista. Por una parte, la cláusula de reserva está limitada a las «consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito», y el orador no entiende por qué: la Carta de las Naciones Unidas también puede tener, y seguramente tiene, efectos sobre el nacimiento del hecho internacionalmente ilícito a través, por ejemplo, de la creación de obligaciones emanadas de la aprobación de resoluciones por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad u otros órganos de las Naciones Unidas. Por otra parte, la cláusula está limitada al Artículo 103 de la Carta, y tampoco comprende por qué. En la Convención de Viena de 1969, esa limitación, establecida en el párrafo 1 del artículo 30, tenía razón de ser puesto que el Artículo 103 de la Carta, como por lo demás otras disposiciones comparables de instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, versa sobre la jerarquía de los tratados entre ellos: la Carta es un tratado y la Convención es otro tratado. Pero esto no se aplica en el presente caso. ¿Por qué el Artículo 103 de la Carta y no otro artículo? Lo importante es que el derecho de la responsabilidad, por una parte, y el derecho de la Carta, por otra, se sitúan en dos planos completamente diferentes, y bastaba con decirlo simplemente redactando el artículo 39 de la manera siguiente: «El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas». Sería peligroso limitarse a mencionar el Artículo 103, puesto que existen riesgos de incompatibilidad en otros aspectos.

19. Siempre en lo que concierne a la cuarta parte, el Sr. Pellet aprueba los artículos A y B propuestos por el Relator Especial. En cambio, no comparte su opinión en lo que se refiere a la protección diplomática. Le parece necesario, en efecto, incluir en el proyecto de artículos una disposición que especifique que ese proyecto no trata de la protección diplomática. Ello permitiría simplificar considerablemente los trabajos de la Comisión cada vez que, en disposiciones discutibles, el Relator Especial u otros miembros tratan de llevar a la Comisión al terreno de los perjuicios causados a entidades no estatales, perjuicios mediatos. En esos casos se aplica el derecho de la protección diplomática. Esta cláusula «sin perjuicio» en materia de protección diplomática debería figurar en la segunda parte del proyecto de artículos.

20. Por último, el orador aprueba el artículo 37 propuesto por el Relator Especial, con una sola reserva: el adverbio «exclusivamente» no le parece apropiado. En realidad, puede muy bien ocurrir que otras normas de derecho internacional sean aplicables parcialmente a un comportamiento ilícito determinado, pero que, en lo que

se refiere al resto, se aplique el derecho de la responsabilidad. Además, ese adverbio no es compatible en este caso con la expresión utilizada antes en el texto del proyecto de artículo 37, «en los casos y en la medida en que», por lo que desearía que se suprimiera.

21. Pasando al capítulo III de la segunda parte, es decir, al artículo 51 y, en primer lugar, a la cuestión de los crímenes, el Sr. Pellet vuelve a afirmar que es partidario del concepto de crimen internacional del Estado, al igual, por lo demás, que otros miembros de la Comisión. Cree que el término «crimen» es perfectamente adecuado para designar las violaciones especialmente graves de obligaciones internacionales de importancia esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto o tal vez las violaciones especialmente graves de normas de *jus cogens*. Cree asimismo que ese término no tiene en derecho internacional la connotación penal que tiene en derecho interno. Cree, por último, que ese término es apropiado precisamente por las razones que alegó el Sr. Kabatsi (2651.^a sesión) para rechazarlo: arroja cierto oprobio sobre el Estado culpable y con toda la razón. Un Estado genocida es un Estado criminal; no es embarazoso afirmarlo aun cuando las consecuencias de esa calificación no sean consecuencias de tipo penal. Dicho esto, advierte con satisfacción que, en realidad, el Relator Especial se ha «convertido al crimen», siguiendo más o menos el mismo itinerario que su predecesor, el Sr. Arangio-Ruiz. Tanto uno como otro empezaron por proclamar lisa y llanamente su oposición al concepto de crimen configurado teóricamente en el artículo 19. Después, tanto uno como otro han llegado a reconocer que respondía a una necesidad absoluta por un motivo simple y evidente: es imposible tratar del mismo modo, por una parte, el crimen de genocidio, crimen que puede ser cometido por un Estado, y, por otra, la deplorable pero, en último término, banal violación de un tratado de comercio, bilateral o multilateral, un «delito» en el sentido del artículo 19, y ciertamente no lamentará que se suprima el término «crimen».

22. La diferencia entre el anterior Relator Especial y el actual estriba en que éste se precia de su conversión con más prudencia. A sabiendas de que no logrará ni el consenso en la CDI ni la aprobación de la mayoría de los grandes Estados occidentales que tratan de imponer su ley a la Sexta Comisión, y a menudo lo consiguen, sacrifica alegremente el término «crimen» pero conserva su sustancia, llegando incluso a mejorar el régimen jurídico de lo que el proyecto de artículos denominaba «crimen» y que se convierte ahora en un concepto innominado, salvo mediante una perífrasis tanto laboriosa y no completamente exacta: «violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto». Esta fórmula no es totalmente exacta porque no basta que una obligación exista en relación «con la comunidad internacional en su conjunto» para que se apliquen las normas enunciadas en el capítulo III. Hay que especificar, o habría que hacerlo, puesto que esto es lo que falta en el proyecto, que esas obligaciones deben ser consideradas esenciales por esa misma «comunidad internacional en su conjunto», según el mismo esquema que se aplica a la determinación del *jus cogens*. También sería preciso que la norma considerada amparase los intereses fundamentales de la comunidad internacional y no cualquier interés. Ahora bien, esta idea se encuentra mucho

mejor enunciada en el párrafo 2 del artículo 19 aprobado en primera lectura que en la fórmula bastante evanescente y, en última instancia, mucho más amplia que se propone. En realidad, advierte que el Relator Especial amplía considerablemente un concepto que, por su parte, estimó siempre necesario, pero que también estima no menos necesario circunscribir a las violaciones de obligaciones realmente fundamentales. Advierte por lo demás que el Relator Especial insiste con razón en el hecho de que la violación debe ser grave. A este respecto, no le gusta mucho el adjetivo «flagrante», que remite a una cuestión de prueba.

23. Mediante la combinación del texto aprobado en primera lectura y el nuevo texto propuesto debería ser posible llegar a una solución muy satisfactoria consistente, como han propuesto otros miembros de la Comisión, en separar el párrafo 1 del nuevo artículo 51 y convertirlo en un artículo distinto, que figuraría al comienzo del capítulo III y probablemente no en la primera parte. Sobre este punto, conviene con el Relator Especial en que la definición de crimen sólo es útil para deducir las consecuencias particulares que de ella se derivan: basta con que figure en dicho capítulo. Este artículo debería redactarse aproximadamente como propuso el Sr. Economides (*ibíd.*), pero con un importante matiz. El orador se opone enérgicamente a que se recojan en el texto mismo del artículo los ejemplos de párrafo 3 del artículo 19, ya que los ejemplos no tienen razón de ser en un texto de codificación. Lo más simple y lo más satisfactorio sería utilizar una fórmula del género: «El presente capítulo se aplica a los crímenes internacionales del Estado», y dar después la definición de esos crímenes. Si verdaderamente se quiere abandonar el término «crimen», a pesar de haberse convertido en un término consagrado desde hace un cuarto de siglo, sería posible recurrir a una fórmula como: «El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad generada por una violación grave por el Estado de una obligación internacional reconocida por la comunidad internacional como esencial para la salvaguardia de sus intereses fundamentales», o, simplificando, «...de una obligación esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional», o incluso «...de las normas imperativas de derecho internacional general». Se trata de problemas de redacción, que no por ello son menos fundamentales. Sea como sea, teme que con la fórmula vaga propuesta por el Relator Especial la Comisión acabe por aplicar un régimen de responsabilidad agravada a hechos internacionalmente ilícitos que no suponen tanta agitación. El enunciado del artículo 19 era más preciso pero, paradójicamente, más prudente.

24. Abordando seguidamente la cuestión de las consecuencias, declara en primer lugar que no lamenta la desaparición del artículo 41, que era redundante. En segundo lugar, no es hostil a la idea de que los crímenes pueden generar la obligación de indemnización agravada, aunque se había opuesto vigorosamente a ella con ocasión del examen del artículo 45. Sin embargo, no cree indispensable emplear el adjetivo «punitiva» cuya connotación penal es inútilmente provocadora. A su parecer bastaría con utilizar la segunda expresión que figura entre corchetes en el párrafo 2 del artículo 51, esto es, «una indemnización en función de la gravedad de la violación». Hace observar, por otra parte, que, en la versión francesa en

todo caso, y sin duda también en la inglesa, la frase queda coja: no se puede decir que la violación «entrañará [...] una indemnización»; si acaso entrañará la obligación de pagar una indemnización de daños y perjuicios. Se trata sólo de un problema de redacción, pero que termina en un problema un poco más grave. No cree, en efecto, que esa indemnización agravada sea ineluctable y exigible en todos los casos: en el de los crímenes, cabe esa posibilidad (que está totalmente excluida en relación con las demás violaciones) si es necesaria para la reparación íntegra. En el presente caso, considera un poco chocante que la indemnización agravada se mencione enseguida, desde el párrafo 2, y opina que sería más acertado trasladar el comienzo del párrafo 2 al nuevo artículo que se redacte basándose en el párrafo 1, e incluir la posibilidad de una eventual indemnización agravada al final del artículo 51 o en un artículo separado.

25. Sin perjuicio de profundizar más esta cuestión, el orador, a diferencia de otros miembros, estima que el párrafo 3 y sus tres apartados son aceptables en la forma propuesta. En cambio, se opone enérgicamente al párrafo 4, o más exactamente a la calificación de «penales o de otra índole» de las demás consecuencias posibles. Aceptaría una cláusula de salvaguardia en la que se indicara que podrían darse otras consecuencias, pero en ningún caso aceptaría la idea de que se trate de consecuencias penales. Señala, a este respecto, que el Relator Especial ha examinado detenidamente la cuestión de las multas coercitivas prevista en el artículo 228 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (numeración revisada con arreglo al Tratado de Amsterdam). Duda mucho, por su parte, que esas multas coercitivas tengan un carácter verdaderamente penal. Después, y sobre todo, como además reconoce el Relator Especial mismo, en cualquier caso no existe nada semejante en derecho internacional: no se imponen sanciones penales a los Estados, por lo menos en el marco del derecho de la responsabilidad internacional. Si Estados criminales como la Alemania nazi o el Iraq agresor de un Estado soberano han sido «sancionados», no lo han sido en el marco del derecho de la responsabilidad internacional sino en el del «derecho de la guerra» o del «derecho de la Carta de las Naciones Unidas». El artículo 39, a condición de que esté bien redactado, basta o debería bastar. En el estado actual de desarrollo del derecho internacional general no existe una responsabilidad penal del Estado, y el enunciado del párrafo 4 del artículo 51 es muy peligroso puesto que da a entender lo contrario. Si, como dice en el párrafo 411 del informe que quiere hacer el Relator Especial, hay que dejar margen para la evolución posterior, basta con indicar que los párrafos 2 y 3 se entienden sin perjuicio de las demás consecuencias, sin otro calificativo, que la violación genera en derecho internacional. Así se dejan todas las posibilidades abiertas para el futuro. Por ahora, y sin duda durante mucho tiempo todavía, la responsabilidad internacional del Estado no es penal y el enunciado del párrafo 4 es, por ello, peligrosamente engañoso.

26. Es cierto que ese párrafo 4 se podría leer de otra manera y considerarse que esas eventuales consecuencias penales constituyen consecuencias, no para el Estado mismo, sino para los individuos por medio de los cuales actúa el Estado. Entonces podría estar de acuerdo, ya que sigue creyendo que una de las consecuencias principales del concepto de crimen internacional del Estado (o de

violación grave por un Estado de una obligación internacional reconocida por la comunidad internacional como esencial para la salvaguardia de sus intereses fundamentales) es que, en ese supuesto, el Estado se hace transparente. A este respecto, se adhiere a lo que el Sr. Gaja ha dicho (2650.ª sesión): ello significa que los dirigentes del Estado no pueden seguir amparándose en su inmunidad y que pueden ser tenidos directa y personalmente por responsables de los hechos ilícitos que han cometido o que han hecho cometer en nombre del Estado. La pantalla estatal desaparece, porque se trata de esas violaciones muy especiales que constituyen los crímenes. Pero esta idea, que es sumamente importante y que es una consecuencia de una «violación grave...» que cobra rápidamente terreno, se debería enunciar expresamente mediante una fórmula de esta índole: «Esta violación entrañará la responsabilidad internacional de los agentes del Estado autores del hecho internacionalmente ilícito». Al Sr. Pellet le agrada mucho esta idea, que se sitúa en el corazón del debate, y estaría dispuesto a pedir que se vote sobre su inclusión.

27. El capítulo III presenta otras dos lagunas. La primera concierne al ejercicio de una *actio popularis* como resultado de la comisión de un crimen, en el sentido de la célebre observación incidental de la CIJ en el asunto Barcelona Traction, en la que se retractó de la posición adoptada cuatro años antes en los asuntos Sud-Ouest africano. Evidentemente, la comisión de un crimen o de una «violación grave...» no puede constituir en sí una fuente de competencia autónoma para las jurisdicciones y los tribunales internacionales, y el proyecto estudiado no versa sobre la competencia de los tribunales. Pero si tal competencia existe, la perpetración de un crimen confiere a todos los miembros de la comunidad internacional un interés suficiente para actuar y hay que precisarlo en el proyecto. La segunda laguna concierne a un problema que la Comisión ha debatido ya largamente en relación con los artículos 43 a 45 aprobados en primera lectura. La existencia de un crimen tiene consecuencias respecto de la elección del modo de reparación. En particular, el Estado directamente lesionado no puede en este caso renunciar a la restitución *in integrum* y sustituirla por una indemnización, ya que, de ese modo, realizaría un acto de disposición respecto de unos derechos que no le pertenecen de manera exclusiva sino que pertenecen a la comunidad internacional en su conjunto. Además, y sobre todo, el Estado lesionado no puede, por el mismo motivo, renunciar a la reparación, mientras que podría perfectamente hacerlo en el caso de una simple violación. Se trata de una consecuencia fundamental, que el proyecto de artículos no debe pasar por alto. Suponiendo, por ejemplo, que un Estado víctima de una agresión pierda la mitad de su territorio, parece totalmente impensable que pueda pedir a la comunidad internacional que renuncie a toda acción. La norma que prohíbe la agresión es una norma que protege los intereses de la comunidad internacional en su conjunto.

28. Por lo que respecta a la cuestión de las contramedidas, el orador lamenta que sea tratada en dos artículos separados, los artículos 50 A y 50 B. El Relator Especial despliega buenas dosis de ingenio para vencer de que se trata de dos supuestos distintos, pero él mismo continúa persuadido de que la distinción es bastante marginal y de que, en lo esencial, sigue siendo bastante artificial.

El punto de partida común y fundamental es que la violación versa sobre una norma de importancia esencial que interesa a la comunidad internacional en su conjunto, lo cual explica y justifica el derecho de reacción que corresponde a todos los Estados miembros de esa comunidad. Entonces, haya o no un Estado especialmente lesionado, el derecho de reacción es el mismo. Los demás Estados no intervienen a tenor del artículo 50 A «en nombre de» un Estado lesionado, sino que siempre intervienen como miembros de la comunidad internacional cuyos intereses han sido amenazados. Añade que no le convence el ejemplo del asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, sobre el que el Relator Especial insiste largamente en el párrafo 400 del informe; lo que estaba en juego no era el derecho de la Carta de las Naciones Unidas propiamente dicho, debido a la reserva de los Estados Unidos, sino el «derecho del mantenimiento de la paz», que es claramente distinto del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Esa comparación que trata de establecer el Relator Especial basándose nuevamente en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* parece muy artificial. El orador no cree que se trate del derecho de la responsabilidad de los Estados. Por todos esos motivos, duda muy seriamente de que una disposición como el artículo 50 A esté bien fundada, al menos como supuesto totalmente distinto del enunciado en el artículo 50 B.

29. En cambio, el orador no desconoce que las modalidades, o más exactamente el objeto de esas reacciones son diferentes según que el Estado sea o no un Estado directamente lesionado, en el sentido de que sólo el Estado o los Estados particularmente lesionados pueden obtener reparación, de conformidad con la segunda parte del proyecto de artículos, por sí mismos. Pero esto no ocurre más que en una segunda etapa. Antes de todo, el Estado lesionado reacciona en calidad de miembro de la comunidad internacional cuyos intereses resultan amenazados. Es sólo en una segunda etapa, si ha sufrido un perjuicio individualizable personal, que tiene derecho a exigir todas las consecuencias enunciadas en el capítulo II del proyecto de artículos. Opina que los artículos 50 A y 50 B contienen los elementos esenciales que hay que tomar en consideración, pero que no están presentados en la forma correcta. Habría que partir ante todo de la idea de que, en un supuesto de este género, todos los Estados están facultados para reaccionar; en segundo lugar, puntualizar que pueden hacerlo, naturalmente, dentro de los límites establecidos con carácter general para que las contramedidas sean lícitas, habida cuenta del principio de proporcionalidad global, es decir, que cuanto más especialmente grave es la violación, más elevado puede ser el umbral de reacción; en tercer lugar, indicar que esas reacciones pueden, en todos los casos, tener por objeto la cesación de la violación, las garantías de no repetición (a las que habría que mencionar) y la reparación en interés de las víctimas y no de los Estados víctima; en cuarto y último lugar indicar, bien al final de un artículo único, bien en un artículo separado, que además el Estado directamente lesionado, tal como se define en el proyecto de artículos, puede pretender directa y personalmente obtener reparación en el sentido de la segunda parte del proyecto de artículos. De este modo, el proyecto que aprobase la Comisión en segunda lectura representaría un gran progreso con respecto al proyecto actual, se conser-

ve o no el término «crimen». Qué importa en definitiva el término a condición de que se conserve la sustancia. Aun cuando el proyecto propuesto por el Relator Especial dista de ser perfecto, delimita las consecuencias del crimen un poco mejor que el proyecto aprobado en primera lectura; y si el Relator Especial sigue haciendo muestra de la misma amplitud de miras, el Comité de Redacción todavía podrá mejorar el texto considerablemente.

30. Por consiguiente, apoya la remisión al Comité de Redacción de los proyectos de artículo examinados, así como de los proyectos de artículo que faltan, a los que se ha referido brevemente. Habría podido, en efecto, detenerse mucho más tiempo a examinar esos aspectos, cuya importancia justifica un debate más a fondo que el celebrado hasta ahora.

31. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la relación a que se refiere el artículo 50 A es totalmente diferente de la prevista en el artículo 50 B. Se trata del supuesto en que la obligación violada existe en relación con un grupo de Estados y en el que un Estado de ese grupo resulta lesionado específicamente. Los demás Estados con derecho a invocar esa obligación pueden adoptar contramedidas colectivas en nombre de ese Estado lesionado y en la medida en que ese Estado esté de acuerdo. El artículo 50 A no concierne a las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. Si se aceptase la interpretación del Sr. Pellet, se podría suprimir el artículo 50 A y habría que considerar que las únicas situaciones en que un Estado que no sea el Estado lesionado en el sentido del párrafo 1 del artículo 40 bis puede adoptar contramedidas son aquellas a que se refiere el capítulo III.

32. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que la muy densa exposición del Sr. Pellet requiere tres observaciones. Ante todo, parece haber contradicción entre el hecho de generar una reacción colectiva en nombre de la comunidad internacional en su conjunto y el hecho de exigir reparación en nombre de las víctimas. En segundo lugar, esta demanda de reparación en nombre de las víctimas se parece mucho a una forma de protección diplomática que ejercería la comunidad internacional en su conjunto. Finalmente, y quizá esto sea lo más importante, el concepto de reacción organizada de la comunidad internacional en su conjunto parece remitir a las contramedidas. Por otra parte, hay que preguntarse si el interés de la comunidad internacional en su conjunto es un concepto que ha sido definido de una vez para siempre. Cuando un Estado u otra entidad hace valer el interés de la comunidad internacional, puede ser legítimo pedirle que pruebe su pretensión. Podría ser necesario, pues, el arbitraje de un tercero, y, por consiguiente, el problema del establecimiento de un mecanismo de solución de controversias parece que se plantea en la esfera de las violaciones graves con la misma intensidad que en la de las contramedidas.

33. El Sr. PELLET dice, en respuesta al Relator Especial, que si efectivamente el artículo 50 A versa sobre un supuesto distinto, hay que incluirlo en el capítulo II, relativo a las contramedidas. Por el contrario, el artículo 50 B está en el lugar que le corresponde en el capítulo III.

34. En lo que concierne a las observaciones del Sr. Pambou-Tchivounda, las contramedidas colectivas están sujetas, por supuesto, a todos los límites definidos para las contramedidas en general en el capítulo II. A este respecto, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad no puede justificar en ningún caso el recurso a la fuerza armada.

35. Por otra parte, en lo que se refiere a las víctimas directas de una violación grave de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, como el genocidio, no sería inimaginable, por ejemplo en el caso de Rwanda, que la comunidad internacional pudiera exigir del Gobierno rwandés una reparación por las víctimas y que los Estados pudieran hacerlo individualmente ante la CIJ, de haber un nexo de competencia. En cuanto al problema de la determinación de la existencia del crimen, se debería incluir en el proyecto una disposición análoga al artículo 66 de la Convención de Viena de 1969. La Comisión no ha desechado nunca esa solución, sino que incluso ha dicho que volvería a examinarla y podría muy bien hacerlo en el próximo período de sesiones.

36. El Sr. GOCO dice que, si no todos los Estados reaccionan ante las violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, generalmente esas violaciones son puestas en conocimiento de las Naciones Unidas, que aprueban resoluciones, y está implícito que lo hacen en nombre de los Estados miembros de la comunidad internacional. No es necesario que los Estados reaccionen individualmente.

37. El Sr. ECONOMIDES advierte que el Sr. Pellet ha dado a los artículos 50 A y 50 B una interpretación que no ha sido aceptada por el Relator Especial, por lo que desearía obtener algunas aclaraciones a este respecto. Por su parte, interpreta el artículo 50 A como una disposición que se aplica tanto a las violaciones graves como a las violaciones simplemente multilaterales en razón de las cuales un Estado resulta directamente lesionado. En caso de violaciones graves, los demás Estados pueden reaccionar, pero en nombre y a petición del Estado lesionado; es ese Estado el que desencadena la reacción. El artículo 50 B, por el contrario, sólo versa sobre las violaciones graves, no hay un Estado directamente lesionado y todos los Estados pueden reaccionar en nombre propio. Pregunta al Relator Especial si es así que hay que interpretar esas dos disposiciones.

38. El Sr. SIMMA, planteando una cuestión de orden, señala que, a petición del Presidente, la Comisión había decidido, teniendo en cuenta el escaso tiempo disponible, no iniciar un debate sobre las declaraciones de los miembros. Pregunta al Presidente si la Comisión ha decidido abandonar esa manera de proceder.

39. El PRESIDENTE no quiere impedir que los miembros intervengan, pero espera que tendrán en cuenta la necesidad de mostrarse disciplinados.

40. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la interpretación del Sr. Economides es la acertada: el artículo 50 A versa sobre las contramedidas adoptadas en nombre de un Estado lesionado en los casos en que tanto el Estado que las adopta como el Estado lesionado tienen un interés común en la observancia de una obligación. El artículo 50 B se refiere a las obligaciones para con la

comunidad internacional en su conjunto y se limita a las violaciones graves; no se aplica más que cuando no hay Estado lesionado en el sentido del párrafo 1 del artículo 40 bis. Los dos artículos coinciden en parte ya que, evidentemente, si la obligación violada es para con la comunidad internacional en su conjunto y si hay un Estado lesionado, se aplicará el artículo 50 A. En tal supuesto, quien decide es el Estado lesionado. Así, en el caso de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq, había violación de una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto y Kuwait era un Estado lesionado en el sentido del párrafo 1 del artículo 40 bis; incumbía, pues, a este Estado decidir las contramedidas. Cabe considerar que en un caso de esta índole el artículo 50 B tiene primacía sobre el artículo 50 A, lo cual puede ser discutido, pero está claro que este último artículo tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio.

41. En cuanto al lugar que deben ocupar esas dos disposiciones, el Relator Especial indica que, cuando propone un artículo que reemplaza un artículo ya existente, le atribuye el mismo número que llevaba este último; esto puede dar lugar a confusión, pero al haberse reestructurado el proyecto, no prejuzga en absoluto en qué parte del proyecto se incluirá finalmente.

42. El Sr. ADDO dice que el Relator Especial ha llevado a cabo un trabajo admirable para intentar resolver los problemas que planteaban los crímenes de Estado y las obligaciones erga omnes. Si se tiene en cuenta que el propio Relator Especial, al igual que el Sr. Addo, era contrario a la inclusión del concepto de crimen, las propuestas que presenta en el capítulo IV de su informe son dignas de encomio. Constituyen una respuesta a las necesidades actuales de la comunidad internacional, que por lo demás no ha sido definida nunca pero cuya existencia se da por hecha, más bien que una codificación de normas derivadas de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados. Como señala el Relator Especial, a pesar del amplio debate a que han dado lugar el artículo 19 y el concepto de crímenes internacionales de los Estados, la práctica en esta esfera es casi inexistente.

43. Aprueba el método adoptado en el capítulo IV del informe. En él se proponen soluciones de transacción que deberían satisfacer tanto a quienes desean vivamente que se conserve el concepto de crimen de Estado como los que se oponen a ello. A su juicio, no es necesario incluir a toda costa una referencia a los crímenes en el proyecto de artículos, con el riesgo de suscitar largos debates inútiles, puesto que se ha conservado el concepto mismo.

44. Una característica de los crímenes internacionales de los Estados es que todos los Estados miembros de la comunidad internacional, aunque no sean Estados directamente lesionados por la violación, tienen derecho a exigir que se ponga fin a ella mediante la adopción de contramedidas, y esto es lo que prevén los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial. Otra característica es la obligación de los Estados de no tolerar la violación y de no reconocer como lícita la situación creada. También es lo que propone el Relator Especial. En conjunto, el capítulo III del proyecto propuesto por el Relator Especial debería ser aprobado y remitido al Comité de Redacción. No obstante, se debería suprimir el apartado c del párrafo 3 y el párrafo 4 del artículo 51. Estas disposiciones no parecen necesarias y son incluso superfluas.

45. Por último, aprueba las disposiciones generales propuestas por el Relator Especial en la cuarta parte.

46. El Sr. OPERTTI BADAN se muestra receptivo a los argumentos expuestos durante la sesión plenaria, en especial los del Sr. Pellet, que, a su juicio, son dignos de ser leídos muy atentamente. En relación con el párrafo 369 del informe, comprueba que el Relator Especial ha cumplido su mandato, puesto que no ha hecho más que obedecer a los deseos de la Comisión y que, al eliminar el antiguo artículo 19, no ha abandonado los intereses jurídicos que éste amparaba; se ha limitado a suprimir el texto pero no el contenido.

47. El Relator Especial ha dicho que el papel del derecho general de la responsabilidad de los Estados era secundario en el campo de las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. Pero ese papel existe indudablemente y constituye el fondo mismo de la cuestión que hay que plantearse: ¿hasta qué punto los intereses de la comunidad internacional pertenecen a la esfera de la responsabilidad de los Estados y hasta qué punto corresponden al sistema de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales? Existe entre ambas materias una divisoria que conviene delimitar con claridad.

48. De los trabajos de la Comisión se desprende que es difícil aceptar el concepto de contramedidas individuales, a diferencia del de contramedidas colectivas, porque es difícil legitimar el comportamiento del Estado lesionado frente al Estado responsable, de evaluar su proporcionalidad y de determinar todas las consecuencias que de él emanan. El presente debate ha puesto de manifiesto un aspecto que no se puede pasar por alto: cuando los intereses jurídicos protegidos por toda la comunidad internacional son atacados, hay una especie de delegación de competencias en determinados Estados para que, en el marco de alianzas especiales, defiendan los valores de esa comunidad, fuera de los mecanismos institucionales de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Se pregunta si así salen reforzados esos mecanismos institucionales. ¿No se trata más bien de una manera de legitimar comportamientos, no sólo individuales sino también colectivos o parcialmente colectivos, en nombre de la comunidad internacional, concepto mal definido y generalmente englobado en el de organización internacional, aunque se trate de dos cosas diferentes?

49. Se imponen algunas aclaraciones. Las contramedidas colectivas están concebidas sólo como una solución que suple la inacción de las organizaciones internacionales competentes. Así como las contramedidas individuales constituyen una excepción al normal funcionamiento del derecho internacional, las medidas colectivas que se prevén sólo entrarían en funcionamiento cuando los mecanismos normales no pudieran hacerlo. Esas contramedidas colectivas, adoptadas en nombre de la solidaridad internacional, deben dejar la posibilidad de recurrir a los mecanismos institucionales. Esto es algo que habría que expresar en el texto, porque de lo contrario se daría entre las dos esferas un divorcio difícil de aceptar.

50. La cuestión de la proporcionalidad también se plantea en el plano de las medidas colectivas. Pero es más difícil de evaluar cuando el interés jurídico que hay que proteger es universal y que, por lo tanto, intervienen

varios actores para defenderlo. Así, conviene con el Sr. Pellet en afirmar que uno de los problemas del artículo 19 era la utilización de ejemplos de algunos intereses jurídicos: el medio ambiente, la proscripción del genocidio, etc. Pero, a su parecer, no hay que abandonar la idea de que esos valores no son ejemplos sino la sustancia misma del artículo.

51. También en lo que se refiere a la cuestión de la reparación, se declara de acuerdo con el Sr. Pellet. La reparación no debe considerarse como la contrapartida de una acción colectiva represiva sino como un medio de prestar reparación a la víctima, que en este caso es la comunidad internacional, concebida como un valor y no como un sujeto activo.

52. El Relator Especial ha dicho que la práctica no permite deducir conclusiones claras acerca de la existencia de un derecho de los Estados a recurrir a las contramedidas colectivas. Nos encontramos, pues, ante unos proyectos de artículo cuyo propio autor dice que tienen un fundamento incierto. Dicho de otro modo, la Comisión hace una labor de desarrollo progresivo pero sin poder apoyarse en una práctica arraigada. Concluye, a la luz de su experiencia política, que el tipo de normas que resulte de esa labor será muy difícil de aceptar. Será muy difícil que los órganos legislativos de los Estados admitan una delegación de competencias en un grupo de países que actuaría fuera del marco institucional para defender bienes comunes universales.

53. En el párrafo 411 del informe, el Relator Especial se refiere a una evolución posterior, acerca de la cual el orador se declara muy pesimista. La labor de reforma de la Carta de las Naciones Unidas pone de manifiesto lo difícil que resulta reorganizar la vida internacional instituyendo un nuevo equilibrio entre las relaciones jurídicas y las relaciones de poder. Su experiencia como Presidente de la Asamblea General durante un año no le lleva a pensar que la reforma del Consejo de Seguridad llegue a buen fin. Por consiguiente, si no es posible elaborar un sistema político para proteger la integridad de los Estados y los intereses jurídicos de la comunidad internacional, se trataría de intentarlo por medio del derecho de la responsabilidad de los Estados, pero cabe preguntarse si es el método adecuado.

54. El Sr. GALICKI dice que el capítulo III de la segunda parte del proyecto de artículos, que con el título «Violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto» propone el Relator Especial, es en realidad una solución de transacción que resulta necesaria a causa de los graves problemas a que ha tenido que hacer frente la Comisión en su 50.º período de sesiones cuando examinó la distinción entre crímenes internacionales y delitos internacionales propuesta en el proyecto de artículo 19. Al no haberse podido encontrar ninguna solución satisfactoria, el Relator Especial propone ahora una fragmentación sui generis del problema desarrollando en los proyectos de artículos conceptos clave como los de obligaciones erga omnes, de normas imperativas del derecho internacional general y, finalmente, de violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. El planteamiento general adoptado por el Relator Especial para evitar

tener que desarrollar directamente el concepto de crimen internacional por cuanto éste corresponde en realidad a las normas primarias, parece aceptable. En vez de emplear la controvertida expresión «crímenes internacionales» y de intentar atribuirle un significado más o menos amplio, parece mucho más útil concentrarse, en el proyecto de artículos examinado, en las consecuencias que pueden derivarse de las violaciones graves de obligaciones internacionales.

55. No obstante, el capítulo III propuesto da pie a algunas críticas de forma y de fondo. En primer lugar, la expresión «violaciones graves», que figura en el título del capítulo, es diferente de la fórmula utilizada en el párrafo 1 del artículo 51, a saber «violación grave y manifiesta». El empleo de términos tan generales exigiría una definición más detallada como, por ejemplo, la que figura en los artículos 46 y 60 de la Convención de Viena de 1969.

56. En segundo lugar, aunque el único artículo del nuevo capítulo III, el artículo 51, lleve por título «Consecuencias de las violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto», en el texto del artículo esas consecuencias se limitan prácticamente a las obligaciones del Estado autor del hecho ilícito o de todos los demás Estados. El silencio del texto sobre las demás consecuencias posibles, en particular las relacionadas con los derechos de «los demás Estados», no puede justificarse mediante la cláusula general de «salvaguardia» que figura en el párrafo 4 del artículo 51. Aunque el artículo 50 B sobre las contramedidas en caso de violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto se haya incluido acertadamente en el capítulo II de la segunda parte, parece que una consecuencia tan importante de las violaciones graves como las contramedidas se debería mencionar, por lo menos, en el capítulo III de la segunda parte. Este capítulo da la impresión en general de ser demasiado limitado y desequilibrado con respecto a los demás capítulos del proyecto de artículos.

57. Los artículos 50 A y 50 B que propone el Relator Especial tienen por objeto completar las series de disposiciones relativas a las contramedidas que figuran en el capítulo II de la segunda parte bis. Parece, sin embargo, que subsisten aún algunas lagunas, como la que constituye la falta de posibilidad formal de que otro Estado perteneciente a un grupo de Estados respecto de los cuales se había contraído la violación violada adopte contramedidas a petición y en nombre del Estado lesionado (como prevé el párrafo 1 del artículo 40 bis).

58. Por lo que se refiere al párrafo 1 del artículo 50 B, parece que el objeto de las contramedidas debería ser, no sólo obtener la cesación de la violación, sino también obtener seguridades y garantías apropiadas de no repetición. En cuanto a la reparación, el término «víctimas», que remite al derecho penal, debería evitarse y sustituirse, por ejemplo, por «las personas afectadas por la violación».

59. Asimismo, la expresión «contramedidas colectivas», empleada por el Relator Especial en el texto de su informe, se podría reemplazar por «contramedidas multi-

laterales», que ofrece la ventaja de no sugerir una forma de reacción institucionalizada u organizada.

60. En el párrafo 391 de su informe, el Relator Especial da una serie de ejemplos de reacciones de Estados a violaciones de obligaciones erga omnes, en los que recuerda, entre otras cosas, que en 1980, cuando el Gobierno polaco impuso la ley marcial y adoptó después medidas en violación de derechos humanos fundamentales, las contramedidas adoptadas por los Estados Unidos abarcan la suspensión inmediata de los derechos de aterrizaje en los Estados Unidos de la línea aérea polaca Lot, derechos de que gozaba esa compañía en virtud de un acuerdo bilateral. Polonia solicitó un arbitraje basado en dicho acuerdo, que entretanto se ha extinguido. Los Estados Unidos aceptaron, y ello habría podido dar a lugar a un asunto interesante durante el cual la cuestión de la licitud de las contramedidas en una situación de esa índole sin duda se habría planteado. Sin embargo, no ha sido así, puesto que tras un largo procedimiento para constituir el tribunal arbitral, Polonia renunció, y finalmente ha celebrado con los Estados Unidos un nuevo acuerdo bilateral relativo a los servicios aéreos⁴.

61. El Relator Especial propone por último disposiciones destinadas a ser incluidas en la cuarta parte del proyecto de artículos, titulada «Disposiciones generales». En opinión del Sr. Galicki, ese título no corresponde al contenido de esa parte, y puesto que se trata en la mayoría de los casos de cláusulas de salvaguardia, dicha parte se podría titular «Disposiciones finales» o «Cláusulas finales». Si la Comisión decide dar a los resultados finales de los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados la forma de un tratado, habrá que añadir al proyecto algunas disposiciones, por ejemplo, en lo que concierne a la irretroactividad. Por otra parte, en este caso, el artículo 39 sería inútil, puesto que no hace más que recoger la prioridad entre las diversas obligaciones que ya se derivan del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

62. El Sr. Galicki felicita al Relator Especial por haber logrado concluir la elaboración del proyecto de artículos sobre la responsabilidad y se declara persuadido de que los proyectos de artículo que propone deberían remitirse lo antes posible al Comité de Redacción.

63. El Sr. CANDIOTI estima que los proyectos de artículo presentados por el Relator Especial permiten avanzar en lo que se refiere a la cuestión de los «crímenes internacionales» de los Estados. Sea cual sea la decisión que finalmente se adopte en relación con la terminología «penalista» utilizada en el proyecto de artículos aprobado en primera lectura, lo esencial es que, en la reelaboración efectuada por el Relator Especial, queda plenamente reconocida la existencia de una categoría de violaciones particularmente graves por parte de un Estado de sus obligaciones fundamentales hacia el conjunto de la comunidad internacional y queda asimismo claramente aceptado que para esta categoría de violaciones deben aplicarse normas particulares en cuanto a las consecuencias de la responsabilidad.

⁴ Véase el Acuerdo sobre transporte aéreo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Popular de Polonia, firmado el 19 de julio de 1972 [United States Treaties and Other International Agreements, vol. 23, parte 4 (1972), pág. 4269].

64. Esta categoría de violaciones, pues, está constituida por el incumplimiento de obligaciones generalmente reconocidas como obligaciones de alcance universal y contenido intangible, en cuya observancia todos los Estados tienen un interés jurídico, aunque no se vean directamente lesionados por su infracción. Esas obligaciones son, por ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza, el genocidio, la esclavitud o el respeto de los derechos humanos fundamentales y el derecho humanitario. En esta materia, la Comisión debe avanzar con prudencia, teniendo en cuenta el desarrollo y los límites estructurales actuales de la comunidad internacional. Como dijo el Sr. Brownlie, la construcción de un orden público internacional dependerá en gran medida del avance institucional de la sociedad internacional y no solamente de los instrumentos normativos. En ese sentido, la creación de la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales de los particulares, hayan éstos actuado o no como órganos del Estado, nos muestra que el avance en el sentido correcto es posible.

65. En el marco del tema que se examina, la propuesta del Relator Especial de dedicar un nuevo capítulo a las consecuencias de las violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto y de incorporar normas que asignen a esas consecuencias un contenido más preciso y sustancial parece muy importante. A este respecto, son pertinentes el análisis que hace el Relator Especial y el párrafo 2 del nuevo artículo 51 que propone, en el que se prevé una indemnización punitiva como consecuencia especial.

66. Comparte asimismo la idea enunciada en el párrafo 411 del informe y recogida en el párrafo 4 del artículo 51 propuesto, de que hay que dejar para más adelante las consecuencias adicionales, ya sean penales o de otra índole, que puedan derivarse del comportamiento internacionalmente ilícito por razón de su tipificación como crimen o como infracción de una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto. Son asimismo apropiadas las distinciones que el Relator Especial formula en cuanto a las diferentes posibilidades de reacción que se ofrecen a los demás Estados frente al Estado responsable de esta categoría de violaciones, según que la víctima principal del hecho ilícito sea un Estado o la población del Estado responsable, incluso que no exista una víctima específicamente determinable.

67. Aprueba, pues, la sugerencia del Sr. Simma y de otros miembros en el sentido de incorporar al capítulo relativo a los Estados habilitados para invocar la responsabilidad la norma propuesta en la disposición de la nota del párrafo 413 del informe, como un artículo separado que incluya en su apartado a las garantías de no repetición.

68. El tratamiento por parte del Relator Especial de las contramedidas para este tipo de violaciones contribuye también a aclarar el tema, pero ello sin dejar de tener presente que el recurso a las contramedidas, tanto individuales como multilaterales, será siempre un recurso tolerado en la medida en que los Estados no dispongan de otros medios lícitos y eficaces para hacer cesar el hecho ilícito y obtener eventualmente una reparación, y que en ningún caso la adopción de esas medidas pueda implicar la amenaza o el uso de la fuerza prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas.

69. Por lo que hace a la redacción de los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial, se han formu-

lado durante el debate varias ideas interesantes que seguramente tendrá en cuenta el Comité de Redacción. Aprueba en concreto la propuesta del Sr. Economides de hacer del párrafo 1 del proyecto de artículo 51 un artículo inicial separado, que califique estas infracciones de «violaciones graves, establecidas y manifiestas» de obligaciones de importancia esencial para la comunidad internacional en su conjunto, en consonancia con el párrafo 2 del artículo 19. Los ejemplos más conspicuos de esas violaciones podrían especificarse, a título ilustrativo, en el comentario.

70. Finalmente, estima interesante la propuesta del Sr. Dugard de incluir en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión el estudio de los crímenes internacionales de los Estados. En cuanto a las disposiciones generales que el Relator Especial proyecta incluir en la cuarta parte, se declara de acuerdo con su contenido y su enunciado.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

2653.^a SESIÓN

Martes 8 de agosto de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El Sr. AL-BAHARNA señala a la atención el párrafo 368 del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4), en el que el Relator Especial

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

especifica los dos principales grupos de cuestiones tratadas en el capítulo IV: la responsabilidad de los Estados para con un grupo de Estados y las cláusulas residuales y de excepción previstas en la cuarta parte del proyecto. El párrafo 369 recuerda que, tras un extenso debate sobre las cuestiones planteadas respecto de los «crímenes internacionales» por los artículos 19 y 51 a 53 adoptados en primera lectura, la Comisión decidió provisionalmente que «una posible categoría de las infracciones más graves de la obligación internacional podría ser suficiente para resolver todas las cuestiones planteadas por el artículo 19»³. En ese contexto el Relator Especial presentaba a la Comisión los artículos 51, 50 A y 50 B.

2. El artículo 51 había suscitado críticas acerbas, especialmente por aquellos miembros que no parecían convencidos de que el artículo 19 no desempeñaría ningún papel en el capítulo III de la segunda parte. Por tanto, con la esperanza de que se aceptara una disposición menos controvertida, proponía que se reformulara el artículo 51. En consonancia con las observaciones del Sr. Dugard, apoyado por el Sr. Economides, sobre la necesidad de conservar en el artículo 51 el concepto de crimen internacional, y partiendo de la referencia del Sr. Simma al párrafo 2 del artículo 19, el artículo 51 se dividiría en dos partes: la primera, el artículo 51, constituiría una definición de las infracciones graves de las obligaciones internacionales hacia la comunidad internacional en su conjunto y, la segunda, el artículo 51 bis, sobre las consecuencias de infracciones graves de tales obligaciones.

3. En su reformulación, el artículo 51 diría lo siguiente:

«El presente capítulo se aplica a la responsabilidad internacional que dimana de la infracción grave y patente por parte de un Estado de una obligación internacional esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. Tal infracción podrá constituir un crimen internacional en virtud del derecho internacional contemporáneo.»

El artículo 51 bis se redactaría como sigue:

«La infracción grave y patente definida en el artículo 51 entrañará:

»1. Para el Estado responsable de ella, todas las consecuencias jurídicas que entrañaría cualquier otro hecho internacionalmente y, además, una indemnización punitiva o el pago de daños y perjuicios acordes con la gravedad de la violación.

»2. Entrañará también para todos los demás Estados las siguientes obligaciones adicionales:

»a) no reconocer la legalidad de la situación creada por la infracción;

»b) no prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido la infracción para mantener la situación creada por ella.

»3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de las demás consecuencias penales o de otra índole

que entrañe la infracción con arreglo al derecho internacional general.»

4. En su propuesta introdujo en la definición contenida en el artículo 51 el principio de la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto y el concepto de crimen internacional, agregando la palabra «puede» delante de la palabra «constituir». Como ha dicho el Sr. Dugard, a fin de dejar la puerta abierta al reexamen en el futuro, la Comisión no debería abandonar el concepto de crimen internacional. El concepto se mantiene vivo, quizás sólo nominalmente, en su propuesta, sin que entrañe consecuencias criminales o penales para el Estado como persona jurídica. El párrafo 1 del artículo 51 bis especifica claramente las consecuencias jurídicas de una violación exclusivamente en términos de indemnización punitiva y con referencia a las infracciones, no a los crímenes. Además, su propuesta inserta la expresión «con arreglo al derecho internacional contemporáneo» después de la expresión «crimen internacional» en el artículo 51.

5. La referencia a crimen internacional quizá no satisfaga al Sr. Economides, a quien le gustaría que el crimen de agresión se mencionara en el artículo 51. Pero ese artículo habla de infracciones, no de crímenes, y no sería apropiado hacer referencia allí, o en ninguna otra parte del proyecto de artículos, a la agresión o a los demás crímenes mencionados en el párrafo 3 del artículo 19. Debería dejarse al Consejo de Seguridad la tarea de tratar el crimen de agresión con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, con sujeción, naturalmente, al derecho de legítima defensa que está abierto al propio Estado lesionado y a los demás Estados que ayuden al Estado lesionado individual o colectivamente. Ese derecho lo conceden las disposiciones de la Carta y el artículo 29 ter del proyecto lo reconoce como una de las circunstancias que excluyen la ilicitud.

6. El Relator Especial no parece rechazar el concepto de crímenes dentro de la responsabilidad de los Estados, ya que en el párrafo 410 afirma que son admisibles en general, pero sólo en la medida en que no se presten a deducciones a contrario en el caso de otras infracciones que no fueran graves, especialmente graves o sistemáticas. Su propia propuesta salva la distancia, a su juicio, entre la infracción ordinaria y una infracción grave y patente de tal gravedad que culmine o constituya un crimen internacional en el sentido del párrafo 2 del artículo 19. La referencia a crimen fue apoyada por varios miembros de la Comisión y una mayoría apoyó dividir el artículo en dos partes. No obstante, quizá el artículo 51 requiera más debates en el Comité de Redacción y en la Comisión en su 53.º período de sesiones.

7. Por lo demás, coincide con los argumentos expuestos por el Relator Especial en los párrafos 408 y 410 respecto del contenido de los artículos 51 a 53 aprobados en primera lectura, con su idea de refundir esos artículos y con su tendencia a eliminar el artículo 52. La sustitución de la palabra «crimen» por la palabra más adecuada «infracción» en los apartados a a c del párrafo 3 del nuevo artículo 51 propuesto por el Relator Especial es comprensible y necesaria. El apartado c del párrafo 3 refunde perfectamente los apartados c y d del artículo 53 aprobado en primera lectura. A diferencia de otros miembros,

³ Anuario... 1998, vol. II (segunda parte), párr. 331.

está de acuerdo con el principio de cooperación introducido en el apartado c del párrafo 3 del nuevo artículo 51, pero piensa que su aplicación quizá requiera alguna forma de procedimiento coordinado. El nuevo párrafo 4 es necesario para dar cabida en el futuro a las consecuencias criminales o penales de la infracción prevista en derecho internacional.

8. Los artículos 50 A y 50 B son aceptables en conjunto, pero es digno de observar que no utilizan el término «contramedidas colectivas» que aparece repetidas veces en los párrafos 386 a 390 del informe. El Relator Especial ha optado por examinar bajo ese epígrafe los casos en que los Estados invocan legítimamente un derecho a responder contra infracciones de obligaciones colectivas en las que son partes, aun cuando no sean Estados lesionados. No obstante, el examen de la práctica de los Estados que figura en los párrafos 391 a 394 y 397 no da pruebas claras de que las reacciones de los Estados descritas en los mismos se hayan denominado contramedidas. Algunos Estados, en vez de basarse en el derecho a tomar contramedidas, han invocado el derecho a suspender el tratado por un cambio fundamental en las circunstancias. En los demás casos, los Estados han invocado el derecho a tomar contramedidas, pero sus respuestas efectivas no han llegado a ser contramedidas. Por tanto, no pueden sacarse conclusiones claras acerca de la existencia del derecho de los Estados a recurrir a las contramedidas en ausencia de lesión en el sentido del párrafo 1 del artículo 40 bis.

9. El artículo 50 A se refería claramente a las contramedidas adoptadas por un Estado distinto del Estado lesionado en virtud del párrafo 2 del artículo 40 bis, cuando tal Estado tenga un interés jurídico en el cumplimiento de una obligación, pero no indica que las contramedidas pueden adoptarse por más de un Estado a petición del Estado lesionado, aun cuando tal petición probablemente se dirija a más de un Estado. En medio de una emergencia, no es probable que un Estado lesionado esté en disposición de poner condiciones. Por tanto, la expresión «con las condiciones que imponga este Estado» es innecesaria. En el párrafo 2 del artículo 50 B debería aplicarse al artículo 50 A así como al párrafo 1 del artículo 50 B, y quizá requiera algún procedimiento coordinado para poner en práctica la necesaria cooperación. Como ha dicho el Sr. Brownlie, el Relator Especial debería citar más ejemplos de práctica de los Estados a fin de que los artículos 50 A y 50 B sean más aceptables para la Sexta Comisión o al menos, menos debatibles en ella.

10. En cuanto a las disposiciones generales y cláusulas de excepción propuestas, el nuevo artículo 37, con el cambio de título, es aceptable, pero debería suprimirse la palabra «o» o las palabras «las consecuencias jurídicas». El artículo A también es aceptable, aunque la brevedad del título podría sacrificarse para mayor claridad. No le plantea problemas el artículo B pero le gustaría que al final se agregasen las palabras «según el derecho internacional general». El nuevo artículo 39, sobre la relación con la Carta de las Naciones Unidas, es preferible al texto adoptado en primera lectura y tiene en cuenta la opinión del antiguo Relator Especial Arangio-Ruiz citado en una

nota en el párrafo 426⁴. No está de acuerdo con otros miembros en que se suprima el artículo.

11. El Sr. BAENA SOARES felicita al Relator Especial por su excelente y equilibrado capítulo IV. Algunas pocas disposiciones están siendo conocidas en primera lectura, lo que significa que aún se dispone de la opinión de los gobiernos. Pero, como ha señalado el Relator Especial, la Comisión siempre tendrá la posibilidad de volver por estas disposiciones y quizá a otras, si es preciso, en el próximo período de sesiones.

12. El amplio alcance de las consecuencias políticas de algunas disposiciones es algo que seguramente la Sexta Comisión de la Asamblea General tendrá muy en cuenta. Le agrada que muchos oradores hayan resaltado ese aspecto, señalando la justa preocupación, por ejemplo, con la incidencia de sanciones sobre poblaciones civiles. Las disposiciones relativas a las medidas colectivas no tienen carácter institucional, como recuerda el Relator Especial en el párrafo 387 de su informe. Esta circunstancia es una razón adicional para hacer gala de prudencia y cautela en la indispensable tarea de domar el animal, a saber: el abuso de poder. Cuanto más estrictas y precisas sean las normas reguladoras de las denominadas contramedidas colectivas tanto mejor habrá cumplido su tarea la Comisión. Se trata de constreñir y no de alimentar el monstruo.

13. Ese cuidado habrá estado presente en la elaboración del proyecto de artículos y en el debate del Comité de Redacción al acoger las opiniones y sugerencias de los miembros de la Comisión. Pero el orador apreciaría que esto no se perdiera de vista y que esa preocupación fuera tomada muy en consideración en los trabajos de redacción final. Algunos oradores a quienes no les gustan del todo las contramedidas, colectivas o no, y otros que tienen dificultad con el concepto han aceptado discutirlos por considerar que solamente de ese modo tendrían posibilidad de por lo menos restringir el alcance de tales medidas. Siempre ha estado en la mente de todos la cuestión crucial que ha dividido a la Comisión en el pasado: no se puede postergar una vez más y por la simple razón de que hay que finalizar la labor. Se asocia a los que encuentran justificación y finalidad en lo dispuesto en el artículo 19 del texto de la primera lectura y a los que preferirían llamar las cosas por su nombre. Pero puede alinearse a los demás en el respaldo de fórmulas de avenencia siempre que ellas preserven el contenido del concepto en el artículo 19 y sirvan para alcanzar real convergencia.

14. Algunas propuestas ya fueron presentadas. El propio Relator Especial en un esfuerzo encomiable nos ha adelantado sugerencias. El Sr. Economides también lo ha hecho y el orador piensa que las suyas son sugerencias muy relevantes que tienen su respaldo. Espera que el Comité de Redacción encuentre la adecuada solución, la cual tendrá el vigor y la precisión necesarias. En cuanto al artículo 37 le parece excelente su inclusión en el texto. Tiene su lugar y es necesario. Pudiera quizá recibir otra redacción, como la que fue sugerida por el Sr. Pellet. En su opinión es tiempo de enviar los proyectos de artículos al Comité de Redacción.

⁴ G. Arangio-Ruiz, «Article 39 of the ILC draft articles on State responsibility», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83, n.º 3 (2000), págs. 747 a 769.

15. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, desarrollada sobre la base de los informes del Relator Especial y sus predecesores, va más allá de la codificación, lo que la acerca al necesario enfoque de desarrollo progresivo que debe darse a los trabajos de la Comisión cuando sea conveniente y particularmente cuando ello sea posible. El enfoque del desarrollo progresivo, sin entrar a considerar su definición, debe abarcar la consideración del comportamiento general de los Estados, no sólo de los que están a favor de tal desarrollo, sino de las oposiciones a determinados avances, que muchas veces están representados por mayorías cuantitativas importantes que no se deben ignorar.

16. El Relator Especial ha sugerido un consenso alrededor de temas controvertidos, lo que sin duda es conveniente para avanzar en los trabajos. Pero ese consenso debe estar construido sobre la base de todas las consideraciones expresadas. Debe reconocerse claramente que el consenso que se pueda lograr, si bien puede reflejar cierta unidad de criterios, no garantiza su aceptación por los Estados. Lo que obliga a la Comisión a ser prudente en sus conclusiones.

17. En el nuevo proyecto se suprime el término «crimen», lo que no puede significar, de ninguna manera, el desconocimiento del concepto de crimen internacional que guarda estrecha relación con determinada categoría de obligaciones internacionales y en relación con las cuales debe establecerse un régimen particular.

18. Tal como lo señala el Relator Especial hay que buscar un consenso en relación con el artículo 19 anterior. No se trata de imponerlo, tampoco de suprimirlo, sino de buscar una fórmula aceptable que reconozca la existencia de las obligaciones fundamentales y la importancia de su violación, particularmente en los casos más graves, que por ello mismo deben conllevar consecuencias especiales o particulares. Las obligaciones que tiene en mente, que deberían definirse en la segunda parte del proyecto y que deberían tener en cuenta naturalmente el sentido del artículo 19, son las obligaciones cuyo respeto es del interés de todos. Cualquier Estado debe poder exigir su respeto y, al menos, solicitar el cese de la violación. Lo que no quiere decir, por otra parte, que ese interés sea ilimitado porque ese interés difiere del de un Estado lesionado cuando se infringe una norma particular y se le causa un perjuicio.

19. El nuevo artículo 51 es, en lo esencial, una revisión de los artículos 51 a 53. El párrafo 1, que delimita el ámbito de aplicación, como destacó el Sr. Pambou-Tchivounda, debería ser objeto de una disposición separada porque, ciertamente, este texto no coincide con el título del proyecto de artículo. El párrafo 2, que recoge la indemnización punitiva, complementa el texto anterior que puede ser aceptable, a pesar de las consideraciones que hace el Relator Especial al final del párrafo 380 de su informe, al menos cuando se trata de infracciones graves de esas obligaciones. Debería hacerse una precisión del concepto de indemnización punitiva, ya que el orador no está seguro de que el término tenga la misma acepción en los distintos sistemas jurídicos. En el párrafo 3 se establecen obligaciones concretas como consecuencia suplementaria de infracciones graves de obligaciones que interesan a la comunidad internacional en su conjunto:

dos negativas y una positiva. El párrafo 3 representa una mejora respecto a la redacción precedente. El nuevo texto del apartado c, en particular, resume apropiadamente los apartados c y d del texto aprobado en primera lectura. Este párrafo refleja en cierta medida la necesaria solidaridad internacional que se requiere para enfrentar los crímenes internacionales o, para no utilizar el término, las infracciones graves de obligaciones fundamentales. La obligación de cooperar prevista en el apartado c del párrafo 3 en aplicación de las medidas no introduce un nuevo concepto: la misma obligación se incluyó en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en relación con la responsabilidad penal individual, pero es otro aspecto que debe considerarse siempre y en forma separada cuando se trata de infracción de obligaciones fundamentales. El nuevo párrafo 4 contiene una cláusula que permite consecuencias jurídicas no previstas en el artículo. En ese contexto debe entenderse que las «consecuencias penales» a las que se refiere este párrafo suelen estar relacionadas exclusivamente con la responsabilidad penal individual.

20. En lo que respecta al tema de las contramedidas colectivas, que plantea también serias dificultades tanto por su complejidad jurídica como por sus implicaciones políticas, el derecho a aplicar contramedidas colectivamente o de otra forma debe estar reglamentado de una manera muy precisa y equilibrada para que permitan que las mismas cumplan con el objetivo para el que se conciben y que impidan, a la vez, un uso abusivo en perjuicio principalmente de los países más pequeños. El artículo 50 B, que se funda en el párrafo 3 del artículo 43 aprobado en primera lectura, plantea una cuestión delicada. Una de las preocupaciones que plantea el régimen de las contramedidas, es decir, cuando se trata de la infracción grave de obligaciones fundamentales, se relaciona con la atribución demasiado amplia que se acuerda a los Estados para determinar o poder constatar una violación grave. El Relator Especial ha presentado algunas conclusiones en los párrafos 401 y siguientes, basadas en el examen de la práctica existente. Esta práctica, sin embargo, está más cerca de la política que del derecho para demostrar la existencia de ese derecho. Hay otras reacciones que deben tomarse en cuenta, y se refiere a las de muchos Estados en la Comisión de Derechos Humanos ante las acciones colectivas por la violación de derechos humanos en algunos países. Aunque tales reacciones guardan relación con el uso de la fuerza, revelan la existencia de criterios muy diferentes de los que enfrenta la Comisión de Derecho Internacional. Se ha afirmado que tales acciones están en conflicto con los principios de no injerencia y de integridad territorial, y que incluso entrañan el abuso de poder por un país o grupo de países al dar su propia interpretación de los intereses de la comunidad internacional. A su juicio, asimilar el derecho a pedir la cesación de la infracción de una obligación al derecho de aplicar contramedidas no tiene fundamento, aunque se trate de infracciones graves, sistemáticas y continuas.

21. Naturalmente es importante buscar una reglamentación. Entiende que tienen que ofrecerse a los Estados medios de acción para asegurar el objeto de las obligaciones por medios distintos al uso de la fuerza. Pero ello debe ser concebido en forma equilibrada y realista, basado en una práctica general, universal y aceptada por todos. Se requieren precisiones importantes no sólo relacionadas con la naturaleza de la obligación, sino con el

significado de la gravedad y de su carácter sistemático y continuo. Esto facilitaría la justa interpretación de esta disposición por parte de los Estados y evitaría su uso abusivo.

22. El Sr. ROSENSTOCK dice que, al examinar el capítulo IV del tercer informe, la Comisión enfrenta cuestiones sumamente complejas y, sin embargo, tiene escaso tiempo en el presente período de sesiones para reflexionar sobre ellas y ponerse de acuerdo. Las propuestas del Relator Especial significan apartarse de anteriores entendimientos oficiosos, creando nociones totalmente nuevas y, sobre todo, legislando lisa y llanamente: no codificando o ni siquiera tratando de llevar adelante la práctica vigente con propuestas de lege ferenda. Deben evitarse los apresuramientos.

23. En lo que respecta a las cuestiones específicas que tiene ante sí la Comisión desea reiterar su opinión de que la idea de «crímenes de los Estados» carece de todo fundamento y que, de seguirse con ella, probablemente causaría confusión e impediría el diverso desarrollo de la responsabilidad penal de los individuos, al que la Comisión ha aportado una contribución significativa. El párrafo 380 del informe es particularmente coherente a ese respecto. Además, la Comisión ha decidido centrarse en las normas secundarias, no inventar nuevas normas primarias. Cae, y debería caer, fuera de la competencia de la Comisión el utilizar, como trata de hacerlo el artículo 51, la noción de una distinción cualitativa entre acciones u omisiones de los Estados que generan la responsabilidad del Estado. El hacerlo diferiría en poco de crear nuevas normas. El intento de establecer categorías de «gravedad» suena a trabajo de alquimista. El párrafo 2 del nuevo artículo 51 hace referencia volublemente a «indemnizaciones punitivas». Sólo un alquimista podría lograr tal resultado. En cuanto a la expresión «daños y perjuicios acordes con la gravedad de la infracción», se pregunta qué añadiría a la cantidad de responsabilidad del Estado infractor. Si no agrega nada, ¿para qué molestarse? Y si agrega algo, ello significaría que se estaban aplicando de nuevo distinciones cualitativas.

24. En lo que respecta al nuevo artículo 51 hay problemas más triviales, algunos de los cuales podrían atenuarse, si no salvarse totalmente, por el Comité de Redacción. Por ejemplo, en el párrafo 1, ¿cuál es la distinción entre una infracción «grave» y, por inferencia, una violación «no grave»? Duda de que haya un precedente para tal distinción. Quizá es lo mismo, por analogía, que «importante» frente a «sin importancia», sólo que ocasionalmente con consecuencias más peligrosas. Si el objetivo es restituir al Estado lesionado su situación previa, el orador cuestiona la necesidad de tal distinción. En cualquier caso, el término «sistemática» es preferible a «grave», ya que al menos es cuantitativo y no cualitativo. La palabra «patente» podría también plantear dificultades. El término dice implícitamente que el mal comportamiento abierto de un Estado es cualitativamente peor que el mal comportamiento sutil, con los correspondientes diferentes derechos para otros Estados. Es una invitación a que los Estados se entreguen a un mal comportamiento clandestino. Duda de que fuera ese el propósito de la CIJ en la decisión del asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. ¿Un incidente fronterizo que conlleve una infracción del párrafo 4 del

Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas es más o menos grave o serio que una explosión química por falta de la debida diligencia, cuando se hubiere podido notificar al Estado fronterizo pero, por dejadez del Estado infractor, no se hizo? La Comisión podría seguir el consejo del Sr. Galicki y, dando definiciones, aclarar algunas de las cuestiones. Por otra parte, podría verse cogida en un proceso de nunca acabar.

25. No le plantean problemas particulares los apartados a y b del párrafo 3 del nuevo artículo 51 pero le interesaría oír las opiniones de otros miembros sobre el uso del término «obligación» y de si es siempre apropiado o sólo algunas veces; y, en este segundo caso, cómo debería hacerse la distinción. En efecto, un mayor ajuste en lo que respecta al Estado indirectamente lesionado podría merecer la pena estudiarlo más a fin de evitar algunos problemas. No está en absoluto seguro de que el párrafo 4 sea necesario. La referencia a las consecuencias «penales», entretanto, no era ni necesaria ni deseable, aunque en algunos aspectos podría verse como un guiño a los enterados, asegurándoles que aún existen distinciones cualitativas pero estaban en suspenso temporalmente.

26. Sigue estando a favor de la opinión inicial expresada por el Relator Especial de que se extirpe el artículo 19 y no de que se dé un sustituto eufemístico, posiblemente con una cláusula de excepción. Esto no significa que haya que eliminar las contramedidas de la parte segunda y que el papel del Estado indirectamente lesionado no pueda tratarse más adecuadamente de lo que se hizo en el proyecto adoptado en primera lectura. Como deja claro el párrafo 375, todos los Estados tienen interés legítimo en lograr el cese y en las garantías contra la repetición.

27. La Comisión corre el peligro de dejarse arrastrar. Los miembros, incluido el Relator Especial, deberían volver a leer el párrafo 411, con sus palabras cautelares. El proceso parece haber comenzado con el establecimiento de ciertas normas, pero ha llevado a intentos de crear un nuevo sistema de orden público. El comentario del Sr. Brownlie ha sido atinado. La declaración del Sr. Operti Badan (2652.^a sesión), con su perspectiva política, ha sido una advertencia. Contenía varios avisos que, de ser ignorados, comprometerían la totalidad del proyecto de artículos. Los esfuerzos prematuros de crear normas relativas a las contramedidas colectivas podrían perjudicar tanto al proyecto como al desarrollo general de tales nociones nuevas.

28. Hay razones poderosas para limitar el debate de las contramedidas a la primera parte, si ello fuera necesario, para evitar tomar una posición sobre la cuestión. La segunda parte no trata ninguna de las demás circunstancias que excluyen la ilicitud; en parte, porque ello difuminaría la línea entre las normas primarias y las normas secundarias y, en parte, porque la Comisión aceptó que este proyecto de declaración no era una receta para salvar al mundo sino una serie de normas jurídicas interconexas, cuya elucidación ayudaría a los Estados a resolver algunos problemas pero no todos. Los problemas relativos a las obligaciones erga omnes pueden no ser en sí mismos razón suficiente para suprimir las contramedidas en la segunda parte, pero en los debates del Comité de Redacción probablemente proliferaban otras razones para hacerlo.

29. Por otra parte, un examen cuidadoso del papel del Estado no directamente lesionado, si se emprendiera con la idea clara de que no se trataba de crear distinciones cualitativas entre hechos ilícitos, y con modestia en respuesta a las observaciones del Sr. Brownlie y del Sr. Opertti Badan, podría hacer factible e incluso interesante incluir la cuestión de las contramedidas en la segunda parte. No obstante, existe el peligro de que el proyecto de artículos se derrumbe o se estanque de forma tal que la declaración o el tratado sobre la responsabilidad de los Estados se aplase repetidas veces después de que los esfuerzos de los distintos grupos de trabajo no consigan lograr ningún rango en absoluto para él.

30. De paso, el orador señala que utilizar el término «sanción» en relación con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas es cuestionable, como mínimo. La decisión de utilizar el término «medidas» en vez de «sanciones» en ese Capítulo fue estudiada cuidadosamente y perfectamente deliberada.

31. La propuesta del Relator Especial de establecer disposiciones generales en la cuarta parte no plantea problemas, salvo cambios de redacción relativamente leves. Parte del debate del artículo 39 en la Comisión fue inquietante, ya que reflejaba una visión excesivamente limitada del alcance y las consecuencias del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Por tanto, es correcto incluir un párrafo siguiendo lo propuesto por el Gobierno de Francia⁵ o el Relator Especial.

32. La Comisión ha avanzado mucho. Los problemas que enfrenta son de carácter esencialmente limitado. Si se plantean partiendo de la práctica vigente de los Estados, con modestia y determinación, la Comisión debería poder ofrecer al mundo un producto importante y útil en el plazo de un año.

33. El Sr. SEPÚLVEDA dice que debe felicitarse al Relator Especial por su tercer informe, que es la culminación de una serie de informes que han superado gradualmente obstáculos que apenas hace cuatro años parecían insuperables, tales como la difícil cuestión de los crímenes y delitos internacionales. Aún es demasiado pronto para decir si la solución propuesta a ese respecto obtendrá el apoyo de los Estados, pero no cabe duda de que constituye una importante contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional.

34. A fin de comprender lo logrado en el capítulo IV del tercer informe, es necesario remitirse a conceptos anteriores, que formularon hipótesis de trabajo que, de resultar aceptables, facilitarían la aceptación de las propuestas contenidas en el capítulo. Un ejemplo de ello se propone en el artículo 40 bis, que establece las circunstancias en las que un Estado tendría derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado. Esa definición de las condiciones en las que un Estado resultaría lesionado por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado permite que la obligación violada se considere, no como una obligación individual, sino como una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto. La ampliación del significado de lo que constituye Estado lesionado daría a los Estados un fundamento jurídico en el

cumplimiento de una obligación internacional en la que sean partes, cuando esa obligación haya sido contraída con toda la comunidad internacional, o se haya establecido para proteger los intereses colectivos de un grupo de Estados.

35. Es una disposición que indudablemente representa un paso adelante en la regulación de los asuntos internacionales. Ahora bien, el fundamento de la norma tendría que confirmarse por la práctica de los Estados. Habría que determinar si se reconoce en general que un Estado puede sufrir una lesión simplemente porque una obligación debida a la comunidad internacional no se ha cumplido. También sería esencial especificar la naturaleza real de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad del Estado que los Estados lesionados en diversa medida podrían invocar. Por ejemplo, en el caso de una violación de obligaciones erga omnes, no está claro qué mecanismo se utilizaría para que los Estados que tuvieran un interés legítimo pero que no fueran directamente lesionados obtuvieran el cese, la restitución, la indemnización, la satisfacción o, en casos extremos, la aplicación de contramedidas colectivas. Esta cuestión está relacionada con la eficacia de la aplicación de una norma que presupone la creación de un principio abstracto.

36. Las contramedidas, como instrumento necesario para inducir al Estado responsable a cumplir con sus obligaciones internacionales, son un aspecto del derecho de un Estado a exigir la responsabilidad de otro Estado. El orador inicialmente se opuso a incluir las contramedidas en el proyecto de artículos, porque equivalía al reconocimiento jurídico de una práctica basada en el abuso de poder. Al incluirlas, la Comisión estaría incorporando un principio basado en la coerción y en el uso unilateral de la fuerza, principio que debería ser anatema para cualquier orden jurídico equilibrado. No obstante, tiene que reconocer que la redacción de las normas que regulan el propósito y el contenido de las contramedidas, las obligaciones no sujetas a contramedidas, las condiciones relativas al recurso de las contramedidas, la proporcionalidad, las contramedidas prohibidas y la suspensión y terminación de las contramedidas cuando se cumplan determinados requisitos han dado un giro en la buena dirección. Los artículos 47 a 50 bis propuestos representan un adelanto considerable en la definición de la naturaleza y el alcance de las contramedidas, estableciendo un régimen que podría imponer las requeridas salvaguardas jurídicas contra los abusos de poder.

37. Una innovación es la introducción del concepto de contramedidas colectivas, que, en cierto sentido, dimanan naturalmente de la aceptación de las normas establecidas en el artículo 40 bis. La cuestión planteada por el Relator Especial consiste en saber si los Estados están legitimados para responder a una infracción de una obligación colectiva en la que sean partes, aun cuando no resulten directamente lesionados en sentido estricto. Según el Relator Especial, esos casos no se limitan a las situaciones en que un grupo de Estados actúan de consuno, sino que incluyen también la posibilidad de que el elemento colectivo pueda aportar el hecho de que el Estado que responde ejerza un derecho a responder en interés público a la infracción de una obligación multilateral en la que sea parte, aunque individualmente no haya sido lesionado por tal infracción. Por tanto, se traza una

⁵ Véase 2615.ª sesión, nota 5.

distinción entre, por una parte, las contramedidas individuales, ya sean adoptadas por un Estado o un grupo de Estados, cada uno actuando dentro de su propia competencia y por medio de sus propios órganos, y, por la otra, las medidas colectivas institucionalizadas tomadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

38. El problema que plantea aceptar tal hipótesis es que la distinción no es suficientemente clara y parece conllevar una coincidencia con otras instituciones existentes, tales como la legítima defensa colectiva y la seguridad colectiva, particularmente en el contexto de los pactos regionales de seguridad colectiva tales como el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, el Tratado del Atlántico Norte y el ya difunto Tratado de Amistad, Cooperación y Ayuda Mutua (Tratado de Varsovia).

39. En el caso de la legítima defensa colectiva, el interés vital de varios Estados ha sido violado y esos Estados ejercerían colectivamente algo que indudablemente era un derecho individual. En el caso de la seguridad colectiva, el interés vital de un Estado está afectado, y los demás Estados, en un acto de solidaridad, acuden en su ayuda. En el caso de las contramedidas colectivas, la naturaleza de la obligación infringida, en otras palabras, la definición del interés legítimo del Estado que, sin ser el Estado directamente lesionado, es un Estado afectado, puede fácilmente confundirse con la naturaleza del derecho implícito en la legítima defensa colectiva o en la seguridad colectiva. Por tanto, es indispensable diferenciar claramente los elementos constitutivos de esas categorías de derechos a fin de circunscribir y limitar el alcance de las contramedidas colectivas.

40. Por ejemplo, el artículo 50 A, que determina qué contramedidas pueden adoptarse por un tercer Estado en beneficio de un Estado lesionado, parece asemejarse mucho al tipo de medidas adoptadas los últimos 50 años en el marco de los pactos regionales de seguridad colectiva. Aún más notable es el caso de las contramedidas que pueden adoptarse en caso de infracción grave de una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto, como se prevé en el artículo 50 B propuesto. Una violación de tales obligaciones erga omnes constituiría un hecho ilícito de tal magnitud que inevitablemente desencadenaría medidas en virtud del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas o un acto de seguridad colectiva. En esas circunstancias, hay escasísimo margen para establecer una nueva institución jurídica de «contramedidas colectivas».

41. El fundamento y la validez de las contramedidas colectivas dependen del tipo de derechos afectados y del tipo de obligaciones establecidas en beneficio del Estado lesionado y de los Estados que lo ayudan al invocar la responsabilidad de un Estado. Pero el otro elemento esencial es el reconocimiento general de que esas medidas se aceptan como legítimas y legales por toda la comunidad de Estados y no sólo por una sección de la misma. Por consiguiente, es esencial que haya un principio general en la práctica de los Estados que permita que el concepto de contramedidas colectivas sea aceptado por un número considerable de Estados como noción jurídica que pertenece a un sistema normativo comúnmente reco-

nocido y, por tanto, como una contribución al orden jurídico internacional.

42. Ahora bien, el análisis de la práctica de los Estados presentado por el Relator Especial no demuestra la existencia de un grupo de medidas jurídicas aceptadas por todos los Estados que justifique el establecimiento de las contramedidas colectivas como nueva institución jurídica. En primer lugar, los ejemplos aportados son extraordinariamente escasos. Además, los ejemplos hacen referencia a contramedidas adoptadas por un pequeño número de Estados, todos ellos naciones industrializadas. El tercer informe no aporta ejemplo alguno de la toma de contramedidas colectivas por un grupo de Estados no industrializados. El propio orador no puede, de forma improvisada, aportar un ejemplo de invocación o ejercicio de las contramedidas colectivas por Estados latinoamericanos.

43. De los seis casos mencionados por el Relator Especial, tres están sujetos en cierto modo a los términos y normas establecidos en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Esto prueba también la dificultad de establecer una clara demarcación entre la seguridad colectiva, la legítima defensa colectiva y las contramedidas colectivas.

44. Las disposiciones relativas a las consecuencias de las violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, que figuran en el nuevo artículo 51, presuponen también el establecimiento de un sistema de sanciones colectivas de un carácter esencialmente punitivo, identificable con las medidas de aplicación previstas en la Carta de las Naciones Unidas. No parece haber una necesidad imperativa de crear un sistema paralelo, junto con las normas constitucionales ya vigentes, y sin un mecanismo institucional organizado y centralizado establecido, para sustituir a otro que ya ha demostrado sus ventajas e inconvenientes.

45. Por último, aun aceptando los argumentos del Relator Especial para desvincular el sistema de contramedidas del de solución pacífica de controversias, no es conveniente suprimir en el proyecto un capítulo que establece normas para la solución de controversias entre Estados en la esfera sumamente delicada de la responsabilidad internacional, esfera que indudablemente será una continua fuente de controversias en los años próximos.

46. El Sr. PELLET dice que, al lanzar un ataque feroz contra las llamadas «contramedidas colectivas», el Sr. Sepúlveda y otros están combatiendo molinos de viento al criticar la institución de las contramedidas adoptadas colectivamente por los Estados, que no es, sin embargo, el fenómeno al que trata de dirigirse el Relator Especial. El Relator Especial, por su parte, está jugando a aprendiz de brujo al denominar el fenómeno «contramedidas colectivas», cuando en realidad no se trata de eso. La verdadera cuestión es si, cuando se ha cometido una infracción excepcionalmente grave tal como el genocidio —que afecta a toda la comunidad internacional y que, por tanto, concierne individualmente a todos los Estados—, cualquier Estado de la comunidad internacional está facultado para responder individualmente, aun cuando no sea directamente lesionado por la infracción. A su juicio, la respuesta es rotundamente afirmativa. Ello

no significa, sin embargo, que la reacción deba ser necesariamente colectiva y mucho menos que deba conllevar el uso de la fuerza. Por tanto, coincide plenamente con el Relator Especial en cuanto al fondo, pero considera que el uso del término «contramedidas colectivas» es muy insatisfactorio en ese contexto.

47. El Sr. HE señala que la cuestión de los crímenes de Estado surgió también en relación con las violaciones de las obligaciones erga omnes y las violaciones de los intereses colectivos de los Estados. No obstante, cree que el concepto de crimen de Estado se haya establecido en el contexto del derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados, ya que, a diferencia de lo que sucede con respecto a la responsabilidad penal individual, no hay práctica de los Estados ni jurisprudencia internacional que lo apoye.

48. El tratamiento dado en el artículo 51 de las consecuencias de las infracciones graves de las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto se basa en la clasificación de las obligaciones internacionales formulada en los artículos 40 bis y ter. Ahora bien, como ha destacado el Sr. Hafner, hay una diferencia sustancial entre las infracciones previstas en el artículo 51 y los crímenes a que hace referencia el artículo 19. Según algunos comentaristas, en tanto que los actos que afectan a los intereses fundamentales de la comunidad internacional han de considerarse hechos ilícitos erga omnes, lo contrario no es cierto. En consecuencia, los crímenes, incluso si existen, no están cubiertos por el artículo 51. Por tanto, las sugerencias hechas por el Sr. Dugard, el Sr. Economides y el Sr. Pellet cambiarían completamente el alcance del artículo y comprometerían toda la labor. Dado que el concepto de criminalidad de Estado no está reconocido por el derecho internacional, parece fútil que la Comisión se embarque en tan grandiosa empresa.

49. El párrafo 1 del nuevo artículo 51 es aceptable y, en el párrafo 2, es preferible la variante «el pago de daños y perjuicios acordes con la gravedad de la violación». En cuanto al apartado a del párrafo 3, el Sr. Brownlie tenía toda la razón al referirse a la cuestión de la validez. Por otra parte, el Sr. Kabatsi, refiriéndose a la palabra «lícito», consideró que ninguna situación creada por tal violación podría considerarse lícita. En consecuencia, sería pertinente precisar en el comentario que la «realidad» se ha tenido en cuenta como factor en el no reconocimiento de la situación.

50. El párrafo 4 es superfluo. Apoya la opinión del Relator Especial de que convendría dejar margen para la evolución futura dado el rápido progreso en la esfera de las obligaciones de la comunidad. Análogamente, es necesario esperar a la evolución del concepto de «crimen». Por tanto, sería mejor tener una cláusula general sin perjuicio sobre la cuestión en la parte cuarta en vez de en el artículo 51, que trata solamente de las consecuencias de las violaciones graves de las obligaciones erga omnes.

51. En la propuesta hecha en la nota del párrafo 413 del informe debería ciertamente incorporarse, en parte en el artículo 40 bis y en parte en un artículo separado, como han propuesto el Sr. Candioti, el Sr. Hafner y el Sr. Simma, y las palabras «no repetición» deberían inser-

tarse en el artículo 36 ter. Coincide en que los artículos 50 A y 50 B deberían colocarse en el capítulo II de la segunda parte bis, porque tratan cuestiones de diferente naturaleza con contenido diferente. Por último, convendría conservar el artículo 37 tal como está redactado en el párrafo 429, independientemente de que el proyecto adopte la forma de una declaración o de una convención.

52. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) explica que la concordancia que acaba de distribuirse a los miembros ofrece un pronóstico fundado sobre el orden en el que los artículos se colocarían finalmente en el proyecto que el Comité de Redacción propondría a la CDI para su adopción y presentación a la Sexta Comisión de la Asamblea General.

53. A la luz de las observaciones hechas por el Sr. Economides y otros, supone que el Comité de Redacción deseará quizá dividir el artículo 51 en dos. Se supone que la propuesta contenida en la nota del párrafo 413 del informe aparecería como subsección de un nuevo artículo 49 junto con el párrafo 2 del artículo 40 bis. El nuevo artículo trataría de un grupo más amplio de Estados que tengan un interés legítimo en obligaciones de carácter colectivo o multilateral.

54. Se ha esforzado por comprender jurídicamente las variadas propuestas formuladas en relación con el capítulo IV. Las observaciones del Sr. Al-Baharna, el Sr. Economides y el Sr. Pellet han sido sumamente constructivas y le han impresionado en particular las declaraciones del Sr. Operti Badan y el Sr. Tomka, ya que ambos tienen amplia experiencia de los destinatarios a los que presenta sus informes la Comisión. Han expresado considerable escepticismo acerca del margen de progreso en lo que respecta a las cuestiones sustantivas incluidas en el capítulo IV del informe. La posición del Sr. Tomka es parecida a la suya propia anteriormente en el 50.º período de sesiones, a saber, que toda la cuestión del artículo 19 podría tratarse en una cláusula de excepción y en efecto es una opinión abierta a la Sexta Comisión. No obstante, cree que la CDI debería tender más hacia el compromiso sugerido, no sólo a fin de obtener las observaciones de la Sexta Comisión, sino también porque refleja una posición central razonable entre las opiniones sumamente contrapuestas que existen en el seno de la CDI.

55. Aunque el tema aún no está maduro para un régimen detallado de los crímenes propiamente dichos, es vital expresar la idea básica de que los Estados tienen un pequeño número de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas obligaciones son, por definición, graves y su infracción es, por definición, importante. Pueden darse infracciones triviales de tales obligaciones pero, en algunos casos, por ejemplo el genocidio y la agresión, la definición de la obligación es tal que excluye las infracciones triviales. Un intento de incorporar esa noción en un nuevo artículo 49 relativo a la invocación de la responsabilidad en interés colectivo parece recibir la aprobación general.

56. Ha habido un considerable grado de acuerdo respecto de algunas de las demás cuestiones. Aprecia sinceramente las inquietudes elocuentemente expresadas por el Sr. Sepúlveda en relación con la cuestión de las contramedidas colectivas, aunque el término contramedidas

«multilaterales» podría ser preferible. El Sr. Pellet ha tenido razón al decir que las respuestas a las infracciones de las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto podrían ser respuestas adoptadas por un Estado o por varios Estados. Su carácter colectivo viene determinado por la naturaleza de las obligaciones y la violación a la que responden más que al hecho de que actúen como grupo.

57. Parece que el nuevo artículo 51, en su forma actual, podría remitirse al Comité de Redacción para mejoras, y está curioso por ver cuál será el resultado de dividir el artículo. Se ha reconocido que, como la práctica es reducida, la actividad de la Comisión es de carácter legislativo, pese al hecho de que algunos artículos reiteran normas vigentes, por ejemplo en materia de no reconocimiento y de aceptación de la categoría básica de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. Su labor no puede calificarse de desarrollo progresivo, aunque algunas de las consecuencias pueden ser progresivas. Por tanto, la CDI esperará las observaciones de la Sexta Comisión y reexaminará las cuestiones planteadas el próximo período de sesiones. Es un aspecto muy importante de las deliberaciones de la CDI, porque ofrece a la Sexta Comisión la oportunidad de hacer aportaciones sustantivas y de mejorar la relación entre la CDI y la Sexta Comisión, que era el objetivo fijado en el informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones.

58. No le entusiasma la idea de que el título del artículo 51 se enmiende para hacer referencia a las obligaciones esenciales. Hay en el derecho internacional muchas obligaciones que son esenciales, pese a que dan lugar a relaciones bilaterales. Todo el cuerpo de las inmunidades diplomáticas es claramente esencial para la relación entre los Estados y para toda la comunidad internacional en su conjunto, pero las relaciones individuales siguen siendo bilaterales. El concepto fundamental es necesariamente el establecido en la sentencia del asunto *Barcelona Traction*, a saber: que hay ciertas obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto y que cada Estado individualmente tiene interés en cumplirlas. El término «esencial» no capta esa noción. Naturalmente, por definición, la norma es esencial por el hecho de ser una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto, pero esto no se aplica necesariamente al revés. El carácter de infracción podría naturalmente calificarse complementariamente, porque las infracciones de esas obligaciones pueden perfectamente ser relativamente leves.

59. Ha tomado nota cuidadosamente de las declaraciones de los miembros y serán tenidas en cuenta por el Comité de Redacción. No obstante, hay uno o dos puntos que requieren un comentario inmediato. Algunos de los aspectos de la definición de la categoría de violación a que hace referencia el párrafo 1 del artículo 51 pueden mejorarse. Puede haber algunos elementos del párrafo 2 del artículo 19 o de otras partes que podrían servir de ayuda, con sujeción a la reserva que ya ha expresado acerca de la noción de «obligaciones esenciales».

60. El párrafo 4 no es estrictamente necesario, entre otras cosas debido al artículo 38 en su forma adoptada en primera lectura (artículo 33 tras la reenumeración), pero es útil, especialmente por la posibilidad de otras novedades

en esa esfera particular. Personalmente, no tiene una opinión rotunda sobre la palabra «penal», pero si hay oposición podría omitirse, porque suprimirla no alteraría el sentido de la disposición. Le ha divertido la vehemencia con la que el Sr. Pellet ha propugnado la inclusión del concepto y por su insistencia en privarlo de todo elemento punitivo de cualquier tipo, ya sea indemnización punitiva o consecuencias penales. Personalmente no tiene objeciones, porque si la Comisión está examinando las obligaciones para la comunidad internacional en su conjunto, la cuestión de la indemnización punitiva podría dejarse de lado.

61. La cuestión de la transparencia y la presunta consecuencia de las infracciones graves de obligaciones esenciales que conllevan responsabilidad penal individual no pertenece al proyecto de artículos, porque plantea cuestiones que pertenecen a la categoría de la responsabilidad penal individual de las personas o, alternativamente, a la categoría de inmunidad de los Estados. Se complace en preservar la actual posición jurídica, porque la cuestión se ha examinado recientemente en el contexto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que contenía dos disposiciones pertinentes. El artículo 27, sobre la irrelevancia del cargo oficial, dejaba claro que toda persona acusada o culpable de un crimen previsto por el derecho internacional no puede invocar su cargo oficial respecto de nada. No cabe duda de que la responsabilidad del Estado es, en todo los sentidos, un requisito previo de la acusación. Esa persona es simplemente responsable individualmente de violaciones de normas penales relativas a personas, previstas en el derecho internacional, como siempre se ha entendido en los Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg⁶. El artículo 27 se combina con el artículo 98, que dispone, entre otras cosas, que la Corte puede no dar curso a una petición de entrega o asistencia que requiera al Estado solicitado actuar de forma incongruente con sus obligaciones respecto a ese Estado o con la inmunidad diplomática de la persona de un tercer Estado. Por tanto, el artículo refuta la idea de que la inmunidad del Estado en cierto modo desaparece cuando la conducta atribuible al Estado, pero llevada a cabo por personas, es un crimen. No se opone a la calificación general del genocidio como crimen, pero el planteamiento adoptado por el Estatuto de Roma respecto de la cuestión de la inmunidad no es congruente con su abolición. Cuando la Comisión trató la inmunidad del Estado el año anterior, su planteamiento de la cuestión fue sumamente conservador. Es necesario pues ser congruentes. La Comisión no debería dejarse llevar por su afición por la categoría de obligaciones señaladas en el asunto de la *Barcelona Traction* a fin de atribuir a una violación las consecuencias cuando trata otras esferas de derecho internacional.

62. Le ha sorprendido ligeramente la respuesta favorable a los artículos 50 A y 50 B, pese a la preocupación expresada por el Sr. Sepúlveda y otros miembros. Cuando un Estado resulta lesionado individualmente y está facultado individualmente para tomar contramedidas, otro Estado que tenga un interés legítimo en las nor-

⁶ Yearbook... 1950, vol. II, págs. 374 a 378, doc. A/1316, párrs. 95 a 127.

mas infringidas debe poder ayudar. Hay una práctica clara en ese sentido. Por tanto, el artículo 50 A no queda fuera del ámbito del presente proyecto. Evidentemente el artículo 50 B es bastante diferente, aunque es una forma considerablemente modificada y reducida de la versión que existía en primera lectura. Ha sido ampliamente aceptado incluso por varios miembros que parecían ser partidarios de las contramedidas sólo cuando eran multilaterales. Está en desacuerdo con el Sr. Kateka en que tales medidas podrían ciertamente limitarse a reacciones multilaterales en una sola región, aunque no acepta su idea de que podría perfectamente ser un reflejo de la comunidad local en esa zona. No obstante, tanto a nivel regional como a nivel mundial existen desigualdades de poder.

63. Se ha aprobado en general la remisión de la cuarta parte en su forma actual al Comité de Redacción, aunque se han hecho varias sugerencias individuales de redacción. Por las razones dadas por varios miembros, es reacio a suprimir totalmente el artículo 39, teniendo presente el enorme debate que suscitó la versión anterior. Por otra parte, una versión simplificada parece apropiada.

64. Con referencia a la cuarta parte, es alentadora la amplia aprobación del artículo B. En cuanto al artículo 37, el Sr. Pellet sugirió que la palabra «exclusivamente» era innecesaria teniendo en cuenta la expresión «en la medida en que». No obstante, la Comisión tenía que aceptar el simple hecho de que una norma particular que conllevara una consecuencia particular no era de por sí suficiente para activar el principio de *lex specialis*. Él ha intentado expresar la noción de que con la palabra «exclusivamente» se requería una condición más. Quizá la palabra sea demasiado enérgica. Corresponde al Comité de Redacción resolver esta cuestión.

65. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea remitir el proyecto de artículos, junto con los contenidos en las notas de los párrafos 407 y 413 del informe, al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.50 horas.

2654.ª SESIÓN

Jueves 10 de agosto de 2000, a las 12.10 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda,

Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Cooperación con otros organismos (continuación*)

[Tema 9 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ JURÍDICO CONSULTIVO ASIÁTICO-AFRICANO

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Wafik Zaher Kamil, Secretario General del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, a informar a la Comisión sobre las actividades del Comité.

2. El Sr. KAMIL (Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano) dice que el Comité concede una gran importancia a los vínculos ya antiguos que le unen tradicionalmente con la Comisión y aprecia en todo su valor el papel que desempeña en la formulación del derecho internacional contemporáneo. Como uno de los principales objetivos del Comité es examinar las cuestiones de que se ocupa la Comisión y procurar que las opiniones de sus Estados miembros lleguen a su conocimiento, se ha convertido en costumbre que las dos instituciones estén representadas cada una de ellas en los períodos de sesiones de la otra. En el curso de los últimos años, la Comisión también ha estado representada en la reunión de los consejeros jurídicos de los Estados miembros del Comité que se celebra en la Sede las Naciones Unidas en Nueva York durante los períodos de sesiones de la Asamblea General. El orador espera con interés el momento de recibir a los miembros de la Comisión con ocasión del quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea.

3. El 39.º período de sesiones del Comité ha tenido lugar en El Cairo en febrero de 2000. En esa reunión se han elegido una nueva Mesa y un nuevo secretario general. Cuatro miembros de la Comisión estaban presentes, entre ellos el Sr. Hafner, que la representaba oficialmente. Al menos 14 cuestiones de fondo figuraban en el programa, entre ellas los trabajos del 51.º período de sesiones de la Comisión. En efecto, esos trabajos tienen un inmenso interés para los gobiernos de los países de África y Asia y también para el Comité en tanto que órgano al servicio de sus Estados miembros. El Comité ha querido que las opiniones expresadas en el curso de su período de sesiones sean comunicadas a la Comisión.

4. En primer lugar, por lo que se refiere a la cuestión relativa a la responsabilidad de los Estados, se ha juzgado preferible que la Comisión conserve en toda la medida de lo posible el contenido de los proyectos de artículos aprobados en primera lectura. Se han formulado observaciones preliminares acerca de los nuevos textos propuestos por el Relator Especial. Una delegación se ha pronunciado en favor del mantenimiento del artículo 20, que establece la distinción entre obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado. Es una disposición

* Reanudación de los trabajos de la 2648.ª sesión.

que interesa particularmente a los países en desarrollo que, de una manera general, no tienen los mismos medios que otros para conseguir el resultado que se espera de ellos. Como se ha señalado con justo título en la propia Comisión, el deber de prevención se clasifica bajo la rúbrica de las obligaciones de comportamiento y cualquier referencia a esa noción podría, por lo tanto, desaparecer del proyecto. El artículo 26 bis, relativo al agotamiento de los recursos internos, enuncia una regla sólidamente fundada en el derecho internacional general. Se trata de una condición previa a una reclamación internacional y la violación de la obligación internacional sólo tendría lugar, por lo tanto, en el momento en que esos recursos hubiesen sido agotados. En cuanto al artículo 33, donde se trata del estado de necesidad, las delegaciones en el Comité han aceptado la interpretación dada por el Relator Especial. Tal como está formulado, el artículo no abarca la intervención humanitaria que implica el empleo de la fuerza en el territorio de otro Estado. Por último, en cuanto al artículo 30, relativo a las contramedidas, una delegación ha aprobado la inclusión en el proyecto de una serie de reglas sobre ese punto. Esa delegación también ha sido partidaria del vínculo establecido entre las contramedidas y los mecanismos obligatorios de solución de controversias. Evidentemente, ese procedimiento debe ofrecerse a las dos partes, es decir, al Estado autor del hecho ilícito y al Estado lesionado.

5. En cuanto a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, el orador dice que las delegaciones han encomiado el trabajo del Relator Especial y hecho suyo el principio «quien contamina paga» y la noción de «equidad» que este último había adoptado. Algunas delegaciones han manifestado el temor de que la decisión tomada por la Comisión en su 51.º período de sesiones de suspender el examen de la cuestión retrase la terminación de los trabajos en la materia. Una delegación ha dicho que prefería que el resultado final adopte la forma de una convención marco.

6. Por otra parte, a propósito de las reservas a los tratados, se ha dicho que la Convención de Viena de 1969 establecía un equilibrio flexible y pragmático entre la necesidad, por una parte, de preservar la unidad y la integridad de los tratados y, por otra parte, de asegurar su ratificación universal. Así pues, se ha estimado que la elaboración de directivas sería una solución más práctica que permitiría colmar las lagunas posibles del régimen de Viena. En cuanto a la idea de dar a los órganos de seguimiento de los instrumentos relativos a los derechos humanos el poder de pronunciarse sobre la validez o la aceptación de reservas, se ha señalado que tal función rebasaría el mandato de esos órganos y les otorgaría así una autoridad retroactiva. También se ha estimado que era preciso un sistema flexible que integrase de manera equilibrada los acuerdos relativos a los derechos humanos. Una reunión especial se ha celebrado durante el 37.º período de sesiones del Comité en Nueva Delhi en abril de 1998 sobre la cuestión de las reservas a los tratados. Los resultados se han comunicado a la Comisión durante su 50.º período de sesiones. El Comité tendría mucho gusto en organizar de nuevo una reunión de igual naturaleza sobre otro tema del programa de la Comisión.

7. Respecto de los actos unilaterales de los Estados, el orador manifiesta seguidamente que las delegaciones presentes en el 39.º período de sesiones del Comité han estimado que la Comisión debería adoptar medidas para cristalizar los artículos aplicables. Es de la mayor importancia que la Comisión delimite de manera precisa los «actos unilaterales» de que se ocupa. A ese propósito se ha insistido en la distinción que debía hacerse entre «actos convencionales» y «actos unilaterales». Por último, respecto de la nacionalidad de las personas físicas en relación con la sucesión de Estados, el Comité se felicita de que la Comisión haya adoptado un conjunto de 27 proyectos de artículos sobre la cuestión.

8. El orador indica que por iniciativa del Gobierno del Japón, el Comité ha inscrito en el programa de su 39.º período de sesiones un tema titulado «Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes». El Sr. Hafner, miembro de la Comisión, ha expuesto los trabajos que ésta ha realizado sobre la cuestión. La casi totalidad de las delegaciones que han hecho uso de la palabra han reconocido que era importante y urgente codificar las reglas internacionales aplicables en la materia. Una de las delegaciones ha subrayado la complejidad de un problema que pertenecía a la vez al derecho internacional público, al derecho de las empresas y a las prácticas comerciales. La evolución de las funciones de los Estados modernos parecía caracterizarse por el paso de la teoría de la inmunidad absoluta a la teoría de la inmunidad limitada. Se han citado las disposiciones del proyecto explícitamente dedicadas a los navíos de que un Estado es propietario o explotador (art. 17) y se ha señalado al mismo tiempo que los artículos podrían también abarcar los transportes aéreos.

9. En cuanto al fondo, una delegación ha declarado que los Estados deberían tener algo que decir en la determinación del estatuto de «empresa de Estado» de una determinada entidad a los efectos de la inmunidad. Por otra parte, las divergencias de opinión sobre el criterio de la «naturaleza» y el «objeto» hacían pensar que era necesario ocuparse de la elaboración de criterios precisos que permitiesen determinar si una actividad dada equivalía a una transacción comercial. Cuando se elaborase una convención general sobre la cuestión sería conveniente tener en cuenta la práctica de los Estados y de la jurisprudencia de los diversos sistemas jurídicos: el derecho romano, el common law y el derecho islámico.

10. El Comité tiene la intención de organizar un debate sobre ese tema en la reunión de los consejeros jurídicos de sus Estados miembros que se celebrará en Nueva York con ocasión del quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General. Ello permitirá a los Estados miembros del Comité proceder a un intercambio de puntos de vista acerca del proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y coordinar su posición en la Sexta Comisión. Una delegación ha señalado que era necesario intensificar el diálogo entre la Sexta Comisión y la CDI y ha manifestado el deseo de que el informe de la CDI se ponga a disposición de los Estados con una antelación razonable. Por su parte, el Comité debería reflexionar sobre los medios de aportar una contribución de fondo a los trabajos de la Comisión. Como falta tiempo durante el período de sesiones anual, se ha formulado la propuesta de limitarse en

el futuro al examen de uno sólo de los temas inscritos en el programa de la Comisión, lo que permitiría ocuparse con profundidad de las cuestiones de importancia decisiva.

11. Las demás cuestiones examinadas en el curso del 39.º período de sesiones han sido: el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional¹; el estatuto y el trato de los refugiados; la expulsión de los palestinos y otras prácticas israelíes, entre ellas la inmigración masiva y las implantaciones de colonias judías en los territorios ocupados con violación del derecho internacional; la protección jurídica de los trabajadores migrantes; la aplicación extraterritorial de las legislaciones nacionales; las sanciones impuestas a terceros Estados; el seguimiento de la Conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas para la creación de una corte penal internacional; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; la actividad normativa de las instituciones de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales competentes en materia de derecho comercial internacional; el informe sobre los resultados de la tercera Conferencia ministerial de la OMC que ha tenido lugar en Seattle del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 1999; y el informe del seminario sobre las cuestiones relativas a la aplicación de los derechos de propiedad intelectual, celebrado en Nueva Delhi en noviembre de 1999.

12. Con el fin de intensificar las relaciones de trabajo entre el Comité y la Comisión, el orador presenta a esta última dos propuestas. La primera tiene por objeto la organización común de un coloquio, o de un seminario, en el que podría igualmente participar la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, y cuyo objeto sería determinar las razones por las cuales los Estados dudan en ratificar determinadas convenciones que se han elaborado sobre la base de proyectos de la Comisión, y buscar los medios de aumentar el número de adhesiones a esas convenciones. La segunda propuesta se refiere al papel que, según la Comisión, podría confiarse al Comité con el fin de estimular a los Estados a participar más activamente en los trabajos de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General, en especial mediante las respuestas a los cuestionarios y peticiones de observaciones y comentarios de la CDI.

13. Respecto de la cooperación futura entre el Comité y la Comisión, el orador dice que la secretaria del Comité seguirá redactando notas y formulando comentarios sobre las cuestiones de fondo de que se ocupe la Comisión con el fin de prestar ayuda a los representantes de los Estados miembros del Comité en la Sexta Comisión cuando se examine el informe de la CDI. Así pues, un tema titulado «Informe sobre los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en su 52.º período de sesiones» figurará en el programa del 40.º período de sesiones del Comité que se celebrará en 2001. En nombre del Comité, el orador invita al Presidente y a los miembros de la Comisión a participar en ese período de sesiones y manifiesta la esperanza de que continúe la cooperación cada vez más estrecha entre el Comité y la Comisión.

¹ Proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23, de 17 de noviembre de 1989.

14. Por último, el orador indica que uno de los objetivos del Comité para los próximos años es lograr la adhesión de los países de África y Asia que participan en la francofonía. En esa perspectiva, los estatutos y el reglamento del Comité se han traducido al francés y se podrán distribuir pronto a los países francófonos.

15. El Sr. HE se felicita de la costumbre de que, cada año, el Secretario General del Comité exponga las actividades del Comité a la Comisión, y de que los miembros de la Comisión vengan a presentar los trabajos de ésta en el período de sesiones anual, o en otras reuniones o seminarios, del Comité. Merece particular agradecimiento el interés que manifiesta el Comité, en especial mediante la comunicación de comentarios y de los documentos pertinentes por los temas inscritos en el programa de la Comisión. Las secretarías respectivas de la Comisión y del Comité cooperan por lo demás en cuestiones de interés común y proceden a intercambios mutuos de documentos. El orador espera sinceramente que bajo la dirección del nuevo Secretario General del Comité esa cooperación entre el Comité y la Comisión resulte aún más robustecida.

16. El Sr. MOMTAZ recuerda que el Comité es una organización regional que agrupa a la cuarta parte de los Estados miembros de la comunidad internacional y que ha desempeñado, y continúa desempeñando, un papel muy importante en el desarrollo progresivo del derecho internacional.

17. El orador apoya vivamente la primera propuesta que ha hecho el Secretario General del Comité, estimando sin embargo que sería necesario interesarse no sólo en las convenciones «mortinatas» cuyos proyectos ha elaborado la Comisión, sino también en los proyectos «mortinatos» de la Comisión. En cuanto a la segunda propuesta, el orador piensa que el Comité podría alentar a sus Estados miembros a responder a los cuestionarios elaborados por la Comisión mediante el fomento de debates sobre las cuestiones de que son objeto. Piensa también que la lejanía de Nueva Delhi no debería ser un obstáculo para la adhesión al Comité de los países francófonos de África.

18. El Sr. GOCO manifiesta su convencimiento de que el Comité puede desempeñar un papel útil estimulando a sus 45 miembros a responder a los cuestionarios que les dirige la Comisión sobre temas o proyectos particulares. Su ayuda podría también ser particularmente oportuna en la perspectiva, extremadamente deseable, de la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a cuyos trabajos preparatorios el Comité ha aportado una contribución notable en el curso de su reunión de Manila de 1996. La entrada en vigor del Estatuto de Roma está subordinada al depósito de 60 instrumentos de ratificación, pero hasta ahora sólo una decena de Estados lo han ratificado, por lo que el Comité podría intervenir cerca de sus miembros para incitarles a depositar sus instrumentos de ratificación.

19. El Sr. Sreenivasa RAO agradece al Sr. Kamil su excelente informe y sus propuestas encaminadas a robustecer las relaciones entre la Comisión y el Comité en interés del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. No tiene ninguna duda de que,

gracias en especial a las calidades personales de su nuevo Secretario General, el Comité contará con cada vez más miembros francófonos de África y Asia.

20. El Sr. ADDO dice que le gustaría saber cómo está el proyecto de creación de un sitio Web del Comité que su anterior Secretario General había mencionado en la declaración que hizo en el período de sesiones precedente de la Comisión.

21. El Sr. KAMIL (Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano) confirma que el sitio Web se ha creado y su dirección será comunicada dentro de poco a los miembros de la Comisión.

22. El PRESIDENTE agradece al Sr. Kamil su exposición, muy interesante, sobre las actividades del Comité.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2655.ª SESIÓN

Viernes 11 de agosto de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a examinar el proyecto de informe.

CAPÍTULO I.—Organización de los trabajos del período de sesiones (A/CN.4/L.590)

Párrafos 1 a 10

Quedan aprobados los párrafos 1 a 10.

Párrafo 11

2. El PRESIDENTE dice que, en las versiones francesa e inglesa del párrafo 11, hay que suprimir las palabras *opened the session and y a ouvert la session et*, respectivamente, ya que el Sr. Corell, Asesor Jurídico, en realidad no inauguró el período de sesiones.

Queda aprobado el párrafo 11, con las modificaciones introducidas en los textos francés e inglés.

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12.

Queda aprobado el capítulo I, en su forma enmendada.

CAPÍTULO II.—Resumen de la labor de la Comisión en su 52.º período de sesiones (A/CN.4/L.591)

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

3. En respuesta a una pregunta del Sr. PELLET, el Sr. DUGARD y el Sr. GAJA confirman que se han remitido al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1, 3 y 5 a 8, pero no el proyecto de artículo 4.

Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.

Párrafos 3 y 4

Quedan aprobados los párrafos 3 y 4.

Párrafo 5

4. El Sr. ECONOMIDES recomienda que en la versión francesa del párrafo se suprima el término *subsidaire*.

5. El PRESIDENTE explica que la Comisión ha debatido el tema de la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas como un subtema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

6. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) propone que la idea de subtema se exprese incluyendo en el texto francés el término *sous-thème*.

Queda aprobado el párrafo 5, con la modificación introducida en el texto francés.

Párrafo 6

7. El PRESIDENTE sugiere que se aplace la aprobación del párrafo 6 hasta que el Grupo de Planificación haya presentado su informe.

Así queda acordado.

Párrafo 7

Queda aprobado el párrafo 7.

Párrafos 8 y 9

Quedan aprobados los párrafos 8 y 9, con pequeñas modificaciones de estilo.

CAPÍTULO V.—Protección diplomática (A/CN.4/L.594)

A.—Introducción

Párrafos 1 a 4

Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.

Párrafo 5

8. El Sr. TOMKA señala que el Sr. Bennouna fue elegido magistrado del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en 1998 y no en 1999.

9. El Sr. MIKULKA (Secretario de la Comisión) dice que se modificará el párrafo para que diga: «En su 51.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John Robert Dugard Relator Especial para el tema tras la elección del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia».

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 6 y 7

Quedan aprobados los párrafos 6 y 7.

Párrafo 8

10. El PRESIDENTE dice que será necesario modificar el párrafo 8 de modo que diga que se remitieron al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1, 3 y 5 a 8.

Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.

Párrafos 9 a 13

Quedan aprobados los párrafos 9 a 13.

Párrafos 14 a 16

11. El Sr. PELLET pregunta si no habría que referirse a los artículos como proyectos de artículo.

12. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que en los párrafos ya aprobados se han utilizado indiscriminadamente los términos «artículo» y «proyecto de artículo». Sería de desear una mayor coherencia y, en su opinión, resultaría más apropiado hablar de «proyectos de artículo».

13. El Sr. PELLET y el Sr. TOMKA proponen que la secretaria determine cuál es la práctica habitual a este respecto.

14. El Sr. MOMTAZ sugiere que el párrafo 13, en el que se habla de ocho proyectos de artículo, podría considerarse como un párrafo introductorio.

15. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) dice que el párrafo 13 es realmente introductorio. Estima que, por razones de economía de lenguaje, después se podría emplear el término «artículo».

Quedan aprobados los párrafos 14 a 16.

Párrafo 17

16. El Sr. KAMTO dice que en este párrafo se exponen dos puntos de vista opuestos acerca de si la protección diplomática se extiende o no a la protección de los derechos humanos, pero no se indica por cuál de ellos se inclina la CDI en general. El lector medio, incluidos los representantes en la Sexta Comisión, quedarán sin saber a qué atenerse con respecto al parecer de la CDI acerca de esta materia.

17. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que no ha habido consenso sobre esta cuestión y que el párrafo recoge el hecho de que se expresaron opiniones diferentes sin que se pudiera apreciar una pauta clara. Esta cuestión está relacionada con los principios que inspiran la protección diplomática y no es algo que exija una decisión.

18. El Sr. GAJA desea hacer una observación general. No hay que lastrar el informe con indicaciones acerca de cuántos miembros exactamente de la Comisión se inclinan por una opinión determinada con respecto a una cuestión concreta. Esto se puede ver en las actas resumidas, que se deberían poder consultar en el sitio Web de la Comisión tan pronto como haya terminado el procedimiento de corrección.

19. El Sr. TOMKA se adhiere a las observaciones del Relator Especial y señala el párrafo 89, en el que se indica que el artículo 1 fue objeto de consultas oficiosas porque no se había logrado un consenso.

20. El Sr. PELLET dice que el párrafo 17 está bien en su forma actual, puesto que recoge fielmente el debate sobre el artículo 1.

21. El Sr. GOCO señala que el título de la sección que comprende los párrafos 16 a 22 es «Resumen del debate» y dice que el párrafo 17 se limita a reunir los diversos puntos de vista expresados acerca de si la protección diplomática se extiende o no a la protección de los derechos humanos y no recoge la posición definitiva de la Comisión.

Queda aprobado el párrafo 17.

Párrafo 18

22. El Sr. TOMKA dice que las frases segunda y cuarta son contradictorias. La mejor solución sería suprimir en la segunda frase las palabras «que constaba por lo general de dos fases» y en la tercera las palabras «en primer lugar».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 18, en su forma enmendada.

Párrafo 19

Queda aprobado el párrafo 19.

Párrafo 20

23. El Sr. SIMMA, apoyado por el Sr. GALICKI y el Sr. TOMKA, dice que, en la tercera frase, las palabras «en particular Estados de Europa oriental» son superfluas y deberían suprimirse.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 20, en su forma enmendada.

Párrafo 21

24. El Sr. SIMMA señala que la referencia a una solución de transacción, en la segunda frase, no es apropiada en el contexto de violaciones del derecho interno. Convendría suprimir las palabras «una solución de transacción según la cual» e incluir en su lugar la palabra «que».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafo 22

25. El Sr. SIMMA dice que el enunciado de la primera frase no es muy elegante. Propone que se sustituya el final de la frase por lo siguiente: «al tratar este último tema la Comisión debía utilizar una terminología coherente con la del primero».

Así queda acordado.

26. El Sr. KAMTO señala que en la versión francesa de la última frase parece que falta algo.

27. El PRESIDENTE dice que se corregirá esa omisión.

Queda aprobado el párrafo 22, en su forma enmendada.

Párrafo 23

Queda aprobado el párrafo 23.

Párrafo 24

28. El Sr. SIMMA se opone a que las observaciones a que se refiere la primera frase se califiquen de «interesantes», ya que ello implica que algunas observaciones son más interesantes que otras.

29. El Sr. AL-BAHARNA propone que se suprima la palabra «interesantes».

30. El PRESIDENTE, apoyado por el Sr. PELLET, señala que el título de la sección en que figuran los párrafos 23 y 24 es «Observaciones finales del Relator Especial». Si el Relator Especial calificó así las observaciones y no se opone al empleo de la palabra «interesantes», no hay ningún motivo para suprimirla.

31. El Sr. KABATSI, apoyado por el Sr. GAJA, dice que en su propio informe el Relator Especial tiene derecho a hacer las valoraciones que desee, pero que ahora lo que se está examinando es el informe de la Comisión a la Asamblea General. Hay que suprimir la palabra «interesantes».

32. El Sr. CANDIOTI sugiere que se incluyan al comienzo de la primera frase las palabras «A su juicio».

33. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que no se ha formado una opinión definitiva, pero que sería mejor suprimir la palabra «interesantes».

Así queda acordado.

34. El Sr. TOMKA propone que, al final del párrafo 24, la palabra «acto», que figura antes del término «ilícito», se sustituya por «hecho internacionalmente».

Así queda acordado.

35. El Sr. AL-BAHARNA dice que, consiguientemente, también habría que sustituir las palabras «un acto potencialmente ilícito» por «un hecho internacionalmente ilícito potencial».

Así queda acordado.

36. El Sr. AL-BAHARNA dice que convendría suprimir la última frase del párrafo 24, puesto que expresa una opinión del Relator Especial, mientras que el informe es de la Comisión.

37. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que su intención era que la cuestión siguiera examinándose en el Comité de Redacción.

38. El Sr. GOCO es partidario de mantener la última frase, que simplemente expone la valoración de la situación por el Relator Especial al clausurarse el debate sobre la protección diplomática.

39. El PRESIDENTE sugiere que se incluyan al final de la frase las palabras «en el Comité de Redacción», para que quede clara la intención del Relator Especial.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 24, en su forma enmendada.

Cooperación con otros organismos (continuación)

[Tema 9 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ DE ASESORES JURÍDICOS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

40. El PRESIDENTE invita al Sr. Benítez, Secretario del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, a que informe a la Comisión de los acontecimientos registrados en el Consejo de Europa desde el último período de sesiones de la Comisión.

41. El Sr. BENÍTEZ (Observador del Comité de Asesores Jurídicos sobre el Derecho Internacional Público del Consejo de Europa) dice que en el año 2000 se cumplió el quincuagésimo aniversario de la adopción del Convenio europeo de derechos humanos y que para conmemorar ese hito se han organizado diversos actos, en particular la preparación de varios textos sobre materias que guardan relación con aquellas sobre las que versan los trabajos de la Comisión. En primer lugar, el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, el Instituto Eric Castren y el T.M.C. Asser Instituut prepararon, con los auspicios del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público, un informe sobre la sucesión de Estados y las cuestiones de reconocimiento basado en la información reunida mediante un proyecto piloto del Consejo de Europa sobre la práctica de los Estados en esta materia¹. El informe se presentó al Secretario General del Consejo de Europa en la reunión del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público de septiembre de 1999 y, posteriormente, se transmitió al Secretario General de las Naciones Unidas como aportación del Consejo al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional².

42. En el 51.º período de sesiones de la Comisión, el orador se refirió a la aprobación por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de la recomendación n.º R (99) 13 sobre las reacciones frente a las reservas a los tratados internacionales consideradas inadmisibles³. En el año 2000, el Comité pudo concluir sus trabajos sobre el tema y presentó un documento sobre cuestiones prácticas relativas a las reservas a los tratados internacionales⁴, que es una guía de la práctica basada en la experiencia de los profesionales de la elaboración de tratados. Se trata de evitar, en lo posible, los problemas relacionados con las reservas a los tratados internacionales. Este tema ha sido debatido largamente por el Comité y su Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados internacionales, centrándose en particular en los acontecimientos recientes, especialmente la práctica de la denuncia de un tratado, la nueva ratificación con reservas y la modificación de las reservas. El Comité ha seguido atentamente la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas en su función de depositario de tratados internacionales y ha entablado un diálogo con sus representantes para determinar las consecuencias de esa práctica. Conviene subrayar que el documento, que fue aprobado por el Comité, no es una recomendación ni un tratado sino que tiene como único objeto ser útil a los

Estados miembros del Consejo de Europa. Con la aprobación del documento por el Comité de Ministros y su publicación en el Boletín Oficial del Consejo de Europa, el Grupo de Especialistas sobre las reservas a los tratados internacionales (DI-E-RIT) del Consejo de Europa concluyó sus trabajos. No obstante, el Comité proseguirá sus actividades, en relación con su función de observatorio europeo de las reservas a los tratados internacionales, tanto en el marco del Consejo de Europa como fuera de él. También entablará un diálogo con los Estados autores de reservas cuando se ponga en tela de juicio la admisibilidad de sus reservas. El Comité espera con interés la visita del Sr. Pellet en su reunión de septiembre de 2000.

43. Como otra aportación al quincuagésimo aniversario del Convenio europeo de derechos humanos, el Comité encargó un informe especial sobre las repercusiones del Convenio en el desarrollo del derecho internacional público⁵. El informe evalúa las repercusiones de cuestiones como las reservas, la interpretación de los tratados, la soberanía del Estado, las garantías del debido procedimiento legal, la protección del medio ambiente, la responsabilidad del Estado y las obligaciones erga omnes, la protección diplomática, la responsabilidad y la territorialidad, la responsabilidad del Estado por actos no gubernamentales e imputabilidad y, en el campo del derecho internacional humanitario, la aplicación del principio de proporcionalidad y límites de los daños colaterales. La conclusión del autor es que las repercusiones del Convenio en el derecho internacional general han sido importantes. Sin embargo, una esfera en la que, hasta ahora, la influencia del Convenio se limita a los sistemas de derechos humanos y no se ha hecho extensiva al derecho internacional general es la de las reservas a los tratados. El informe y una reseña de los importantes debates celebrados en el Comité se han remitido al Consejo de Ministros como aportación del Comité a la celebración del 50.º aniversario del Convenio. Una de las cuestiones suscitadas durante el debate fue la preparación por la Unión Europea de una carta de derechos fundamentales y las posibles repercusiones de esa carta, en relación con lo cual algunos delegados expresaron su preocupación por la manera en que los órganos de derechos humanos funcionaban en Estrasburgo. Por consiguiente, se decidió que el Comité actuaría como un centro de intercambio de información con respecto a esa iniciativa. En su reunión de septiembre, el Secretario General Adjunto, que al mismo tiempo es miembro del grupo de trabajo encargado de preparar el proyecto de carta, informará sobre el estado de los trabajos.

44. El Comité ha examinado también los últimos acontecimientos relativos a la Corte Penal Internacional en una reunión de consulta, celebrada en mayo de 2000, sobre las repercusiones de la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros del Consejo de Europa, en la que participó el Comité Europeo para los Problemas Penales. Todos insistieron en su compromiso de defender la integridad del Estatuto de Roma y reafirmaron el objetivo de que la Corte pudiera constituirse en breve. A este respecto, señalaron el importante papel que

¹ J. Klabbers y otros, eds., *Pratique des États concernant la succession d'États et les questions de reconnaissance : le projet pilote du Conseil de l'Europe*, La Haya, Kluwer Law International, 1999.

² Véase 2654.ª sesión, nota 1.

³ Consejo de Europa, 670.ª reunión de Delegados ministeriales (18 de mayo de 1999).

⁴ Véase 2632.ª sesión, nota 8.

⁵ T. Meron, *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'évolution du droit international public*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2000.

los 41 Estados miembros del Consejo podían desempeñar, puesto que representaban los dos tercios del número de 60 ratificaciones necesario para la entrada en vigor del Estatuto. Otra actividad fue el cambio de impresiones con los representantes de diversos organismos internacionales. El Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos participó en un debate sobre la evolución del sistema de Estrasburgo después de la entrada en vigor del Protocolo n.º 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio, y sobre la unificación del sistema, desde que se redujo el papel de la Comisión Europea de Derechos Humanos. También se celebró un útil cambio de impresiones con el Presidente y el Vicepresidente del Tribunal Internacional de Conciliación y Arbitraje, quienes pidieron que los Estados miembros recurrieran con más frecuencia al Tribunal.

45. Otra actividad en la esfera de la cooperación jurídica es la lucha contra la corrupción, en la que la Comisión de Derecho Internacional también se ha mostrado interesada. El Convenio de derecho penal sobre la corrupción y el Convenio de derecho civil sobre la corrupción del Consejo de Europa han sido generalmente aceptados por los Estados miembros y otros Estados. Más de 30 Estados miembros y un Estado no miembro, Bosnia y Herzegovina, firmaron el primero, que ha sido ratificado por tres de ellos. Más de 20, además de Bosnia y Herzegovina, han firmado el segundo, que también ha sido ratificado por Bulgaria. Son necesarias 14 ratificaciones para la entrada en vigor de ambos Convenios. El Consejo también ha aprobado la recomendación n.º R (2000) 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los códigos de conducta para los agentes públicos, que tiene por objeto luchar contra la corrupción en el sector público. La aprobación de esa recomendación puso fin al mandato del Consejo en lo referente a la lucha contra la corrupción, que figura en el Programa de Acción contra la Corrupción aprobado por el Comité de Ministros en 1996. A este respecto, el orador señala el Acuerdo Parcial Ampliado por el que se establece el Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO)⁶, en el que Estados miembros y no miembros pueden participar en pie de igualdad, aunque no todos los Estados miembros están obligados a ello. Ese Grupo supervisa todas las actividades del Consejo en materia de lucha contra la corrupción y el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados miembros y no miembros a este respecto. La condición para su establecimiento era la notificación por parte de 14 Estados miembros de su intención de participar; hasta la fecha, 22 han hecho esa notificación. Austria, Italia, Malta y Portugal también han manifestado su voluntad de adherirse al GRECO.

46. El Convenio europeo sobre la nacionalidad ha obtenido un número significativo de firmas y las tres ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, que se produjo el 1.º de marzo de 2000. El orador señala también la recomendación n.º R (99) 18 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la prevención y la reducción de los casos de apatridia. Por otra parte, el Comité de

Ministros ha aprobado el Protocolo n.º 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la prohibición de la discriminación, que constituirá una medida importante para lograr la garantía colectiva de los derechos fundamentales enunciados en el Convenio y reforzar el conjunto de medidas a disposición de los Estados miembros para luchar contra el racismo. Por último, el orador señala a la atención de la Comisión una declaración del Director General de Derechos Humanos del Consejo de Europa ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

47. El Sr. KATEKA señala que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 1, el Código Modelo de Conducta para los Agentes Públicos, incluido en el apéndice de la recomendación n.º R (2000) 10, no se aplica a los representantes públicos elegidos, a los miembros del gobierno ni a las personas que ejercen funciones judiciales. Se pregunta por qué ese sector tan importante de funcionarios públicos está excluido. Quizás haya otro código de conducta que se aplique a ellos.

48. El Sr. GALICKI se felicita de que el Consejo de Europa y la Comisión continúen influyéndose mutuamente en sus trabajos respectivos. En la primera Conferencia sobre la Nacionalidad, en octubre de 1999, el proyecto de artículos de la Comisión sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados fue muy apreciado; es más, ha influido hasta cierto punto en los nuevos avances logrados en esta esfera, como la aprobación de la recomendación n.º R (99) 18 y el proyecto de recomendación sobre la pluralidad de nacionalidades, que a su vez está relacionado con los trabajos de la Comisión sobre la protección diplomática. Además, el protocolo adicional propuesto al Convenio europeo sobre la nacionalidad sin duda se inspirará en los trabajos de la Comisión.

49. El Sr. TOMKA informa a los miembros que el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público se reúne cada otoño con objeto de prepararse para el examen del informe de la CDI en la Sexta Comisión. Las deliberaciones del Comité resultan considerablemente facilitadas por la reseña actualizada de los trabajos de la Comisión que el Sr. Simma prepara anualmente y publica en el *Nordic Journal of International Law*, la cual proporciona una útil información con anticipación a la publicación del informe de la Comisión a la Asamblea General.

50. El Sr. GOCO dice que la importantísima labor iniciada por el Consejo de Europa sobre el tema de la corrupción ofrece una abundancia de documentación que seguirá siendo de gran ayuda a la Comisión a medida que ésta avance en sus propios trabajos sobre el tema. Señala que el Código Modelo de Conducta para los Agentes Públicos aparentemente contiene una disposición según la cual los funcionarios deben hacer periódicamente declaraciones sobre sus intereses. Pregunta también cómo se aborda la cuestión del blanqueo de dinero en el Convenio de derecho penal sobre la corrupción y el Convenio de derecho civil sobre la corrupción.

51. El Sr. PELLET pregunta cuál es el significado exacto de la expresión un tanto esotérica de «compromi-

⁶ Consejo de Europa, Comité de Ministros, resolución (98) 7 de 5 de mayo de 1998.

so de defender la integridad del Estatuto de Roma», que figura en las conclusiones de la reunión de consulta sobre las repercusiones de la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros del Consejo de Europa. Además, desearía obtener algunas aclaraciones sobre el plazo para la formulación tardía de reservas a los convenios del Consejo de Europa.

52. El Sr. GAJA dice que el análisis de la práctica de los depositarios que figura en el párrafo 316 del quinto informe del Sr. Pellet sobre las reservas de los tratados (A/CN.4/508 y Add.1 a 4) muestra que el Secretario General de las Naciones Unidas y el Secretario General de la OMI, ante la formulación tardía de una reserva, envían una nota a todas las partes contratantes preguntando si tienen objeciones que hacer a la formulación de la reserva. Si no se hace ninguna objeción, se entiende que la reserva es admisible, aunque haya sido formulada tardíamente. Según el último párrafo de la sección 16 del documento de antecedentes relativo a las cuestiones prácticas en materia de reservas a los tratados internacionales, esa posibilidad no existe actualmente en el Consejo de Europa. El orador se muestra interesado por conocer cuáles son los motivos de eso, especialmente en vista del comentario que figura al final de dicho párrafo según el cual varios Estados han empezado a examinar modos de evitar esa prohibición, como la denuncia del tratado y la nueva ratificación del mismo tratado con reservas.

53. El Sr. BENÍTEZ (Observador del Comité de Asesores Jurídicos sobre el Derecho Internacional Público del Consejo de Europa) dice, en respuesta a la pregunta que ha formulado el Sr. Kateka, que los altos funcionarios públicos y los representantes elegidos quedan excluidos del ámbito del Código Modelo de Conducta para los Agentes Públicos porque éste enuncia ciertos principios, como el requisito de neutralidad política, que no se pueden aplicar a personas que son titulares de un mandato político, como los ministros, el personal de gabinete de los ministros o los representantes elegidos. El Consejo de Europa no ha elaborado todavía un código modelo aplicable a esas categorías de personas, pero, teniendo en cuenta la voluntad política que existe a este respecto, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa no ha excluido la posibilidad de elaborar un código de esa índole. En los planos local y regional, el órgano competente, es decir, el Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa, órgano consultivo del Consejo de Europa, ha aprobado un código de conducta para los representantes elegidos en los ámbitos local y regional.

54. Por lo que respecta a la pregunta del Sr. Goco relativa a la declaración de intereses, el artículo 14 del Código Modelo de Conducta para los Agentes Públicos establece la obligación de los funcionarios públicos de declarar sus intereses en el momento de su nombramiento y, posteriormente, a intervalos regulares. La definición del concepto de intereses adoptada por el Consejo de Europa figura en el párrafo 2 del artículo 13 y es muy amplia, puesto que abarca los intereses personales y familiares de cualquier especie. El artículo 14, que abarca a los funcionarios que dejan la administración pública, tiene que leerse juntamente con el artículo 26, que contiene otras disposiciones a este respecto. El Convenio de

derecho penal sobre la corrupción y el Convenio de derecho civil sobre la corrupción requieren 14 notificaciones para su entrada en vigor, cifra que se alcanzará en breve. Se han recibido de los Estados 22 notificaciones de intención de adherirse al GRECO y, por consiguiente, ese acuerdo ya ha entrado en vigor. El Comité estaría dispuesto a remitir a la Comisión toda información pertinente a este respecto. En cuanto a la pregunta del Sr. Goco sobre el blanqueo de dinero, el Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito del Consejo de Europa ya está en vigor y constituye, de hecho, uno de los pilares de la lucha del Consejo contra la delincuencia.

55. Los trabajos del Consejo de Europa en la esfera de la nacionalidad van más allá de la reciente aprobación de la recomendación del Comité de Ministros sobre la prevención y la reducción de los casos de apatridia. Como ha señalado el Sr. Galicki, se han emprendido diversas actividades que es de esperar que produzcan en breve un resultado en forma de aprobación de textos.

56. En cuanto a las observaciones del Sr. Tomka, subraya que el Consejo de Europa está sumamente agradecido por la fructífera cooperación que existe entre sus comités encargados del derecho internacional y la nacionalidad y la Comisión, una cooperación que esos comités tienen el propósito de continuar. Así, el Sr. Pellet participará en la próxima reunión del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público. Los informes presentados periódicamente por el Sr. Simma son otro ejemplo de esa cooperación. La secretaria de la CDI también tiene la amabilidad de proporcionar al Comité el texto provisional del informe anual de la CDI sobre la labor realizada en su último período de sesiones, con objeto de facilitar su participación en los trabajos de la Sexta Comisión. El hecho de que algunos miembros de la CDI hayan sido o sean también miembros del Comité favorece aún más esa cooperación. El Sr. Tomka es Vicepresidente de ambos órganos.

57. En respuesta a las preguntas formuladas por el Sr. Gaja y el Sr. Pellet, el orador dice que la referencia del compromiso asumido por los Estados miembros del Consejo de Europa respecto de la «integridad del Estatuto de Roma» es una fórmula que fue elegida deliberadamente. Entiende que la intención era excluir la posibilidad de que las delegaciones utilizaran el proceso de negociación del reglamento como una oportunidad para poner en tela de juicio las disposiciones del Estatuto mismo. No puede dar ninguna información categórica acerca del plazo para la formulación tardía de reservas. Tales reservas son admisibles y no tiene noticia de que se imponga ningún plazo.

58. La reciente evolución con respecto a la posibilidad de denunciar y volver a ratificar los tratados son motivo de gran preocupación para el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional. Esta cuestión se trata en el primer párrafo de la sección 8 del documento de antecedentes sobre las cuestiones prácticas relativas a las reservas a los tratados internacionales, en el que se dice que la validez de ese acto es discutible. Dicho pasaje continúa: «Se ha expresado la opinión de que este procedimiento burla la norma según la cual las reservas sólo pueden hacerse al manifestar el consentimiento en obli-

garse. También se ha expresado la opinión de que, aunque no es nada deseable, ninguna norma se opone formalmente a tal procedimiento». Afortunadamente, el Consejo de Europa no ha tropezado todavía con casos concretos de ese género. Su primera impresión es que esa práctica no sería bien acogida.

59. El PRESIDENTE da las gracias al observador del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional del Consejo de Europa por su declaración, tan completa.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2656.ª SESIÓN

Lunes 14 de agosto de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO VI.—Actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/L.595 y Add.1)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a examinar el capítulo VI del proyecto de informe.

A.—Introducción

Párrafos 1 a 11 (A/CN.4/L.595)

Quedan aprobados los párrafos 1 a 11.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

1. DOCUMENTOS DE QUE DISPUSO LA COMISIÓN Y SESIONES DEDICADAS AL TEMA

Párrafos 12 a 14

Quedan aprobados los párrafos 12 a 14.

2. PRESENTACIÓN POR EL RELATOR ESPECIAL DE SU TERCER INFORME

Párrafos 15 a 18

Quedan aprobados los párrafos 15 a 18.

Párrafo 19

2. El Sr. MOMTAZ dice que, en el texto francés, las palabras *ou forclusion* deberían figurar entre paréntesis después del término *estoppel* en el párrafo 15, puesto que en ese párrafo se utiliza este término por primera vez.

Queda aprobado el párrafo 19, con la enmienda introducida en el texto francés.

Párrafo 20

Queda aprobado el párrafo 20.

Párrafo 21

3. El Sr. LUKASHUK estima que habría que suprimir las palabras «o político» en la segunda frase. La Comisión, en efecto, decidió estudiar únicamente los actos unilaterales que surten efectos jurídicos en el plano internacional.

4. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) dice que ese párrafo reproduce literalmente lo que había declarado al presentar su informe, pero no se opone a la supresión propuesta por el Sr. Lukashuk.

5. El Sr. TOMKA preferiría que se conservase el párrafo en su forma actual, ya que si la Comisión decidió efectivamente estudiar sólo los actos unilaterales con efectos jurídicos no por ello deja de ser cierto que los Estados pueden contraer un compromiso político en el plano internacional.

6. El Sr. PELLET dice que convendría por lo menos suprimir las palabras «o no» que figuran en la segunda frase.

7. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea aprobar el párrafo 21 con la modificación propuesta por el Sr. Pellet.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafo 22

8. El Sr. TOMKA dice que sería conveniente, cuando se menciona un nuevo proyecto de artículo, reproducir su texto en una nota a pie de página para facilitar la comprensión del informe. Por otra parte, la Comisión así lo ha hecho en el capítulo IV, sobre la responsabilidad de los Estados. Esta observación se aplica también, por supuesto, a todos los demás párrafos en que se menciona un nuevo proyecto de artículo.

9. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) se adhiere a la observación del Sr. Tomka y señala que hará lo necesario.

Queda aprobado el párrafo 22.

Párrafo 23

Queda aprobado el párrafo 23.

Párrafo 24

10. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) dice que en la tercera frase hay un error que convendría rectificar: el término «dependencia», que aparece tres veces en esa frase, debería ser sustituido cada vez por «independencia».

Queda aprobado el párrafo 24, en su forma enmendada.

Párrafos 25 y 26

Quedan aprobados los párrafos 25 y 26.

Párrafo 27

11. El Sr. PELLET dice que la versión francesa de la segunda frase del párrafo 27 es confusa y que, a su juicio, el Relator Especial ha querido decir que la Convention de Vienne de 1969, elle, définissait le traité sans exclure que d'autres actes puissent être qualifiés de traité.

12. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) dice que la versión española de la frase mencionada por el Sr. Pellet recoge precisamente lo que acaba de decir, a saber, que el tratado, definido en la Convención de Viena, no es el único tipo de acto convencional al que se puede aplicar la Convención.

13. Tras un cambio de impresiones en el que participan el RELATOR ESPECIAL, el Sr. ECONOMIDES, el Sr. HAFNER, el Sr. KATEKA, el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, el Sr. PELLET y el Sr. TOMKA, el PRESIDENTE propone que se suspenda el examen del párrafo 27 hasta que el Relator haya elaborado, en el marco de unas consultas oficiosas con los miembros interesados, un texto aceptable para todos.

Así queda acordado.

Párrafo 28

Queda aprobado el párrafo 28.

Párrafo 29

14. El Sr. BROWNLIE dice que convendría sustituir en la penúltima frase de la versión inglesa del párrafo 29 la palabra enlarging por extending.

Queda aprobado el párrafo 29, con la modificación introducida en el texto inglés.

Párrafos 30 a 32

Quedan aprobados los párrafos 30 a 32.

Párrafo 33

15. El Sr. MOMTAZ se pregunta cuál es el sentido que hay que dar a la última frase del párrafo y se interroga acerca de los motivos que han inducido a mencionar la creación de comisiones investigadoras por el Consejo de Seguridad, cuestión que no guarda mucha relación con el resto del pasaje.

16. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) explica que el Consejo de Seguridad puede adoptar en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas decisiones que constituyen una causa de nulidad del acto unilateral. En virtud del Capítulo VI de la Carta, sólo puede adoptar recomendaciones, que no constituyen una causa de nulidad, salvo que también puede, y es la única excepción, adoptar la decisión de crear una comisión investigadora.

Queda aprobado el párrafo 33.

3. RECAPITULACIÓN DEL DEBATE

Párrafo 34

Queda aprobado el párrafo 34.

Párrafo 35

17. El Sr. LUKASHUK se refiere a la expresión «se debía intentar organizar y aclarar», que figura en la segunda frase, y propone que se inviertan esos términos por razones de lógica y decir «se debía intentar aclarar y organizar».

18. El Sr. MOMTAZ cree que no se puede decir, como en la última frase del párrafo, que un acto unilateral puede ser un «sucedáneo de la obligación convencional». Sería más apropiado decir que es un sucedáneo de la técnica convencional.

19. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) responde que cuando unos Estados quieren mantener entre ellos cierta relación jurídica pero no pueden recurrir a un acto convencional porque se lo impiden las circunstancias políticas, pueden proceder por medio de un acto unilateral. Como Relator, se declara dispuesto a encontrar una fórmula que traduzca mejor esa idea.

20. El Sr. TOMKA dice que el problema quedaría resuelto si se mencionara simplemente que un acto unilateral puede considerarse como un «sucedáneo de un tratado».

21. El Sr. ECONOMIDES aprueba esa propuesta y dice que sería aún más exacto decir que un acto unilateral puede ser considerado como un «sucedáneo de un acto convencional», ya que es exactamente de eso de lo que se trata.

22. El Sr. GOCO se refiere a la cuarta frase del texto inglés, en la que las palabras at best as old as treaties le parecen poco afortunadas.

23. El Sr. BROWNLIE propone escribir at least as old as treaties.

Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada.

Párrafos 36 y 37

24. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA señala que el párrafo 37 no hace más que recoger la idea ya expresada en la primera frase del párrafo 36.

25. El PRESIDENTE sugiere que se sustituya la primera frase del párrafo 36 por el párrafo 37.

Así queda acordado.

Quedan aprobados los párrafos 36 y 37, en su forma enmendada.

Párrafo 38

26. El Sr. MOMTAZ no alcanza a comprender el sentido de la tercera frase: «Al decidir cómo “codificar” esa relativa libertad de acción», en la medida en que aparentemente hay contradicción entre «libertad» y «codificar». Para evitar cualquier equívoco, propone ampliar el comienzo de la frase diciendo: «Al decidir cómo codificar las normas que limitan la libertad de acción...».

27. El Sr. GOCO dice que el sentido de esa frase resulta aclarado por la frase anterior, que explica de qué libertad de acción se trata y por qué se califica de «relativa».

28. El Sr. SIMMA dice ser el autor de la reflexión expresada con esa frase. Confirma que ésta recoge fielmente sus palabras. Precisamente para poner de relieve hasta qué punto es extraña la idea de «codificar» una libertad el verbo figura entre comillas.

29. El Sr. TOMKA dice que, si hay contradicción entre «codificar» y «libertad de acción», no será la única del informe. Éste no hace más que reseñar opiniones a veces contradictorias emitidas durante el debate. Así, al comienzo del párrafo 35 se puede leer que los actos unilaterales son importantes y que forman parte de la práctica cotidiana de la diplomacia, mientras que al final del párrafo 36 se dice que la Comisión tiene «pocos instrumentos y orientaciones» para codificar «una esfera poco conocida». Durante el debate se han expresado opiniones opuestas y es normal que se consignen en el informe.

Queda aprobado el párrafo 38.

Párrafo 39

30. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, apoyado por el Sr. ECONOMIDES, propone sustituir en la versión francesa del párrafo la palabra présents por observés.

Queda aprobado el párrafo 39, con la modificación introducida en el texto francés.

Párrafos 40 y 41

Quedan aprobados los párrafos 40 y 41.

Párrafo 42

31. El Sr. LUKASHUK propone que se supriman las palabras «así como la de los actos de las organizaciones internacionales», que figuran en la octava frase del párrafo.

32. El Sr. ECONOMIDES declara ser el autor de la opinión reseñada en ese pasaje y estima también que esas palabras no son pertinentes en ese contexto.

Queda aprobado el párrafo 42, en su forma enmendada.

Párrafos 43 a 47

Quedan aprobados los párrafos 43 a 47.

Párrafo 48

33. El Sr. PELLET propone que en la versión francesa de este párrafo se sustituya la expresión accord officieux por accord informel.

Queda aprobado el párrafo 48, con la modificación introducida en el texto francés.

Párrafos 49 y 50

Quedan aprobados los párrafos 49 y 50.

Párrafo 51

34. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) dice en relación con la última frase que, como el concepto de actos unilaterales «multilaterales» nunca fue mencionado, que él sepa, con mayor motivo no ve cómo habría podido ser abandonado. Conveniría, pues, suprimir la última frase del párrafo 51.

Queda adoptado el párrafo 51, en su forma enmendada.

Párrafos 52 y 53

Quedan aprobados los párrafos 52 y 53.

Párrafo 54

35. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en calidad de miembro de la Comisión, dice que en el texto inglés se utiliza varias veces la fórmula an unilateral act, y que, a su juicio, debería reemplazarse por la expresión a unilateral act. Ruega al Relator que tenga a bien ocuparse de esta cuestión.

36. El Sr. TOMKA dice que habría que sustituir la expresión «el asunto Essais nucléaires» por «los asuntos Essais nucléaires», ya que esos asuntos fueron dos.

Queda aprobado el párrafo 54, en su forma enmendada.

Párrafos 55 y 56

Quedan aprobados los párrafos 55 y 56.

Párrafo 57

37. El Sr. TOMKA dice que, al final de la sexta frase, convendría aclarar que la resolución de la CIJ en el asunto *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* versaba sobre la competencia, por lo que convendría incluir en el título del asunto la indicación «(competencia)».

Queda aprobado el párrafo 57, en su forma enmendada.

Párrafo 58

38. El Sr. PELLET dice que, al final de la primera frase, en vez de «los pueblos, los movimientos de liberación nacional o los particulares también podían dar lugar a obligaciones jurídicas» sería mejor decir que «también podían ser beneficiarios de compromisos jurídicos», lo que haría la frase más comprensible.

39. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acepta esta propuesta, en la inteligencia de que el texto inglés dirá: *could also be beneficiaries of legal commitments*.

Así queda acordado.

40. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) dice que, en la primera frase, tal vez no sea exacto decir que «algunos miembros se preguntaron», puesto que en realidad fue un solo miembro.

41. El Sr. KATEKA, apoyado por el Sr. Sreenivasa RAO, propone sustituir esa expresión por una fórmula relativamente neutra, del tipo «se preguntó».

42. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acepta esa propuesta.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 58, con las dos modificaciones propuestas.

Párrafos 59 a 68

Quedan aprobados los párrafos 59 a 68.

Párrafo 69

43. El Sr. PELLET dice que la última frase de la versión francesa del párrafo, que corresponde a las dos últimas frases de las versiones española e inglesa, no hace más que reiterar lo dicho en las frases precedentes, por lo que convendría suprimirla.

44. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide suprimir las dos últimas frases de los textos español e inglés y la última frase del texto francés.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 69, en su forma enmendada.

Párrafos 70 a 73

Quedan aprobados los párrafos 70 a 73.

Párrafo 74

45. En respuesta a una pregunta del Sr. Goco, el PRESIDENTE puntualiza que la expresión inglesa *one view* no es necesariamente sinónimo de *one member*.

46. El Sr. CANDIOTI señala, a este respecto, que en la versión francesa se traduce esa expresión por un *membre*. Habría que reemplazar, pues, esta expresión por *selon une opinion* y encargar a la secretaría que vele por la armonización de todo el texto en relación con este aspecto.

Queda aprobado el párrafo 74, con la modificación introducida en el texto francés.

Párrafos 75 a 80

Quedan aprobados los párrafos 75 a 80.

Párrafo 81

47. El Sr. TOMKA señala que, en la última frase, la referencia al asunto de Timor oriental está equivocada. La fecha mencionada debería ser «1995»; además, el título inglés no es *Eastern Timor* sino *East Timor*.

Queda aprobado el párrafo 81, en su forma enmendada.

Párrafo 82

Queda aprobado el párrafo 82.

Párrafo 83

48. El Sr. PELLET no alcanza a comprender la frase: «Alguien que no sea ni jefe de Estado, ni jefe de gobierno, ni ministro de relaciones exteriores debería considerarse competente a menos que la práctica u otras circunstancias demuestren que carece de competencia», ya que, en vez de una presunción de competencia, lo que parece lógico es una presunción de incompetencia. Por otra parte, lo que antecede también parece poco lógico.

49. El Sr. TOMKA dice que sería preferible revisar el párrafo en su totalidad. Propone que el Relator busque, en el acta resumida correspondiente, el texto de la intervención reseñada en el informe y que, después de verificarlo con su autor, comunique su conclusión.

50. El PRESIDENTE conviene en que es preferible aplazar la aprobación del párrafo 83 hasta que esta cuestión haya sido aclarada por el Relator.

Así queda acordado.

Párrafos 84 a 94

Quedan aprobados los párrafos 84 a 94.

Párrafo 95

51. El Sr. BROWNLIE estima poco satisfactoria la expresión de la segunda frase «situación objetiva de ese Estado», en especial en lo que se refiere a la situación de neutralidad. Propone que se suprima el adjetivo «objetiva».

52. El Sr. HAFNER dice que podría salvarse la dificultad sustituyendo la expresión «situación objetiva» por «situación erga omnes».

53. El Sr. KUSUMA-ATMADJA no está de acuerdo con la propuesta del Sr. Hafner: se habla de obligación erga omnes y no de situación erga omnes.

54. El Sr. PAMPOU-TCHIVOUNDA advierte del peligro de mezclar los géneros y se adhiere a esa observación.

55. El Sr. TOMKA no cree necesario calificar la «situación», ya que en la frase siguiente se proporciona un ejemplo.

56. El Sr. PELLET también opina que convendría aceptar la prudente propuesta que ha hecho el Sr. Brownlie.

57. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el párrafo 95 con la modificación propuesta por el Sr. Brownlie.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 95, en su forma enmendada.

Párrafo 96

58. El Sr. BROWNLIE hace observar que en la versión inglesa debe reemplazarse el término unopposability por inopposability.

Queda aprobado el párrafo 96, con la modificación introducida en el texto inglés.

Párrafos 97 a 101

Quedan aprobados los párrafos 97 a 101.

Párrafo 102

59. El Sr. PELLET propone que, para que el párrafo tenga sentido, se sustituya la expresión «dimanaba directamente del derecho» por «dimanaba directamente del derecho internacional general».

60. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) acepta la propuesta del Sr. Pellet. Añade que hay que sustituir la expresión «casos de nulidad absoluta» por «causas de nulidad absoluta».

Queda aprobado el párrafo 102, en su forma enmendada.

Párrafos 103 a 106

Quedan aprobados los párrafos 103 a 106.

Párrafo 107

61. El Sr. TOMKA se pregunta, refiriéndose a la penúltima frase, si conviene emplear la expresión «continuaba siendo vinculante» o si no sería mejor sustituirla por la expresión «continuaba siendo operativo».

62. El Sr. SIMMA propone, por su parte, que se utilice la expresión «volvía a ser operativo».

63. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el párrafo 107 tal como ha sido modificado por el Sr. Simma.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 107, en su forma enmendada.

Párrafos 108 y 109

Quedan aprobados los párrafos 108 y 109.

64. El Sr. TOMKA señala que los párrafos siguientes versan sobre la recapitulación del debate hecha por el Relator Especial y se pregunta si no habría que incluirlos, de conformidad con la práctica habitual, en una nueva sección 4 titulada «Observaciones finales del Relator Especial». La actual sección 4 (Establecimiento del Grupo de Trabajo) (A/CN.4/L.595/Add.1) pasaría a ser la sección 5.

65. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar esa propuesta.

Así queda acordado.

Párrafos 110 a 114

Quedan aprobados los párrafos 110 a 114.

Párrafo 115

66. El Sr. TOMKA señala que la última frase no refleja fielmente el debate y propone sustituirla por: «Este punto podría examinarlo más a fondo el Grupo de Trabajo».

Queda aprobado el párrafo 115, en su forma enmendada.

Párrafos 116 a 123

Quedan aprobados los párrafos 116 a 123.

Párrafo 124

67. El Sr. BROWNLIE propone que se simplifique el párrafo para darle un sesgo más general.

68. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) dice que presentará un nuevo texto redactado con ese espíritu.

69. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea aplazar la aprobación del párrafo 124.

Así queda acordado.

Párrafo 125

70. El PRESIDENTE estima que la observación formulada por el Sr. Tomka acerca del párrafo 115 es aplicable también al párrafo 125 e invita al Relator a modificar en consecuencia este último.

Queda aprobado el párrafo 125, con esa salvedad.

4. ESTABLECIMIENTO DEL GRUPO DE TRABAJO (A/CN.4/L.595/Add.1)

Párrafos 126 a 128

71. El Sr. PELLET señala que el informe del Grupo de Trabajo no ha sido presentado a la Comisión y que, por lo tanto, ésta no lo ha examinado, y se pregunta si es conveniente proceder a la aprobación de esos párrafos. Hace hincapié, en particular, en que en el encabezamiento del párrafo 127 se habla de que ciertos puntos relativos a la continuación de los trabajos sobre el tema «se apoyaron en gran medida». ¿De dónde procede ese apoyo? En todo caso no procede de la Comisión.

72. El Sr. TOMKA propone que, para atender a la preocupación expresada por el Sr. Pellet, se puntualice que ese apoyo fue prestado por el Grupo de Trabajo.

73. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) reconoce que, efectivamente, el Grupo de Trabajo no ha podido presentar su informe a la Comisión. No obstante, ha estimado necesario dejar constancia de su labor en el informe de la Comisión. En ese sentido, acepta la propuesta del Sr. Tomka.

74. El Sr. PELLET considera que la propuesta del Sr. Tomka es buena pero insuficiente. Propone, por su parte, aclarar al final del párrafo 127, o en un párrafo 127 bis, que esas conclusiones no pudieron ser examinadas por la Comisión.

75. El Sr. HAFNER se adhiere también a la propuesta del Sr. Tomka, pero señala que, si se acepta, el párrafo 128 perderá toda razón de ser.

76. El Sr. LUKASHUK afirma por su parte que no está de acuerdo con la conclusión enunciada en el apartado a del párrafo 127: los efectos jurídicos que producen los actos unilaterales ciertamente están predeterminados por el derecho internacional.

77. El PRESIDENTE recuerda que los apartados a a d son las conclusiones del Grupo de Trabajo y no de la Comisión.

78. El Sr. PELLET advierte que interpreta así el párrafo 127 y se adhiere, en cuanto al fondo, a la observación del Sr. Lukashuk. Acepta la propuesta del Sr. Tomka, reitera su propuesta de incluir un nuevo párrafo 127 bis, en una frase al final del párrafo 127, y sugiere que se mantenga tal como está ahora el párrafo 128, que estima legítimo.

79. El Sr. HAFNER, refiriéndose precisamente al párrafo 128, se pregunta si la CDI verdaderamente puede solicitar la opinión de las delegaciones en la Sexta Comisión sobre cuestiones que no ha examinado. En aras de la lógica, convendría tal vez comenzar el párrafo con el adverbio «Sin embargo».

80. El Sr. ECONOMIDES sugiere que el contenido del párrafo 127 bis suplementario propuesto por el Sr. Pellet se traslade al párrafo 128, el cual quedaría modificado en el sentido indicado por el Sr. Hafner.

81. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator y Relator Especial del tema) considera aceptable la idea del Sr. Economides.

82. El PRESIDENTE invita al Relator a presentar otro texto en la sesión siguiente.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2657.^a SESIÓN

Lunes 14 de agosto de 2000, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO VI.—Actos unilaterales de los Estados (conclusión) (A/CN.4/L.595 y Add.1)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión)

4. ESTABLECIMIENTO DEL GRUPO DE TRABAJO (conclusión) (A/CN.4/L.595/Add.1)

Párrafos 127 y 128 (conclusión)

1. El PRESIDENTE dice que, tras celebrar consultas, se ha propuesto la nueva redacción siguiente para el encabezamiento del párrafo 127:

«El Grupo de Trabajo señaló que, si bien, habida cuenta de las circunstancias mencionadas, no habían podido sacarse conclusiones definitivas de las reuniones celebradas, se apoyaron en gran medida los puntos siguientes relativos a la labor futura sobre el tema:»

El nuevo texto iría seguido de los apartados a a d según figuran actualmente.

2. El párrafo 128 diría:

«Por falta de tiempo, la Comisión no pudo examinar el informe del Grupo de Trabajo. Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que sería útil solicitar la opinión de los gobiernos sobre los puntos a, b y c supra y en que la secretaría debería proceder de acuerdo con las indicaciones del punto d supra.»

3. El Sr. HAFNER pregunta si el Grupo de Trabajo ha presentado un informe oficial a la Comisión en forma de documento.

4. El PRESIDENTE dice que, estrictamente hablando, no se ha presentado un informe oficial. Sin embargo, el párrafo tiene principalmente por objeto indicar que la Comisión no ha tenido tiempo de examinar en sesión plenaria los puntos respecto de los cuales ha informado el Presidente del Grupo de Trabajo.

Quedan aprobados los párrafos 127 y 128, en su forma enmendada.

2. PRESENTACIÓN POR EL RELATOR ESPECIAL DE SU TERCER INFORME (conclusión) (A/CN.4/L.595)

Párrafo 27 (conclusión)

5. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) sugiere que se redacte de nuevo la segunda parte del párrafo 27 para que diga: «La Convención se refería a un tipo de acto convencional, el tratado, al que definía pero sin excluir otros tipos de actos convencionales distintos del tratado en la forma que se define en el apartado a del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención, a los que las normas de la Convención pudieran aplicarse independientemente de la Convención».

6. El Sr. ECONOMIDES dice que las palabras «distintos del tratado» son superfluas y no harán sino crear confusión. La expresión «otros tipos de actos convencionales» abarca plenamente esta distinción. Sin embargo, no insistirá en ello.

7. El PRESIDENTE dice que si se utiliza la fórmula «según se definen en el apartado a del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención», debería mantenerse la expresión «distintos del tratado».

Queda aprobado el párrafo 27, en su forma enmendada.

3. RECAPITULACIÓN DEL DEBATE (conclusión)

Párrafo 83 (conclusión)

8. El PRESIDENTE dice que el Relator ha propuesto que se supriman las cinco últimas frases del párrafo 83, a partir de la palabra «Además», que se ocupan de cuestiones de redacción no tratadas normalmente en el informe.

Queda aprobado el párrafo 83, en su forma enmendada.

Párrafo 124 (conclusión)

9. El PRESIDENTE dice que se ha propuesto que se supriman tres frases del párrafo 124. En su forma enmendada, el párrafo diría:

«En respuesta a la pregunta de si podía discernirse alguna pauta en las respuestas de los gobiernos al cuestionario (A/CN.4/511), el Relator Especial dijo que algunas de las respuestas habían criticado el tratamiento del tema, pero habían sido útiles y la sugerencia de presentar una adición a los comentarios se tendría en cuenta en informes ulteriores.»

Queda aprobado el párrafo 124, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo VI, en su forma enmendada.

CAPÍTULO VIII.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) (A/CN.4/L.597)

A.—Introducción

Párrafos 1 a 8

Quedan aprobados los párrafos 1 a 8.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 9 a 12

Quedan aprobados los párrafos 9 a 12.

Párrafo 13

10. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) dice que, al final del párrafo 13, deben sustituirse las palabras «sin rebajarla» por «sólo facilitaba la determinación y definición de esa obligación».

Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.

Párrafo 14

Queda aprobado el párrafo 14.

Párrafo 15

11. El Sr. PELLET dice que no está claro lo que quiere decirse con «compromiso» en la penúltima frase.

12. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que debe sustituirse esa palabra por «derecho de consulta».

Así queda acordado.

13. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) propone que se sustituyan las palabras «Por lo tanto, si,» al comienzo de la tercera frase, por «Además» y acabar el miembro de frase en la palabra «riesgos». Dice que el resto de la frase original debería redactarse de nuevo para que dijera: «la expresión “actos no prohibidos por el derecho internacional”, que inicialmente buscaba distinguir la responsabilidad (liability) de la responsabilidad (responsibility), pudiera no ser necesaria ni adecuada para definir el ámbito del régimen de prevención».

14. El Sr. PELLET dice que la nueva redacción propuesta suscita el perenne problema de la distinción entre liability y responsibility, distinción que no existe en francés ni en español.

15. Tras un breve debate en el que participan el Sr. GALICKI, el Sr. PELLET, el Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) y el Sr. ROSENSTOCK, el PRESIDENTE sugiere que se evite el problema modificando la frase «distinguirlos de los hechos ilícitos» para que diga «distinguir esas actividades de las comprendidas en el tema de la responsabilidad de los Estados».

Así queda acordado.

16. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) propone que se sustituyan las palabras «ésta se convertiría en prohibida» por «cabía aducir que quedaba prohibida». Dice que debe modificarse la última frase del párrafo 15 en aras de la claridad para que diga «En su opinión, suprimir la mención de las palabras “actos no prohibidos por el derecho internacional” no causaría problemas, e incluso podría fomentar el consenso respecto de los proyectos de artículos».

Así queda acordado.

17. El Sr. SEPÚLVEDA dice que la tercera frase, en su forma enmendada, sigue suscitando dificultades en las versiones española y francesa, ya que se repiten las palabras «responsabilidad» o responsabilité, lo que a todas luces carece de sentido.

18. El Sr. PELLET hace observar que la Comisión se encuentra en un atolladero. Sugiere que la segunda frase diga: «Si la responsabilidad de los Estados se refería a los hechos ilícitos, la responsabilidad internacional, objeto del presente informe, se refería a la indemnización». La traducción francesa de esta última frase está equivocada y debería seguir de más cerca el original inglés.

19. El Sr. TOMKA sugiere que, para facilitar la comprensión, se añada la palabra liability entre corchetes después de la palabra pertinente en las versiones francesa, española y rusa.

20. El Sr. KABATSI pregunta si la expresión que figura en la segunda frase del párrafo 15 «actos no necesariamente prohibidos por el derecho internacional» no pudiera implicar que, en algunas circunstancias, la responsabilidad internacional abarca actos prohibidos por el derecho internacional.

21. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el Sr. Kabatsi ha planteado una pertinente cuestión de estilo. Sería preferible modificar la frase para que dijera «actos no expresa/explicitamente prohibidos por el derecho internacional».

22. El Sr. TOMKA dice que debería simplemente suprimirse la palabra «necesariamente».

Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada.

Párrafo 16

Queda aprobado el párrafo 16.

Párrafo 17

23. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) propone que se sustituyan las palabras «prestar especial atención al preámbulo» por «prestar atención a esta preocupación en el preámbulo».

24. El Sr. MOMTAZ dice que en el texto debería hacerse referencia al proyecto de artículos y no a los artículos. Además, la versión francesa debe ajustarse a la redacción propuesta por el Sr. Pellet para el párrafo 15. La expresión «apoyo universal» podría suscitar algunas dificultades y debería suprimirse. La frase diría entonces «A fin de fomentar un consenso más amplio sobre los proyectos de artículos».

Queda aprobado el párrafo 17, en su forma enmendada.

Párrafo 18

Queda aprobado el párrafo 18.

Párrafo 19

Queda aprobado el párrafo 19, con ligeras modificaciones de estilo.

Párrafos 20 a 26

Quedan aprobados los párrafos 20 a 26.

Párrafo 27

Queda aprobado el párrafo 27, con una ligera modificación de estilo.

Párrafos 28 a 32

Quedan aprobados los párrafos 28 a 32.

Párrafo 33

25. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) dice que debería modificarse la redacción de la última frase para que diga: «Los artículos sobre prevención se aplicarían también a los casos en que no hubiera acuerdo o una clara disposición jurídica de que la actividad correspondiente estuviera prohibida».

Queda aprobado el párrafo 33, en su forma enmendada.

Párrafo 34

26. El Sr. HAFNER hace observar que, en la versión inglesa, la expresión *the principle of precaution* debe sustituirse por *the precautionary principle*.

Queda aprobado el párrafo 34, en su forma enmendada.

Párrafo 35

Queda aprobado el párrafo 35.

Párrafo 35 bis

27. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA suscita la objeción de que el párrafo 35, relativo al preámbulo, no hace referencia a las opiniones que expresó respecto del quinto párrafo del preámbulo. Propone, por lo tanto, que se añada un nuevo párrafo 35 bis del tenor siguiente:

«Sin embargo, por lo que respecta a la materia, un miembro hizo observar que el quinto párrafo del preámbulo contenía un texto innovador que dotaba al conjunto de proyectos de artículo de una base conceptual vital, de hecho de la clave para todo el sistema, tanto respecto de la sección relativa a la prevención como a una sección futura, que debía dedicarse a la indemnización. Según ese miembro, el párrafo, que trataba de la libertad de los Estados de realizar o permitir actividades en su territorio, debería transferirse a una disposición concreta del cuerpo del proyecto de artículos, a saber, un proyecto de artículo 2 bis relativo a la obligación de prevención.»

28. Piensa que la redacción que propone a la atención del Relator Especial y, de hecho, de la Comisión en su conjunto refleja lo que, a su juicio, es una característica fundamental y notable del preámbulo.

29. El Sr. ROSENSTOCK dice que no tiene objeciones a que se incluya una referencia a la opinión del Sr. Pambou-Tchivounda, pero tendrá que ser más sucinta que el párrafo que acaba de proponer.

30. El Sr. PELLET se pregunta si sería posible decir «Un miembro sugirió que, habida cuenta de su importancia, la norma enunciada en el quinto párrafo del preámbulo sobre los derechos de los Estados a realizar libremente actividades en su territorio merecía figurar en el propio cuerpo del proyecto de artículos». Esta formulación sería más sobria y más adecuada para un informe en el que se supone que no hay simplemente que reiterar las opiniones de todos y cada uno de los miembros.

31. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que le complacerá introducir una breve referencia a la opinión del Sr. Pambou-Tchivounda.

32. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que no tiene objeción a que su opinión quede formulada según lo sugerido por el Sr. Pellet.

Queda aprobado el párrafo 35 bis.

Párrafo 36

Queda aprobado el párrafo 36.

Párrafos 37 y 38

33. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que le suscita problemas el concepto de deber de prevención que figura en el párrafo 37 y piensa que, antes de abordar tal concepto, debería formularse un proyecto de artículo sobre la obligación de prevención. Señala a la atención el acta resumida de la 2642.^a sesión, en la que propuso un texto para dicha disposición, y sugiere que se incluyan en el informe los párrafos pertinentes de esa acta.

34. El Sr. PELLET se opone a transformar el informe de la Comisión en un collage de actas resumidas. Sin embargo, aceptaría un texto que dijera: «En opinión de un miembro, debería incluirse un artículo sobre la obligación de prevención».

35. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) sugiere que se invierta el orden de los párrafos 37 y 38 para mejorar la secuencia lógica y reflejar mejor los debates. Propone también que en el párrafo 38, que ha de convertirse en párrafo 37, se sustituya la palabra «abarcarse» por «suprimirse la expresión».

Así queda acordado.

Quedan aprobados los párrafos 37 y 38, en su forma enmendada.

Párrafos 39 y 40

Quedan aprobados los párrafos 39 y 40.

Párrafo 40 bis

36. El Sr. MIKULKA (Secretario de la Comisión) da lectura al siguiente texto propuesto por un miembro: «Se expresó también la opinión de que la supresión propuesta equivaldría a legitimar actividades prohibidas, lo que no sería aceptable».

Queda aprobado el párrafo 40 bis.

Párrafo 41

Queda aprobado el párrafo 41.

Párrafo 41 bis

37. Tras celebrar consultas, a sugerencia del Sr. TOMKA y del PRESIDENTE, el Sr. MIKULKA (Secretario de la Comisión) da lectura al siguiente texto que pasará a ser el párrafo 41 bis: «Con respecto al proyecto de artículo 3, un miembro consideró que la definición de la obligación de prevención debía darse en un artículo separado».

38. El Sr. ECONOMIDES, recordando que también él había sostenido esa opinión, propone que se sustituyan las palabras «un miembro consideró» por «se expresó la opinión de».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 41 bis, en su forma enmendada.

Párrafo 42

39. El Sr. PELLET dice que las palabras «podiera autorizarse» no parecen exactas y propone que se sustituyan por «se exigiese una autorización».

40. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que la expresión «toda clase de actividad» es demasiado amplia.

41. Tras un breve debate en el que intervienen el Sr. HAFNER y el Sr. PELLET, el PRESIDENTE sugiere que se sustituya esa expresión por las palabras «toda clase de actividad incluida en su ámbito».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 42, en su forma enmendada.

Párrafos 43 y 44

Quedan aprobados los párrafos 43 y 44.

Párrafo 45

42. El Sr. GAJA propone que se supriman las palabras «el equilibrio de interés se mantuviera adecuadamente, que» y que se sustituya la palabra «interés» por «riesgo».

Queda aprobado el párrafo 45, en su forma enmendada.

Párrafo 46

Queda aprobado el párrafo 46.

Párrafo 46 bis

43. El Sr. ECONOMIDES, apoyado por el Sr. MOMTAZ, propone que se inserte un nuevo párrafo del tenor siguiente: «En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 19,

se señaló que esa disposición adolecía de omisiones que podrían subsanarse inspirándose en el artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 46 bis.

Párrafo 47

44. El Sr. TOMKA propone que se inserte la palabra «marco» después de «convención».

Queda aprobado el párrafo 47, en su forma enmendada.

Párrafos 48 y 49

Quedan aprobados los párrafos 48 y 49.

Párrafo 50

45. El Sr. PELLET sugiere que, para mantener la coherencia con la redacción utilizada anteriormente en el párrafo 15, debe sustituirse la expresión «principio de transigir» por «principio de celebrar consultas».

46. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que, si se aprueba la sugerencia del Sr. Pellet, debe modificarse el final de la frase anterior para que diga «consultarse» en lugar de «negociar».

47. El Sr. HAFNER dice que cabe alegar que no existe el concepto de principio de celebrar consultas. Debe redactarse de nuevo la frase para eliminar toda referencia a tal principio.

48. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) propone la siguiente opción: «El principal valor del proyecto era subrayar la obligación de celebrar consultas lo antes posible».

49. El Sr. BROWNLIE dice que debe mantenerse la expresión «principio de celebrar consultas». Es una expresión poco frecuente, pero, de hecho, la Comisión está creando tal principio en el marco de proyecto de artículos, estableciendo así una diferencia con respecto a la referencia más habitual a las consultas como una opción más de entre una lista de ellas en derecho internacional general.

50. El Sr. ECONOMIDES sugiere que se sustituya la palabra «principio» por «necesidad». Después de todo, lo que destaca la frase es que conviene celebrar consultas lo antes posible.

51. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) propone que se sustituya la palabra «principio» por «deber», que es más fuerte y transmite mejor la idea de obligación.

52. El PRESIDENTE recuerda que en el párrafo 15 se habla de «compromiso». Por analogía sería apropiado hablar de «consulta» en el párrafo 50.

53. El Sr. MOMTAZ sugiere que sería apropiado hablar de «obligación», como ha dicho el Relator Especial.

54. El Sr. KUSUMA-ATMADJA piensa que tanto «obligación» como «deber» son aceptables, pero esta última palabra es más fuerte.

55. El PRESIDENTE sugiere que se utilice la palabra *duty* en la versión inglesa y «obligación» y *obligation* en las versiones española y francesa.

Queda aprobado el párrafo 50, en su forma enmendada.

Párrafo 51

56. El Sr. ROSENSTOCK dice que la palabra «mantener» es seguramente un error tipográfico y debe suprimirse.

Queda aprobado el párrafo 51, en su forma enmendada.

Párrafo 52

57. El Sr. ECONOMIDES dice que las palabras «no veía la necesidad de que la Comisión cambiara la redacción» son inapropiadas puesto que implican una sensación de incomodidad por parte del Relator Especial. Por consiguiente, deben modificarse o suprimirse.

58. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) acepta esta observación. Una opción consistiría en modificar la segunda mitad del párrafo para que dijera: «dado que el artículo 19 contaba en general con la aprobación de los gobiernos, proponía que se mantuviera sin cambios».

Queda aprobado el párrafo 52, en su forma enmendada.

Párrafo 53

Queda aprobado el párrafo 53.

Párrafo 54

59. El PRESIDENTE sugiere que se añada una frase en el sentido de que el Comité de Redacción no ha tenido tiempo para examinar el proyecto de preámbulo ni los proyectos de artículos revisados 1 a 19 en el actual período de sesiones.

60. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que, llevado por las prisas, ha insertado el título del proyecto de artículos antes del preámbulo. Sin embargo, la posición adecuada es después del preámbulo e inmediatamente antes del artículo 1.

61. El Sr. GAJA dice que el preámbulo está redactado como un proyecto de resolución. El Comité de Redacción debe únicamente examinar los proyectos de artículo y sustituir el actual proyecto de preámbulo por uno que sea apropiado para el proyecto de convención.

62. El Sr. TOMKA apoya la sugerencia del Presidente. La frase podría redactarse como sigue: «Debido a la falta de tiempo, el Comité de Redacción no pudo examinar el proyecto de preámbulo y de artículos». Es necesario también aclarar la condición del anexo. No hay clara relación entre él y el informe, excepto la declaración que figura en la nota 6. En todo caso, debe ampliarse la nota 9 para recordar al lector la condición del anexo. En cuanto al proyecto de preámbulo, reitera su opinión de que los tres últimos párrafos son inadecuados. Deben incluirse en un proyecto de resolución de la Asamblea General y no incumbe a la Comisión la tarea de redactar tal resolución. La propuesta de que el título se incluya después del proyecto de preámbulo es enteramente aceptable. Los proyectos de artículo no son un producto acabado aprobado por la Comisión, sino un texto propuesto por el Relator Especial. Debe ser él quien haga frente a cualquier crítica.

63. El PRESIDENTE plantea la cuestión de a qué se adjunta el anexo. Su condición sería más clara si, siguiendo el ejemplo de los informes sobre la protección diplomática y los actos unilaterales de los Estados, el anexo constituyera una nota.

64. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) apoya esta sugerencia. El lugar apropiado sería en la nota 6, lo que pondría también en claro que el proyecto de artículos es de su exclusiva responsabilidad.

65. El PRESIDENTE dice que el anexo es demasiado extenso para que figure en una nota. Sin embargo, podría examinarse más adelante la manera de incluirlo.

66. El Sr. HAFNER apoya la opinión de que quedaría más clara la condición del anexo si figurase en una nota. Sin embargo, la sugerencia de que se modifique la posición del título es más problemática. Si se desplaza, no habría efectivamente preámbulo y los Estados podrían pensar con justificación que el texto actual es un proyecto de resolución de la Asamblea General.

67. El Sr. ECONOMIDES dice que sería una pena perder las positivas ideas que figuran en el proyecto de preámbulo. Por consiguiente, sugiere que se supriman las palabras «la Asamblea General» y «aprueba» e «invita». Lo que queda sería un preámbulo adecuado.

68. El PRESIDENTE sugiere que, cualquiera que sea la condición del anexo, debe remitirse la totalidad del texto al Comité de Redacción, el cual podría hacer las revisiones necesarias.

69. El Sr. ROSENSTOCK está de acuerdo con ello. El Sr. Hafner ha dicho justificadamente que el texto actual no es un preámbulo de una convención, pero no es necesario que la Comisión siga debatiéndolo. El texto propuesto por el Relator Especial ha sido remitido al Comité de Redacción y la Comisión podrá adoptar una decisión cuando examine el texto definitivo párrafo por párrafo.

70. El Sr. PELLET dice que la Comisión no debería correr el riesgo de reabrir los debates. Lo que los Estados desean es ver el texto propuesto por el Relator Especial, que, hasta que la Comisión lo haya hecho suyo, sigue siendo responsabilidad exclusiva de él. Debería añadirse al final del párrafo 54 una explicación más completa que

la sugerida por el Sr. Tomka, que dijera: «Sin embargo, para comodidad de los Estados, la Comisión incluye como anexos al presente capítulo el texto del proyecto de preámbulo y de los artículos revisados propuestos por el Relator Especial».

71. El Sr. BROWNLIE dice que evidentemente es muy útil disponer del proyecto de preámbulo y de los artículos revisados para referencia, preferiblemente en un anexo, aunque apoya lo que han dicho otros miembros acerca de la condición del anexo. Confía en que se subsanará cualquier incongruencia que puede haber con otros capítulos del informe.

Queda aprobado el párrafo 54, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo VIII, en su forma enmendada.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

2658.ª SESIÓN

Martes 15 de agosto de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Cooperación con otros organismos (conclusión*)

[Tema 9 del programa]

VISITA DEL PRESIDENTE
DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Sr. Guillaume, cuya visita, que hará época en la historia del período de sesiones en curso, demuestra la existencia de lazos particulares entre la CIJ y la Comisión.

2. Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que en primer lugar desea agradecer al Presidente de la Comisión sus palabras de bienvenida y, sobre todo, en nombre de la Corte y en el suyo propio, la invitación que le ha dirigido para tomar la palabra ante la Comisión para el habitual intercambio de opiniones.

3. De hecho, existe una larga tradición de cooperación entre la CIJ y la Comisión. Ambas instituciones están unidas por lazos personales, en primer lugar porque cierto número de antiguos miembros de la Comisión son actualmente magistrados de la Corte y, en segundo lugar, porque algunos miembros actuales de la Comisión comparcen a veces como letrados ante la Corte. Pero, por encima de esto, están unidas por un objetivo común, el del desarrollo del derecho internacional, ciertamente por métodos diferentes, ya que la Corte está llamada a conocer de controversias particulares o a responder a peticiones de opiniones consultivas sobre puntos específicos, en tanto que la Comisión tiene un papel más vasto de codificación y desarrollo progresivo de derecho internacional. Ambas funciones se complementan, como lo prueba el progreso de este derecho. La Corte y la Comisión ejercen una sobre otra una influencia recíproca que se ha manifestado en varias ocasiones, por ejemplo en esferas tales como el derecho del mar o el derecho de los tratados.

4. Sin duda es interesante para la Comisión saber en el momento actual qué hace la Corte, cuáles son los asuntos inscritos en la lista de su secretaría, cuáles son sus problemas a mediano y corto plazo y también, en términos generales, cuáles son los problemas que se le plantean por el hecho de un fenómeno que el Sr. Hafner ha tratado recientemente en un interesante estudio titulado «Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional»¹, a saber: la fragmentación del derecho internacional y de la justicia internacional, tema de interés común.

5. La Corte tiene actualmente 23 asuntos inscritos en la lista de su secretaría, récord absoluto en la historia de la justicia internacional, en los que, hecho muy importante, están representados todas las partes del mundo, todos los sistemas jurídicos y tanto países industrializados como países en desarrollo: 5 asuntos entre Estados africanos, 2 entre Estados asiáticos, 10 entre Estados europeos, 1 entre Estados de América Latina y 5 de carácter intercontinental. Su objeto es bastante variado. La Corte conoce de asuntos tradicionales, por ejemplo de controversias territoriales entre Estados vecinos que desean que se fije su frontera común o se determine su soberanía sobre determinados espacios. En lo esencial este es el tema de cuatro asuntos: *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*; y *Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*. La Corte es un órgano perfectamente indicado para tratar de estos asuntos, ya que es el tipo de asuntos que frecuentemente son difíciles de resolver.

* Reanudación de los trabajos de la 2655.ª sesión.

¹ El estudio puede verse en Anuario... 2000, vol. II (segunda parte), anexo.

ver mediante la negociación, por razones que dimanar del honor de las naciones, como decían los viejos tratados de arbitraje, o por consideraciones políticas y diplomáticas, y respecto de los que el magistrado puede prestar verdaderos servicios.

6. Pertenecen también a un tipo de asuntos clásicos, es decir, los asuntos en los que un Estado denuncia el trato de que uno o varios de sus nacionales han sido objeto en el extranjero. La Corte conoce actualmente de dos asuntos de este tipo: el asunto LaGrand y el asunto Ahmadou Sadio Diallo.

7. La Corte conoce de una tercera categoría de asuntos. Se trata de asuntos relacionados con eventos que, por otra parte, han merecido la atención de los órganos políticos de las Naciones Unidas, a saber: la Asamblea General o el Consejo de Seguridad: Lockerbie; Plates-formes pétrolières, asunto en el que la República Islámica del Irán se querrela por la destrucción de plataformas petroleras por los Estados Unidos de América en el curso de la primera guerra del Golfo en 1987 y 1988; Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, dos asuntos en los que Bosnia y Herzegovina y Croacia, en dos demandas distintas, solicitaron la condena de Yugoslavia por violación de la Convención; Licéité de l'emploi de la force, asuntos en los que Yugoslavia se opone a diez Estados miembros de la OTAN cuestionando la licitud de la acción llevada a cabo por éstos en Kosovo; por último, los asuntos Activités armées sur le territoire du Congo, en los que la República Democrática del Congo declara haber sido víctima de una agresión armada de parte de Burundi, Rwanda y Uganda. Es decir, que los asuntos de que conoce la Corte son numerosos y muy variados y resultan frecuentemente complejos por el hecho de que los demandados plantean excepciones preliminares de incompetencia o inadmisibilidad o incluso demandas reconventionales —institución utilizada con poca frecuencia antaño en la práctica de la Corte pero que tiende a desarrollarse— sin contar las demandas de indicación de medidas conservatorias, procedentes tanto de los demandantes como de los demandados.

8. El Sr. Guillaume resume a continuación la actividad de la Corte durante el año transcurrido, es decir, desde el 1.º de agosto de 1999.

9. En diciembre de 1999, la Corte resolvió en cuanto al fondo una controversia entre Botswana y Namibia en el asunto Île de Kasikili/Sedudu relativo a la soberanía sobre la isla, declarando que la isla forma parte del territorio de Botswana, pero precisando al mismo tiempo que en los dos canales que rodean la isla, los nacionales de ambos Estados y los buques que enarbolan su pabellón deben gozar del régimen de trato nacional en pie de igualdad. La Corte ha concluido el examen del asunto Incident aérien du 10 août 1999, que el Pakistán sometió a la Corte en septiembre de 1999 a raíz de la destrucción de una aeronave pakistani por aviones de caza indios, en territorio indio según la India, en territorio pakistani según el Pakistán. Como la India planteó una excepción de incompetencia, el tribunal juzgó el asunto rápidamente y dijo que en este caso no era competente, habida cuenta de las reservas formuladas por la India en su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte, y recordó paralelamente a las partes la obli-

gación que tienen de resolver sus controversias por medios pacíficos, en particular la controversia sobre dicho incidente aéreo.

10. Por otra parte, la Corte resolvió una demanda en petición de medidas conservatorias presentada por la República Democrática del Congo contra Uganda. Por auto de 1.º de julio de 2000, la Corte indicó diversas medidas que tenían que adoptar ambas partes a este respecto. Además, la Corte dictó una decena de autos, que se referían en lo esencial a problemas de procedimiento, y en particular un auto por el que se autorizaba a Guinea Ecuatorial, que tiene un interés jurídico en ello, a intervenir en el asunto Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria. Tras cinco semanas de audiencia celebradas en mayo y junio de 2000, inició la deliberación en el asunto Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn y probablemente dictará sentencia antes de que termine el año. La Corte ha inscrito en su calendario de trabajo para otoño la celebración de audiencias en el asunto LaGrand. En definitiva, la Corte ha conseguido tratar los asuntos que estaban listos para serlo, pero la situación resultará más difícil en el primer semestre de 2001, en el curso del cual varios asuntos estarán en condiciones de ser juzgados al mismo tiempo.

11. La Corte tropezará entonces con múltiples problemas, en primer lugar de carácter presupuestario. Su presupuesto anual es ligeramente superior a 10 millones de dólares de los EE.UU. para una secretaría compuesta de 62 miembros, en tanto que el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia dispone de un presupuesto anual de casi 100 millones de dólares y emplea a un millar de agentes. Es cierto que las funciones de ambos tribunales no son completamente idénticas, ya que, por ejemplo, el segundo necesita investigadores sobre el terreno. Pero no es menos cierto que la Corte necesitará más recursos humanos y financieros, tanto para su secretaría como para ella misma, ya que convendría que los magistrados dispongan, lo mismo que los de la mayoría de los tribunales internacionales, de letrados que les ayuden en su tarea. La Corte espera ser oída, más aún cuando la propia Asamblea General ha precisado, al aprobar el presupuesto de la Corte en 1999, que el siguiente podría ir en aumento.

12. Evidentemente se plantean también problemas de organización del trabajo, tanto para las partes como para la Corte. Importa limitar el volumen de la documentación, frecuentemente excesivo, y ya los Estados Unidos y Alemania han decidido de común acuerdo presentar en el asunto LaGrand en que se enfrentan un informe y un contrainforme y limitar las audiencias a cinco sesiones, dos para cada una de las partes y una media sesión de respuesta para cada una de ellas. Medidas de este tipo son razonables, pues permiten a los Estados expresarse sin inundar excesivamente la sala con documentos y alegatos. Por su parte, la propia Corte también debe actuar. En particular, ha decidido que en principio, en lo que respecta a las cuestiones de competencia y admisibilidad, prescindirá de las notas escritas de los magistrados, es decir pasará directamente, tras una fase de reflexión, de las audiencias a la deliberación. Esta lista de medidas sin duda no es exhaustiva.

13. A más largo plazo se perfilan los problemas de la fragmentación del derecho internacional y de la multiplicación de los órganos jurisdiccionales internacionales, con sus repercusiones para la CIJ. Lo cierto es que los órganos jurisdiccionales internacionales especializados se han multiplicado y que al lado de la Corte, único órgano jurisdiccional con competencia universal y general, existen, entre otros, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda, varias cortes con competencias en lo concerniente a los derechos humanos, tribunales de arbitraje frecuentemente permanentes y el mecanismo de solución de controversias de la OMC. Esta situación presenta innegablemente ventajas: el hecho de someter un mayor número de controversias al magistrado es ciertamente un progreso de la justicia y del derecho, tanto más cuanto que este fenómeno no conlleva un debilitamiento de los órganos jurisdiccionales tradicionales; los gobiernos ya tienen la costumbre de dirigirse más espontáneamente al juez, el cual desempeña en todas las esferas un papel que va en aumento. Pero presenta también dificultades. La más evidente consiste en el riesgo de fragmentación del derecho internacional, ya se trate de las normas primarias, que interesan a la Comisión, o de normas secundarias, que interesan a la Corte. Por lo que se refiere a las normas secundarias, la multiplicación de los órganos jurisdiccionales plantea el riesgo de la contradicción de las sentencias, lo que raramente afecta a la parte dispositiva de la sentencia —ya que es poco probable que una cuestión idéntica sea sometida a jueces diferentes pero mucho más verosímil en lo que respecta a la motivación, al razonamiento jurídico—. Un ejemplo concierne al asunto *Tadic*, en el que el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, a propósito de la cuestión de la imputabilidad a los Estados de ciertos hechos en el caso de intervención de un Estado extranjero en un conflicto interno, ha tomado, con pleno conocimiento de causa, una posición diferente de la que la propia Corte había adoptado. El Tribunal ha recordado la jurisprudencia de la Corte, la ha criticado y ha dicho que se apartaría de ella. Este riesgo grave, que se ha concretizado en este caso específico, podría aparecer en muchos otros supuestos. ¿Es una cosa mala? ¿Es una cosa buena? Algunos, partidarios de la ley del mercado, podrían pretender que es bueno poner a competir a los magistrados para promover al que desarrolle la mejor jurisprudencia —es, en otros términos, la aplicación de las leyes de la selección natural a la justicia internacional—. Pero este sistema no es satisfactorio, y ello por varias razones. Primera, hace gravitar incertidumbres sobre las competencias jurisdiccionales —incertidumbres que pueden dar lugar a conflictos de competencia y sobre todo a la busca por los Estados de aquellos tribunales que estén mejor dispuestos respecto de ellos (*forum shopping*)— y sobre el contenido del derecho. Segunda, puede tener efectos nefastos, en el sentido de que la competencia podría conducir a la demagogia judicial: ¿cuál es el mejor tribunal: el que defienda mejor los intereses de los Estados, los intereses de las víctimas o los intereses del derecho? De la misma manera que es deseable que aumente el papel de los jueces en la vida internacional, sería igualmente lamentable caer en un gobierno de los jueces. Y tercera y fundamental, introduce anarquía y caos en el derecho internacional: si las contradicciones se multiplican, será difícil para los Estados saber cómo comportarse y para los letrados de los Estados cumplir su

misión. Esta fragmentación del derecho internacional y de la justicia internacional presenta un peligro real para la función del derecho en la vida internacional.

14. ¿Cuáles son las soluciones? La primera consistiría en trasladar al derecho internacional el esquema del derecho interno, es decir, hacer de la CIJ una especie de tribunal de casación de todos los órganos jurisdiccionales internacionales especializados. Esta idea es interesante, pero probablemente no es realista. En efecto, no parece que los Estados estén dispuestos a aceptar tal sistema, como tampoco lo están los especialistas de las distintas materias. Sin embargo, parece que hay que evitar crear nuevos órganos jurisdiccionales internacionales. Se ha sugerido el establecimiento de tribunales internacionales del espacio o del medio ambiente, pero esto no parece una buena idea, ya que una especialización excesiva del derecho internacional podría conducir a resultados mediocres, incluso incoherentes. Debe buscarse la solución del problema en otra dirección, por ejemplo dando a la Corte la posibilidad de que otros tribunales internacionales le sometan cuestiones prejudiciales, o sea, transponiendo a nivel de la justicia internacional el actual sistema del derecho comunitario europeo, pero con la pequeña diferencia de que en el marco de este último un juez nacional puede plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal Europeo de Justicia, pero esto sería imposible para la CIJ, ya que los gobiernos serían muy reacios. En cambio, en la medida en que los Estados han aceptado que ciertos asuntos se planteen ante un juez internacional, éste podría plantear a la Corte cuestiones prejudiciales, sin que ello suponga un abandono suplementario de soberanía: se trataría simplemente de una modalidad de organización de la justicia internacional, es decir, dar a los tribunales internacionales la posibilidad, cuando surja una dificultad importante en la determinación, interpretación o aplicación de una norma convencional o consuetudinaria de derecho internacional público, de pedir a la Corte, antes de resolver, que les ilumine. Este procedimiento podría adoptarse por simple tratado, sin tener que revisar el Estatuto de la Corte, cuyo párrafo 1 del Artículo 36 dispone que «[l]a competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes». Esta solución, que es imperfectamente satisfactoria ya que aún deja a los tribunales la tarea de decidir el recurso a la Corte, abre al menos una puerta y merece ser examinada.

15. El Sr. Guillaume se declara dispuesto a proceder a un intercambio de opiniones con los miembros de la Comisión.

16. El PRESIDENTE da las gracias al Presidente de la CIJ por su interesante intervención.

17. El Sr. HAFNER agradece al Presidente de la CIJ sus explicaciones sobre las actividades de la Corte y sus reflexiones sobre el derecho internacional que ha tenido a bien compartir con los miembros de la Comisión. Le agradece en particular el que haya mencionado un tema que le interesa mucho, el de los riesgos que plantea la fragmentación del derecho internacional y la justicia internacional que, combinado con el planteamiento fragmentario aplicado a la creación del derecho internacional

y a la naturaleza de las propias controversias, favorece la multiplicación de mecanismos internacionales de solución de controversias. Estos fenómenos se deben a la diversidad de las partes en las controversias —particulares, sociedades contra el Estado, etc.— y en particular a la emancipación de los particulares con respecto a sus Estados para convertirse en actores independientes de las relaciones internacionales, ya se trate de la presentación de reclamaciones o del ejercicio de acciones. Así sucede que los tribunales especiales y los tribunales penales internacionales se han desarrollado, y el Sr. Hafner recuerda que el Consejo de Seguridad ha adoptado por unanimidad la resolución 1315 (2000) de 14 de agosto de 2000, relativa a la creación de un tribunal especial para Sierra Leona.

18. La creación de diversos tipos de solución de controversias parece necesaria, tanto más cuanto que puede conducir a los Estados a recurrir a ella en vez de resolver sus controversias por la fuerza. No obstante, no hay que perder de vista que puede también romper la armonía y la coherencia de todo el sistema de derecho internacional. Para evitarlo, la medida que habría que adoptar en primer lugar podría consistir en estrechar la comunicación entre los diversos tribunales y mecanismos de solución de controversias, a fin de que adquieran un conocimiento objetivo de las deliberaciones celebradas y de las decisiones dictadas por cada uno. ¿Qué lugar corresponde a la CIJ en este proceso? El Sr. Hafner señala a este respecto que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prevé en su artículo 119 que la CIJ puede conocer de las controversias surgidas entre Estados a propósito de la interpretación y aplicación del Estatuto, a menos que se trate de una cuestión que dependa directamente de la competencia de la Corte Penal Internacional. Sería preciso saber si se trata de un primer paso en el reconocimiento de un papel preeminente para la CIJ entre todos los mecanismos internacionales de solución de controversias y si este papel incidirá en la competencia de los diferentes mecanismos de solución de controversias que están llamados a conocer de litigios no entre Estados sino entre diferentes actores, pero basándose en el derecho internacional.

19. El Sr. BROWNLIE pregunta al Presidente de la Corte si estima que las audiencias ante la Corte son necesarias.

20. El Sr. DUGARD, refiriéndose a las observaciones del Presidente de la Corte sobre la proliferación de órganos jurisdiccionales internacionales, señala que, como a numerosos juristas, le sorprendió que en el asunto Tadic el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia decidiera él mismo acerca de la licitud de su creación por el Consejo de Seguridad. Se pregunta si no habría sido preferible que el propio Consejo pidiera una opinión consultiva sobre este punto a la Corte y si, en términos generales, el Consejo no debería utilizar más a menudo su facultad de pedir opiniones consultivas a la Corte.

21. El Sr. LUKASHUK pregunta al Presidente de la Corte, por una parte, por qué ésta, visto el amontonamiento de asuntos en la lista de su secretaría, no utiliza con más frecuencia el procedimiento de salas y, por otra parte, si no convendría que los organismos de las Naciones Unidas solicitaran con más frecuencia opinio-

nes consultivas a la Corte, ya que éstos tienen un papel particular que desempeñar en las relaciones internacionales por tener éstas una autoridad casi tan grande como las sentencias, aunque tales opiniones consultivas no sean obligatorias.

22. El Sr. ADDO pregunta al Presidente de la Corte si, a su juicio, ésta es competente para controlar la licitud de las decisiones del Consejo de Seguridad.

23. El Sr. Sreenivasa RAO, refiriéndose a la posibilidad mencionada por el Presidente de la Corte de que los órganos jurisdiccionales internacionales le sometieran cuestiones prejudiciales, teme que en la práctica esta solución choque con la reticencia de los magistrados de los diversos órganos jurisdiccionales internacionales. En efecto, estos magistrados, en lo esencial, tienen la misma formación y las mismas competencias que los miembros de la Corte y no es muy probable, psicológicamente, que se inhiban de una cuestión en beneficio de estos últimos. Por las mismas razones, no parece poco posible hacer de la Corte un órgano de apelación.

24. El Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia), contestando a la pregunta del Sr. Hafner, dice que piensa como éste que la multiplicación de órganos jurisdiccionales internacionales responde a un aumento del número de actores en la vida internacional, ya se trate de individuos, sociedades u organizaciones no gubernamentales, y que esto tiene por consecuencia un aumento del número de partes en litigio y una mayor diversidad de decisiones que deben tomarse. No obstante, estima que no es tanto en la parte dispositiva de las decisiones donde se corre el riesgo de que haya divergencias, sino a nivel de las motivaciones, es decir: en el enunciado de la norma jurídica en que se basan las decisiones. La primera medida a adoptar es sin duda la de mejorar la comunicación entre los órganos de los diversos órganos jurisdiccionales. En segundo lugar, es preciso que los magistrados tengan un mejor conocimiento de la jurisprudencia de los demás órganos jurisdiccionales y, en definitiva, el factor esencial es la prudencia de los magistrados. Sobre esta cuestión, los magistrados son tan humanos como los demás y pueden, por ejemplo, desear diferenciarse o afirmarse como órgano. Para el Sr. Guillaume, no cabe fiarse totalmente de la prudencia de los hombres y parece necesario un encuadre institucional.

25. Respondiendo a la cuestión planteada por el Sr. Brownlie, el Sr. Guillaume recuerda que se trata de un viejo debate en el que las tradiciones jurídicas nacionales desempeñan un papel importante. En el marco de la justicia internacional, es en algunos casos indispensable por razones políticas celebrar audiencias. En efecto, los gobiernos quieren mostrar a su opinión pública y a su parlamento que han hecho todo lo posible por hacer triunfar su causa. Las audiencias de la Corte a veces se televisan y en el asunto *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, por ejemplo, se transmitieron en directo en los dos países interesados. Una segunda razón es que en el curso del procedimiento escrito las posiciones de las partes evolucionan y que el debate oral permite frecuentemente decantarse al asunto, ya que las dos partes, por ejemplo, abandonan algunos argumentos que habían invocado en sus informes escri-

tos. Para el Sr. Guillaume, la solución sería, en los asuntos sencillos, por ejemplo cuando la Corte examina su competencia, prescindir del procedimiento oral o limitarlo a media jornada. En los asuntos más complejos, y en todo caso cuando la Corte examina el fondo de los asuntos, una audiencia es necesaria, pero su duración debería recortarse considerablemente y, por ejemplo, limitarse a una semana, con ciertos ajustes según los casos.

26. En cuanto a la pregunta hecha por el Sr. Dugard y la segunda pregunta planteada por el Sr. Lukashuk, el Sr. Guillaume piensa, en efecto, que un aumento del procedimiento de las opiniones consultivas permitiría luchar contra la fragmentación del derecho. En cuanto al asunto mencionado por el Sr. Dugard, parece difícil que un órgano jurisdiccional se pronuncie él mismo sobre la validez de su creación. En el caso en examen, si el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia hubiera adoptado la solución contraria, la solución habría sido sumamente paradójica; en tal caso, es muy cierto que habría sido preferible que el Consejo de Seguridad pidiera a la Corte una opinión consultiva sobre la cuestión. En cuanto a saber si puede aumentarse la sensibilidad del Consejo a este respecto, el Sr. Guillaume indica que se propone celebrar contactos a tal efecto cuando acuda al próximo período de sesiones de la Asamblea General.

27. En cuanto a la primera pregunta formulada por el Sr. Lukashuk, un aumento del uso del procedimiento de las salas tropieza con dos obstáculos. El primero es que es preciso que los Estados interesados estén de acuerdo; cuando los Estados someten un asunto a un órgano jurisdiccional internacional, buscan lo que consideran la mejor composición posible. Esto es evidente en el procedimiento de arbitraje. A menudo los Estados prefieren que el asunto que someten sea examinado por la Corte en pleno más que por una sala de la que es difícil apreciar por adelantado, sin conocer su composición, cuáles serán las tendencias. En segundo lugar, si bien las salas alivian el trabajo de los magistrados, no alivian ciertamente el de la secretaría, y en el momento actual, en la secretaría se produce un atasco importante. Por tanto, para el Sr. Guillaume, un aumento del uso del procedimiento de las salas no parece constituir una solución.

28. En cuanto a la pregunta del Sr. Addo sobre el control de las decisiones del Consejo de Seguridad por la Corte, el Sr. Guillaume indica que no puede responder a esa pregunta porque está actualmente pendiente ante la Corte en los asuntos Lockerbie. La Jamahiriya Árabe Libia alega en efecto la ilicitud de las decisiones del Consejo en la materia. Por tanto, la Corte tendría que declarar si es competente para controlar la licitud de las decisiones del Consejo por vía de excepción y, en caso afirmativo, cuáles serían las condiciones de tal licitud, por ejemplo la conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, pero también la conformidad o no con el derecho internacional general.

29. En cuanto a la observación del Sr. Sreenivasa Rao, el Sr. Guillaume reconoce que es difícil para un juez, como para cualquier hombre, no tomar una decisión por sí mismo y pedir a otro que la tome por él.

30. El Sr. PELLET dice que no le asombra que el Presidente de la Corte considere que las audiencias de la

Corte son demasiado largas y deberían abreviarse: puede ser penoso para los magistrados tener que aguantar los largos alegatos de los letrados. No obstante, éstos son de una opinión totalmente diferente, ya que los Estados que representan quieren estar seguros de que se haya dicho todo para defender su causa y para ellos la audiencia es la única posibilidad de hacerse oír. Por tanto, al Sr. Pellet le inquieta un poco el ardor con el que la Corte trata de abreviar las audiencias. A su juicio, hay que encontrar un equilibrio porque están en juego problemas políticos, diplomáticos y psicológicos.

31. En cuanto a la multiplicación de los órganos jurisdiccionales internacionales, el Sr. Pellet estima que no es forzosamente un mal y que esta proliferación puede crear una sana emulación. Nadie puede estar seguro de detentar la prudencia, y a este respecto nada dice que la solución adoptada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto Tadic sea necesariamente menos buena que la de la Corte. Por otra parte, no está tampoco convencido de que haya que parar de crear órganos jurisdiccionales internacionales. Hay esferas sumamente técnicas y la Corte no es forzosamente competente en todas las materias. El órgano de solución de controversias de la OMC constituye un buen ejemplo a este respecto. No obstante, se necesitan mecanismos de coordinación y el procedimiento de las cuestiones prejudiciales, adoptado en el artículo 177 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), es sin duda la buena solución. El Sr. Pellet desea saber por qué el Sr. Guillaume parece tan hostil a que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan someter a la Corte cuestiones prejudiciales. Los magistrados nacionales suelen ser particularmente ignorantes en materia de derecho internacional y si un Estado acepta que sus tribunales acudan a la Corte para pedirle opinión no se entiende por qué ésta no lo haría.

32. El Sr. ECONOMIDES se pregunta sobre la moderación, a veces extrema, que se puede observar en los miembros de la Corte. El Sr. Guillaume ha hablado de la prudencia de esta institución, pero se puede hablar también de su timidez, incluso a veces de su debilidad. Se tiene la impresión de que cuando la Corte examina una reserva a un tratado internacional relativo a su competencia frecuentemente tiene tendencia a interpretar la cláusula de una manera extensiva, que va en el sentido de su incompetencia más que en el de su competencia. ¿Puede el Sr. Guillaume confirmar esta impresión?

33. El Sr. Economides ha observado también que la Corte hace gala de más moderación en sus sentencias que en sus opiniones consultivas, en las que podría mostrarse un poquito más audaz. Es decir, la vía de la opinión consultiva ¿permite a la Corte, mejor que la vía de la sentencia, ir un poco más lejos en el desarrollo internacional?

34. Por último, el Secretario General de las Naciones Unidas nunca, que se sepa, ha pedido una opinión consultiva a la Corte. ¿Debería autorizarse o incluso alentarse a hacerlo? Como el Secretario General sigue cotidianamente la vida internacional en todo el mundo, cabe presumir que tendría muchas cuestiones jurídicas que plantear y que quizá sería normal que las plantee a la Corte. ¿No sería ésta también otra forma de desarrollar el derecho internacional?

35. El Sr. GOCO recuerda que, según el Estatuto de la Corte, el consentimiento de las partes en una controversia se requiere para que la Corte sea competente, pero que en algunos casos ese consentimiento puede presumirse, es decir puede considerarse implícito. El orador desea saber lo que piensa la Corte del consentimiento tácito y si ha tenido que intervenir ya en tales circunstancias.

36. El Sr. SIMMA, mencionando la cuestión de la cobertura por los órganos de información de las audiencias de la Corte, dice haber entendido en la intervención del Sr. Guillaume que éste no era hostil a esta idea. Pero el orador desea saber más precisamente lo que piensa, por ejemplo, de la difusión por televisión de los trabajos de la Corte.

37. Uno de los rasgos distintivos de la Corte, muy sorprendente para los abogados habituados a los tribunales nacionales, es que cada vez que se hace una pregunta a una parte, se le dan varios días, e incluso varias semanas, para responder. Esto explica sin duda la falta de vida de las deliberaciones, que los propios magistrados parecen sufrir. ¿No sería posible hacer más animada la fase de los alegatos, como sucede por ejemplo con el Tribunal Europeo de Justicia?

38. Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) se declara de acuerdo con lo dicho por el Sr. Pellet, a saber: que en los alegatos hay un elemento político-diplomático y psicológico que no cabe ignorar. Es evidente que esos alegatos están destinados no sólo a magistrados sino también a las opiniones públicas. Hay numerosos ejemplos en que los propios letrados saben que lo que dicen no guarda más que una relación remota con el tema y no incidirá en la decisión. Se trata de una función que no es despreciable, porque el recurso al juez internacional es a veces algo difícil para los Estados. Por consiguiente, es normal que éstos tengan la posibilidad de hacer comprender mejor a la opinión pública y a su parlamento que han hecho todo lo posible por defender los intereses internacionales. Pero esto no implica necesariamente cinco semanas de alegato. A partir del momento en que es el propio juez quien dice a las partes que no exageren porque los recursos y los de la Corte no son ilimitados, puede haber lugar para una solución intermedia que equilibre las necesidades de la justicia y de las opiniones públicas.

39. En cambio, el Sr. Guillaume no comparte la opinión del Sr. Pellet según la cual, después de todo, no es tan malo que los jueces compitan; nadie es infalible y el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia quizá tuvo razón al dictar una decisión diferente de la de la Corte. En efecto, no se trata de saber si una solución es buena o mala —que es una cuestión para la doctrina—, sino de saber si una cuestión una vez juzgada debe ser juzgada de nuevo. Tradicionalmente se decía *res judicata pro veritate habetur*, es decir que lo juzgado es considerado verdad. Habida cuenta de la fragilidad del derecho internacional, es una consideración importante, independientemente de la estimación que se tenga sobre el fundamento de tal o cual decisión.

40. En lo que concierne a la remisión a la CIJ de determinados asuntos por órganos jurisdiccionales nacionales, el Sr. Guillaume dice no tener nada contra el principio,

pero le cuesta entender cómo lo aceptarían los gobiernos. Cita varios estudios publicados en el pasado en revistas especializadas en los que se ha sugerido una idea, pero no puede decir que ha tenido ecos favorables en los gobiernos. Desdichadamente, tal opinión no es más realista que la solución consistente en transformar la Corte en un tribunal de casación de los demás órganos jurisdiccionales internacionales. Las soluciones son intelectualmente satisfactorias, pero no parecen muy realizables.

41. Refiriéndose a las observaciones del Sr. Economides, quien se interrogó sobre la «moderación», incluso la «timidez» o hasta la «debilidad» de la CIJ, mencionando completamente a este respecto la interpretación por la Corte de las reservas a los tratados o las declaraciones en lo que concierne a su competencia, el Sr. Guillaume dice que no comparte su punto de vista. Hay casos en los que la Corte se declaró competente en los que la solución no era evidente, por ejemplo en el asunto *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*. En los asuntos recientes, *Compétence en matière de pêcheries et Incident aérien du 10 août 1999*, la Corte se enfrentaba a reservas que eran de perfecta claridad en el espíritu de los Estados que las habían formulado. En el primer caso, Canadá había excluido toda controversia relativa a los asuntos de pesca en el Atlántico del Norte. España se quejaba del comportamiento del Canadá a propósito de la detención de buques españoles en el Atlántico del Norte. La reserva era evidentemente aplicable. En el segundo caso, la India había excluido todas las controversias con un Estado que fuera o hubiera sido miembro del Commonwealth, lo que sucedía con el Pakistán. ¿Cómo escapar a este tipo de reservas sino desconociendo la voluntad explícita de los Estados? La competencia de la Corte es de origen consensual: la Corte puede resolver porque los Estados lo aceptan. Cuando ella tiene que vérselas con una reserva que manifiesta claramente la voluntad de los Estados, sería mala política jurídica, y sobre todo mal derecho, interpretarla contra la voluntad de las partes. Naturalmente, un juez prefiere siempre declararse competente, pero puede haber algo de prudencia en reconocer su incompetencia.

42. Como el Sr. Economides, el Sr. Guillaume piensa que las opiniones consultivas ofrecen probablemente mejores posibilidades de desarrollo del derecho internacional que las sentencias relativas a controversias entre Estados. Una controversia está en efecto bien determinada, tiene límites muy precisos y, cosa que a veces se olvida, es de desear que la decisión de la Corte en estos casos se adopte por una mayoría lo más amplia posible para que esté más sólidamente sentada y sea más fácil de ejecutar. Por consiguiente, hay que ir directamente al fondo en los asuntos contenciosos y justificar la solución sin multiplicar razonamientos accesorios. El Sr. Guillaume cita el ejemplo, a veces lamentado por la doctrina, del asunto *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, en el que la Corte consideró que la faja de Aozou pertenecía a la soberanía del Chad en virtud del Tratado de amistad y buena vecindad de 1955 concertado entre Francia y la Jamahiriya Árabe Libia². La Corte no tomó posición sobre toda la situación anterior a ese

² Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1596, n.º 27943, pág. 151.

Tratado porque éste justificaba la solución elegida. La sentencia consta de 23 páginas, en tanto que las partes presentaron más de 6.000 páginas, y contiene una media página que corresponde a miles de páginas de las partes sobre problemas que no había que zanjar. Los publicistas han estimado que la Corte no había trabajado demasiado. Pero si la Corte hubiere zanjado todo eso, quizá habría habido divergencias entre sus miembros que habrían debilitado su sentencia, en tanto que ésta fue unánime, con excepción del magistrado ad hoc libio, y fue ejecutada en tres meses. El hecho de que los miembros de la Corte abordaran únicamente puntos seguros sin entrar en digresiones inútiles a la solución del litigio contribuyó mucho a este resultado feliz. En cuanto a las opiniones consultivas en cambio, a veces es posible aportar desarrollos más completos que en las sentencias.

43. Respecto de la cuestión de saber por qué el Secretario General nunca ha pedido una opinión consultiva a la Corte, la respuesta es sencilla: no tiene competencia para ello. La cuestión se ha debatido y no ha habido acuerdo. Personalmente, el Sr. Guillaume piensa que sería concebible dar esta competencia al Secretario General. Políticamente, sería probablemente necesario acompañar las solicitudes de opinión consultiva de cierto procedimiento en el seno de las Naciones Unidas, sobre el que los Estados podrían ponerse de acuerdo.

44. En cuanto a la pregunta del *forum prorogatum* planteada por el Sr. Goco, el Sr. Guillaume indica que la Corte no ha tenido ningún ejemplo reciente de este procedimiento. Le sucede periódicamente que se le presente la demanda de un Estado que hace una especie de oferta a otro Estado, indicando que está dispuesto a comparecer ante la Corte para tal o cual asunto. La Corte transmite la demanda. Si el otro Estado no responde o responde negativamente, ahí termina el asunto. Fue lo que sucedió con una demanda de Eritrea dirigida contra Etiopía, recibida por la Corte, transmitida a Etiopía y que quedó sin respuesta. Por tanto, no podía haber *forum prorogatum* de ninguna forma posible. Hay que ser prudente con el concepto de consentimiento implícito, ya que si bien un consentimiento puede ser implícito, debe ser claro. Es ahí donde reside la dificultad.

45. Respondiendo a la pregunta del Sr. Simma sobre, primero, la retransmisión por televisión de las audiencias de la Corte, el Sr. Guillaume dice que la Corte no se ha opuesto a ello, lo que se explica quizá por el hecho de que los alegatos de las partes están preparados y no hay en los debates una espontaneidad recesiva. Por tanto, ni desde el punto de vista de la Corte ni desde el punto de vista de las partes hay inconveniente en que se transmitan los debates orales, habida cuenta de su carácter organizado de antemano. El único punto en que la Corte plantea exigencias es de orden puramente material: no debe haber instalaciones técnicas que puedan perturbar sus trabajos.

46. A la cuestión de saber si los debates orales podrían ser más animados, el Sr. Guillaume responde que aquí también hay dos tradiciones: la de los debates muy animados, con intercambios de opinión entre los magistrados y las partes, en los que los magistrados no vacilan en dar a entender por sus preguntas qué opinan sobre el expediente, y la tradición inversa porque, en algunos Estados, el respeto al secreto de las deliberaciones es

mucho más profundo y, por tanto, no cabe que un juez pueda dejar solamente entrever su impresión. Además, las propias partes no están a veces dispuestas a prestarse al juego porque temen mucho no poder calcular inmediatamente el alcance de sus respuestas. Prueba de ello es que la Corte da en general a las partes la opción entre una respuesta inmediata, una respuesta en la sesión siguiente y una respuesta por escrito, y las partes optan sistemáticamente por la respuesta por escrito. Esto se debe a que los Estados son instituciones complejas en las que una respuesta implica a veces consultas internas que no pueden efectuarse inmediatamente. Las cosas podrían ciertamente mejorarse, según el ejemplo que ofrece el Tribunal Europeo de Justicia. No obstante, obsérvese que es más fácil dar una respuesta inmediata en el sistema de derecho comunitario, que está más cerca de los derechos nacionales, que en el más incierto del derecho internacional. Por último, es preciso saber que las preguntas que hacen los magistrados son objeto de un debate interno: un miembro de la Corte no hace una pregunta sin haber hablado de ella a sus colegas. Esto explica que muchas de las preguntas planteadas son puramente hipotéticas. El sistema no es ciertamente perfecto, pero los progresos son difíciles.

47. El Sr. KAMTO desea saber la opinión de la CIJ sobre la fuerza jurídica de las medidas conservatorias que indica. ¿No cabe razonablemente pensar que si esas medidas tuvieran una fuerza imperativa más clara ello permitiría a la Corte ser consultada más frecuentemente por los Estados sobre cierto número de controversias respecto de las que están obligados a dirigirse al Consejo de Seguridad o bien a encontrar otras soluciones?

48. El Sr. MOMTAZ dice que la CIJ en dos ocasiones tuvo que hacer interpretar ciertas disposiciones de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas. La Corte parece haber interpretado en un sentido muy amplio las inmunidades concedidas por esta Convención a los expertos de las Naciones Unidas en misión. La Corte es claramente consciente de las consecuencias que podrían dimanar de su interpretación. Como prueba de ello está la opinión consultiva dictada en el asunto *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, en el que se enfrentaba Malasia con las Naciones Unidas. La Corte dijo en esa opinión que el principio de inmunidad no ponía en causa principios de responsabilidad de las organizaciones internacionales. Ahora bien, el derecho convencional, y más concretamente la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, guarda silencio sobre la gran cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. El Sr. Momtaz desea saber si la Corte lanzaba así a la comunidad internacional, a los publicistas y más concretamente a la Comisión una especie de invitación para colmar esta laguna por medio de un desarrollo del derecho internacional en la materia.

49. El Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia), respondiendo al Sr. Kamto, recuerda que es un viejo debate el de saber si las medidas conservatorias indicadas por la Corte tienen carácter obligatorio. Hay argumentos textuales, particularmente en la versión inglesa del Estatuto, en este sentido. Pero también se ha sostenido lo contrario. Obsérvese sólo un

punto que quizá ha pasado inadvertido: el auto por el que se indicaron medidas conservatorias dictado en el asunto *Activités armées sur le territoire du Congo* dice les deux parties doivent [párr. 47] en la versión francesa y los Both Parties must en la versión inglesa donde tradicionalmente se decía Parties should. Es un punto de la evolución de la jurisprudencia concerniente a la lengua inglesa que puede ser interesante.

50. En el asunto *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Corte precisó que si hay inmunidad, los expertos no pueden ser considerados responsables de las palabras que pronuncian en el marco de sus funciones oficiales, pero entonces son las Naciones Unidas las que resultan responsables de las mismas. Esto parece perfectamente legítimo, ya que no cabe imaginar que haya un vacío en el juego de las responsabilidades. No había nada de más en lo que escribía la Corte, la cual no quería más que subrayar que, desde el momento en que había acción, había responsabilidad, y que desde el momento en que el experto no era responsable, eran las Naciones Unidas las que lo eran. La Corte no ha ido más lejos, aun cuando quepa imaginar el desarrollo del derecho internacional a este respecto. En efecto, el párrafo citado relativo a este punto era más bien un obiter dictum.

51. El PRESIDENTE da las gracias al Presidente de la CIJ por su utilísima exposición ante la Comisión.

Proyecto de informe de la Comisión
sobre la labor realizada en su 52.º período
de sesiones (continuación)

CAPÍTULO V.—Protección diplomática (continuación*) (A/CN.4/L.594)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (continuación*)

52. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del capítulo V del informe.

Párrafo 25

Queda aprobado el párrafo 25.

Párrafo 26

53. El Sr. SIMMA dice que este párrafo carece de claridad en la medida en que parece cambiar constantemente de tema, hasta el punto de que ya no se ve claramente, en la frase «se había abusado mucho de ese derecho en el pasado», del derecho de que se trata precisamente. Para eliminar toda ambigüedad, el Sr. Simma propone sustituir esa frase por la siguiente: «Sin embargo, en el pasado se había abusado del derecho de los Estados a proteger por la fuerza los derechos de sus nacionales».

54. El Sr. TOMKA, refiriéndose a la segunda frase de la versión inglesa, propone sustituir unilateral intervention por unilateral action.

55. El Sr. DUGARD (Relator Especial) aprueba ambas propuestas.

Queda aprobado el párrafo 26, en su forma enmendada.

Párrafo 27

56. El Sr. SIMMA dice que, a reserva de que lo acepte el Relator Especial, propone completar la primera frase para precisar que es la intervención humanitaria «entendida como protección por la fuerza de los derechos humanos de los nacionales de países extranjeros» lo que no entra en el marco del estudio. En efecto, para una parte de la doctrina la intervención humanitaria abarca a la vez la protección por la fuerza de los nacionales del Estado y la intervención humanitaria encaminada a proteger a extranjeros.

57. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator), apoyado por el Sr. ECONOMIDES, teme que esta precisión pueda interpretarse a contrario como reconocimiento de una relación entre la protección diplomática y otras formas de intervención humanitaria, cosa que no es así.

58. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que basta con referirse al párrafo 60 de su primer informe (A/CN.4/506) para comprobar que la precisión propuesta por el Sr. Simma es oportuna. Por tanto aprueba esta proposición.

59. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión adopta el párrafo 27 con la modificación propuesta por el Sr. Simma.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 27, en su forma enmendada.

Párrafos 28 a 31

Quedan aprobados los párrafos 28 a 31.

Párrafo 32

60. El Sr. BROWNLIE dice que la tercera frase del párrafo 32 parece contradecir el tenor de la primera frase del párrafo 31, por lo demás repetida al final del párrafo 34, que refiere la idea, expresada por algunos miembros de la Comisión, según la cual el tema de la protección diplomática inscrito en el programa no abarca el problema de la licitud de la amenaza o del uso de la fuerza por los Estados. Ahora bien, tal como está redactada, la tercera frase del párrafo 32 deja pensar equivocadamente que los miembros que han adoptado esta posición han apoyado de hecho la concepción jurídica que expresó el Relator Especial en el artículo 2.

61. El Sr. GAJA, suscribiendo esta observación, propone remediar el problema con dos enmiendas: la sustitución de una parte de la expresión «los miembros» por la fórmula «algunos miembros» y, por otra parte, de las palabras «harían uso» por las palabras «podrían hacer uso».

* Reanudación de los trabajos de la 2655.^a sesión.

62. El Sr. TOMKA dice que la prudencia aconseja suprimir toda la tercera frase.

63. El Sr. GOCO estima que esta frase refleja correctamente el debate y que no hay que tocarla.

64. El Sr. PELLET dice que la frase es incomprensible ya que mezcla consideraciones jurídicas y consideraciones fácticas, y que el texto sería ya más claro si las palabras «harían uso de» se sustituyeran por la expresión «tendrían derecho a usar de».

65. El Sr. SIMMA propone que el último miembro de la frase diga simplemente: «el Relator Especial interpretaba correctamente el artículo 51 de la Carta [o el derecho de legítima defensa]».

66. El Sr. HE dice que habría que conocer el punto de vista de los miembros que expresaron esta opinión.

67. El Sr. GALICKI propone, para introducir cierta lógica entre las dos partes de la frase, agregar al final las palabras siguientes: «pero fuera de la protección diplomática».

68. El Sr. DUGARD (Relator Especial) propone, inspirándose en las diversas proposiciones hechas, remodelar la frase como sigue: «Sin embargo, los miembros que eran de la segunda opinión, es decir, que la cuestión del uso de la fuerza quedaba fuera del ámbito de la protección diplomática, estimaban que el Relator Especial tenía razón desde el punto de vista jurídico y que los Estados podrían emplear la fuerza para proteger a sus nacionales en ejercicio del derecho de legítima defensa, pero que esto no entraba en el ámbito de la protección diplomática».

69. El Sr. BROWNLIE estima que esta proposición no refleja suficientemente el punto de vista de un tercer grupo de miembros quienes simplemente afirmaron que la cuestión del uso de la fuerza no pertenecía al mandato de la Comisión que deliberadamente permanecieron fuera del debate sobre esta cuestión. Por tanto, habría que pedir al Relator Especial que encontrase, de consuno con el Relator, una fórmula que ponga de manifiesto claramente la existencia de tres puntos de vista en el seno de la Comisión.

70. El Sr. Sreenivasa RAO suscribe las palabras del Sr. Brownlie.

71. El PRESIDENTE propone que el Relator, de consuno con el Relator Especial y los miembros de la Comisión que expresaron reservas a propósito de la tercera frase, trate de encontrar una formulación que se presentará a la Comisión en una sesión ulterior. Si no hay objeciones, considerará que la Comisión acepta esta proposición.

Así queda acordado.

Párrafo 33

Queda aprobado el párrafo 33.

Párrafo 34

72. El Sr. ECONOMIDES propone, para restablecer la igualdad entre las dos líneas de pensamiento existentes

en el seno de la Comisión, sustituir, al comienzo de la séptima frase, la expresión «la mayoría de los miembros», que hace pensar que hubo una mayoría y una minoría, por «otros miembros». Por otra parte, recuerda que, durante el debate, nueve miembros presentaron una proposición escrita para un artículo «X», cuyo contenido era el siguiente: «La protección diplomática es una institución nacional pacífica que excluye el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza así como la injerencia en los asuntos interiores o exteriores del Estado». Piensa que esta proposición, que no se menciona en absoluto en el informe, debería figurar en algún lugar. No obstante, esto pertenece a la competencia del Relator Especial.

73. El Sr. SIMMA piensa que habría que modificar toda la séptima frase ya que la fórmula «la mayoría de los miembros de la Comisión no había adoptado una posición firme con respecto a las disposiciones de la Carta» da cuenta muy torpemente de la posición de los miembros, entre ellos él mismo y el Sr. Brownlie, quienes opinaban que había que atenerse a la cuestión de la protección diplomática y decir simplemente que la cuestión del uso de la fuerza no pertenecía al tema.

74. El Sr. BROWNLIE reafirma lo que ha dicho a propósito del párrafo 32, a saber, que el texto debería reflejar más claramente la existencia de tres líneas de pensamiento en el seno de la Comisión, que corresponden respectivamente a los miembros que aprobaron el artículo 2, a los que desaprobaron el artículo 2 y a los que cuya posición no se refleja muy discretamente en el texto, que simplemente estimaron que la cuestión del uso de la fuerza no pertenecía al tema.

75. El Sr. KAMTO dice, en primer lugar, que habría que encontrar un medio de recordar la posición muy firme de los nueve miembros autores de la proposición escrita del artículo «X». En segundo lugar, no es aceptable que en la cuarta frase del párrafo se diga que: «Con toda franqueza, al igual que su predecesor, el Relator Especial no podía sostener que el uso de la fuerza estaba fuera de la ley cuando se trataba de la protección de nacionales». Se trata de la expresión de una opinión que hay que contrapesar mencionando muy claramente la opinión de unos miembros que se expresaron claramente a favor de la prohibición del uso de la fuerza por los Estados, incluso para proteger a sus nacionales en el extranjero, que era el sentido de la proposición del artículo «X».

76. El Sr. ROSENSTOCK recuerda que a lo que se refiere el párrafo son las conclusiones expresadas por el Relator Especial. Dicho esto, bastaría con una simple frase para resolver la cuestión de las tres líneas de pensamiento que, según el Sr. Brownlie, se han manifestado en el seno de la Comisión.

77. El PRESIDENTE dice que el examen del artículo 34 se reanudará en una sesión ulterior a fin de dar tiempo al Relator, de consuno con el Relator Especial, para revisar eventualmente su formulación.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2659.ª SESIÓN

Martes 15 de agosto de 2000, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Momtaz, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Proyecto de informe de la Comisión
sobre la labor realizada en su 52.º período
de sesiones (continuación)

CAPÍTULO V.—Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/L.594)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (continuación)

Párrafo 32 (conclusión)

1. El PRESIDENTE dice que, a raíz de las consultas officiosas entre el Relator, el Relator Especial y otros miembros, se propuso que la tercera frase se dividiera en dos y dijera como sigue: «Sin embargo, algunos de los miembros que eran de la segunda opinión, es decir, que la cuestión del uso de la fuerza quedaba fuera del ámbito de la protección diplomática, estimaban que el Relator Especial tenía razón en su interpretación del Artículo 51 de la Carta y que los Estados estaban facultados para hacer uso de la fuerza en el ejercicio del derecho de legítima defensa si las vidas de sus nacionales estuviesen en peligro. Otros miembros que apoyaban la segunda opinión se abstuvieron de adoptar postura alguna sobre el tema del uso de la fuerza».

Queda aprobado el párrafo 32, en su forma enmendada.

Párrafo 34 (conclusión)

2. El PRESIDENTE dice que, después de efectuar consultas, se propuso que la séptima frase diga lo siguiente: «Sin embargo, otros miembros de la Comisión no adoptaron una posición con respecto a las disposiciones de la Carta...».

Queda aprobado el párrafo 34, en su forma enmendada.

Párrafo 35

3. El Sr. TOMKA propone que la expresión «en el asunto Nottebohm» vaya precedida de las palabras «por la CIJ».

Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada.

Párrafos 36 a 42

Quedan aprobados los párrafos 36 a 42.

Párrafo 43

4. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que, en el debate sobre el artículo 1, algunos miembros objetaron una referencia que destacaba las constituciones en los Estados de Europa oriental. A efectos de coherencia, por consiguiente, debería suprimirse la frase «en especial las de los países de Europa oriental».

Queda aprobado el párrafo 43, en su forma enmendada.

Párrafo 44

Queda aprobado el párrafo 44.

Párrafo 45

5. El Sr. TOMKA propone que la palabra «modernos» se sustituya por «contemporáneos».

Queda aprobado el párrafo 45, en su forma enmendada.

Párrafos 46 a 53

Quedan aprobados los párrafos 46 a 53.

Párrafo 54

6. El Sr. TOMKA dice que la frase entre paréntesis que dice «creada después del conflicto entre Kuwait y el Iraq» está redactada en unos términos demasiado neutrales tratándose como se trata de un tema políticamente tan delicado. Por consiguiente propone que se suprima esa frase.

Queda aprobado el párrafo 54, en su forma enmendada.

Párrafos 55 a 61

Quedan aprobados los párrafos 55 a 61.

Párrafo 62

7. El Sr. TOMKA dice que los Estados que recientemente han adoptado leyes sobre la concesión de la nacionalidad en el caso de disolución de otro Estado podrían

objetar la expresión «de manera autoritaria». Debería encontrarse una terminología más aceptable.

8. El Sr. ECONOMIDES dice que ese párrafo responde a observaciones hechas por él. Él no utilizó la palabra «autoritaria», que ciertamente tiene una resonancia poco feliz. Propone que una alternativa adecuada sería *ex officio*.

9. El Sr. BROWNLIE propone una expresión neutral que no prejuzgue nada, propia del derecho inglés: «por aplicación de la ley».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 62, en su forma enmendada.

Párrafos 63 y 64

Quedan aprobados los párrafos 63 y 64.

Párrafo 65

Queda aprobado el párrafo 65, con una leve modificación de estilo.

Párrafo 66

Queda aprobado el párrafo 66.

Párrafo 67

10. El Sr. TOMKA, apoyado por el Sr. KUSUMATMADJA, muestra preferencia por rehacer la frase «aun cuando no todos los Estados lo reconociesen», que es ambigua, para que diga «aun cuando no todos los Estados lo reconozcan».

11. El Sr. BROWNLIE no tiene nada que objetar a esa parte del texto en su forma actual, pero a su juicio el pronombre «lo» en esa misma frase hay que aclararlo. Debe sustituirse por «la institución».

Queda aprobado el párrafo 67, en su forma enmendada.

Párrafos 68 a 75

12. El Sr. SIMMA encuentra poco satisfactorio el resumen del debate sobre el artículo 6. Como ha indicado el Relator Especial en sus observaciones finales, en el párrafo 75 ha habido dos puntos de vista, apoyados ambos en sólidos argumentos, y sin embargo en el resumen hay un acusado desequilibrio entre ambos. El argumento favorable a la aplicabilidad de la norma de que el Estado de la nacionalidad dominante puede ejercer la protección diplomática frente a otro Estado de la nacionalidad está muy brevemente expresado, mientras que las dos terceras partes del resumen se dedican a la opinión contraria, apoyada por las citas literales del Convenio de La Haya de 1930. Como recuerda el orador, en la Comisión ha habido más o menos división de opinio-

nes con argumentos igualmente vehementes por ambas partes.

13. El Sr. ECONOMIDES coincide con lo dicho por el Sr. Simma. La fuerte oposición provocada por el principio contenido en el artículo 6 apenas si se menciona en el párrafo 72, y de un modo muy somero. Por consiguiente, propone que el párrafo 69 vaya seguido de un nuevo párrafo que exponga el caso opuesto, con todos los argumentos en su apoyo. Con independencia del criterio que se adopte, esos párrafos habrán de ser revisados para establecer un mejor equilibrio que represente fielmente dos corrientes de opinión muy distintas.

14. El Sr. GOCO dice que, si eso se hace, existe el peligro de que todo el resumen del debate sobre el artículo 6 tenga que volverse a redactar. Es partidario de examinar el resumen párrafo por párrafo.

15. El Sr. SIMMA coincide con el Sr. Economides en que hay un desequilibrio, pero a su juicio en la dirección opuesta. El párrafo 69 y el comienzo del párrafo 70 contienen unas frases en apoyo de la opinión de que el principio contenido en el artículo 6 debería aplicarse, pero a partir de ese momento todos los argumentos apoyan el criterio contrario. El párrafo 72 en su totalidad constituye un argumento contra la opinión del Relator Especial, pues, a pesar de los ejemplos citados, «la situación no era tan sencilla», después de lo cual se adujeron una serie de argumentos contrarios a ese principio. El texto ha de modificarse a fondo. No tiene objeto repasar el texto párrafo por párrafo.

16. El PRESIDENTE pregunta si el Sr. Simma tiene previsto rehacer por completo los párrafos 68 a 74 o si estima que el equilibrio podría restablecerse mediante un nuevo párrafo.

17. El Sr. SIMMA dice que la esencia del debate ha estado tan tergiversada que la adición de un párrafo no bastaría para rectificar el desequilibrio. Propone que los interesados se reúnan oficiosamente y propongan un texto distinto.

18. El Sr. KABATSI pide que se le aclare si la referencia en el texto inglés del párrafo 75 a una *strong authority* se refiere a la autoridad legal o al número de miembros que apoya cada punto de vista.

19. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dijo que él pensaba en la autoridad legal. Le complacería que el texto se modificase en ese sentido.

20. El Sr. KABATSI dice que no es preciso añadir la palabra «legal», siempre que no se dé a entender que se apoya a una de las partes más que a la otra.

21. El Sr. BROWNLIE propone que, como en el caso del párrafo 32, los párrafos 68 a 74 se remitan al Relator Especial para que, junto con el Relator y otros miembros, los vuelvan a redactar si es preciso a la luz de lo que se acaba de decir.

22. El PRESIDENTE está conforme. Algunos miembros querían una revisión de todos los párrafos referentes al artículo 6 y eso no podía hacerse en el pleno. El Relator debería emprender consultas con el Relator

Especial y los miembros interesados. Entretanto, la Comisión debería aplazar la aprobación de los párrafos.

23. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que existe un fuerte contraste de opiniones. El Sr. Simma —acertadamente, a su juicio— estima que debería prestarse más atención al criterio que se ha adoptado y aprobado en definitiva en las consultas oficiosas, mientras que el Sr. Economides piensa lo contrario. Tal vez se haya dado importancia excesiva al criterio minoritario para evitar la impresión de que estaba menospreciado. Por consiguiente, pide que se le indique cómo deben rehacerse los párrafos.

24. El Sr. ECONOMIDES dice que los párrafos 68 a 74 se basan en el acta resumida. Sin embargo, las opiniones de los partidarios del principio clásico de la no responsabilidad del Estado con respecto a sus propios nacionales no se recogen adecuadamente hasta el párrafo 72. Por consiguiente propone un párrafo 69 bis en los términos siguientes:

«Otros miembros, por otra parte, apoyaron el principio clásico de la no responsabilidad del Estado con respecto a sus nacionales, aduciendo una serie de argumentos que figuran en los párrafos que siguen, especialmente el hecho de que el artículo 4 del Convenio de La Haya de 1930, que sigue siendo válido, establece que un Estado no puede dejar de extender la protección diplomática a uno de sus nacionales frente a un Estado cuya nacionalidad posea también esa misma persona.»

El resto de los párrafos referentes al artículo 6 podría entonces permanecer como está.

25. El Sr. SIMMA dice que la última frase del párrafo 72, por ejemplo, no refleja ambos puntos de vista del debate que se ha desarrollado y su propia aportación a él. La frase debería consignar que la postura expresada en ella ha sido puesta en tela de juicio. La constructiva propuesta del Sr. Economides parece brindar una salida.

26. El Sr. TOMKA dice que lo mejor sería pedir al Relator, al Relator Especial y a los miembros interesados que elaborasen un nuevo texto, sobre la base de las actas resumidas, para su estudio en una sesión posterior.

27. El Sr. GOCO apoya las observaciones del Sr. Tomka, pero opina que la propuesta del Sr. Economides podría examinarse ventajosamente en la presente sesión.

28. El PRESIDENTE dice que no le parece que el problema es de los que puedan resolverse en la presente sesión. En consecuencia, si no hay objeciones, considera que la Comisión se aviene a aprobar el párrafo 75 sin enmiendas y a supeditar el examen de los párrafos 68 a 74 a ulteriores consultas entre el Relator, el Relator Especial y los miembros interesados.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 75.

Párrafos 76 a 80

Quedan aprobados los párrafos 76 a 80.

Párrafo 81

29. El Sr. TOMKA hace referencia a una incongruencia aparente entre las dos últimas frases del párrafo 81. Dado que la primera de las dos frases cita la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, la expresión «aun cuando no hubiera práctica ni jurisprudencia al respecto» debería suprimirse de la segunda frase, que terminaría así con las palabras «a seguir por esa vía».

Queda aprobado el párrafo 81, en su forma enmendada.

Párrafos 82 a 86

Quedan aprobados los párrafos 82 a 86.

Párrafo 87

30. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) dice que las observaciones referentes al ACNUR guardan relación con el contenido del párrafo 87, por lo que deberían trasladarse, bien al final del párrafo o a un párrafo aparte. Aun mejor, deberían suprimirse por completo ya que, a su juicio, el ACNUR no está facultado para plantear reclamaciones en nombre de refugiados ante el gobierno del país interesado y la «protección» que ejerce es muy distinta de la protección diplomática.

31. El Sr. SIMMA dice que, si se suprime la referencia al ACNUR, se romperá el equilibrio del párrafo 87, ya que dejarán de manifestarse así las opiniones divergentes mencionadas en la primera frase.

32. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) dice que la única manera de mantener el equilibrio del párrafo 87 sería volverlo a redactar para vincular las secciones inicial y final y eliminar la sección central, que no tiene absolutamente nada que ver con el resto del párrafo.

33. El PRESIDENTE dice que considera que la Comisión desea aplazar el examen del párrafo 87.

Así queda acordado.

Párrafo 88

34. El Sr. SIMMA dice que, por un principio de coherencia, el párrafo 88 debería, como otros párrafos que recogen las opiniones del Relator Especial, iniciarse con una fórmula que diga «El Relator Especial señaló que...».

Queda aprobado el párrafo 88, en su forma enmendada.

Párrafo 89

Queda aprobado el párrafo 89, con leves modificaciones de estilo.

Párrafo 90

Queda aprobado el párrafo 90.

CAPÍTULO VII.—Las reservas a los tratados (A/CN.4/L.596 y Add.1 a 4)

A.—Introducción (A/CN.4/L.596)

Párrafos 1 a 15

35. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que los párrafos 10 a 14 contienen muchos detalles ya recogidos en el informe de la Comisión sobre su anterior período de sesiones y que por ende son superfluos. En consecuencia, esos párrafos podrían reducirse considerablemente. La mayor parte del párrafo 10, parte del párrafo 11 y la totalidad del párrafo 12, salvo su primera frase, podrían suprimirse. Las tres primeras frases del párrafo 13 deberían conservarse y suprimirse el resto, así como la totalidad del párrafo 14.

Quedan aprobados los párrafos 1 a 15, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección A, en su forma enmendada.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.596 y Add.1)

Párrafos 16 a 18 (A/CN.4/L.596)

Quedan aprobados los párrafos 16 a 18.

Párrafos 19 a 23 (A/CN.4/L.596/Add.1)

Quedan aprobados los párrafos 19 a 23.

Párrafo 24

Queda aprobado el párrafo 24, con una leve modificación de estilo en la versión francesa.

Párrafo 25

36. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que las notas marginales al capítulo VII realmente remiten al lector al texto de las directrices de su quinto informe (A/CN.4/508 y Add.1 a 4). El texto del proyecto de directrices debería reproducirse por extenso en las notas marginales, de conformidad con el procedimiento adoptado en otros capítulos del informe.

37. El PRESIDENTE dice que la secretaría tomará nota del ruego del Relator Especial.

Queda aprobado el párrafo 25.

Párrafos 26 a 29

Quedan aprobados los párrafos 26 a 29.

Párrafo 30

38. El Sr. SIMMA dice que, a diferencia de otros capítulos del informe, gran parte del capítulo VII, con su caudal de notas sustantivas a pie de página, parece un «microinforme» del Relator Especial.

39. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que el capítulo se ha redactado a propósito en forma de un «microinforme» para evitarle la pérdida de tiempo de reintroducir esa parte de su informe, que ya se introdujo pero no se debatió en el actual período de sesiones, en el próximo período de sesiones de la Comisión. Por consiguiente debería quedar tal cual el formato del capítulo VII.

40. El Sr. ECONOMIDES apoya la postura del Relator Especial y dice que es muy conveniente para la Comisión disponer de unas explicaciones detalladas del proyecto de directrices en su informe, práctica que podría seguirse provechosamente en otros capítulos del informe.

41. El Sr. TOMKA dice que lo mejor sería tal vez conservar el formato actual del capítulo VII, a la vez que se insta a los futuros relatores y a la secretaría a que tengan en cuenta las observaciones del Sr. Simma al redactar los informes de la Comisión en futuros períodos de sesiones.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 30.

Párrafos 31 y 32

Quedan aprobados los párrafos 31 y 32.

Párrafo 33

42. El Sr. KAMTO expresa la opinión de que más de un caso debería citarse en la nota de pie de página de la segunda frase, ya que en el texto se habla de «varios asuntos».

43. El Sr. TOMKA propone que tal vez la dificultad podría soslayarse insertando la expresión «por ejemplo» entre «Véase» y «Tribunal Federal Suizo».

Queda aprobado el párrafo 33, en su forma enmendada.

Párrafo 34

Queda aprobado el párrafo 34.

Párrafo 35

44. El Sr. PELLET (Relator Especial), el Sr. GAJA y el Sr. ROSENSTOCK se refieren a algunos errores de estilo. El texto entre paréntesis debería empezar con las palabras «así como». La frase seguiría a continuación diciendo «que responde al principio de la unanimidad del consentimiento tácito [...] de las demás partes en la reserva formulada tardíamente...».

Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada.

Párrafos 36 y 37

Quedan aprobados los párrafos 36 y 37.

Párrafo 38

45. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que en la versión francesa la frase *s'agissant par la suite des déclarations interprétatives* debe suprimirse.

Queda aprobado el párrafo 38, en su forma enmendada en la versión francesa.

Párrafo 39

Queda aprobado el párrafo 39, con algunas modificaciones menores del texto francés.

Párrafo 40

Queda aprobado el párrafo 40.

Párrafo 41

46. El Sr. HAFNER y el Sr. SIMMA dicen que, si bien la aprobación de las directrices ha estado envuelta en laboriosas discusiones, el informe no dedica ni una sola línea a esas discusiones.

47. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que declina toda responsabilidad por la redacción del informe. El Relator, de todos modos, se ha ajustado como es debido a la práctica acostumbrada. El proyecto de directrices así aprobado no se publicó hasta no haber aparecido los comentarios, que en general reflejaban la discusión. Cabe deplorar la situación, pero no hay con anterioridad ningún informe de la Comisión que haya contenido a la vez los comentarios y un resumen del debate. En una ocasión él procuró que sus directrices no se publicaran para que el debate se pudiera incluir en el informe. Como quiera que se tomó la molestia de incluir los comentarios en el documento examinado, no hubo resumen del debate.

48. El Sr. SIMMA se inclina ante los hechos, pero la Comisión ha hecho frente a una situación especial en el actual período de sesiones. Examinó el texto de una propuesta de un Relator Especial por vez primera y lo aprobó en parte, todo en un período de sesiones, pero en ningún lugar del informe hay constancia de las opiniones de la Comisión.

49. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que no se ha pedido a nadie que apruebe nada que no se haya debatido. Reitera que el Relator se ha limitado a seguir la práctica usual.

50. El Sr. TOMKA dice que, en la medida en que recuerda, en el anterior período de sesiones, al aprobarse el proyecto de artículo sobre la nacionalidad de las personas físicas en relación a la sucesión de los Estados en forma de declaración y acompañado de comentarios, el informe no hacía constar en acta el debate desarrollado. Tal vez la secretaría podría refrescar la memoria de los miembros en cuanto al procedimiento que hay que seguir.

51. El PRESIDENTE recalca que no hay motivos para desviarse de la práctica habitual de la Comisión. Aun reconociendo las preocupaciones del Sr. Simma, conviene limitar la extensión del informe.

Queda aprobado el párrafo 41.

Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.

C.—Texto de los proyectos de directrices sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura (A/CN.4/L.596/Add.2 a 4)

1. TEXTO DEL PROYECTO DE DIRECTRICES (A/CN.4/L.596/Add.2)

Párrafo 1

52. El Sr. PELLET (Relator Especial) pregunta si sería posible incluir una nota a pie de página que indique que los comentarios al proyecto de directrices aprobados por la Comisión en su 51.º período de sesiones pueden hallarse en el informe a la Asamblea General sobre la labor de la Comisión en su 52.º período de sesiones.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE DIRECTRICES APROBADOS EN EL 52.º PERÍODO DE SESIONES DE LA COMISIÓN CON SUS COMENTARIOS (A/CN.4/L.596/Add.3 y 4)

53. El Sr. HAFNER dice que tal vez podría introducirse un párrafo al inicio de la sección 2 en el que se diga que la Comisión aprueba los comentarios.

54. El PRESIDENTE dice que se introducirá un párrafo en consecuencia.

Comentario a la directriz 1.1.8 (A/CN.4/L.596/Add.3)

55. El Sr. SIMMA pregunta qué significa la primera frase del párrafo 5.

56. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que, a su juicio, se hace referencia en él a otras convenciones que excluyen las reservas, tales como las convenciones sobre el derecho del mar.

57. El Sr. SIMMA pregunta si la frase no podría decir: «De hecho, en las Convenciones de Viena no se excluye que las reservas puedan formularse no en virtud de una autorización implícita del derecho internacional general de los tratados, que se codifica en los artículos 19 a 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, sino sobre la base de disposiciones específicas de convenios».

58. El Sr. PELLET (Relator Especial) está de acuerdo con la versión de la frase que da el Sr. Simma.

59. El Sr. TOMKA propone la supresión de la nota de pie de página 12. Después de todo, ¿quién va a hacer la verificación?

Así queda acordado.

60. El Sr. GAJA pregunta por el significado del párrafo 15. Tal vez la última frase podría modificarse para dejar claro si las cláusulas de referencia pueden o no ser reservas.

61. El Sr. ROSENSTOCK dice que, en su redacción actual, la segunda frase parece excluir la posibilidad de que las cláusulas que brindan la opción entre las disposiciones de un tratado no son reservas, y eso no es lo que quiere decir. Propone que la palabra «no» cambie de lugar en la frase «no son reservas» y se coloque al principio de la frase de modo que diga: «...de manera que implique que no todas las cláusulas que permiten...».

62. El Sr. TOMKA indica que, según el párrafo 15, las opciones son a veces reservas y a veces no. Eso contradice el párrafo 13 y el proyecto de directriz 1.1.8, en los que se dice, directamente o con referencia a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que las opciones son reservas. Debería suprimirse el párrafo 15.

63. El Sr. ECONOMIDES concuerda con el Sr. Gaja en que el párrafo 15 es algo confuso. Sin embargo, una lectura atenta revela una distinción entre la situación descrita en el artículo 17 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, en que las opciones en algunos casos pueden constituir reservas y la situación en la que esas cláusulas no son reservas. El párrafo 15 debería mantenerse tal como está.

64. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que es partidario de conservar el párrafo o de suprimir toda la segunda frase, pero se opone a pequeñas modificaciones de la segunda frase.

65. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que la idea en que se apoya el párrafo 15 es que el artículo 17 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 da a entender que la aceptación de un tratado puede ser parcial sobre la base de una reserva o de otras técnicas, lo cual significa que las cláusulas que permiten la participación parcial podrían ser reservas o podrían no serlo. Si eso es lo que indica la enmienda del Sr. Rosenstock, es aceptable.

66. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea aprobar la enmienda propuesta por el Sr. Rosenstock.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario a la directriz 1.1.8, en su forma enmendada.

Comentario a la directriz 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7]

67. El Sr. KABATSI propone una corrección de estilo en el párrafo 5.

68. El Sr. HAFNER hace referencia al apartado a y pide que se aclaren las palabras «en general».

69. Después de un breve debate en el que el Sr. HAFNER, el Sr. PELLET (Relator Especial) y el Sr. ROSENSTOCK participan, el PRESIDENTE propone que las palabras «en general» se sustituyan por «en la mayor parte de los casos».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

70. El Sr. ECONOMIDES, apoyado por el Sr. SIMMA, dice que en la última frase del párrafo 9 la segunda vez que se emplea en el texto inglés la palabra optional debe sustituirse por compulsory.

71. El Sr. BROWNLIE dice que el texto está bien como está, pues la competencia de la CIJ es facultativa en la fase de las actuaciones descrita en el párrafo. Una vez se ha aceptado la competencia, es obligatoria.

72. El Sr. TOMKA propone que se suprima la frase «la cláusula de aceptación de».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 9, en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario a la directriz 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7], en su forma enmendada.

Comentario a la directriz 1.4.7 [1.4.8]

73. El Sr. SIMMA impugna el empleo de la preposición «con» en la primera frase del párrafo 12.

74. El PRESIDENTE propone que las palabras «con reservas» se sustituyan por la frase «entre estas declaraciones y las reservas».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 12, en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario a la directriz 1.4.7 [1.4.8], en su forma enmendada.

Comentario a la directriz 1.7 (A/CN.4/L.596/Add.4)

75. El Sr. PELLET (Relator Especial) y el Sr. SIMMA hacen referencia a algunos cambios de estilo requeridos al comienzo del comentario.

76. El Sr. ECONOMIDES dice que el final de la última frase del párrafo 1 podría prestarse a interpretación equivocada. Propone que se suprima la frase «que salvaguardan los “elementos básicos” del tratado».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.

77. El Sr. HAFNER pregunta si las «cláusulas convencionales» mencionadas en la primera frase del párrafo 2 son cláusulas que facultan a los Estados para concertar tratados o si son disposiciones de tratados de por sí. En este último caso, sería preferible utilizar la palabra «tratados» en vez de «cláusulas convencionales».

78. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, si así queda más claro el significado, las palabras «cláusulas convencionales» podrían sustituirse por las palabras «cláusulas concretas de un tratado».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario a la directriz 1.7, en su forma enmendada.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

2660.^a SESIÓN

Miércoles 16 de agosto de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación
(A/CN.4/504, secc. E)

[Tema 8 del programa]

INFORME DEL PRESIDENTE DEL GRUPO DE PLANIFICACIÓN

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Kamto, Presidente del Grupo de Planificación, a presentar un informe sobre los trabajos del Grupo de Planificación.

2. El Sr. KAMTO (Presidente del Grupo de Planificación) dice que durante el período de sesiones en

curso de la Comisión, el Grupo de Planificación ha celebrado cuatro sesiones. El Grupo de Planificación tenía ante sí la sección E del resumen temático de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo cuarto período de sesiones, titulado «Otras decisiones y conclusiones de la Comisión» (A/CN.4/504, párrs. 181 a 188) y también ha tomado en consideración los párrafos 8 a 11 de la resolución 54/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1999. El Grupo de Planificación decidió restablecer el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo y el grupo de trabajo sobre la división del período de sesiones. El Grupo de Planificación tenía ante sí además una proposición presentada por el Sr. Pellet en un documento titulado «Elecciones a la Comisión de Derecho Internacional» [ILC(LII)/PG/WP.1].

3. En su sesión celebrada el 10 de agosto de 2000, tras haber examinado los informes de los dos grupos de trabajo, el Grupo de Planificación decidió, en primer lugar, adoptar el informe del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo [ILC(LII)/WG/LT/L.1 y Add.1], tras suprimir la palabra «quizá» en la primera frase del último párrafo del documento ILC(LII)/WG/LT/L.1; en segundo lugar, adoptar el informe del grupo de trabajo sobre la división del período de sesiones [ILC(LII)/WG/SPS/L.1] y, en tercer lugar, inscribir en su programa para el siguiente período de sesiones la propuesta del Sr. Pellet que figura en el documento titulado «Elecciones a la Comisión de Derecho Internacional».

4. El Presidente del Grupo de Planificación precisa que el capítulo IX del proyecto de informe de la Comisión (A/CN.4/L.598) dará cuenta de las decisiones relativas al programa de trabajo a largo plazo así como las relacionadas con los trabajos del grupo de trabajo sobre la división del período de sesiones y que se refieren a la duración, la estructura y el lugar de los futuros períodos de sesiones de la Comisión. Da las gracias a todos los miembros del Grupo de Planificación y de los dos grupos de trabajo, en particular al Sr. Brownlie, Presidente del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, así como al Sr. Rosenstock, Presidente del grupo de trabajo sobre la división del período de sesiones, por sus esfuerzos y su espíritu de cooperación que han permitido obtener resultados concretos.

5. El PRESIDENTE da las gracias al Presidente del Grupo de Planificación y sugiere que la Comisión tome nota de su informe oral.

Así queda acordado.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.^o período de sesiones
(continuación)

CAPÍTULO VII.—Las reservas a los tratados (conclusión)
(A/CN.4/L.596 y Add.1 a 4)

C.—Texto de los proyectos de directrices sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura (conclusión) (A/CN.4/L.596/Add.2 a 4)

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE DIRECTRICES APROBADOS EN EL 52.º PERÍODO DE SESIONES DE LA COMISIÓN, CON SUS COMENTARIOS (conclusión) (A/CN.4/L.596/ Add.3 y 4)

6. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen, comenzando por el comentario de la directriz 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4], párrafo por párrafo.

Comentario a la directriz 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] (A/CN.4/L.596/Add.4)

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

7. El Sr. SIMMA propone, para hacer el texto más claro, trasladar al final de la frase preliminar la referencia al párrafo 3 del artículo 19 de la Constitución de la OIT que figura en la nota de pie de página 4.

Queda aprobado el párrafo 2, en su forma modificada.

Párrafo 3

8. El Sr. SIMMA no entiende bien en la última frase el sentido de la palabra «exigencia» y se pregunta si podría suprimirse.

9. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea suprimir las palabras «una exigencia o».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.

Párrafos 4 y 5

Quedan aprobados los párrafos 4 y 5.

Párrafo 6

10. El Sr. SIMMA dice que, en el segundo guión del texto inglés, quizá habría que sustituir la palabra *derogations*, que tiene un sentido puramente fáctico, por la expresión *derogation clauses*.

11. El Sr. PELLET (Relator Especial) indica que esta propuesta no tiene objeto en francés.

12. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea modificar el texto inglés según la proposición del Sr. Simma.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada en la versión inglesa.

Párrafos 7 y 8

Quedan aprobados los párrafos 7 y 8.

Párrafo 9

13. El Sr. SIMMA señala una contradicción entre la frase preliminar, que hace referencia a proyectos de directrices que figuran en la sección 1.4, y el primer guión, que se refiere al proyecto de directriz 1.1.8.

14. El Sr. PELLET (Relator Especial) propone, para remediar esta contradicción, suprimir el guión.

Queda aprobado el párrafo 9, en su forma enmendada.

Párrafo 10

15. El Sr. SIMMA se pregunta qué hay que entender por la palabra «otras» en la primera frase y si no habría que precisar «otras declaraciones» u «otras cláusulas».

16. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que preferiría la fórmula «otros procedimientos alternativos».

17. El PRESIDENTE dice, que si no hay objeciones, considerará que la Comisión acepta esta propuesta de modificación, quedando entendido que el texto inglés deberá decir *other alternative procedures*.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 10, en su forma enmendada.

Párrafos 11 a 19

Quedan aprobados los párrafos 11 a 19.

Párrafo 20

18. El Sr. SIMMA dice que parece haber una contradicción entre el párrafo 19, que hace remontar el régimen de bilateralización al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, y el párrafo 20, que hace pensar que la noción de bilateralización data de 1971.

19. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que no hay contradicción, ya que los autores del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio habían practicado la bilateralización sin saberlo antes de que esta noción se desarrollara en 1971. La contradicción aparente se explica por un problema de traducción, ya que la palabra francesa *théorisée* ha sido traducida al inglés por *examined* en la última frase.

20. El Sr. BROWNLIE propone el término *elaborated* para la versión inglesa.

Queda aprobado el párrafo 20, en su forma enmendada en la versión inglesa.

Párrafo 21

21. El Sr. SIMMA dice que en el texto inglés, las palabras *below is a list of 23 possible ways* parecen enunciar una lista que no figura en ningún sitio.

22. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice también en este caso que el problema viene de un error de traducción. Estas palabras, en inglés, deberían decir *this is followed by a list*.

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada en la versión inglesa.

Párrafo 22

Queda aprobado el párrafo 22.

Párrafo 23

23. El Sr. SIMMA dice que en la segunda frase del texto inglés conviene sustituir la palabra *with* por la palabra *from*.

Queda aprobado el párrafo 23, en su forma enmendada en la versión inglesa.

Párrafo 24

Queda aprobado el párrafo 24.

Comentario a la directriz 1.7.2 [1.7.5]

Párrafo 1

24. El Sr. ECONOMIDES propone remodelar la última frase suprimiendo las palabras «y sólo existen dos procedimientos de esta clase», ya que el proyecto de directriz 1.7.2 contiene una enumeración puramente indicativa y que hay, en efecto, otras alternativas a las declaraciones, como los actos unilaterales. Como contrapartida de esa supresión, se podría insertar, en la penúltima línea, la palabra «mucho» entre «es» y «menor».

25. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, dado que la última parte de la frase introduce en cierto modo lo que sigue, preferiría que la última frase se divida en dos. Después de las palabras «en materia de interpretación» se pondría un punto y la frase siguiente diría: «Como indicación, sólo existen dos procedimientos de esta clase».

26. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión aprueba la modificación propuesta por el Relator Especial.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.

Párrafo 2

Queda aprobado el párrafo 2.

Párrafo 3

27. El Sr. SIMMA dice que si en el texto francés la palabra *interprète* puede entenderse que se refiere al jurista que interpreta un texto jurídico, la palabra inglesa *interpreter* tiene un sentido más técnico y no conviene en este contexto.

28. El Sr. HAFNER propone sustituir la expresión *the interpreter* por la fórmula *in the course of interpretation*.

29. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que sería más sencillo suprimir la expresión *à l'interprète*.

Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.

Párrafos 4 y 5

Quedan aprobados los párrafos 4 y 5.

Queda aprobada la sección C, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo VII, en su forma enmendada.

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (A/CN.4/L.593 y Corr.1 y Add.1 a 6)

30. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a examinar el capítulo IV del proyecto de informe.

A.—Introducción (A/CN.4/L.593)

Párrafos 1 a 9

Quedan aprobados los párrafos 1 a 9.

Párrafo 10

31. Tras un debate en el que participan el Sr. BROWN-LIE, el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA y el Sr. PELLET, el PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea mantener el párrafo 10.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 10.

Párrafos 11 a 17

Quedan aprobados los párrafos 11 a 17.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.593 y Corr.1 y Add.1 a 6)

Párrafos 18 y 19 (A/CN.4/L.593 y Corr.1)

Quedan aprobados los párrafos 18 y 19.

Párrafo 20

32. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone remitir el examen del párrafo al día siguiente.

33. El PRESIDENTE cree entender que la Comisión acepta esta proposición.

Así queda acordado.

Párrafos 1 a 12 (A/CN.4/L.593/Add.1)

Quedan aprobados los párrafos 1 a 12.

Párrafo 13

34. El Sr. PELLET, refiriéndose a la última frase, señala que es imposible decir que se ha considerado preferible terminar el examen de ciertos artículos en el próximo período de sesiones de la Comisión y al mismo tiempo pedir a la Sexta Comisión que se pronuncie en el quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General sobre el fin de los artículos.

35. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), consciente de esta contradicción, propone remodelar la frase como sigue: «Se señaló que el quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General daría a la CDI la última oportunidad de obtener información de la respuesta de la Sexta Comisión a algunas cuestiones, como las contramedidas y la solución de controversias».

Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.

Párrafo 14

36. El Sr. PELLET señala que en la versión francesa al comienzo de la primera frase debe decir du paragraphe 50 du rapport.

Queda aprobado el párrafo 14, en su forma enmendada en la versión francesa.

Párrafo 15

37. El Sr. PELLET, refiriéndose a la primera frase, piensa que convendría precisar que se trata del párrafo 7 del informe del Relator Especial. En cuanto a la segunda frase, le parece pesada y que requiere una nueva redacción.

38. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone dividir la segunda frase en dos. La primera terminaría después de las palabras «en el proyecto» y la segunda comenzaría con las siguientes palabras: «Otros consideraron preferible».

Queda aprobado el párrafo 15 en su forma enmendada.

Párrafo 16

39. El Sr. PELLET desea que se reescriba el párrafo 16 de la versión francesa.

40. El PRESIDENTE declara que la secretaría se encargará de alinear la versión francesa con la versión original inglesa.

Queda aprobado el párrafo 16, a reserva de esta enmienda.

Párrafo 17

41. El Sr. PELLET propone suprimir en la primera frase de la versión francesa las palabras notamment son objet. Refiriéndose a la antepenúltima frase, señala que es difícil decir que la determinación de la cuantía de la indemnización pertenece a la protección diplomática. Esto es cierto en el mejor de los casos cuando la víctima es un particular. Pero no sería prudente remitir todos los problemas de cuantía al tema de la protección diplomática.

42. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone sustituir la última parte de la frase «y en materia de protección diplomática» por las palabras «variaban según los contextos».

Queda aprobado el párrafo 17, con las dos enmiendas propuestas.

Párrafo 18

Queda aprobado el párrafo 18.

Párrafo 19

43. El Sr. PELLET propone, para reflejar fielmente el debate, agregar la palabra «amplio» antes de la palabra «apoyo».

Queda aprobado el párrafo 19, en su forma enmendada.

Párrafo 20

Queda aprobado el párrafo 20.

Párrafo 21

44. El Sr. PELLET señala que, para ilustrar al lector, habría que precisar a qué se remiten el capítulo III, la segunda parte bis del capítulo III y el capítulo II.

45. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone, para atender a la inquietud del Sr. Pellet, suprimir la última frase del párrafo, ya que el resto del párrafo es comprensible.

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafo 22

46. El Sr. PELLET, refiriéndose a la segunda frase, dice que, por razones de convención social, el nombre del

antiguo Relator Especial, ya fallecido, no debería ir precedido de la mención «Sr.», al menos en francés. Refiriéndose también a la misma frase, propone en francés sustituir la palabra *matière* por la palabra *sujet*.

Queda aprobado el párrafo 22, en su forma enmendada en la versión francesa.

Párrafo 23

Queda aprobado el párrafo 23.

Párrafo 24

47. El Sr. PELLET señala que en la segunda frase de la versión francesa debería decir *proposait* en vez de *proposerait*.

Queda aprobado el párrafo 24, en su forma enmendada en la versión francesa.

Párrafo 25

Queda aprobado el párrafo 25.

Párrafo 26

48. Respondiendo a una observación del Sr. Pellet, el Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone suprimir en la última frase las palabras «aunque se alterara su orden».

49. El Sr. CANDIOTI señala que en el texto francés hay que insertar una coma entre las palabras *maintenues* y *complétées*.

Queda aprobado el párrafo 26, en su forma enmendada.

Párrafo 27

Queda aprobado el párrafo 27.

Párrafo 28

50. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) indica que el número «28» debe suprimirse, ya que no introduce un párrafo, y que hay que modificar la numeración de los párrafos que siguen en consecuencia.

Párrafo 29

Queda aprobado el párrafo 29.

Párrafo 30

51. El Sr. PELLET dice que la palabra *réparations* que figura en la última frase del párrafo 30 de la versión francesa no es comprensible y que sin duda refleja toda la dificultad que plantea traducir la palabra inglesa *remedies*.

52. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone, para resolver el problema, modificar como sigue la frase

en cuestión: «como indicaba la importancia de, por ejemplo, las declaraciones destinadas a hacer cesar el hecho ilícito».

Queda aprobado el párrafo 30, en su forma enmendada.

Párrafos 31 y 32

Quedan aprobados los párrafos 31 y 32.

Párrafo 33

53. Al Sr. PELLET le asombra la presencia, en la cuarta frase, de la expresión «obligaciones multilaterales» en lo que respecta al Estado lesionado; habría más bien que hablar de «derechos».

54. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone sustituir la expresión «obligaciones multilaterales» por «relaciones jurídicas multilaterales».

55. El Sr. KAMTO aprueba la modificación propuesta por el Relator Especial pero dice que si se adopta, habría que sustituir las palabras «al atribuirles» por las palabras «al atribuir los derechos individualmente a los distintos Estados».

56. El Sr. PELLET estima que la mención de las contramedidas que figura en la última frase del párrafo está fuera de contexto. En efecto, este párrafo se refiere al principio general de la indemnización.

57. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone, en respuesta a la observación del Sr. Pellet, suprimir el final de esta frase.

Queda aprobado el párrafo 33, en su forma enmendada.

Párrafo 34

58. El Sr. PELLET estima que en la cuarta frase del texto francés, la palabra *certaines* debería insertarse antes de la palabra *gouvernements* y que al final de la séptima frase, las palabras de *le faire* deberían sustituirse por *d'y procéder*.

59. El PRESIDENTE dice que se encargará de modificar el texto francés en consecuencia.

60. El Sr. PELLET se pregunta por qué la noción de garantía aparece al final de la octava frase del párrafo.

61. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone sustituir la palabra «garantía» por la palabra «límite».

Queda aprobado el párrafo 34, en su forma enmendada.

Párrafo 35

Queda aprobado el párrafo 35.

Párrafo 36

62. El Sr. PELLET dice que en la primera frase después de las palabras «el artículo 38» habría que insertar las palabras «debía mantenerse», ya que en aquel momento no era seguro que se conservara este artículo.

63. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) aprueba la enmienda propuesta por el Sr. Pellet.

Queda aprobado el párrafo 36, en su forma enmendada.

Párrafo 37

64. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el párrafo 37 no es un párrafo. Por tanto, convendría suprimir el número del párrafo y modificar en consecuencia la numeración de los párrafos siguientes.

Párrafo 38

Queda aprobado el párrafo 38.

Párrafo 39

65. El Sr. PELLET estima que donde dice «apartado c del párrafo 50 del informe» debe decir «párrafo 50 del informe».

Queda aprobado el párrafo 39, a reserva de esta enmienda.

Párrafos 40 y 41

Quedan aprobados los párrafos 40 y 41.

Párrafo 42

66. El Sr. PELLET estima que la última frase del párrafo 42 y, en particular, las palabras «violaciones distintas, cada una de las cuales no constituye por sí sola un hecho ilícito» no están claras.

67. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone modificar como sigue el final del párrafo: «podía haber una serie de violaciones distintas que no fueran violaciones continuadas sino una continuación de la serie. Esto, no obstante, requería su cesación y posiblemente seguridades y garantías de no repetición».

Queda aprobado el párrafo 42, en su forma enmendada.

Párrafo 43

Queda aprobado el párrafo 43.

Párrafo 44

68. El Sr. PELLET dice que en el texto francés al final de la última frase del párrafo convendría sustituir las palabras *on a remis en cause* por las palabras *on a émis des doutes sur*.

69. El Sr. BROWNLIE dice que en el texto inglés convendría suprimir la coma que figura después de las pala-

bras *While recognizing that* al principio de la segunda frase.

Queda aprobado el párrafo 44, en su forma enmendada.

Párrafo 45

Queda aprobado el párrafo 45.

Párrafo 46

70. El Sr. PELLET, al que apoya el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), dice que en el texto francés en la tercera frase convendría sustituir las palabras *une loi organisant un acte de génocide* por *une loi organisant un génocide*.

71. El Sr. ROSENSTOCK propone remodelar como sigue el final de la última frase del párrafo, a partir de las palabras «derecho internacional»: «dado que, entre otras cosas, ese texto podía aplicarse de forma compatible con este derecho». El hecho de que las disposiciones puedan aplicarse así no es en efecto la única razón por la que no constituyen en sí una infracción del derecho internacional.

72. El Sr. ECONOMIDES propone suprimir la palabra «expresamente» que figura en la tercera frase del párrafo. Esta frase hace pensar, al contrario, que una ley que dé implícitamente a las fuerzas de policía el poder de cometer actos de tortura no comprometería la responsabilidad del Estado.

Queda aprobado el párrafo 46, con las tres enmiendas propuestas.

Párrafos 47 a 49

Quedan aprobados los párrafos 47 a 49.

Párrafo 50

73. El Sr. PELLET, al que apoya el Sr. ECONOMIDES, dice que la opinión a que se refiere este párrafo era su opinión y la del Sr. Economides que no se ha expuesto con exactitud en la primera frase, que propone modificar como sigue: «En relación con el párrafo 1, se expresó la opinión de que no era lógico hablar en la segunda parte del proyecto de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito; esta consecuencia era la propia responsabilidad. La segunda parte trataba de las consecuencias resultantes de la responsabilidad».

Queda aprobado el párrafo 50, en su forma enmendada.

Párrafo 51

74. El Sr. BROWNLIE dice que, en la versión francesa, en la tercera frase la palabra *réparations* debería ponerse en singular.

75. El Sr. PELLET dice que conviene hacer lo mismo en la frase precedente.

Queda aprobado el párrafo 51, en su forma enmendada.

Párrafo 52

Queda aprobado el párrafo 52.

Párrafo 53

76. El Sr. KAMTO, refiriéndose a la decena de palabras latinas que figuran en la cuarta frase, dice que convendría dar su traducción.

77. El Sr. BROWNLIE dice que las palabras mencionadas se utilizan habitualmente en algunos sistemas jurídicos.

78. El Sr. HAFNER confirma esta observación.

79. El Sr. KUSUMA-ATMADJA señala que en inglés la palabra *cause* no traduce exactamente la palabra latina *causa*. A su juicio, el uso del latín está justificado en este caso.

80. El Sr. PELLET dice que para los juristas no conocedores del *common law*, las palabras citadas son incomprensibles. Propone suprimir la lista de las «causas» y decir simplemente que la Comisión debería proceder a un «estudio general de la causalidad».

81. El Sr. GAJA aprueba esta propuesta.

82. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) la aprueba también, pero indica que en ese caso habrá que traducir la palabra francesa *causalité* por *causation* y no *causality*.

Queda aprobado el párrafo 53, en su forma enmendada.

Párrafo 54

83. El Sr. PELLET dice no comprender la lógica de la segunda frase.

84. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) también la encuentra oscura. Propone interrumpirla después de la palabra «reparación».

Queda aprobado el párrafo 54, en su forma enmendada.

Párrafos 55 y 56

Quedan aprobados los párrafos 55 y 56.

Párrafo 57

85. El Sr. PELLET, refiriéndose a la primera frase, dice que le parece imposible hablar de «motivos para cuantificar obligaciones». Apoyado por el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), propone suprimir las palabras «o cuantificar».

Queda aprobado el párrafo 57, en su forma enmendada.

Párrafos 58 a 61

Quedan aprobados los párrafos 58 a 61.

Párrafo 62

86. El Sr. KABATSI se pregunta sobre el cambio de opinión que marca el empleo en la última frase de la locución «personalmente».

87. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone suprimir toda la frase.

Queda aprobado el párrafo 62, en su forma enmendada.

Párrafos 63 a 65

Quedan aprobados los párrafos 63 a 65.

Párrafo 66

88. El Sr. PELLET, refiriéndose a la segunda parte de la cuarta frase, señala que hay una contradicción entre el principio, donde se dice que los ejemplos de garantía de no repetición son poco numerosos, y la continuación, donde se dice que son corrientes en la práctica diplomática.

89. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone expresar mejor la lógica de la frase articulando como sigue el párrafo examinado: «...dijo que era cierto que había muy pocos ejemplos; en cambio, eran comunes en la práctica diplomática».

Queda aprobado el párrafo 66, en su forma enmendada.

Párrafo 67

Queda aprobado el párrafo 67.

Párrafo 68

90. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, en la versión inglesa, hay que sustituir la palabra *causality* que figura en la primera frase por *causation*.

Queda aprobado el párrafo 68, en su forma enmendada en su versión inglesa.

Párrafo 69

Queda aprobado el párrafo 69.

Párrafos 1 a 5 (A/CN.4/L.593/Add.2)

Quedan aprobados los párrafos 1 a 5.

Párrafo 6

91. El Sr. ROSENSTOCK dice que este párrafo cita como argumento cierto pasaje del informe del Relator Especial. Según una decisión adoptada anteriormente en

la sesión, habría sin duda que dar una idea del contenido del pasaje de que se trata.

92. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone expresar la remisión al párrafo 96 de su informe como sigue: «el artículo 40 [...] era deficiente en algunos aspectos, como señaló el Relator Especial en el párrafo 96 de su tercer informe y como se indicaba en el resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión».

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.

Párrafo 7

93. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA considera excesiva la expresión *plusieurs membres ont applaudi* que figura al principio del párrafo en la versión francesa. Propone atenerse a las fórmulas habituales, como *plusieurs membres se sont félicités*.

Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.

Párrafos 8 a 10

Quedan aprobados los párrafos 8 a 10.

Párrafo 11

94. El Sr. GAJA, refiriéndose a la última frase en la que se refleja la opinión según la cual la fórmula «toda la comunidad internacional» designa a la comunidad internacional de Estados, recuerda que varios miembros que participaron en los debates no compartían esta opinión. Propone agregar al final del párrafo una frase concebida en los siguientes términos: «Otros miembros consideraron que las palabras “toda la comunidad internacional” constituían un concepto más amplio».

95. El Sr. SIMMA, refiriéndose a las organizaciones no gubernamentales de que se habla en la tercera frase, piensa que es inútil precisar que éstas «no reunían los elementos constitutivos de la condición de Estados». Propone suprimir este elemento de la frase.

96. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) aprueba estas dos enmiendas.

Queda aprobado el párrafo 11, en su forma enmendada.

Párrafo 12

97. El Sr. SIMMA considera que la primera frase de este párrafo no está clara.

98. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que quedaría más clara si en vez de decir «prescindiendo de la comunidad internacional» dijese «pero ignorando a las instituciones existentes de la comunidad internacional».

Queda aprobado el párrafo 12, en su forma enmendada.

Párrafo 13

99. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone suprimir en el texto francés la palabra *cependant*, que figura al comienzo del párrafo. En efecto, este párrafo no está en oposición lógica con el párrafo precedente.

100. El Sr. ECONOMIDES considera incomprensible la parte de la primera frase que dice: «aplicarse en la práctica a una caracterización igualmente amplia y teórica».

101. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone modificar este pasaje como sigue: «aplicarse en la práctica, dada una determinación tan vaga y teórica».

102. El Sr. PELLET dice que la palabra *caractérisation* no conviene en francés. Propone utilizar mejor la palabra *qualification*.

Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.

Párrafo 14

Queda aprobado el párrafo 14.

Párrafo 15

103. El Sr. SIMMA dice no entender en la cuarta frase por qué «todas las consecuencias de la responsabilidad internacional [...] deberían aplicarse a todos los Estados». Se trata de hacer comprender que los Estados deben estar en condiciones de invocar todas las consecuencias de la responsabilidad internacional.

104. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone sustituir la cuarta frase por la siguiente: «Se sugirió que todos los Estados deberían estar habilitados a incoar la responsabilidad respecto de todas sus consecuencias, salvo tal vez la indemnización, en los casos de violaciones graves. Era particularmente importante el principio de la restitución en forma de restablecimiento del *statu quo ante*».

105. El Sr. ROSENSTOCK propone insertar en la última frase, después de la palabra «crimen», las palabras «, o cualquier otra distinción cualitativa entre hechos ilícitos».

Queda aprobado el párrafo 15, con las dos enmiendas propuestas.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2661.^a SESIÓN

Miércoles 16 de agosto de 2000, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard,

Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO V.—Protección diplomática (conclusión*) (A/CN.4/L.594)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión*)

Párrafos 68 a 72 (conclusión*)

1. El PRESIDENTE anuncia que el Relator ha celebrado consultas con los miembros que expresaron su parecer sobre estos párrafos y ha redactado una nueva versión que es aceptable para todos ellos. En el párrafo 70 se deben sustituir las palabras «Se destacó» por «Los miembros partidarios del artículo 6 observaron».

Así queda acordado.

2. El PRESIDENTE dice que, en el párrafo 71, las dos primeras frases y la primera parte de la tercera, «Se destacó [...] punto de partida del análisis», deben reemplazarse por «Otros miembros apoyaron la norma de la no responsabilidad de los Estados respecto de sus propios nacionales y esgrimieron varios argumentos en este sentido. En particular, se hizo hincapié en...». El resto de la tercera frase se mantendrá sin cambios y se sustituirá la cuarta frase por lo siguiente: «No era legítimo que una persona con doble nacionalidad fuera protegida contra un Estado al que debía lealtad y fidelidad».

3. El Sr. ROSENSTOCK, apoyado por el Sr. SIMMA, dice que en la versión inglesa de la nueva última frase propuesta el pronombre *it*, que se refiere a una persona con doble nacionalidad, no es correcta gramaticalmente y debe sustituirse por *he/she*.

Así queda acordado.

4. El PRESIDENTE dice que la frase inicial del párrafo 72, «No obstante, tal como puso de manifiesto el Relator Especial», debe sustituirse por «Esos miembros reconocieron que». La quinta frase, la primera palabra de la sexta («Además,») y la octava frase deben ser suprimidas.

Así queda acordado.

Quedan aprobados los párrafos 68 a 72, en su forma enmendada.

Párrafo 73 (conclusión*)

5. El PRESIDENTE dice que hay que suprimir el párrafo 73.

Así queda acordado.

Párrafo 74 (conclusión*)

Queda aprobado el párrafo 74.

Párrafo 74 bis

6. El PRESIDENTE da lectura a una propuesta de nuevo párrafo 74 bis: «Los partidarios del artículo 6 reiteraron que éste reflejaba el pensamiento actual del derecho internacional y rechazaron el argumento de que las personas con doble nacionalidad debían sufrir desventajas en lo que respecta a la protección diplomática en razón de las ventajas que por otra parte les proporcionaba su condición de nacionales de dos Estados».

Queda aprobado el párrafo 74 bis.

Párrafo 87 (conclusión*)

7. El PRESIDENTE dice que se debería sustituir el párrafo 87 por lo siguiente: «Algunos miembros afirmaron que la protección diplomática no debería ejercerse contra el Estado de la nacionalidad del refugiado en los casos de reclamaciones relacionadas con cuestiones surgidas antes del reconocimiento de la condición de refugiado, pero que no debería vacilarse en el caso de las reclamaciones planteadas después de que se hubiera reconocido la condición de refugiado».

Queda aprobado el párrafo 87, en su forma enmendada.

Párrafo 87 bis

8. El PRESIDENTE da lectura a una propuesta de nuevo párrafo 87 bis: «Los miembros a los que preocupaba la carga que la protección diplomática de los refugiados podría imponer a los Estados de acogida sugirieron que el ACNUR debería brindar a los refugiados una protección “funcional”, del mismo modo en que las organizaciones internacionales brindaban una protección funcional a su personal».

Queda aprobado el párrafo 87 bis.

Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo V, en su forma enmendada.

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (continuación) (A/CN.4/L.593 y Corr.1 y Add.1 a 6)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (continuación)

* Reanudación de los trabajos de la 2659.ª sesión.

Párrafo 16 (A/CN.4/L.593/Add.2)

9. El Sr. SIMMA sugiere que, en la segunda frase, se incluyan las palabras «sin haber sido directamente lesionado» entre las palabras «una obligación internacional» y «permitiría formular».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 16, en su forma enmendada.

Párrafos 17 y 18

Quedan aprobados los párrafos 17 y 18.

Párrafo 19

10. El Sr. PELLET dice que las últimas palabras que figuran entre comillas en la segunda frase, «en la que sea parte», parecen fuera de lugar e inexactas.

11. El Sr. SIMMA, apoyado por el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), propone que se supriman esas palabras.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 19, en su forma enmendada.

Párrafo 20

12. El Sr. SIMMA propone que, en la segunda frase, se inserten las palabras «sin haber sido directamente lesionados» entre «interés legítimo» y «con objeto de».

Así queda acordado.

13. El Sr. ECONOMIDES señala que es necesario introducir en el texto francés una corrección de estilo.

Queda aprobado el párrafo 20, en su forma enmendada.

Párrafo 21

14. El Sr. PELLET dice que la segunda frase expresa un concepto que le parece incomprensible. Propone que se supriman las palabras «dado que» y que se reemplace la palabra «significaba» por «producía el resultado de».

15. El Sr. ROSENSTOCK dice que, si se aprueba esta enmienda, se debe incluir un punto y coma después de la palabra «daño».

Así queda acordado.

16. El Sr. KAMTO propone que en la segunda frase se sustituyan también las palabras «autor del hecho ilícito» por «responsable», para asegurar la concordancia con el resto del texto.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafo 22

17. El Sr. SIMMA propone que, en la primera frase, se sustituyan las palabras «se consideró» por «algunos miembros consideraron».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 22, en su forma enmendada.

Párrafo 23

Queda aprobado el párrafo 23.

Párrafo 24

18. El Sr. SIMMA dice que la segunda frase expresa un concepto que, a su juicio, es incomprensible. Solicita aclaraciones.

19. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) se inclina por suprimir esa frase.

20. El Sr. HAFNER dice que esa frase recoge las observaciones que había hecho y que, ciertamente, son incomprensibles si se leen sin tener en cuenta la parte del informe del Relator Especial a que se refieren. No se opone a la supresión propuesta.

Queda aprobado el párrafo 24, en su forma enmendada.

Párrafos 25 y 26

Quedan aprobados los párrafos 25 y 26.

Párrafo 27

21. El Sr. ROSENSTOCK señala que la segunda frase, «Los Estados que no estaban directamente afectados no podían exigir responsabilidad pero sí pedir que cesara la violación por parte de otro Estado», no tiene sentido, ya que pedir que cese la violación equivale, en realidad, a invocar la responsabilidad. Propone que se sustituya el término «responsabilidad» por «reparación».

22. El Sr. SIMMA apoya esa propuesta y sugiere que además se sustituya en el texto inglés invoke por claim.

23. El Sr. LUKASHUK dice que el Sr. Rosenstock ha planteado una cuestión muy importante, pero que si se suprime el término «responsabilidad», la frase deja de tener sentido o fundamento jurídico. Preferiría que la frase diga: «Los Estados que no estaban directamente afectados podían invocar la responsabilidad para pedir que cesara la violación por parte de otro Estado».

24. Tras un breve debate en el que intervienen el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), el Sr. PELLET y el Sr. SIMMA, el Sr. ROSENSTOCK, apoyado por el Sr.

CRAWFORD (Relator Especial), dice que la medida en que se puede invocar la responsabilidad no está en función de las exigencias que puedan plantearse. En el ámbito de los derechos humanos, por ejemplo, se puede invocar la plena responsabilidad, y la parte de que se trate tendrá derecho a la cesación pero no a la reparación.

25. El Sr. SIMMA dice que el párrafo 27 debe examinarse a la luz del proyecto de artículo correspondiente, a tenor del cual los Estados tienen derecho a mucho más que simplemente pedir que cese la violación.

26. El Sr. ECONOMIDES dice que el texto actual debe respetarse en lo posible y que los cambios deben ser mínimos. Por consiguiente, sugiere que se modifique la segunda frase para que diga: «Esos Estados, aunque no estaban directamente afectados, podían al menos pedir que cesara la violación por parte de otro Estado».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 27, en su forma enmendada.

Párrafo 28

27. El Sr. SIMMA dice que el lenguaje empleado en la primera frase carece de soltura. Sugiere que se diga: «...importante distinguir entre la existencia de una obligación y su beneficiario».

28. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) acepta la fórmula «distinguir entre». Sin embargo, prefiere que al final de la frase se diga «el beneficiario de ella». En vista de ese cambio, tendría sentido suprimir las palabras que vienen a continuación, «Por consiguiente», y dividir en dos esa frase, que es demasiado larga. Se debería reemplazar la coma que figura después de las palabras «beneficio propio» por un punto y la frase siguiente debería decir: «Esto era particularmente importante respecto de las obligaciones de derechos humanos que hubiese violado un Estado respecto de sus nacionales...».

29. El Sr. GOCO subraya la importancia de conservar, en la segunda frase, las palabras «el derecho a exigir [...] debería reconocerse a todos los Estados que tuvieran interés legítimo».

30. El Sr. Sreenivasa RAO pide que se le aclare si «determinada obligación» constituye un requisito adicional impuesto a los Estados o si se limita a poner de relieve una obligación erga omnes existente.

31. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la última interpretación es la correcta.

Queda aprobado el párrafo 28, en su forma enmendada.

Párrafos 29 y 30

Quedan aprobados los párrafos 29 y 30.

Párrafo 31

32. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que las palabras «responsabilidad de los Estados, considerada como», que figuran en la segunda frase, son superfluas y deberían suprimirse.

33. El Sr. HAFNER señala un error tipográfico en la versión inglesa de la última frase, donde dice *savings clause*.

Queda aprobado el párrafo 31, en su forma enmendada.

Párrafos 32 y 33

Quedan aprobados los párrafos 32 y 33.

Párrafo 34

34. El Sr. PELLET dice que en la primera frase del texto francés se debería sustituir la conjunción *et* por *mais*, para reflejar el hecho de que el artículo 40, tal como había sido aprobado en primera lectura, cuenta con escaso apoyo.

35. El Sr. SIMMA dice que, que él sepa, nadie apoyó el artículo 40. Incluso el empleo del adjetivo «escaso» induce a confusión.

36. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el problema estriba, en parte, en la traducción. En el texto francés se emplea la palabra *quelques* por la palabra inglesa *few*. Sería aceptable decir *...several supporters but* o, aún mejor, *had little support and*.

37. El Sr. PELLET sugiere que se sustituya toda la frase por la simple afirmación de que «El Relator Especial indicó que las deficiencias del artículo 40, tal como había sido aprobado en primera lectura, se reconocían ampliamente».

Así queda acordado.

38. El Sr. ROSENSTOCK dice que no está claro a qué se refiere el adverbio «Además» al comienzo de la frase siguiente. Habría que suprimirlo.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 34, en su forma enmendada.

Párrafo 35

39. El Sr. SIMMA pide aclaraciones acerca del sentido de la segunda mitad de la tercera frase.

40. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que esas palabras, que son vestigio de un texto anterior, resultan ciertamente poco claras. No hay ninguna necesidad de entrar en la distinción entre suspensión y terminación. Por consiguiente, sugiere que esa parte de la tercera frase, «en un contexto [...] no a Estados a título individual», se suprima en su totalidad.

41. El Sr. HAFNER, refiriéndose a la primera parte de la misma frase, pone en tela de juicio la exactitud de la afirmación de que la Comisión ha distinguido entre obligaciones bilaterales y multilaterales en vez de tratados, ya que lo ha hecho en el ámbito del derecho de los tratados.

42. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la idea se ha condensado demasiado. Hay que reemplazar el término «obligaciones» por «tratados». Hay que agregar después una nueva frase que diga: «Podía trazarse una analogía con las obligaciones en la esfera de la responsabilidad de los Estados».

43. Tras un breve debate en el que intervienen el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), el Sr. GOCO y el Sr. KUSUMA-ATMADJA, el PRESIDENTE sugiere una fórmula que sustituye la tercera frase en su totalidad: «La Comisión, en el contexto del derecho de los tratados, había distinguido entre tratados bilaterales y tratados multilaterales y había hecho hincapié en que el Estado especialmente afectado por la violación de un tratado multilateral debía poder invocar esa violación. Esto se podía aplicar por analogía a las obligaciones en la esfera de la responsabilidad de los Estados».

Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada

Párrafo 36

44. El Sr. MOMTAZ señala dos errores tipográficos que hacen incomprensible la versión francesa de este párrafo. En la primera frase debería decirse ...introduire dument dans le projet d'articles la distinction.

45. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, además, convendría sustituir el verbo introduire por el equivalente en francés del término inglés incorporate. Podría afirmarse que esas distinciones ya existían, de suerte que no podían ser «introducidas».

46. El Sr. LUKASHUK dice que no tiene sentido hablar de distinciones entre obligaciones y violaciones, puesto que se trata de dos cuestiones totalmente distintas y que, en cualquier caso, no guardan relación directa con la responsabilidad de los Estados.

47. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que en esa frase los términos de la comparación están implícitos: las distinciones se establecen entre obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto y otras obligaciones, y entre violaciones graves y otras violaciones. Sugiere que se reemplacen las palabras «incorporara distinciones apropiadas entre» por «tratará convenientemente de».

48. El Sr. ROSENSTOCK dice que el adverbio «convenientemente» tergiversaba el sentido de la frase, que era simplemente reconocer que algunos miembros eran partidarios de un planteamiento determinado y no aprobar ese planteamiento.

49. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) sugiere, como posible solución, el empleo de las palabras «se ocupara» en vez de «tratará convenientemente».

50. El Sr. SIMMA pregunta a qué se refieren las palabras «en caso de que existiera» que figuran al final de la tercera frase.

51. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) conviene en que la frase induce a confusión. Sugiere que se sustituya por lo siguiente: «Pero, en términos del derecho a invocar la responsabilidad, no era necesario referirse a violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. Una vez que se determinó...». Hacer referencia a la categoría más amplia implica que no sea necesario referirse a la más restringida.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 36, en su forma enmendada.

Párrafo 37

52. El Sr. GALICKI propone, en aras de la claridad, que al comienzo de la versión inglesa de la última frase se sustituya el pronombre He por The Special Rapporteur.

Queda aprobado el párrafo 37, con la modificación introducida en el texto inglés.

Párrafo 1 (A/CN.4/L.593/Add.3)

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

53. El Sr. TOMKA propone que, en la tercera frase, se modifiquen las palabras «no indemnizara plenamente el daño» para que digan «no reparase plenamente el daño».

54. En respuesta a una pregunta del Sr. HAFNER, el Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que la tercera frase termine con la palabra «daño», se supriman las palabras «ya que» y se empiece una nueva frase con la expresión «De otro modo».

Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.

Párrafo 3

Queda aprobado el párrafo 3.

Párrafo 4

Queda aprobado el párrafo 4, con una modificación de forma en el texto francés.

Párrafos 5 a 7

Quedan aprobados los párrafos 5 a 7.

Párrafo 8

55. El Sr. PELLET pregunta qué se entiende por *expressive damages* en la primera frase del texto inglés («indemnización “significativa” de daños y perjuicios» en el texto español).
56. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que esa expresión, que fue utilizada por el Presidente del Comité de Redacción en primera lectura, remite a la indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar como algo distinto de la indemnización de daños y perjuicios de carácter punitivo, una distinción que no se reconoce en algunos ordenamientos jurídicos. Ha colocado la expresión entre comillas para poner de manifiesto, aunque evitando el término «ejemplar», que en el contexto de la satisfacción se está haciendo referencia más bien a la producción de un daño que a la cuantificación de una pérdida.
57. El Sr. Sreenivasa RAO dice que esta nueva y abstracta terminología, si se mantiene, exigirá una explicación en nota de pie de página.
58. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone la fórmula «de carácter ejemplar o “retributivo”».
59. El Sr. LUKASHUK pregunta qué se entiende por la expresión «infracciones normales». Parece preferible una expresión como «infracciones comunes».
60. El Sr. MOMTAZ dice que, a su juicio, el término *expressifs*, empleado en el texto francés, carece de sentido.
61. El Sr. GOCO dice que, en algunos ordenamientos jurídicos, «ejemplar» puede significar «punitivo», en el sentido de «infligir un castigo ejemplar» a la parte condenada al pago de una indemnización de daños y perjuicios.
62. El Sr. HE señala que colocar la palabra entre comillas sirve para indicar que se está citando una fuente.
63. El Sr. SIMMA sugiere que se especifique que se está citando al anterior Relator Especial. En cualquier caso, el Relator Especial debería tener la última palabra en cuanto a la elección de la terminología.
64. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) reitera su preferencia por la fórmula «de carácter ejemplar o “significativo”». En cuanto a la observación del Sr. Goco, la última parte del párrafo pone claramente de manifiesto que la indemnización a que se hace referencia no tiene carácter punitivo. Por lo que hace a la muy pertinente observación del Sr. Lukashuk, sería mejor sustituir la expresión «infracciones normales» por «infracciones corrientes (que no implicaban vulneración manifiesta)».
65. El Sr. PELLET dice que la expresión *violations courantes* es aceptable en francés. En cuanto a la segunda observación del Sr. Simma, si el Relator Especial emplea términos cuyo significado es incomprensible para todos los demás, le corresponde explicar el sentido en que se emplean.
66. El empleo de la expresión «de carácter ejemplar o “retributivo”» plantearía un problema en la frase siguiente, puesto que significaría que la indemnización «ejemplar» mencionada en esa frase es distinta de la indemnización de carácter «retributivo». Es necesario un nuevo enunciado, de la índole de: «La idea de la concesión, cuando procediera, de una indemnización “ejemplar” excluiría sin embargo la indemnización punitiva».
67. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, teniendo en cuenta los recelos de los miembros de la Comisión, sería mejor omitir el término «retributivo» y referirse simplemente a «la concesión de una indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar en general».
68. El Sr. SIMMA dice que el término «corrientes» tiene una connotación neutral que hace que no sea idónea para calificar el sustantivo «violaciones». Por consiguiente, propone como solución de transacción que se diga «respecto de las infracciones que implicaran una vulneración manifiesta».
69. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que se modifique la segunda frase sustituyendo las palabras «indemnización ejemplar, cuando procediera» por «una indemnización considerable, cuando procediera», para dar a entender que la concesión de una indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar podría dar lugar a la concesión de una considerable suma de dinero, pero excluyendo la indemnización punitiva.
70. El Sr. ROSENSTOCK dice que se podría completar el cuadro incluyendo las palabras «, a menudo denominada “satisfacción”».
71. El Sr. PELLET dice que sería mejor adoptar la siguiente fórmula: «A menudo calificada de posible forma de satisfacción». Es necesario matizar aún más el término «considerable» mediante la inclusión de las palabras «es decir, más que simbólica», aunque la frase resultante es ciertamente premiosa.
72. El Sr. BROWNLIE se opone a la propuesta del Sr. Rosenstock, que deforma el pensamiento del Relator Especial. Además, la inclusión de tantos elementos dispares en una frase produce como resultado un engendro casi incomprensible incluso para los miembros de la Comisión.
73. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que no se ha formado una opinión definitiva acerca de la propuesta del Sr. Rosenstock y que puede aceptar la propuesta del Sr. Pellet de incluir las palabras «es decir, más que simbólica». No obstante, si se incluye uno u otro de esos nuevos elementos, y aún más si se incluyen ambos, será a todas luces necesaria una nueva frase que comience así: «Esto excluiría la indemnización punitiva...».
74. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) dice que el texto original del párrafo 8 ha sufrido ya tantas modificaciones que el Relator Especial debería preparar y distribuir un nuevo texto a fin de evitar toda posibilidad de confusión.
75. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que preparará una nueva versión del párrafo 8 para que sea examinada en la próxima sesión.
76. El PRESIDENTE entiende que la Comisión acuerda aplazar el examen del párrafo 8.

Así queda acordado.

Párrafos 9 a 12

Quedan aprobados los párrafos 9 a 12.

Párrafo 13

Queda aprobado el párrafo 13, con una modificación de forma en el texto francés.

Párrafo 14

Queda aprobado el párrafo 14.

Párrafo 15

Queda aprobado el párrafo 15, con una pequeña modificación de forma.

Párrafo 16

Queda aprobado el párrafo 16, con una pequeña modificación de forma en el texto francés.

Párrafo 17

77. En respuesta a una cuestión planteada por el Sr. SIMMA, el Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que, en la penúltima frase, se modifiquen las palabras «tales como la comunidad internacional en conjunto, e incluso no entidades» para que diga «o en relación con la comunidad internacional en su conjunto».

Queda aprobado el párrafo 17, en su forma enmendada.

Párrafo 18

Queda aprobado el párrafo 18.

Párrafo 19

78. En respuesta a una cuestión planteada por el Sr. SIMMA, el Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que en la última frase del texto inglés se sustituyan las palabras *a simple rule* por *an ordinary rule*.

79. El Sr. ROSENSTOCK propone que al comienzo del párrafo se sustituyan las palabras «Se señaló» por «Algunos miembros señalaron», y que en la tercera frase se incluyan las palabras «Según esa opinión».

80. El Sr. TOMKA cuestiona la expresión «delitos consecuencias», en la segunda frase.

81. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) explica que, durante la primera lectura, varios miembros expresaron la opinión de que la segunda parte debería haberse organizado de una manera diferente, reservando una sección para las consecuencias de los delitos y otra sección para las consecuencias de los crímenes internacionales defini-

dos en el artículo 19. La observación del Sr. Tomka puede ser atendida insertando una coma después del verbo «incluir» y de la palabra «delitos», de modo que diga: «que dio lugar a incluir, en la parte relativa a los delitos, consecuencias».

Queda aprobado el párrafo 19, en su forma enmendada.

Párrafos 20 a 23

Quedan aprobados los párrafos 20 a 23.

Párrafo 24

82. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que en la quinta frase se deben suprimir las palabras «de la reparación».

Queda aprobado el párrafo 24, en su forma enmendada.

Párrafos 25 y 26

Quedan aprobados los párrafos 25 y 26.

Párrafo 27

83. El Sr. ROSENSTOCK dice que, en la cuarta frase del texto inglés, debería sustituirse la palabra *unlawfulness* por *wrongfulness*. En la quinta frase del mismo texto, la fórmula *it was doubted* es poco feliz. Sería más elegante decir *doubt was expressed*.

Queda aprobado el párrafo 27, con las modificaciones introducidas en los textos francés e inglés.

Párrafo 28

Queda aprobado el párrafo 28.

Párrafo 29

84. El Sr. PELLET señala que, en la última frase, hay que sustituir la expresión «sociedad internacional» por «comunidad internacional».

85. El Sr. SIMMA expresa la opinión de que en la misma frase es necesario hacer algunas puntualizaciones en relación con el término «crimen».

86. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) sugiere que se diga «“crimen”, en el sentido del artículo 19».

Queda aprobado el párrafo 29, en su forma enmendada.

Párrafo 30

Queda aprobado el párrafo 30.

Párrafo 31

87. El Sr. SIMMA dice que en la tercera frase se debería sustituir «hubiese llevado a cabo una nacionalización legal» por «hubiese llevado a cabo lícitamente una nacionalización», y señala que la indemnización mencionada en la penúltima frase es una indemnización de conformidad con una norma primaria de derecho internacional.

88. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que en la tercera frase se suprima el término «legal» y que se modifique la penúltima frase para que diga: «se trataba de una cuestión de pago por los bienes nacionalizados».

Queda aprobado el párrafo 31, en su forma enmendada.

Párrafo 32

89. El Sr. SIMMA recomienda que en la segunda frase se incluyan las palabras «, por ejemplo,» después de «cuando», porque la situación descrita no es el único supuesto imaginable de imposibilidad jurídica y material.

90. El Sr. MOMTAZ dice que, en el texto francés, la tercera frase debería decir *Il existait des limites au changement de la situation juridique*.

91. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que en la frase correspondiente en inglés las ideas también están demasiado condensadas y su significado es confuso. Propone decir lo siguiente: «Existían límites a los cambios que podían introducirse en virtud de ciertos regímenes jurídicos. Por ejemplo...».

92. El Sr. HAFNER se pregunta si no sería mejor incluir la palabra «nacionales» después de «regímenes jurídicos».

93. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) dice que, en su opinión, habría que armonizar en los distintos idiomas los términos utilizados en la última frase para traducir *overturned*, puesto que no son equivalentes exactos.

94. El Sr. KUSUMA-ATMADJA prefiere el texto original, porque de lo contrario la Comisión aprobaría un procedimiento que permite a los Estados eludir sus obligaciones internacionales.

95. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) señala que la Comisión no puede aprobar nada, sino simplemente expresar una opinión. La situación a que se hace referencia es una situación en que ha habido una denegación de justicia como consecuencia de una resolución firme del Tribunal Supremo. Los efectos de la resolución podrían ser anulados mediante el ofrecimiento de una remisión total de pena, pero no se podía reformar la Constitución para decir que la resolución nunca existió. Por supuesto, en derecho internacional la situación es clara. Pueden surgir situaciones de imposibilidad jurídica.

Queda aprobado el párrafo 32, en su forma enmendada.

Párrafo 33

Queda aprobado el párrafo 33.

Párrafo 34

96. El Sr. ROSENSTOCK señala que habría que sustituir, en la primera frase, las palabras «no debían» por «no podían».

Así queda acordado.

97. El Sr. GALICKI dice, en relación con la última frase, que la conclusión del Relator Especial no está basada en el texto del artículo 41 del Convenio europeo de derechos humanos sino en la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

98. El Sr. SIMMA apoya la observación del Sr. Galicki y dice que quizás se podría suprimir la última frase, porque no hay necesidad de referirse a un hecho de alcance regional.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 34, en su forma enmendada.

Párrafos 35 a 38

Quedan aprobados los párrafos 35 a 38.

Párrafo 39

Queda aprobado el párrafo 39, con pequeñas modificaciones de forma.

Párrafo 40

99. El Sr. PELLET señala que la Comisión nunca examinó el concepto de *harm*. A lo sumo quizás se haya referido a perjuicio o daño. Por consiguiente, se debe modificar la primera frase para tener esto en cuenta.

100. El Sr. BROWNLIE dice que, en la segunda frase del texto inglés, debe incluirse la palabra *such* entre *provision* y *as*.

Queda aprobado el párrafo 40, en su forma enmendada.

Párrafo 41

Queda aprobado el párrafo 41, con pequeñas modificaciones de forma.

Párrafos 42 a 44

Quedan aprobados los párrafos 42 a 44.

Párrafo 45

101. El Sr. SIMMA dice que hubo un prolongado debate sobre la indemnización en el contexto de la nacionalización y la expropiación pero que, al final, varios miembros expresaron convincentemente la opinión de que la indemnización no guardaba relación con la responsabilidad de los Estados. Quizás sería más prudente

suprimir todo el párrafo, porque algunos miembros evidentemente se han aventurado a abordar una materia que no concierne al presente tema.

102. El Sr. BROWNLIE preferiría conservar la reseña completa de las deliberaciones de la Comisión.

103. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) está de acuerdo con el Sr. Brownlie.

Queda aprobado el párrafo 45.

Párrafos 46 y 47

Quedan aprobados los párrafos 46 y 47.

Párrafo 48

Queda aprobado el párrafo 48, con una pequeña modificación de forma.

Párrafos 49 y 50

Quedan aprobados los párrafos 49 y 50.

Párrafo 51

Queda aprobado el párrafo 51, con pequeñas modificaciones de forma en el texto español.

Párrafo 52

Queda aprobado el párrafo 52.

Párrafo 53

Queda aprobado el párrafo 53, con pequeñas modificaciones de forma en el texto francés.

Párrafo 54

Queda aprobado el párrafo 54, con pequeñas modificaciones de forma.

Párrafo 55

104. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la última frase debería comenzar con las palabras «Ante un litigio posible o pendiente...».

Queda aprobado el párrafo 55, en su forma enmendada.

Párrafos 56 a 69

Quedan aprobados los párrafos 56 a 69.

Párrafo 70

105. El Sr. BROWNLIE pregunta si, en la cuarta frase del texto inglés, no falta algo entre amounts of interest payable y loss of profits.

106. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone el siguiente enunciado: «El importe de los intereses no debería ser exigible con respecto al período por el cual se otorgó la indemnización por lucro cesante».

107. El Sr. ROSENSTOCK dice que la fórmula es correcta en lo que concierne a los intereses devengados por la inversión principal. Ahora bien, si se ordena a una persona que efectúe un pago para hacer frente al lucro cesante y no lo hace, es de suponer que los intereses se devengarán durante todo el período de mora. Por consiguiente, es necesario ir con cautela al expresar esa idea.

108. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que se inserte un punto después de «doble indemnización». La frase siguiente empezaría así: «Además, no se podía dar por sentado que la parte lesionada».

Queda aprobado el párrafo 70, en su forma enmendada.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

2662.^a SESIÓN

Jueves 17 de agosto de 2000, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados¹ (conclusión*)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1
a 4², A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

* Reanudación de los trabajos de la 2653.^a sesión.

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

PROYECTO DE ARTÍCULOS ADOPTADO POR EL COMITÉ
DE REDACCIÓN EN SEGUNDA LECTURA

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Gaja, Presidente del Comité de Redacción, a que presente el informe del Comité de Redacción sobre la responsabilidad de los Estados, que contiene el proyecto de artículos aprobado por el Comité en segunda lectura (A/CN.4/L.600).

2. El Sr. GAJA (Presidente del Comité de Redacción) indica que el Comité de Redacción ha celebrado 27 sesiones durante el período de sesiones, 24 de las cuales dedicadas al tema de la responsabilidad de los Estados. El Comité ha concluido el examen de los artículos que le habían sido remitidos y está en condiciones de presentar un texto completo. Sin embargo, estima que sería más prudente aplazar su adopción, lo que le permitiría ocuparse de nuevo de ellos al comienzo del próximo período de sesiones. Para que el cuadro sea completo, el texto que tiene ante sí la Comisión recoge los artículos que el Comité había aprobado en los períodos de sesiones 50.⁰³ y 51.⁰⁴ de la Comisión, a reserva de algunas modificaciones secundarias. Todos los artículos han sido numerados de nuevo y los números de los artículos aprobados en primera lectura van entre corchetes.

3. El Comité de Redacción ha resuelto algunas de las cuestiones que quedaban pendientes respecto de la primera parte. En primer lugar, ha modificado su título, que pasa a ser el de «Los hechos internacionalmente ilícitos de los Estados», fórmula que corresponde mejor al contenido de esta parte que el antiguo título de «Origen de la responsabilidad internacional». En segundo lugar, ha suprimido el artículo 22 del capítulo III de la primera parte, aprobado en primera lectura, que trataba del agotamiento de los recursos internos, por considerar que esta cuestión quedaba resuelta en el artículo 45 [22]. En tercer lugar, ha transferido a la cuarta parte el artículo A del capítulo II de la primera parte, por estimar que, con la nueva estructura del proyecto, era más adecuado incluirlo en la parte dedicada a las disposiciones generales. Por último, ha suprimido el artículo 34 bis del capítulo V, propuesto por el Relator Especial, en cuyo párrafo 1 se exigía que el Estado que invocase una circunstancia excluyente de la ilicitud diese cuenta de ella a los Estados interesados lo antes posible. Tras haber examinado los artículos relativos a las contramedidas, ha llegado a la conclusión de que esta disposición era inútil y que sería difícil establecer una norma general de preaviso susceptible de aplicarse por igual a todas las circunstancias excluyentes de la ilicitud.

4. El Relator Especial había propuesto que se modificase la estructura del proyecto, con el apoyo general de la Comisión. Había dividido la segunda parte en dos, separando las disposiciones relativas a la invocación de la responsabilidad de las referentes al contenido de ésta. De aquí que se haya incluido una nueva segunda parte bis (Modo de hacer efectiva la responsabilidad de los Estados). Esta parte se basa en la distinción entre las consecuencias secundarias que derivan jurídicamente de un hecho internacionalmente ilícito y los diversos medios con los que se pueden afrontar sus consecuencias. Trata de cuestiones tales como el derecho a invocar la respon-

sabilidad, la admisibilidad de las demandas y la prohibición de la doble indemnización. Para evitar toda confusión con la tercera parte del proyecto, relativa a la solución de controversias, esta nueva parte se titula provisionalmente segunda parte bis. La Comisión deberá ocuparse de nuevo de este título. Por último, todas las disposiciones de carácter general se han reagrupado en una cuarta parte.

5. El Presidente del Comité de Redacción presenta uno por uno los artículos aprobados en segunda lectura por el Comité de Redacción en el presente período de sesiones.

6. El artículo 23 [30] es la única disposición nueva de la primera parte. La Comisión había decidido aplazar su examen en espera de los proyectos de artículos relativos a las contramedidas, que son ciertamente uno de los aspectos más controvertidos del tema. La opinión general de sus miembros era la de que sólo debían adoptarse contramedidas en condiciones y con restricciones expresas y claramente definidas. Pero incluir todo ello en un solo artículo habrá exigido un texto muy extenso que no guardaría proporción con los demás artículos del capítulo V de la primera parte relativos a otras circunstancias excluyentes de la ilicitud. Por consiguiente, el Comité de Redacción decidió formular un artículo relativamente breve sobre las contramedidas en la primera parte y vincularlo, tanto por el fondo como por las condiciones previstas en él, a los artículos pertinentes de la segunda parte bis.

7. En lo que respecta más exactamente a la redacción de este artículo 23 [30], comienza en los mismos términos que el artículo 30 aprobado en primera lectura, indicando que la ilicitud de las contramedidas queda excluida en determinadas condiciones. En primer lugar, sólo se justifican con respecto al Estado responsable, condición que se precisa mediante la expresión «en la medida en que», y, además, sólo pueden adoptarse en las condiciones expuestas en los artículos 50 [47] a 55 [48]. El Comité de Redacción ha insistido deliberadamente en la primera condición al utilizar la fórmula «medida dirigida a* ese [...] Estado [responsable]», fórmula que debería responder a las preocupaciones expresadas en la Comisión sobre el hecho de que las contramedidas no deberían estar dirigidas a terceros Estados. Por otra parte, en el texto aprobado en primera lectura se calificaba a las contramedidas de «legítimas», palabra sustituida por «lícitas» por el Relator Especial. El Comité de Redacción, al no poderse poner de acuerdo sobre ninguno de estos adjetivos, ha decidido no calificar en absoluto las contramedidas y remitirse más bien a los artículos que enuncian las condiciones en que pueden adoptarse y sus limitaciones.

8. La segunda parte del proyecto está dividida en tres capítulos y lleva el nuevo título de «Contenido de la responsabilidad internacional de los Estados». El primer capítulo, titulado «Principios generales», comprende siete artículos.

9. El primero es el artículo 28 [36] (Consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito), que corresponde al párrafo 1 del artículo 36 aprobado en primera lectura. El Comité de Redacción no ha modificado la forma que el Relator Especial había dado a esa disposición. Ha conservado también el título revisado que había propuesto el Relator Especial. Este artículo enuncia un principio general aplicable a todos los artículos de la

³ Anuario... 1998, vol. I, 2562.^a sesión.

⁴ Anuario... 1999, vol. I, 2605.^a sesión.

segunda parte, a saber, que la responsabilidad internacional de un Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, deriva de un hecho internacionalmente ilícito entraña las consecuencias jurídicas enunciadas en la segunda parte.

10. El artículo 29 [36] (Continuidad del deber de cumplir la obligación) corresponde al párrafo 2 del artículo 36 aprobado en primera lectura y al artículo 36 bis propuesto por el Relator Especial. Este último constaba de dos párrafos. Uno extraído del artículo 36 y el otro de la fusión del artículo 41, relativo a la cesación, y del artículo 46, relativo a las seguridades y garantías de no repetición, que el Relator Especial había propuesto unir en un artículo. Se recordará que varios miembros de la Comisión no habían aprobado esta propuesta, pues deseaban dos artículos separados en lugar de uno solo. El Comité de Redacción ha atendido a esta sugerencia y presenta, pues, los artículos 29 [36] y 30 [41, 46]. El artículo 29 [36] se inspira en la propuesta del Relator Especial. El Comité ha estimado que la nueva redacción expresa más claramente el principio según el cual las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito no afectan a la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada. No obstante, el Comité ha introducido algunas modificaciones. En primer lugar, no ha mantenido la expresión «Estado concernido» propuesta por el Relator Especial y la ha sustituido por «Estado responsable», que le ha parecido suficientemente clara. Esto no significa que dicha expresión deba reemplazar siempre en el texto a la de «Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito», fórmula en ocasiones más clara o más elegante. El Comité ha sustituido igualmente las palabras «en estas disposiciones» por «en esta parte» y «obligación internacional» por «obligación violada».

11. El artículo 30 [41, 46] (Cesación y no repetición) corresponde al párrafo 2 del artículo 36 bis propuesto por el Relator Especial y a los artículos 41 y 46 aprobados en primera lectura. Se refiere, pues, a la cesación y a la no repetición. Como habían hecho observar muchos miembros en los debates de la Comisión, estos dos elementos estaban vinculados lógicamente y podían ser objeto de un solo artículo. El Comité de Redacción se ha adherido a este criterio. En el período de frase introductorio ha sustituido «el Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito» por «el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito», fórmula que añade una precisión, puesto que un Estado que no ha cometido un hecho ilícito puede, sin embargo, ser considerado responsable del hecho de otro Estado.

12. El apartado a se refiere a la obligación de poner fin al hecho ilícito, lo que corresponde al artículo 41 aprobado en primera lectura. Muchos miembros, y el propio Relator Especial, pensaban que la cuestión de la cesación correspondía al capítulo I y no al capítulo II de la segunda parte. Se recordará que el artículo 41 aprobado en primera lectura y el texto revisado por el Relator Especial del apartado a del párrafo 2 del artículo 36 bis trataban la cesación en el contexto del hecho ilícito continuado. Algunos miembros de la Comisión habían considerado que esa redacción era indebidamente restrictiva. El Comité de Redacción ha reconocido que el apartado a debía aplicarse también al caso de que el Estado haya violado una obligación con ocasión de una serie de acontecimientos

y ha estimado que podía entenderse que la palabra «continuidad» abarcaba este tipo de situación. Ha simplificado la redacción de este párrafo y el nuevo texto («a ponerle fin si ese hecho continúa») es de aplicación más amplia y, por consiguiente, preferible.

13. El apartado b corresponde al artículo 46, relativo a las seguridades y garantías de no repetición, aprobado en primera lectura. La Comisión ha estimado, como el Relator Especial, que esta cuestión debía resolverse en el contexto del capítulo I y no en el del capítulo II. Algunos miembros han hecho observar que las seguridades y garantías de no repetición no eran pertinentes en todas las circunstancias. Deberían exigirse sobre todo en los casos en que cabía temer una repetición. El apartado b se refiere a los actos aislados, los actos en serie y los actos continuados. Las seguridades y garantías de no repetición adoptan formas y abarcan situaciones diferentes: las seguridades son en general verbales mientras que las garantías suponen algo más, por ejemplo medidas preventivas. Debe subrayarse que unas y otra sólo son apropiadas si el hecho ilícito es susceptible de reproducirse. Se refieren, pues, a circunstancias excepcionales. Esto es lo que implica la expresión «si las circunstancias lo exigen» al final del apartado. Al igual que la Comisión, el Comité de Redacción tenía plenamente presente que se habían formulado en el pasado demandas de garantías de no repetición que suponían exigencias exageradas, pero le ha parecido que no cabía guardar silencio sobre las garantías por el solo hecho de que se hubiera abusado de ellas. En algunas circunstancias excepcionales tal vez sea razonable considerar que las seguridades verbales no son suficientes.

14. En lo que respecta al artículo 31 [42], se recordará que el Relator Especial, teniendo en cuenta las observaciones de los gobiernos sobre la duplicación entre el artículo 42 y los artículos 43 a 45, aprobados en primera lectura, y sobre la falta de claridad del artículo 42 había propuesto una versión revisada acerca de la reparación y sus diversas formas. Su proyecto de artículo 37 bis se inspiraba en parte en el párrafo 1 del artículo 42 aprobado en primera lectura. Teniendo en cuenta la nueva estructura de la segunda parte, el Comité de Redacción ha considerado útil determinar en primer lugar el alcance del artículo 31 [42], enunciando la obligación del Estado responsable de reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito, y enunciar a continuación la noción de perjuicio. El artículo propuesto comprende, pues, dos párrafos.

15. En lo que respecta al párrafo 1, el Comité de Redacción ha examinado en primer lugar la cuestión de la reparación «íntegra». Se había propuesto en la Comisión que se suprimiera esta mención, pero el Comité ha decidido conservar la fórmula del artículo aprobado en primera lectura, en el que se enuncia el principio general de la reparación. Sin embargo, ese texto no resolvía la cuestión del perjuicio en sí. El párrafo 1 del artículo 42 preveía la reparación íntegra, pero no indicaba lo que había que reparar. Además, ese artículo se había formulado desde el punto de vista del derecho del Estado lesionado y el Relator Especial lo había redactado desde el punto de vista de la obligación del Estado responsable. Para mayor claridad y también para solucionar la cuestión de la causalidad, había utilizado la expresión «consecuencias

dimanadas de ese hecho» para referirse al objeto de la reparación íntegra. Sin embargo, el Comité ha estimado que esa fórmula podía suscitar ambigüedades. La noción de las «consecuencias» dimanadas de un hecho ilícito es más amplia que la que corresponde al objeto de la reparación íntegra. De hecho, la reparación sólo se refiere al perjuicio y no abarca todas las consecuencias que pueden dimanar de un hecho ilícito.

16. El párrafo 2 define el «perjuicio» como todo daño, material o moral, sufrido a consecuencia del hecho internacionalmente ilícito de un Estado. Se toma, pues, la palabra «perjuicio» en su acepción amplia. Se ha preguntado si había que establecer una distinción entre «perjuicio» y «daño». Algunos miembros del Comité de Redacción han sostenido que había una diferencia entre ambos, pero sin ponerse de acuerdo sobre cuál era. Por último, el Comité ha decidido indicar en la definición de perjuicio que éste comprende todo daño. Se ha añadido la idea de daño «moral» a la de daño «material» para permitir una interpretación más amplia del término «perjuicio». En efecto, cabe entender que el daño «moral» designa no sólo el dolor y el sufrimiento, sino también lesiones más generales que cabe calificar de «perjuicio jurídico» causado a los Estados. Así pues, la definición del perjuicio dada en este párrafo abarca no sólo los perjuicios que originan una obligación de restitución e indemnización, sino también los que originan una obligación de satisfacción.

17. El párrafo 2 del artículo 31 resuelve asimismo otra cuestión planteada en la Comisión, a saber, la del nexo de causalidad entre el hecho internacionalmente ilícito y el perjuicio, a que no hacían alusión los artículos aprobados en primera lectura. El párrafo destaca este nexo al utilizar la expresión «sufrido a consecuencia del hecho internacionalmente ilícito de un Estado». Se han hecho varias sugerencias para calificar el nexo de causalidad, pero, en resumidas cuentas, el Comité de Redacción ha considerado que la exigencia de la causalidad no era necesariamente idéntica respecto de todas las violaciones de una obligación internacional y que no sería, pues, prudente ni correcto utilizar un calificativo. La necesidad del nexo de causalidad se enuncia en general a nivel de las normas primarias. Basta con decir que el perjuicio debe ser la consecuencia del hecho ilícito. Pero en el comentario se desarrollará la cuestión del nexo de causalidad.

18. El artículo 32 [42] (La irrelevancia del derecho interno) corresponde al párrafo 4 del artículo 42 aprobado en primera lectura y al artículo 37 ter propuesto por el Relator Especial. El párrafo 4 del artículo 42 decía que un Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para no repararlo integralmente. El Relator Especial había suprimido este párrafo porque el artículo 3 [4] trataba y resolvía esta misma cuestión. Ahora bien, de los debates celebrados en la Comisión se desprende que tal no era el caso. El artículo 3 [4] se refería a la irrelevancia del derecho interno en la calificación de un hecho como ilícito y no se ocupaba de las cuestiones de que trata la segunda parte. En consecuencia, el Comité de Redacción ha decidido proponer el artículo 32 [42]. Ha introducido algunas modificaciones de estilo en el texto aprobado en primera lectura para adaptarlo a la nueva estructura de la segunda parte. Ha ampliado igualmente el alcance de la

disposición. Se trata de la irrelevancia del derecho interno desde el punto de vista del incumplimiento de las obligaciones enunciadas en la segunda parte. Esto deriva especialmente de la nueva estructura de la segunda parte, que contempla las seguridades y garantías de no repetición separadamente de la reparación.

19. El artículo 33 (Otras consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito) corresponde al artículo 38 aprobado en primera lectura. El Comité de Redacción ha considerado que era útil conservar este artículo, a diferencia de lo que pensaba el Relator Especial, porque cumplía dos funciones: en primer lugar, mantiene la aplicación de las normas del derecho internacional consuetudinario de la responsabilidad de los Estados que el proyecto tal vez no refleje por completo; seguidamente, trata de conservar algunos efectos de la violación de una obligación internacional que no derivan del régimen de la responsabilidad de los Estados propiamente dicha, sino del derecho de los tratados o de otras esferas del derecho internacional. Esto se explicará en el comentario, así como la distinción entre estos casos específicos y el principio de *lex specialis*.

20. El artículo 34 (Alcance de las obligaciones internacionales a que se refiere esta parte) es el último del capítulo I. El párrafo 1 propuesto por el Relator Especial en el artículo 38 bis indica que los Estados a los que el Estado responsable debe las obligaciones previstas en la segunda parte están determinados en función de la norma primaria que enuncia la obligación que se ha violado y de las circunstancias de la violación. Por ejemplo, la contaminación de los mares puede, según las circunstancias, afectar a la comunidad internacional en su conjunto o a uno solo o a varios Estados ribereños. El párrafo indica simplemente que las obligaciones del Estado responsable pueden ser exigidas por otro Estado, por varios Estados o por la comunidad internacional en su conjunto. La mención de «varios Estados» abarca el caso de que la violación afecte a todas las partes en un tratado o en un régimen jurídico establecido por el derecho consuetudinario. Cuando una obligación puede calificarse de «integral», como tal vez sea el caso de las obligaciones impuestas por un tratado de desarme, su violación por un Estado afecta necesariamente a todas las demás partes. Cuando existe una obligación de reparación con respecto a un Estado, esa reparación no se hace necesariamente en beneficio de éste. Por ejemplo, un Estado puede ser responsable de la violación de una obligación convencional relativa a la protección de los derechos humanos ante todas las demás partes en el tratado correspondiente, pero debe considerarse que los particulares afectados son los beneficiarios finales y, en consecuencia, los poseedores del derecho de reparación.

21. El párrafo 2 ha sido propuesto por el Relator Especial en su artículo 40 quater. Dicho párrafo trata de indicar claramente que, si la primera parte se aplica a todos los casos en que se considera que un Estado ha cometido un hecho ilícito, a reserva de las excepciones previstas en la cuarta parte, la segunda parte tiene, por el contrario, un alcance más limitado: sólo se aplica cuando la obligación de reparación se refiere a una entidad distinta de un Estado.

22. El capítulo II de la segunda parte (Las formas de reparación) comprende seis artículos. El primero es el artículo 35 [42] (Formas de reparación), que corresponde al párrafo 1 del artículo 42 aprobado en primera lectura y al párrafo 2 del texto revisado del artículo 37 bis propuesto por el Relator Especial. El Comité de Redacción ha decidido comenzar el capítulo II por un artículo introductorio, en el que se enumeran sencillamente todas las formas de reparación, mientras que los artículos dedicados seguidamente a cada una de ellas indican su contenido y modo de aplicación. En el comentario se explicará también que la reparación íntegra no es siempre necesaria ni posible si sólo se aplica una sola forma de reparación. Según la naturaleza y la amplitud del perjuicio causado habrá que exigir otras formas, o la totalidad de ellas, para obtener una reparación integral. Por otra parte, según el Comité, la norma primaria puede desempeñar una función importante en lo que respecta a la forma y alcance de la reparación. Este problema debería ser objeto de explicaciones detalladas en el comentario. Por último, como la noción de perjuicio se define ya en el párrafo 2 del artículo 31, se ha simplificado la redacción del artículo 35 [42], en el que no se habla de «consecuencias» sino de «reparación íntegra del perjuicio causado».

23. El artículo 36 [43] (Restitución) corresponde al artículo 43 aprobado en primera lectura, del que recoge la frase inicial formulándola, al igual que otros artículos del capítulo II, desde el punto de vista de la obligación del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, a saber: «El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito estará obligado». En lo que respecta a la cuestión, debatida en la Comisión, de saber si bastaba con decir que el Estado responsable está obligado a la restitución o si había que mantener la expresión, que figuraba ya en el texto aprobado en primera lectura, «a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito», se ha aducido que esta expresión enunciaba un principio general aplicable a la reparación íntegra y no a la restitución en cuanto una de las formas de la reparación. Dado que tanto el artículo 31 [42] como el artículo 35 [42] se refieren a la «reparación íntegra», debe entenderse esta expresión en un sentido estricto que concierne únicamente a casos como la restitución de bienes culturales robados. El Comité de Redacción ha advertido también la complejidad de la noción de restitución, que puede incluir, por ejemplo, un reemplazo o remitir a la reposición de derechos, entre otras. Como estas cuestiones pueden ser tratadas en el comentario, el Comité ha decidido conservar dicha expresión.

24. Se plantearon otras dos cuestiones en el mismo contexto. En primer lugar, se había propuesto referirse a la «situación que habría existido si no se hubiera cometido el hecho ilícito», texto que el Comité de Redacción consideró problemático por ser sinónimo de reparación íntegra. En lo que respecta a la segunda cuestión, a saber, el marco temporal a que hace referencia el período de frase «antes de la comisión del hecho», el Comité ha estimado que, en cierta medida, ese marco dependía, en cada caso, de la situación fáctica y del contexto. De este modo, una amenaza inminente de expropiación ilícita de un bien podía surtir consecuencias en el valor de ese bien. Se tratará, en general, del momento en que se comete el acto ilícito, pero, en algunos casos, se podrá retroceder en el tiempo. Estas cuestiones serán tratadas en el comentario.

25. El Comité de Redacción ha decidido utilizar la palabra «restitución» en lugar de la expresión más restrictiva de «restitución en especie». La fórmula «siempre que y en la medida en que esa restitución», que figuraba también en el texto aprobado en primera lectura, autoriza una restitución parcial e indica claramente que la restitución tiene prioridad sobre la indemnización, a reserva de las condiciones enunciadas en el propio artículo.

26. Mientras que el texto del artículo aprobado en primera lectura preveía cuatro excepciones a la norma general, el que presenta el Comité de Redacción sólo mantiene dos. La excepción prevista en el apartado a ha sido aprobada en general y el Comité la ha conservado. A su juicio, se supone que la imposibilidad material abarca toda una serie de casos, entre otros algunas situaciones de imposibilidad jurídica, como aquellas en las que se lesionarían derechos legítimos de terceros. Sin embargo, el apartado a no trata de resolver los conflictos de obligaciones internacionales, pues éstos quedan al margen de este artículo. Estas cuestiones serán explicadas en el comentario. El Comité ha suprimido la excepción vinculada a las normas imperativas que figuraba en el apartado b aprobado en primera lectura, por estimar no sólo que la eventualidad de la violación de una norma imperativa por la restitución era poco probable sino también, habida cuenta del artículo 21 de la primera parte relativo al respeto de normas imperativas, que era indiscutible que las normas imperativas, por su propio carácter, prevalecen sobre todas las demás normas que estén en contradicción con ellas. Además, la mención expresa de las normas imperativas en relación con la restitución podría ser interpretada a contrario en el sentido de que esa misma excepción no se aplica a las demás obligaciones enunciadas en los proyectos de artículos. El apartado b propuesto por el Comité corresponde al apartado c aprobado en primera lectura, a reserva de algunas modificaciones secundarias de estilo, como la supresión de la expresión «Estado lesionado». Dicha expresión ha parecido inoportuna por una parte, ya que puede haber más de un Estado lesionado, y por otra, porque la ventaja tal vez deba evaluarse no en relación con el Estado en cuanto tal sino en relación con las personas que pueden ser los beneficiarios últimos de la restitución. Por ello, el Comité ha preferido la fórmula más breve de «ventaja que se derivaría de la restitución». En lo que respecta a la excepción prevista en el apartado d aprobado en primera lectura, según la cual la restitución no debería amenazar seriamente la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable, el Comité ha estimado que esos casos, también muy poco frecuentes, estarían comprendidos de todas maneras en el apartado b.

27. En lo que se refiere a la cuestión de las decisiones específicas de ejecución que pudieran solicitarse a una jurisdicción o un tribunal arbitral, el Comité de Redacción ha llegado a la conclusión de que esas decisiones no conciernen a la clasificación de las formas de reparación adoptada para la segunda parte. Lo mismo ocurre con las constataciones jurídicas de derechos. Se trata fundamentalmente de vías procesales cuyo lugar está en el comentario.

28. El artículo 37 [44] (Indemnización), cuyo título no se ha modificado, corresponde al artículo 44 aprobado en primera lectura, que trataba también de la cuestión de los

intereses y del lucro cesante. El Relator Especial, basándose en los comentarios de los gobiernos, propuso que se tratara la cuestión de los intereses en un artículo separado y más detallado, dada la importancia de los problemas del caso. El Comité de Redacción ha seguido estas propuestas y el artículo 37 [44] que presenta trata de la indemnización y del lucro cesante, pero no de los intereses, que son objeto del artículo 39. Al igual que el texto aprobado en primera lectura, el artículo 37 [44] comprende dos párrafos, el primero de los cuales enuncia el principio general de la indemnización, mientras que el segundo precisa lo que debe ser indemnizado.

29. En lo que respecta al párrafo 1, el Comité de Redacción ha aceptado la idea del Relator Especial de volver a redactarlo desde el punto de vista de una obligación impuesta al Estado responsable más bien que como un derecho del Estado lesionado, según era el caso en el artículo aprobado en primera lectura, sustituyendo además las palabras «el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito» por «el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito» para ajustar la redacción a la del artículo precedente. En un principio, el Comité había previsto, en el primer párrafo, calificar el daño según pudiera, o no, ser susceptible de evaluación «económica» o «financiera». Sin embargo, ha estimado preferible establecer esa cualificación en el segundo párrafo, para indicar a qué debe corresponder la indemnización. El Comité ha mantenido, pues, una referencia más general al «daño causado por ese hecho», lo que resulta más claro, al tiempo que mantiene el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Además, el Comité, siguiendo la propuesta del Relator Especial, ha sustituido el período de frase «si, y en la medida en que dicho daño no haya sido reparado por la restitución en especie», aprobado en primera lectura, por la fórmula «en la medida en que ese daño no haya sido reparado por la restitución» cuyo efecto es, sin embargo, idéntico. La restitución íntegra tal vez no sea siempre posible e incluso, en los casos en que lo sea, cabe que los Estados interesados convengan en una restitución tan sólo parcial o que el Estado lesionado opte por esta solución cuando tenga derecho a hacerlo. La mención de la «restitución en especie», que figuraba al final del párrafo aprobado en primera lectura, se ha transformado en «restitución», lo que derivaba lógicamente de la decisión adoptada por el Comité sobre la redacción del artículo 36 [43]. Al igual que en el texto aprobado en primera lectura, este artículo deja de lado la cuestión de una pluralidad de Estados lesionados, que podrá ser tratada en el marco del comentario al artículo 47.

30. En lo que atañe al párrafo 2, el Comité de Redacción lo ha mantenido, pese a la propuesta inicial del Relator Especial que tendía a suprimirlo, por estimar que el debate en la Comisión había apoyado el enfoque del proyecto de artículo aprobado en primera lectura, que incluye un párrafo 2. Así pues, el Comité ha tratado de mejorar el texto del párrafo 2 aprobado en primera lectura. En el contexto de dicho párrafo, con independencia de la cuestión de los intereses, se han examinado otros dos problemas: la cualificación de la noción de daño o de perjuicio y una eventual referencia al lucro cesante. En opinión del Comité, la distinción entre el daño o perjuicio objeto de indemnización y el daño o perjuicio objeto de satisfacción, tal como se desprendía del texto aprobado

en primera lectura así como del texto propuesto por el Relator Especial, no parecía totalmente exacta ni útil. La noción de «daño moral» sufrido por un Estado era relativamente vaga. Además, teniendo en cuenta la definición general de la palabra «perjuicio», que figura ya en el párrafo 2 del artículo 31 [42], el Comité ha estimado más útil distinguir entre el daño o el perjuicio pertinente a los efectos de la indemnización y el daño o el perjuicio pertinente a los efectos de la satisfacción, con ayuda de un criterio más categórico que evite toda duplicación entre indemnización y satisfacción. Siguiendo este enfoque, la principal distinción que ha aparecido entre el artículo 37 [44] y el artículo 38 [45] (Satisfacción) consistía en saber si el daño considerado era susceptible de evaluación financiera. En consecuencia, el Comité ha mantenido una fórmula que califica el daño o el perjuicio, a los efectos del artículo 37 [44], como el susceptible de evaluación financiera, en contraposición al previsto a los efectos de la satisfacción, que no es susceptible de tal evaluación. En lo que concierne a la redacción, el Comité, tras haber observado que el texto aprobado en primera lectura, que hacía referencia a un daño «susceptible de evaluación económica», no había sido criticado por los gobiernos, ha decidido, sin embargo, tras debatir la cuestión, mantener la expresión «susceptible de evaluación financiera», que, en su opinión, es más exacta. Por último, el Comité ha decidido, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en la Comisión, mantener en el párrafo 2 una referencia al lucro cesante. Ha reconocido que la indemnización del lucro cesante no era siempre necesaria para la reparación íntegra, pues esto depende en parte del contenido de la norma primaria que define la obligación violada, y ha advertido que los tribunales verían con circunspección la concesión de una indemnización por lucro cesante. Esta idea fundamental se había expresado en el texto aprobado en primera lectura mediante la fórmula «en su caso». El Comité ha tratado de prever un criterio más preciso susceptible de limitar las demandas especulativas. Tras haber estudiado diversos calificativos, el Comité ha mantenido en definitiva «comprobado». En el comentario se desarrollará esta cuestión y se explicará que hay casos en que el lucro cesante está comprendido y otros en los que no lo está.

31. El artículo 38 [45] trata de la última forma de reparación, la satisfacción, y corresponde al artículo aprobado en primera lectura. Ha dado lugar a amplios debates, tanto en la Comisión como en el Comité de Redacción. Este último ha reconocido que la satisfacción no es una forma corriente de reparación, puesto que no tiene sentido si el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede ser reparado íntegramente por la restitución o la indemnización. El Comité ha estimado también que sólo puede otorgarse satisfacción por un perjuicio, no susceptible de evaluación financiera, causado a un Estado y que, además, teniendo en cuenta algunas exigencias abusivas formuladas en el pasado en materia de satisfacción, convenía imponer algunos límites a ésta.

32. El artículo comprende tres párrafos. El párrafo 1 define la naturaleza jurídica de la satisfacción y el perjuicio por el que puede otorgarse. Para tener en cuenta las reservas expresadas por algunos miembros de la Comisión en cuanto al empleo, en el texto propuesto por el Relator Especial, del verbo «ofrecer», que no parecía

encuadrar con el carácter jurídico de la obligación de dar satisfacción, el Comité de Redacción ha modificado el párrafo 1, que dice ahora: «El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito estará obligado a dar satisfacción...». La redacción de la frase inicial se ha ajustado de este modo a la de los artículos precedentes del capítulo II. El último período de frase del párrafo 1, que dice «por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que éste no pueda ser* reparado mediante restitución o indemnización» destaca, por una parte, el tipo de perjuicio susceptible de dar lugar a satisfacción y, por otra, el carácter relativamente excepcional de ésta. La satisfacción es la forma de reparación de los perjuicios que no son susceptibles de evaluación financiera y que corresponden a una ofensa al Estado, con frecuencia de carácter simbólico.

33. El párrafo 2, que describe las modalidades de la satisfacción, corresponde básicamente al párrafo 2 del artículo aprobado en primera lectura y a las propuestas de los párrafos 2 y 3 revisados presentadas por el Relator Especial. Habida cuenta de las observaciones expresadas en la Comisión, el Comité de Redacción ha estimado inútilmente detallados tanto el texto aprobado en primera lectura como el presentado por el Relator Especial, que enumeraban tipos de satisfacción que podían otorgarse. Si podía parecer oportuno dar ejemplos, era inútil una larga enumeración. El párrafo propuesto por el Comité prevé que «la satisfacción podrá consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada». Las cuatro últimas palabras indican el carácter no limitativo de la lista y subrayan que la modalidad adecuada de la satisfacción puede depender de las circunstancias de la violación. Dado que la conveniencia de mencionar, entre las modalidades de la satisfacción, una acción disciplinaria o penal contra las personas cuya conducta ha causado el hecho internacionalmente ilícito, ha dado lugar a opiniones divergentes, tanto en la Comisión como en el Comité, y que se suponía que el párrafo 2 sólo debía ofrecer una lista indicativa, el Comité ha decidido no incluir este tipo de acción en el texto, pudiendo figurar la explicación necesaria en el comentario. De conformidad, por otra parte, con las observaciones expresadas en la Comisión, los daños y perjuicios punitivos, cuya posibilidad se desprendía del apartado c del párrafo 2 aprobado en primera lectura y que había sido examinado de nuevo en relación con la propuesta del Relator Especial acerca de una categoría especial de violaciones prevista en el artículo 41, no figuran en la lista.

34. El párrafo 3, que corresponde al párrafo 3 del artículo aprobado en primera lectura, se basa en el texto propuesto por el Relator Especial. Establece los límites de la satisfacción, habida cuenta de algunos abusos ocurridos en el pasado que son incompatibles con la igualdad soberana de los Estados, siguiendo dos criterios, a saber, la proporcionalidad de la satisfacción con el perjuicio y la exigencia de que la satisfacción no revista una forma humillante para el Estado responsable. Plenamente consciente de que la condición de proporcionalidad no es privativa de la satisfacción, el Comité de Redacción ha estimado, sin embargo, que podía considerarse como un criterio general aplicable de la misma manera a situaciones diferentes, y ha considerado oportuno subrayar su importancia en el marco de la satisfacción.

35. El artículo 39 (Intereses) corresponde al artículo 45 bis propuesto por el Relator Especial para atender a las observaciones de algunos gobiernos, mientras que el texto aprobado en primera lectura no incluía ningún artículo separado a este respecto y sólo trataba de los intereses en el párrafo 2 del artículo 44. Del debate en la Comisión se ha desprendido claramente que los intereses no constituyen una forma autónoma de reparación y que no constituyen necesariamente parte integrante de la indemnización en todos los casos, pero que pueden ser necesarios para garantizar una reparación íntegra. Por ello, el texto propuesto por el Comité de Redacción, que se basa en la propuesta del Relator Especial con algunas modificaciones de forma, utiliza la expresión «suma principal», que es distinta de «indemnización».

36. El texto del párrafo 1, en el que se dice que «se deberán pagar intereses [...] en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra», es lo suficientemente flexible para que no se pueda deducir de él que el pago de intereses es automático. Este enfoque es también conforme a la tradición de diferentes sistemas jurídicos así como a la práctica de los tribunales internacionales.

37. El párrafo 2 indica que la fecha a partir de la cual deben calcularse los intereses es aquella en que hubiera debido pagarse la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago. Este artículo en sí no trata de los intereses moratorios devengados a partir del fallo, sino que se refiere a los intereses comprendidos en la suma que debe conceder una corte o tribunal. En el comentario se indicará claramente que los intereses no pueden acumularse a una indemnización por lucro cesante si esto entrañara para el Estado lesionado la obtención de una doble indemnización.

38. El artículo 40 [42] (Contribución al daño) trata fundamentalmente de la contribución al daño por negligencia, cuestión a que se refería el párrafo 2 del artículo 42 aprobado en primera lectura. El Relator Especial ha estimado que esta cuestión era lo suficientemente importante para ser objeto de un artículo separado correspondiente a su propuesta de artículo 46 bis. El artículo propuesto por el Comité de Redacción no trata de la atenuación de la responsabilidad, sino que supone que ésta existe. El texto se basa en el apartado a del artículo propuesto por el Relator Especial, quien se apoyaba, a su vez, en el texto aprobado en primera lectura. Incluye un solo párrafo en el que se prevé que «para determinar la reparación, se tendrá en cuenta la contribución al daño debida a la acción u omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de la persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación». Este artículo, como el texto aprobado en primera lectura, considera pertinentes, no toda acción o toda omisión, sino solamente las intencionales o resultantes de negligencia. Asimismo, al igual que en el texto aprobado en primera lectura, la acción u omisión calificada de este modo puede ser la del Estado lesionado o de la persona o entidad en relación con la cual se exige la reparación. La fórmula «en relación con la cual se exija la reparación» difiere del texto aprobado en primera lectura y de la propuesta del Relator Especial, que decían «en nombre del cual se presente la demanda», ya que, al aparecer por primera vez en este artículo la mención de una demanda, el Comité ha considerado que estaba fuera de lugar en el capítulo II.

39. El artículo tiene un carácter relativamente flexible. De este modo, la «negligencia» no está calificada por ningún adjetivo. La pertinencia de la negligencia en relación con la reparación depende de la medida en que haya contribuido al daño y de las circunstancias de hecho particulares, aspectos que es preferible explicar en el comentario. La fórmula «se tendrá en cuenta» significa que el artículo concierne a factores susceptibles de limitar la reparación. Se ha suprimido el apartado b propuesto por el Relator Especial, pues podía hacer creer que existe en derecho internacional una obligación de aminorar el daño, de lo que no está seguro el Comité de Redacción. Se explicará, pues, en el comentario que, si un Estado lesionado puede adoptar medidas para aminorar el daño, dicho Estado debería adoptarlas y que podrá tenerse en cuenta su inacción a este respecto para determinar la reparación.

40. En lo que respecta al capítulo III de la segunda parte (Violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional), el Comité de Redacción se ha encontrado ante una difícil opción. El proyecto aprobado en primera lectura trataba de «crímenes internacionales», lo que suscitó controversias tanto en la Comisión como entre los gobiernos. El Relator Especial ha propuesto descartar este enfoque e interesarse más bien en las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto y en las consecuencias dimanadas de violaciones graves de esas obligaciones y, siguiendo este enfoque, ha presentado algunas propuestas a la Comisión. Ha propuesto, en particular, la supresión del artículo 19 aprobado en primera lectura y la inclusión de un nuevo artículo relativo a las consecuencias de violaciones de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas consecuencias correspondían en gran parte a las previstas en los artículos aprobados en primera lectura respecto de los crímenes internacionales. Sin embargo, las propuestas del Relator Especial no han podido resolver todas las dificultades que tanto los partidarios como los detractores de la noción de crímenes internacionales habían puesto de manifiesto. Basándose en los debates en la Comisión, el Comité ha seguido fundamentalmente el criterio del Relator Especial. Se han suprimido las referencias a los crímenes internacionales de los Estados, pero se han previsto algunas consecuencias especiales en caso de violaciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. La idea era encontrar un término medio que permitiera esperar un consenso. Sin embargo, algunos miembros del Comité han expresado reservas, en particular al párrafo 1 del artículo 42 [51, 53] (Consecuencias de las violaciones graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto).

41. El capítulo III comprende dos artículos. El artículo 41 (Aplicación de este capítulo), que corresponde al artículo 51 propuesto por el Relator Especial, prevé que este capítulo se aplica a la responsabilidad internacional de un Estado nacida de un hecho internacionalmente ilícito que constituye una violación grave por un Estado de una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto, que es esencial para la protección de sus intereses fundamentales. Hay, pues, tres condiciones: es necesario, en primer lugar, que las obligaciones sean para con la comunidad internacional en su conjunto; en segundo

lugar que sean esenciales para la protección de intereses fundamentales de dicha comunidad; y, por último, que se trate de violaciones graves. Estos criterios son, desde luego, relativamente generales y poco precisos, pero tratan de dar orientaciones en cuanto a la calidad de las obligaciones y violaciones de que trata el capítulo III.

42. Para precisar más la noción de violaciones «graves», el párrafo 2 del artículo 41 establece dos criterios, a saber, por una parte, el hecho de que la violación implique un incumplimiento «sistemático y deliberado» de la obligación del Estado responsable y, por otra, el hecho de que esa violación corra «el riesgo de causar daños sustanciales a los intereses fundamentales amparados por la obligación», es decir, a los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto previstos en el párrafo 1. El adjetivo «deliberado» destaca la calidad y la gravedad del incumplimiento de la obligación por el Estado responsable, al definir un criterio que va más allá de la simple negligencia. La palabra «sistemático» pone igualmente de manifiesto la calidad del incumplimiento del Estado responsable, al subrayar su carácter repetitivo. No hay duda de que el párrafo no se ocupa de violaciones secundarias, insignificantes, ocasionales o inciertas. Además, las consecuencias de ese incumplimiento deben poder «causar daños sustanciales». El Comité de Redacción ha examinado el adjetivo «irreversible» propuesto por el Relator Especial para calificar el daño, pero ha estimado que no siempre era apropiado. En caso de agresión, por ejemplo, la situación puede calificarse de reversible si el agresor se retira. El Relator Especial había propuesto igualmente la expresión de «violación manifiesta», pero el Comité no la ha conservado, por miedo a excluir así violaciones graves perpetradas de manera suficientemente sutil para que no puedan calificarse de «manifiestas».

43. El otro artículo de este capítulo es el artículo 42 [51, 53], que corresponde a los artículos 51 y 53 aprobados en primera lectura. Se basa en la propuesta de artículo 52 del Relator Especial y trata en forma simplificada las consecuencias de las violaciones graves previstas en el artículo anterior.

44. El párrafo 1 prevé que tal violación grave puede entrañar, para el Estado responsable, la obligación de indemnizar daños y perjuicios que correspondan a la «gravedad de la violación». El Comité de Redacción ha debatido largamente este párrafo, teniendo en cuenta en particular la opinión expresada en el pleno, según la cual no debía haber daños y perjuicios punitivos, incluso en caso de violación de las obligaciones correspondientes. Se han expresado opiniones diferentes en cuanto a saber si, de hecho, los daños y perjuicios correspondientes a la «gravedad de la violación» se confundían con los «daños y perjuicios punitivos». En la práctica, estos últimos tienen carácter excepcional y son a menudo objeto de regímenes particulares. Sin embargo, puede haber casos en los que la gravedad de la violación entrañe necesariamente fuertes consecuencias financieras, lo que trata de indicarse con el verbo «puede». El párrafo deja abierta la cuestión de saber si los daños y perjuicios correspondientes a la gravedad de la violación vienen a sumarse a los que debe el Estado responsable en virtud del artículo 37 [44].

45. El párrafo 2 trata de las obligaciones que incumben a los demás Estados, con las que se trata de agravar las consecuencias negativas para el Estado responsable. Algunas de las obligaciones definidas en ese párrafo pueden ser aplicables en el caso de otros hechos ilícitos y el comentario desarrollará esta cuestión. La enumeración de las obligaciones que incumben a terceros Estados que se enuncian en este párrafo trata de subrayar su importancia especial en lo que respecta a esta categoría específica de violaciones. El apartado a impone a los demás Estados la obligación de no reconocer como «lícita» la situación creada por la obligación y el comentario explicará que la cuestión del reconocimiento está estrechamente vinculada a la de la «validez», sin confundirse, no obstante, con ella. El apartado b deriva lógicamente del apartado a, por cuanto prevé que los demás Estados no deben prestar ayuda o asistencia al Estado responsable para mantener la situación así creada. El hecho de prestar ayuda o asistencia supone una acción positiva, pero no implica, sin embargo, necesariamente una responsabilidad a causa del hecho ilícito en el marco del artículo 16 [27]. La expresión «situación así creada» se refiere a la situación especial resultante del hecho ilícito. En el comentario se desarrollarán estos diversos puntos. El apartado c obliga a los demás Estados a cooperar para poner fin a la violación, pero esta obligación está matizada con las palabras «hasta donde sea posible», para tener en cuenta circunstancias tales como las obligaciones jurídicas que deben observar algunos Estados y que pueden impedirles cooperar, como es el caso de algunas obligaciones resultantes del derecho de la neutralidad.

46. El párrafo 3 es una cláusula de salvaguardia, según la cual el capítulo III se entiende sin perjuicio, en primer lugar, de las consecuencias del capítulo II y, en segundo lugar, de las demás consecuencias a que la violación pueda dar lugar en derecho internacional. Estas consecuencias pueden darse en lo que respecta bien sea a todas las violaciones graves de las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, bien sea a algunas de ellas. El texto propuesto por el Relator Especial se refería a las consecuencias «penales o de otra índole», palabras que el Comité de Redacción ha suprimido al considerar que no eran necesarias en el texto del artículo y que estos aspectos podrían desarrollarse en el comentario. Este párrafo no hace sino reconocer que el derecho en esta esfera está en curso de elaboración y que los proyectos de artículos no menoscaban tal evolución.

47. La segunda parte bis (Modo de hacer efectiva la responsabilidad de los Estados) comprende dos capítulos. El capítulo I (Invocación de la responsabilidad de un Estado) tiene siete artículos. Abordando a este respecto la cuestión de la definición de «Estado lesionado», el Presidente del Comité de Redacción recuerda que la Comisión ha debatido durante mucho tiempo el artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial, versión remodelada del artículo 40 adoptado en primera lectura sobre el sentido de la expresión «Estado lesionado». En este texto, la definición de Estado lesionado era muy amplia y adolecía de algunas contradicciones. Como han subrayado algunos gobiernos en sus observaciones, varios Estados podían pretender haber sido lesionados y, por tanto, pretender toda la gama de modos de reparación previstos en los artículos. Por esta razón el Relator Especial propu-

so una nueva formulación con miras a distinguir los Estados que habían sufrido un «perjuicio» de los Estados que tenían simplemente un «interés jurídico». Varios miembros de la Comisión consideraron que la distinción no era suficientemente clara y que además el texto planteaba otras dificultades. El uso de las expresiones Estado «lesionado» y Estado con un «interés jurídico» no era satisfactorio, ya que el Estado lesionado tenía también un interés jurídico. Sin embargo, se ha considerado generalmente útil establecer una distinción entre las diferentes categorías de Estados respecto de los que se había cometido el hecho ilícito y que estaban habilitados para obtener formas de reparación específica. Aprobando la actuación del Relator Especial, algunos miembros de la Comisión han hecho propuestas por escrito indicando otros medios de trazar esta distinción. Vistas las observaciones y las proposiciones formuladas, el Comité de Redacción ha emitido la opinión de que toda definición del Estado lesionado debería tomar en consideración diferentes categorías de hechos ilícitos que podían cometerse y causar un perjuicio a los Estados. Convendría distinguir, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas susceptibles de ser reivindicadas, la primera categoría de Estado de la segunda.

48. El Presidente del Comité de Redacción recuerda además que el párrafo 3 del artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial preveía excluir las entidades lesionadas distintas de los Estados del ámbito de aplicación del proyecto de artículos. La Comisión ha apoyado esta idea, considerando que era difícil tratar estos problemas complejos que no se mencionaban en los artículos adoptados en primera lectura.

49. El Comité de Redacción, suscribiendo la opinión general emitida en la Comisión según la cual era difícil de agrupar en un artículo único demasiadas cuestiones importantes y espinosas, consideró preferible ordenar en serie las cuestiones en juego y tratarlas separadamente en artículos distintos, a saber, el artículo 43 [40] (Estado lesionado) y el artículo 49 (Invocación de la responsabilidad por Estados que no sean Estados lesionados), quedando excluida del ámbito del proyecto de artículos la cuestión de las entidades distintas de los Estados, como se indica en el párrafo 2 del artículo 34.

50. Los artículos 43 [40] y 49, que constituyen respectivamente el primero y el último artículo del capítulo I de la segunda parte bis, se refieren a las dos categorías de Estados susceptibles de ser afectados por un hecho internacionalmente ilícito. Para el Comité de Redacción, la determinación de un Estado lesionado en un asunto dado depende en cierta medida de las normas primarias de que se trate y de las circunstancias del asunto; en lo que respecta a las normas secundarias, se trata de determinar las categorías de Estados afectados y el derecho que tienen de invocar la responsabilidad y de exigir ciertas formas de reparación. El Comité ha evitado utilizar la expresión «interés jurídico» que figuraba en los textos precedentes a fin de no crear problema terminológico entre la expresión «Estado lesionado» y la expresión «Estado con un interés jurídico». Todos los Estados lesionados tienen también un interés jurídico y no forman una categoría distinta. Análogamente, el Comité evitó utilizar la expresión «obligaciones erga omnes», prefiriendo la expresión «obligaciones debidas a la comunidad internacional

en su conjunto». Por último, los artículos 43 [40] y 49 se formulan en términos de derecho de un Estado a invocar la responsabilidad del Estado autor o su fundamento para hacerlo. La expresión «un Estado estará habilitado como Estado lesionado a invocar la responsabilidad», que figura al comienzo del artículo 43, tiene por objeto distinguir este Estado de la otra categoría de Estados habilitados para invocar la responsabilidad del Estado autor prevista en el artículo 49. Los artículos 43 [40] y 49 hablan de «Estado» en singular, pero no excluyen la posibilidad de que pueda haber más de un Estado lesionado.

51. El artículo 43 [40] se refiere al Estado lesionado en el sentido estricto del término. El apartado a se refiere a la violación de una obligación en el marco de una relación bilateral, caso en el que la categoría de Estado lesionado es la más fácil de determinar. Los ejemplos más corrientes son las violaciones de obligaciones previstas en un tratado bilateral o en un tratado multilateral que dan lugar a un conjunto de relaciones bilaterales. En cambio, es más difícil determinar los Estados lesionados en el marco de una relación multilateral, en el que la obligación correspondiente dimana de un tratado o del derecho consuetudinario. En el marco de una relación multilateral, el hecho ilícito puede afectar específicamente a uno o más Estados respecto de los que existe la obligación. Por tanto, esos Estados pueden considerarse que han sido especialmente afectados por el hecho ilícito. Otros Estados partes en la misma relación multilateral pueden estar afectados por el cumplimiento de la obligación.

52. En cuanto al apartado b, se refiere a las obligaciones respecto de cierto número de Estados o de la comunidad internacional en su conjunto. La expresión «un grupo de Estados del que ese Estado forma parte*» significa que la obligación existe respecto de ese grupo, igualmente en una circunstancia dada, es decir habida cuenta de las circunstancias del caso. El apartado b prevé, en primer lugar, el caso de la violación de una obligación en el marco de una relación multilateral que afecta especialmente a uno o varios Estados pertenecientes a un grupo de Estados respecto de los cuales esa obligación existe. La palabra «especialmente» en el inciso i) del apartado b destaca el efecto nefasto especial del hecho ilícito sobre el Estado lesionado. Varios ejemplos pueden aclarar este caso: en el contexto de una agresión, puede establecerse una distinción entre, por una parte, el Estado que ha sido objeto de ella y, por otra parte, otros Estados, respecto de su interés en el mantenimiento del orden público internacional y de su derecho en la materia. Las diferencias en cuanto a los efectos del hecho ilícito permitirán también establecer una distinción entre esos Estados en lo que respecta a lo que tienen derecho a exigir del Estado responsable. Para que se considere que un Estado pertenece a la categoría de los Estados incluidos en el inciso i) del apartado b del artículo 43 [40], es preciso que un efecto perjudicial especial le distinga de todos los demás Estados que también han resultado afectados por el hecho ilícito. El Comité de Redacción ha examinado diversas variantes en lugar del adverbio «especialmente» («directamente», «particularmente», «necesariamente»), pero ha llegado a la conclusión de que este es el que era más conveniente, tanto más cuanto que se utiliza en el apartado b del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, aunque en este contexto se refiere también al caso de la violación de una obliga-

ción nacida de un tratado multilateral que no afecta más que a un Estado. Las palabras «afecta» en los incisos i) y ii) del apartado b significan que los efectos son perjudiciales y negativos, lo que se explicará en el comentario. El apartado b se refiere, en segundo lugar, a las obligaciones dimanantes de una relación multilateral, calificadas de obligaciones «integrales» porque la violación de una de ellas afectaría al ejercicio de los derechos o a la ejecución de las ejecuciones de todos los Estados pertenecientes al grupo considerado. Todos los Estados respecto de los que existe la obligación se convierten de hecho en Estados especialmente afectados. El inciso ii) del apartado b trata del caso en que el Estado resulte afectado porque cada Estado ejecuta las obligaciones que le incumben únicamente partiendo de la hipótesis de que los demás Estados harán otro tanto: así sucede, por ejemplo, en el caso de las obligaciones dimanantes de un tratado de desarme. La expresión «afecta al goce de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones» de todos los Estados interesados se inspira en el inciso i) del apartado b del párrafo 1 del artículo 41 de la Convención. El carácter particular de las obligaciones integrales, cuya violación podría afectar al goce de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones de los miembros del grupo, se explicará en el comentario. Las palabras «Estados interesados» remiten sin equívocos al grupo de Estados respecto de los que existe la obligación «integral».

53. El artículo 49 (Invocación de la responsabilidad por Estados que no sean Estados lesionados) incluye la noción de interés colectivo. El inciso i) del apartado b del artículo 43 [40] y el párrafo 1 del artículo 49 se refieren quizá al mismo hecho ilícito que afecta de manera distinta a diferentes categorías de Estados, pero el primero se refiere al Estado lesionado por decirlo así a título personal, en tanto que el segundo se refiere a un Estado afectado en tanto que miembro de un grupo de los Estados respecto de los que existe la obligación violada o en cuanto miembro de la comunidad internacional. El apartado a del párrafo 1 del artículo 49 trata de los casos en los que la obligación violada se debe a un grupo de Estados, entre ellos el Estado lesionado, o en el que se establece la obligación a los efectos de la protección de un interés colectivo. Aquí también las palabras «la obligación violada es debida a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte*» significan que, en un caso dado, la obligación es debida a todos los miembros del grupo. Para que la obligación violada caiga en esta categoría de obligaciones debe, por tanto, responder a dos criterios: primero, debe ser debida a un grupo y, segundo, debe estar establecida a los fines de la protección de un interés colectivo. El apartado b del párrafo 1 trata de la violación de una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto.

54. El Presidente del Comité de Redacción indica que presentará los párrafos 2 y 3 del artículo 49 tras haber presentado los demás artículos del capítulo I.

55. El artículo 44 (Invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado), que corresponde al artículo 46 ter propuesto por el Relator Especial, trata de ciertas cuestiones de fondo y de procedimiento relacionadas con la invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado, como elección del modo de reparación y de la admisibilidad de las reclamaciones, cuestiones que no se tra-

taron con detalle en el proyecto adoptado en primera lectura. Como se vio en general en el debate en la Comisión que estas cuestiones, dada su importancia, debían ser objeto de artículos distintos, el Comité de Redacción ha escindido en dos el artículo 46 ter propuesto por el Relator Especial. El artículo 44 se inspira en el párrafo 1 del artículo 46 ter y comprende dos párrafos. Al tenor del párrafo 1, el Estado lesionado, en el sentido del artículo 43 [40], que invoca la responsabilidad de otro Estado, debe notificar su reclamación a ese Estado. La cuestión de la relación entre la notificación dada por el Estado lesionado y la obligación de reparar se ha debatido particularmente en la Comisión y se han expresado preocupaciones respecto del hecho de que la exigencia de la notificación, en particular por escrito, impone una carga demasiado pesada al Estado lesionado. El Comité, por su parte, ha considerado que, normalmente, cuando un Estado desea invocar la responsabilidad de otro Estado, debe darle notificación de ello. Se explicará en el comentario que esta notificación no ha sido escrita y que la obligación de reparar que nace de la comisión del hecho ilícito no le está subordinada. Los elementos de la notificación enunciados en el párrafo 2 son facultativos y se dejan a la discreción del Estado lesionado. El apartado a del párrafo 2 prevé que el Estado lesionado puede indicar el comportamiento que debería adoptar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito. Esta indicación no vincula evidentemente al Estado responsable. El Estado lesionado puede solamente exigir del Estado responsable que cumpla la obligación primaria que le incumbe. No obstante, convendría que el Estado responsable tenga una idea de lo que satisfaría al Estado lesionado, ya que ello podría facilitar la solución de la controversia. El apartado b del párrafo 2 trata de la cuestión de la elección de la forma que debería adoptar la reparación, cuestión sobre la que las opiniones estaban divididas, ya que algunos miembros defendían el derecho de elegir el modo de reparación, en tanto que otros vacilaban y estimaban que ese derecho no es absoluto. El Comité, por su parte, ha considerado que no habría que enunciar en el artículo el derecho de elección del modo de reparación en forma absoluta. El apartado tiene carácter puramente indicativo para el Estado lesionado.

56. El artículo 45 [22] (Admisibilidad de la reclamación) corresponde al párrafo 2 del artículo 46 ter propuesto por el Relator Especial y concierne esencialmente a dos criterios; primero, el de la nacionalidad de las reclamaciones; segundo, el agotamiento de los recursos internos, que era objeto del artículo 22 adoptado en primera lectura. Ambos criterios pertenecen a la cuestión de la admisibilidad de las reclamaciones, para diferenciarla de la admisibilidad en justicia. No se excluye en el proyecto que, en algunos casos, un hecho ilícito nazca una vez que estén agotados los recursos internos. El artículo prevé que la responsabilidad del Estado no puede invocarse en dos casos: a) si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones, sin precisar cuáles son (esta cuestión debería resolverse en el marco del tema sobre la protección diplomática); y b) si la reclamación está sometida a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso disponibles y efectivas, lo que en sustancia proponía el Relator Especial. La redacción de esta última

disposición es suficientemente flexible para englobar todas las situaciones y tiene en cuenta el hecho de que la norma del agotamiento de los recursos internos no se aplica a ciertos tipos de reclamaciones. Los adjetivos «disponibles y efectivas» se explicarán en el comentario. La Comisión tendrá también que estudiar la cuestión del agotamiento de los recursos internos en el contexto de la protección diplomática, aunque la regla de los recursos internos tiene una aplicación más amplia.

57. El artículo 46 (Pérdida del derecho a invocar la responsabilidad), que es una versión remodelada del artículo 46 quater propuesto por el Relator Especial, trata de la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad, cuestión sobre la que guardaba silencio el proyecto de artículos adoptado en primera lectura. El apartado a se refiere a la renuncia a la reclamación. Esta renuncia no surte efecto más que si el Estado lesionado ha renunciado válidamente a la reclamación de manera inequívoca. El texto propuesto por el Relator Especial hacía de la solución de la controversia uno de los motivos de la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad. Pero, habida cuenta de las opiniones expresadas en la Comisión, el Comité de Redacción se ha convencido de que la solución en este caso no podría considerarse un motivo de pérdida del derecho a invocar la responsabilidad. La solución de una controversia es objeto de un acuerdo entre las partes, lo que modifica la situación jurídica. El comentario tratará este punto si es necesario y enunciará las condiciones de la validez de una renuncia. El apartado b se refiere al plazo no razonable que equivale a un perjuicio. Este apartado se debatió ampliamente en la Comisión. Algunos miembros, considerando que el texto propuesto por el Relator Especial parecía enunciar una regla general relativa a los límites impuestos a las reclamaciones que no se aplicaría ciertamente en todos los casos, se han declarado hostiles a él, en tanto que otros se declararon partidarios de mantener, en forma modificada, esta disposición, que se apoya en la noción de perjuicio para el Estado responsable. El Comité se ha sumado a la opinión de estos últimos y ha remodelado el artículo a fin de evitar mencionar la cuestión de los límites impuestos a las reclamaciones. El Comité ha insistido en el comportamiento del Estado, que podía ser llegado el caso un retraso no razonable, como criterio determinante para la pérdida del derecho a presentar una reclamación. La redacción que propone es más próxima a la del apartado b del artículo 45 de la Convención de Viena de 1969. La cuestión de las demoras será objeto de una exposición general en el comentario, en el que se precisará que el retraso en sí no es motivo de pérdida de los derechos y en el que se explicará además que los apartados a y b pueden aplicarse a un elemento de la reclamación así como al conjunto de la reclamación.

58. El artículo 47 (Invocación de la responsabilidad por varios Estados) es una versión remodelada del artículo 46 quinquies propuesto por el Relator Especial. Enuncia el principio, que no estaba debidamente tratado en el proyecto de artículos adoptado en primera lectura, según el cual en los casos en que hay varios Estados lesionados, cada uno de ellos puede invocar separadamente la responsabilidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito. El Comité de Redacción ha insertado la palabra «separadamente» para precisar bien

esta idea y también ha sustituido la expresión «dos o más Estados», que figuraba en el texto propuesto por el Relator Especial, por la expresión «varios Estados». El artículo no trata del caso en que los Estados lesionados adopten actitudes diferentes respecto de los modos de reparación, ya que este problema no tiene en la práctica más que una importancia limitada. Si casos de ese tipo se producen, presentarán problemas de características particulares y serán determinados principalmente por el contenido de la obligación violada.

59. El artículo 48 (Invocación de la responsabilidad contra varios Estados) se inspira en el artículo 46 *sexies* propuesto por el Relator Especial. El párrafo 1 dispone que, cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho. El párrafo 2 prevé dos salvaguardias. El apartado a establece que no se autoriza a un Estado lesionado a recuperar, a título de indemnización, más del daño que ese Estado haya sufrido. Se ha planteado la cuestión de saber si no sería mejor hablar de «reparación» en vez de «indemnización», pero el Comité de Redacción ha estimado que, normalmente, la prohibición de la doble indemnización, regla perfectamente establecida y frecuentemente aplicada por los tribunales, vale para la reparación pecuniaria. Por otra parte, ha suprimido la mención de «persona o entidad» que figuraba en el texto propuesto por el Relator Especial, ya que la segunda parte del proyecto de artículo no trata más que de la responsabilidad de los Estados para con otros Estados. Se explicará en el comentario que el principio de prohibición de la doble indemnización se aplica en general, cualquiera que sea el beneficiario de la indemnización. El apartado b dispone que el párrafo 1 se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de recurso respecto de los otros Estados responsables. Se trata simplemente de una manera de recordar que los artículos no tratan de la cuestión de la distribución entre varios Estados responsables del mismo hecho ilícito.

60. Hay que señalar que el Comité de Redacción no ha mantenido el inciso i) del apartado b del párrafo 2 del artículo 46 *sexies*, que trataba de la admisibilidad del procedimiento, por coincidir con la mayoría de los miembros de la Comisión en que esta cuestión no cae dentro del ámbito de aplicación del proyecto de artículos. No obstante, podría mencionarse esto en el comentario.

61. Pasando al artículo 49 (Invocación de la responsabilidad por Estados que no sean Estados lesionados), el Presidente del Comité de Redacción indica que no volverá a hablar del párrafo 1, ya analizado en relación con la distinción entre esta categoría de Estados y la de Estados lesionados. A raíz de la propuesta del Relator Especial y habida cuenta de los puntos de vista expresados en la Comisión, el Comité de Redacción estimó que todo Estado perteneciente a la categoría referida está habilitado para exigir la cesación del hecho ilícito y, de ser necesario, seguridades y garantías de no repetición, y que además debería estar habilitado para reclamar al Estado responsable una reparación conforme a las disposiciones del capítulo II de la segunda parte. El Relator Especial no había previsto a este respecto más que la restitución, pero, para el Comité, los Estados considerados deberían estar habilitados a reclamar otras formas de reparación, lo que indicaría que existen Estados habilitados para pre-

sentar una reclamación en todos los casos de violaciones de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto. En cambio, una reivindicación no podría presentarse más que en interés de un Estado lesionado o de otros beneficiarios de la obligación violada. Todas estas consideraciones se encuentran en el párrafo 2 del artículo 49. El párrafo 3, por su parte, prevé simplemente que las condiciones y limitaciones que se aplican a la invocación por el Estado lesionado de la responsabilidad de otro Estado se aplican también en el caso de un Estado que pertenezca a la otra categoría de Estados a que se refiere el párrafo.

62. El capítulo II de la segunda parte (Contramedidas) trata de la finalidad de las contramedidas y de las condiciones en que pueden ejercerse, así como de las limitaciones a que están sujetas. Comprende seis artículos, que han sido objeto de amplios debates en la Comisión, en particular porque a tenor de los artículos correspondientes adoptados en primera lectura, las controversias en materia de responsabilidad de los Estados estarían indirectamente sujetas a un procedimiento de solución obligatoria en caso de adopción de contramedidas. Ahora bien, las contramedidas suscitan muchas polémicas. Primero el Relator Especial y luego el Comité de Redacción se han esforzado por conciliar los puntos de vista divergentes expresados, concibiendo un sistema práctico acompañado de condiciones y limitaciones y destinado a mantener las contramedidas dentro de los límites generalmente aceptables.

63. El artículo 50 [47] (Objeto y límites de las contramedidas) define el objeto de las contramedidas y algunas condiciones previstas en el artículo 23 [30]. Corresponde al artículo 47 adoptado en primera lectura y se compone de tres párrafos. El párrafo 1 precisa que las contramedidas tienen por objeto incitar al Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito a cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte, lo que significa que las contramedidas no tienen una finalidad punitiva. Enuncia, además, la primera condición de que va acompañada la adopción de contramedidas: el Estado responsable debe haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte. Por último, la expresión «solamente podrá* adoptar contramedidas contra» indica el carácter excepcional de éstas. Dado que algunos miembros de la Comisión sugirieron en sesión plenaria calificar el hecho ilícito, el Comité de Redacción ha debatido ampliamente esta cuestión y finalmente ha llegado a la conclusión de que era mejor no hacerlo. Así el párrafo 1 es una simple declaración que se basa en un criterio objetivo: pueden adoptarse contramedidas cuando se haya cometido efectivamente un hecho ilícito. Es evidente que el Estado que adopta contramedidas las adopta a su riesgo y ventura si resulta que la ilicitud del hecho inculminado no está fundada.

64. El párrafo 2 define la naturaleza jurídica y el carácter bilateral de las contramedidas. Las contramedidas se limitan a la «suspensión del cumplimiento» de una o varias obligaciones internacionales que «son debidas» al Estado responsable por el Estado que adopte las contramedidas. Como sucede con el artículo 23 [30], el hecho de que las contramedidas revistan carácter bilateral permite proteger a los terceros Estados. La expresión «suspensión del cumplimiento» de la obligación engloba a la

vez las acciones y las omisiones. Por otra parte, la palabra «suspensión» tiene por objeto hacer hincapié en el carácter temporal de las contramedidas. Todo esto se explicará en el comentario, donde se precisará además que las contramedidas no son medidas de retorsión y que, por tanto, las limitaciones y condiciones de que va aparejada su adopción no se aplican a las medidas de retorsión.

65. El párrafo 3 se inspira en el párrafo 2 del artículo 72 de la Convención de Viena de 1969, que dispone que, cuando un Estado suspende la aplicación de un tratado, durante el período de suspensión deberá abstenerse de obstaculizar la reanudación. Esto remite a lo que algunos miembros de la Comisión han denominado «la reversibilidad» de las contramedidas. El Comité de Redacción ha estimado que todas las contramedidas no eran ni debían ser reversibles en el sentido estricto del término. Esto habría constituido un límite no razonable. Las consecuencias de las contramedidas pueden no ser siempre reversibles. Las contramedidas pueden a veces causar un daño incidental irreparable, incluso después de ser levantadas, incluso si puede ser posible la reanudación del cumplimiento de la obligación subyacente. Por ejemplo, la suspensión de un acuerdo comercial puede acarrear la quiebra de una sociedad en el Estado contra el que se dirige la suspensión. Ahora bien, tal efecto no excluye que se vuelva a poner en vigencia el acuerdo comercial entre los Estados una vez que se suspendan las contramedidas.

66. La expresión «en tanto sea posible» que figura en el párrafo 3 indica que, si el Estado lesionado tiene una opción entre diversas contramedidas lícitas y eficaces, debe elegir aquellas que no impidan que se reanude el cumplimiento de «dichas obligaciones», a saber aquellas cuyo cumplimiento se ha suspendido a causa de las contramedidas.

67. El artículo 51 [50] (Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas) corresponde al artículo 50 sobre las contramedidas prohibidas, adoptado en primera lectura. El Relator Especial había tratado las contramedidas prohibidas en dos artículos, los artículos 47 bis y 50, pero durante el debate en la Comisión varios miembros dijeron preferir que estos dos artículos se reunieran porque las cuestiones de que trataban estaban íntimamente relacionadas.

68. El artículo 51 [50] está redactado de forma diferente del texto adoptado en primera lectura y comprende dos párrafos. El párrafo 1 dispone que las contramedidas no entrañarán ninguna derogación de las obligaciones enumeradas en el artículo. El verbo «entrañar» se refiere tanto al objeto como a las consecuencias de las contramedidas; su acepción es más amplia que la cláusula preliminar del artículo 50 adoptado en primera lectura.

69. La palabra «derogación» pretende indicar que cada una de las obligaciones enumeradas en el artículo viene impuesta por otras normas y que el artículo 51 no pretende sustituirlas ni por lo demás definir las. Significa que las contramedidas de modo alguno pueden afectar al cumplimiento de esas obligaciones.

70. El apartado a corresponde al apartado a del artículo 50 adoptado en primera lectura y trata de la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuer-

za, establecida en la Carta de las Naciones Unidas. Este texto concierne a las contramedidas coercitivas. La Comisión ha debatido ampliamente las medidas de coacción económica y política y no hubo acuerdo para incluirlas. A juicio del Comité de Redacción, la preocupación a la que pretendía responder el apartado b adoptado en primera lectura está incluida en otras disposiciones del artículo, incluido el apartado b.

71. Este apartado b corresponde al apartado d adoptado en primera lectura. El Comité de Redacción temía, dada la amplia acepción que ha adquirido la noción de derechos humanos, que el recurso a las contramedidas se viera realmente limitado si no se calificaba la referencia a los derechos humanos. En el texto inglés, la expresión basic human rights se ha sustituido por fundamental human rights. El comentario explicará el alcance del calificativo «fundamentales». Como en el texto adoptado en primera lectura, lo importante es que las contramedidas se limiten esencialmente en sus efectos al Estado lesionado y al Estado responsable y que no tengan más que efectos mínimos para los individuos. Los derechos humanos fundamentales en particular deben seguir siendo inviolables.

72. El apartado c, que trata de las obligaciones de carácter humanitario que prohíben cualquier forma de represalia, no figuraba como apartado distinto en el texto adoptado en primera lectura. Se incluía en el apartado relativo a la protección de los derechos humanos fundamentales. La Comisión consideró que las represalias respecto del derecho humanitario eran una cuestión distinta que no podía incluirse dentro de la noción general de derechos humanos.

73. El apartado d corresponde al apartado e adoptado en primera lectura y trata de las normas imperativas de derecho internacional general. Algunos miembros del Comité de Redacción consideraban que los apartados a a c abarcaban casi totalmente la categoría de las normas imperativas, pero la mayoría se mostró favorable a mantener una cláusula más general. El Comité examinó también la posibilidad de alinear este apartado con el artículo 43 [40] haciendo referencia a «cualquier otra obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto», pero ha considerado esta redacción demasiado amplia y ha preferido la expresión «normas imperativas», que corresponde a una noción más restringida.

74. Por último, el apartado e trata de la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares y corresponde al apartado c adoptado en primera lectura, con leves modificaciones de redacción. Este apartado es esencial, ya que los agentes diplomáticos o consulares corren el riesgo de ser blanco de contramedidas. Sin esta limitación, las relaciones entre Estados podrían resultar muy difíciles.

75. El orden de las categorías del párrafo 1 es diferente del que había en el texto adoptado en primera lectura. En este último, el actual apartado d del párrafo 1, relativo a las normas imperativas, figuraba al final de la lista indicando cualquier otro comportamiento que infrinja una norma imperativa del derecho internacional general. Quedaba no obstante entendido que el lugar de este apartado no significaba que todas las demás obligaciones enunciadas en los apartados precedentes fueran impues-

tas por normas imperativas. El Comité de Redacción estimó que quedaría más claro colocar el apartado relativo a las normas imperativas inmediatamente después de los relativos a cuestiones que pueden considerarse como pertenecientes a normas imperativas, es decir, los apartados a a c. El apartado e no concierne a las normas imperativas y, por tanto, debe colocarse después del apartado d. Esta organización refuerza la interpretación del apartado b sobre la protección de los derechos humanos fundamentales, ya que este apartado trata únicamente de la categoría de derechos humanos que no pueden ser objeto de derogaciones por su naturaleza imperativa.

76. El párrafo 2 trata de los procedimientos de solución de controversias vigentes entre las partes y subraya que importa observar esos procedimientos cuando se adoptan contramedidas. Además, indica implícitamente que los mecanismos de solución de controversias no pueden ser en cuanto tales objeto de contramedidas.

77. El artículo 52 [49] (Proporcionalidad) no ha sido modificado, corresponde al artículo 49 adoptado en primera lectura. Este último relacionaba la proporcionalidad con la gravedad del hecho ilícito y con el perjuicio sufrido. Durante el debate en la Comisión se dijo que, dado el objeto de las contramedidas, a saber, conducir al Estado responsable a cumplir sus obligaciones, la proporcionalidad debía apreciarse respecto de ese objeto. El Comité de Redacción estimó que la pertinencia del objeto de las contramedidas resultaba principalmente del contexto y que podía adoptar los términos utilizados por la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, a saber que las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, habida cuenta de los «derechos de que se trate».

78. Por tanto, el texto revisado del artículo vincula la proporcionalidad principalmente con el perjuicio sufrido, pero teniendo en cuenta otros dos criterios: la gravedad del hecho ilícito y los derechos de que se trate. Las palabras «teniendo en cuenta» no pretenden ser exhaustivas, y otros factores pueden también intervenir en la determinación de la proporcionalidad. Estos factores deben identificarse en función de los hechos de cada caso. Sobre la cuestión de la supresión de la referencia a la gravedad del hecho ilícito, propuesta por algunos miembros de la Comisión, las opiniones estaban divididas en el Comité de Redacción, que no ha podido ponerse de acuerdo sobre este tema. La referencia en cuestión se ha conservado porque figuraba en el texto adoptado en primera lectura y no ha sido criticada por los gobiernos. Además, en el nuevo texto la gravedad no es más que uno de los criterios a tomar en consideración. En cuanto a los «derechos de que se trate», se trata de los derechos del Estado lesionado pero también de los derechos del Estado autor del hecho ilícito. La expresión podría abarcar además los derechos de otros Estados susceptibles de ser afectados. El Comité ha colocado este artículo delante del artículo 53 [48] (Condiciones del recurso a las contramedidas) porque trata cuestiones de fondo, como los artículos precedentes del capítulo II, en tanto que los demás artículos de este capítulo tienen un carácter procedimental.

79. El artículo 53 [48] corresponde al artículo 48 adoptado en primera lectura, que el Relator Especial había dividido en dos, incorporando los párrafos 3 y 4 del texto

adoptado en primera lectura en un artículo 50 bis relativo a la suspensión o la cesación de las contramedidas. Cuando reexaminó los dos artículos en cuestión, el Comité de Redacción estimó que los dos primeros párrafos del artículo 56 propuesto por el Relator Especial debían sustituirse por el artículo 53 a fin de que todas las condiciones de procedimiento del recurso a contramedidas figuraran en el mismo artículo. Cuando elaboró el artículo 53, el Comité trató de conciliar las amplias divergencias de opinión que se habían expresado en la Comisión y tuvo particularmente en cuenta las críticas de que fue objeto el artículo 48 adoptado en primera lectura, porque vinculaba las contramedidas con procedimientos obligatorios de solución de controversias.

80. El Comité de Redacción estimó que, antes de adoptar contramedidas, un Estado lesionado estaba obligado a pedir al Estado responsable, conforme al artículo 44, que cumpliera las obligaciones que le incumbían en virtud de la segunda parte. Esta obligación de notificación se enuncia en el párrafo 1. La idea que inspira este párrafo es que, dado el carácter excepcional y las consecuencias potenciales de las contramedidas, no deben adoptarse mientras el Estado lesionado no haya notificado su reclamación al otro Estado, aunque el plazo que media entre esa notificación y la adopción de las contramedidas puede ser breve. Si el Estado lesionado ha notificado ya su reclamación al Estado responsable en aplicación del artículo 44, no tiene que hacerlo de nuevo para aplicar el párrafo 1 del artículo 53 [48] a los fines de las contramedidas. Además, la notificación prevista en el párrafo 1 puede mencionar también la decisión del Estado lesionado de adoptar contramedidas y, por tanto, satisfacer una de las condiciones enunciadas en el párrafo 2.

81. El párrafo 2 impone al Estado lesionado la obligación, una vez que haya decidido adoptar contramedidas, de informar de ello al Estado responsable y también de ofrecer «negociar con ese Estado». El Comité de Redacción ha reformulado así esta última condición, conforme a la opinión mayoritaria expresada en la Comisión. Pese a los temores expresados por algunos de sus miembros, el Comité ha considerado que la condición enunciada en el párrafo 2 era útil y que no era excesivamente gravosa para el Estado lesionado, dado que las contramedidas pueden tener graves consecuencias para el Estado. Además, aquí también la relación temporal entre la aplicación del párrafo 1 y la del párrafo 2 no es estricta. Las notificaciones pueden estar bastante cerca una de la otra o incluso ser simultáneas. Puede también preverse autorizar al Estado lesionado a adoptar medidas provisionales y urgentes para proteger sus derechos. Algunos miembros del Comité estimaron que esta excepción no estaba justificada porque era difícil distinguir claramente entre las contramedidas provisionales y urgentes y las demás contramedidas.

82. El párrafo 3 trata precisamente de las que, en el texto adoptado en primera lectura, se llamaban «medidas conservatorias». Al hacer su propuesta, el Relator Especial dijo que esta formulación podía mejorarse, pero admitía que algunas contramedidas puedan adoptarse con carácter urgente por el Estado lesionado cuando sea necesario para proteger sus derechos. Por esta razón, una de esas medidas se designa en lo sucesivo con la expresión «contramedidas provisionales y urgentes». Estas contra-

medidas no están sujetas a las condiciones enunciadas en el párrafo 2, pero para que puedan adoptarse, el Estado lesionado debe haber notificado su reclamación en aplicación del párrafo 1. Están sujetas a los mismos límites que las contramedidas en general. Las contramedidas se consideran en principio provisionales, pero esta característica se ha subrayado en relación con el párrafo 3. El elemento temporal es también crucial en el marco de este párrafo: el Estado lesionado puede perder la posibilidad de proteger sus derechos si no actúa rápidamente. El comentario desarrollará este punto y en particular la relación entre los párrafos 1 y 3. Los «derechos» de que se trata comprenden los derechos del Estado lesionado en virtud de la segunda parte.

83. El párrafo 4 retoma en forma revisada el párrafo 3 del artículo 48 propuesto por el Relator Especial, que fue bastante discutido durante el debate en la Comisión. Su objeto es desalentar la adopción de contramedidas mientras las partes están negociando de buena fe. No se aplica a las contramedidas previstas en el artículo 3. Así, el Estado lesionado puede adoptar contramedidas provisionales y urgentes incluso durante las negociaciones. Un miembro del Comité de Redacción criticó el párrafo 4, basándose en que no se ajustaba a la opinión expresada por el tribunal arbitral en el asunto *Accord relatif aux services aériens* y en que no era razonable.

84. El párrafo 5 concierne al caso en que haya cesado el hecho ilícito y la controversia esté sometida a una corte o un tribunal que estén facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes. Una vez cumplidas estas condiciones, el Estado lesionado no puede adoptar contramedidas o, si ya las ha adoptado, debe suspenderlas en un plazo razonable. La idea en este caso es que una vez que las partes han sometido su controversia a una jurisdicción, incumbe a ésta adoptar medidas provisionales para proteger los derechos del Estado lesionado si éste se lo pide. La expresión «en un plazo razonable», que califica la suspensión de las contramedidas, tiene por objeto tener en cuenta el tiempo que puede ser necesario para que pueda constituirse el tribunal que pueda examinar la oportunidad de adoptar las medidas provisionales en cuestión o cualesquiera otras medidas que sean necesarias. Este párrafo supone que la corte o el tribunal de que se trate es competente para conocer de la controversia y también que está facultado para adoptar medidas provisionales. La referencia a «una corte o un tribunal» es funcional, es decir, se refiere a todo mecanismo de solución de controversias por terceros, cualquiera que sea el nombre que reciba, que tenga poder para adoptar las decisiones vinculantes para las partes, pero no se refiere a órganos políticos como el Consejo de Seguridad.

85. El párrafo 6 se inspira en el párrafo 4 del artículo 48 adoptado en primera lectura y en el párrafo 2 del artículo 50 bis propuesto por el Relator Especial. Sin embargo está redactado en términos más generales y enuncia la obligación del Estado responsable de aplicar de buena fe los procedimientos de solución de controversias convenidos entre las propias partes. Concierne al caso en que las partes se encuentren ante una corte o un tribunal competente y en el que esta corte o tribunal ha ordenado medidas provisionales o ha dictado una decisión, pero el Estado responsable no la ha respetado. Este párrafo se aplica también a las situaciones en las que un Estado

parte no coopere en la constitución del tribunal o no comparezca ante éste una vez constituido. Dadas las circunstancias mencionadas en el párrafo 6, los límites a la adopción de las contramedidas enunciadas en el párrafo 5 no se aplican.

86. El artículo 54 (Contramedidas tomadas por Estados que no sean Estados lesionados) es una disposición nueva con relación al texto adoptado en primera lectura y concierne a las contramedidas adoptadas por Estados distintos que el Estado lesionado y que estén facultados para invocar la responsabilidad de un Estado en virtud del artículo 49. El Relator Especial había tratado esta cuestión en sus proyectos de artículo 50 A y 50 B, que concernían respectivamente a las contramedidas adoptadas en nombre del Estado lesionado y a las contramedidas adoptadas en caso de violación grave de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto. Tras un debate, el Comité de Redacción llegó a la conclusión de que los dos artículos propuestos por el Relator Especial no abarcaban todas las situaciones y, en cierta medida, se superponían. Además, la cuestión de la cooperación, que se trataba en el artículo 50 B, es también pertinente en las situaciones previstas en el artículo 50 A. Por tanto, decidió reunir esos dos artículos.

87. A juicio del Relator Especial y del Comité de Redacción, cuando no hay Estado lesionado en sentido del artículo 43 [40], hay que distinguir entre violaciones que afectan a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, por una parte, y las violaciones graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales en el sentido del artículo 41, por la otra. Sólo en lo que concierne a estas últimas violaciones pueden justificarse las contramedidas adoptadas por Estados que no son Estados lesionados en el sentido del artículo 43 [40]. En lo que concierne a las demás violaciones, un Estado habilitado para invocar la responsabilidad en virtud del artículo 49 no puede adoptar contramedidas más que si hay un Estado lesionado.

88. Cuando hay un Estado lesionado, cualquier otro Estado al que se deba la obligación puede adoptar contramedidas en ciertas condiciones. Estas condiciones son las siguientes: primera, esas contramedidas deben adoptarse a petición y por cuenta del Estado lesionado y, segunda, este Estado debe él mismo estar habilitado para adoptar contramedidas. Es decir, que prevé una forma de cooperación con el Estado lesionado. Los deseos del Estado lesionado desempeñan pues un papel importante en la decisión de adoptar contramedidas y en la elección de las mismas.

89. En cuanto a las violaciones previstas en el artículo 41, el Comité de Redacción ha estimado que todo Estado puede adoptar contramedidas entre los beneficiarios de la obligación violada. En el texto que proponía sobre esta cuestión particular, el Relator Especial había limitado esta posibilidad a los casos en que no había Estado lesionado en el sentido del artículo 43 [40]. Los miembros del Comité estaban divididos sobre esta cuestión. Según una opinión, cuando había un Estado lesionado en el sentido del artículo 43 [40], sus deseos debían ser decisivos sobre la cuestión de saber si había que adoptar contramedidas y la forma de esas medidas. Según otra opinión, en caso de

violación grave de obligaciones encaminadas a proteger intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, los deseos del Estado lesionado no tenían apenas que ser tomados en consideración, incluso no tenían que serlo en absoluto. El Comité llegó a la conclusión de que, en el caso de estas violaciones, el Estado lesionado no tenía el mismo papel que en el párrafo 1 y que las palabras «en interés de los beneficiarios» se referían implícitamente a los intereses del Estado lesionado. Este punto se desarrollará en el comentario. Estas son las dos situaciones que tratan los párrafos 1 y 2 del artículo 54.

90. Otra cuestión que planteaba este artículo era la de la coordinación entre los Estados cuando eran varios los que adoptaban contramedidas. Lo mismo que la Comisión, el Comité de Redacción ha pensado que no sería posible tratar esta cuestión con detalle. En primer lugar, toda decisión en lo que respecta a la prioridad y la coordinación depende de las circunstancias de hecho y de cierto número de otros factores. Todo lo que podía requerirse razonablemente era que, en términos generales, los Estados cooperen cuando tengan la intención de adoptar contramedidas a fin de que esas medidas, individual o colectivamente, respondan a las condiciones de recurso en las contramedidas enunciadas en el capítulo II. Una de las preocupaciones principales era naturalmente la proporcionalidad. El párrafo 3 está redactado en términos generales y abarca las situaciones previstas en los párrafos 1 y 2. También puede aplicarse, al menos por analogía, cuando dos o varios Estados lesionados en el sentido del artículo 43 [40] adopten contramedidas. Estos Estados deben también cooperar conforme al principio enunciado en ese párrafo.

91. Conviene indicar que una de las cuestiones que se han debatido respecto de este artículo es la medida en la que el derecho a adoptar contramedidas debía limitarse a las medidas colectivas adoptadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de una organización regional o si debía ser sin perjuicio de tales medidas. El Comité de Redacción no ha podido ponerse de acuerdo sobre este punto. Primero, plantea cuestiones complejas que no han sido examinadas por la Comisión ni por el Relator Especial en sus informes, y el Comité no disponía de tiempo suficiente para estudiar las cuestiones de principio que plantean de manera adecuada. Segundo, en cualquier caso sería muy difícil enunciar reglas generales aplicables en todas las situaciones. Tercero, aventurándose en ese terreno, la Comisión habría ido demasiado lejos en el ámbito del derecho progresivo. Cuarto, según algunos miembros del Comité, en cualquier caso la cuestión no pertenecía al tema.

92. El último artículo del capítulo II es el artículo 55 [48] (Terminación de las contramedidas), que corresponde al párrafo 3 del artículo 50 bis propuesto por el Relator Especial. Trata del caso en que un Estado responsable haya cumplido sus obligaciones en virtud de la segunda parte. En este caso no hay ninguna razón para mantener las contramedidas y, por tanto, debe ponerse fin a las mismas.

93. El Presidente del Comité de Redacción presenta finalmente la cuarta parte del proyecto (Disposiciones generales), que comprende cuatro artículos.

94. El primero es el artículo 56 [37] (*Lex specialis*), que corresponde al artículo 37 adoptado en primera lectura. El Comité de Redacción ha simplificado el texto del artículo, que tiene por objeto indicar la relación existente entre el proyecto de artículos y otras normas en materia de responsabilidad de los Estados, quedando entendido que dichas normas tienen la misma fuerza jurídica que las enunciadas en el proyecto de artículos o fuerza superior. A tenor del artículo 56 [37], el proyecto de artículos no se aplica en los casos y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito o sus consecuencias jurídicas estén determinadas por normas específicas de derecho internacional. Es a la regla específica a la que corresponderá determinar en qué medida deroga las normas más generales sobre la responsabilidad de los Estados enunciadas en el proyecto de artículos.

95. El artículo 57 (Responsabilidad de una organización internacional o por el comportamiento de ésta) no existía en el texto adoptado en primera lectura. Fue adoptado por el Comité de Redacción en el 50.º período de sesiones de la Comisión como artículo A⁵. El Comité se ha limitado a modificar el texto inglés de la cláusula preliminar para alinearla con el texto utilizado en otros artículos: la expresión *These articles shall not prejudice any question* ha sido sustituida por *These articles are without prejudice to any question*.

96. En cuanto al artículo 58 (Responsabilidad individual), el Comité de Redacción no ha podido aceptar la propuesta hecha por algunos miembros de la Comisión de insertar en el artículo 51 adoptado en primera lectura un párrafo que prevea la «transparencia» del Estado en el caso de violaciones graves debidas a la comunidad internacional en su conjunto. No obstante, ha considerado útil indicar en el marco de las disposiciones generales que los artículos no trataban la cuestión de la responsabilidad individual en el derecho internacional de toda persona que actúe en cuanto órgano o agente del Estado. Esto podía ya deducirse del hecho de que los artículos no trataban más que de la responsabilidad de los Estados, pero el Comité ha estimado que una disposición específica lo indicaría más claramente. Tal es el objeto del artículo 58, que también es una cláusula «sin perjuicio».

97. El Presidente del Comité de Redacción recuerda que el Relator Especial había propuesto un artículo que disponía expresamente que los artículos no afectaban a las normas primarias cuya violación podía acarrear la responsabilidad de los Estados. Este artículo, artículo B, se titulaba «Normas que determinan el contenido de una obligación internacional». La relación entre las normas primarias y las normas secundarias es, sin embargo, compleja y cabría considerar que algunos artículos invaden cuestiones pertenecientes a las normas primarias. El Comité no ha conseguido enunciar el principio propuesto con brevedad, concisión y claridad. Por tanto, ha decidido que sería preferible tratar esta cuestión en el comentario de la primera parte, donde podría explicarse con más detalle. Por tanto, se ha suprimido el artículo B.

98. El último artículo de la cuarta parte es el artículo 59 [39] (Relación con la Carta de las Naciones Unidas), que corresponde al artículo 39 adoptado en primera lectura.

⁵ Véase la nota 3 supra.

Durante el debate en segunda lectura, algunos miembros de la Comisión lo consideraron útil, en tanto que otros estimaban que, dada la importancia particular que había adquirido en el marco de los artículos adoptados en primera lectura, sería preferible conservarlo, modificándolo ligeramente. Actualmente tiene la fórmula de una cláusula «sin perjuicio» y no pretende afectar a la relación entre los artículos y la Carta. En cualquier caso, esta relación no depende de características de las que pueda decirse que son propias de las cuestiones tratadas en el proyecto de artículos.

99. Dado que el artículo 59 [39] es una cláusula «sin perjuicio», el Comité de Redacción ha considerado útil, como sugirieron algunos miembros de la Comisión, suprimir la referencia al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y referirse a la Carta en su conjunto.

100. El PRESIDENTE dice que, como ha recomendado el Presidente del Comité de Redacción, la Comisión se limitará a tomar nota del informe del Comité y no adoptará decisión en lo que concierne al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados más que en su próximo período de sesiones. Por tanto, el debate de fondo sobre este proyecto de artículos tendrá lugar en ese período de sesiones.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2663.ª SESIÓN

Jueves 17 de agosto de 2000, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. Kamto, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones (continuación*)

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (continuación*)
(A/CN.4/L.593 y Corr.1 y Add.1 a 6)

1. El PRESIDENTE anuncia que podría procederse a un breve intercambio de opiniones sobre la conveniencia de adoptar ulteriores medidas acerca del informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.600), en el que figuran los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por el Comité en segunda lectura.

2. Tras un debate de procedimiento en el que intervienen el Sr. BROWNIE, el Sr. DUGARD, el Sr. ECONOMIDES, el Sr. GALICKI, el Sr. GOCO, el Sr. HAFNER, el Sr. KUSUMA-ATMADJA, el Sr. MOMTAZ, el Sr. PELLET, el Sr. Sreenivasa RAO, el Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO, el Sr. ROSENSTOCK, el Sr. SIMMA, el Sr. TOMKA y el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), el PRESIDENTE sugiere que la Comisión podría ocuparse brevemente de esta cuestión en la próxima sesión.

Así queda acordado.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (continuación*)

3. El PRESIDENTE invita a los miembros a reanudar el examen de los párrafos correspondientes a la sección B del capítulo IV.

Párrafo 8 (conclusión*) (A/CN.4/L.593/Add.3)

4. El PRESIDENTE da lectura al nuevo párrafo 8 propuesto por el Relator Especial: «En cuanto al apartado c del párrafo 2, el Relator Especial recomendó que previera simplemente la concesión de indemnización de daños y perjuicios a modo de satisfacción cuando procediera. Las palabras “en caso de vulneración manifiesta” limitaban excesivamente el funcionamiento normal de la satisfacción respecto de las infracciones que no pudieran calificarse de “graves” o “notorias”; tal limitación era contraria a la jurisprudencia pertinente. A su juicio, la concesión de una indemnización considerable (y no simplemente nominal) en los casos apropiados era un aspecto de la satisfacción. En cambio, el apartado c no incluía la indemnización punitiva, tema que se abordaría más tarde en el contexto de una posible categoría de “infracción notoria”. Si quería permitirse en absoluto la indemnización punitiva, tenía que llevar aparejadas condiciones especiales.»

Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.

Párrafos 71 a 74

Quedan aprobados los párrafos 71 a 74.

Párrafo 75

5. El Sr. HAFNER propone que, para que quede constancia de algunas objeciones expresadas en relación con el apartado b del artículo 46 bis, se añada al final del párrafo la frase siguiente: «Sin embargo, se expresó también la opinión de que el apartado b podía crear dificultades ya que requeriría a los Estados tomar medidas cautelares respecto de todos los tipos posibles de infracción del derecho internacional para obtener una íntegra reparación».

6. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) apoya esa propuesta.

Queda aprobado el párrafo 75, en su forma enmendada.

* Reanudación de los trabajos de la 2661.ª sesión.

Párrafo 76

Queda aprobado el párrafo 76.

Párrafo 77

7. El Sr. SIMMA propone que, en la tercera frase, se suprima la palabra «general» y que, en la cuarta frase, se sustituya la palabra «concebía» por «entendía».

Queda aprobado el párrafo 77, en su forma enmendada.

Párrafos 78 a 82

Quedan aprobados los párrafos 78 a 82.

Párrafos 83 y 84

8. El Sr. KAMTO sugiere modificaciones de estilo en la versión francesa de ambos párrafos.

9. El Sr. SIMMA propone que, en la primera frase del párrafo 83, se sustituyan las palabras «había sido objeto históricamente de abusos graves» por «había sido objeto de abusos graves en el pasado».

Quedan aprobados los párrafos 83 y 84, en su forma enmendada.

Párrafos 85 a 90

Quedan aprobados los párrafos 85 a 90.

Párrafos 1 y 2 (A/CN.4/L.593/Add.4)

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Párrafo 3

10. El Sr. PELLET propone una modificación de estilo en la versión francesa de la cuarta frase y la supresión de las palabras «en general». En la quinta frase debería sustituirse la palabra «Normalmente» por «Sin embargo».

11. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) apoya esas propuestas y dice que, para garantizar la concordancia en la versión inglesa, la cuarta frase debe decir *could not absolutely insist on a specific form of satisfaction, though it was entitled to insist on some form of satisfaction*.

Así queda acordado.

12. El Sr. ECONOMIDES dice que la última parte de la última frase no queda clara.

13. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la versión francesa debe ajustarse a la inglesa, que establece una distinción entre el cumplimiento continuado de la obligación primaria y la elección de formas de reparación.

14. En respuesta a una pregunta del Sr. Sreenivasa RAO, dice que el debate bosquejado en el párrafo 3 se refería a las diferentes formas de reparación, a saber, la restitución, la indemnización y la satisfacción, en el contexto de la satisfacción. La satisfacción en sí puede adoptar diferentes formas y, para evitar confusiones, se las denominó posteriormente modalidades. En las tres últimas frases del párrafo se examina la cuestión muy debatida de hasta qué punto el Estado lesionado tiene derecho a elegir una indemnización o la restitución. La tercera y la cuarta frase se refieren a si el Estado lesionado tiene derecho a especificar la forma de satisfacción que desea: por ejemplo, enjuiciamiento de un determinado funcionario. La Comisión ha adoptado la opinión de que el Estado lesionado tiene en general el derecho de elegir entre las formas de reparación, pero que ese derecho no puede llegar al punto de permitir que el Estado lesionado dicte una modalidad específica de satisfacción, a no ser que esa modalidad constituya un aspecto del cumplimiento en sí.

Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.

Párrafos 4 a 6

Quedan aprobados los párrafos 4 a 6.

Párrafo 7

15. El Sr. PELLET dice que, en la última frase, debe añadirse la palabra «excesiva» después de «demora».

Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.

Párrafo 8

16. El Sr. GALICKI dice que debe indicarse la fecha de adopción del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, como es el caso en el párrafo 33.

17. El Sr. PELLET dice que no hay motivo para utilizar únicamente expresiones inglesas en la tercera frase de la versión francesa cuando podrían utilizarse expresiones francesas perfectamente válidas.

18. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), refiriéndose a la observación del Sr. Pellet, dice que es necesario comprobar cómo se ha traducido la expresión *joint and several liability* en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, ya que el original habría tenido que redactarse en inglés y en francés.

19. El PRESIDENTE dice que la secretaría estudiará esta cuestión.

Queda aprobado el párrafo 8.

Párrafos 9 y 10

Quedan aprobados los párrafos 9 y 10.

Párrafo 11

20. El Sr. BROWNLIE sugiere que la tercera frase diga lo siguiente: «No obstante, la situación en que se planteaba se refería principalmente al caso en que la misma reclamación o, por lo menos, la reparación del mismo daño, era el objeto de la reclamación por el Estado lesionado contra varios Estados».

Queda aprobado el párrafo 11, en su forma enmendada.

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12, con una ligera modificación de estilo.

Párrafo 13

Queda aprobado el párrafo 13.

Párrafo 14

Queda aprobado el párrafo 14, con una ligera modificación de estilo.

Párrafos 15 a 20

Quedan aprobados los párrafos 15 a 20.

Párrafo 21

Queda aprobado el párrafo 21, con una ligera modificación de estilo.

Párrafos 22 a 25

Quedan aprobados los párrafos 22 a 25.

Párrafo 26

21. El Sr. HAFNER dice que, en la versión inglesa, la expresión latina debe decir *non ultra petita*.

22. El Sr. PELLET dice que, en la redacción actual del párrafo, sólo queda reflejada la opinión menos ortodoxa. Por consiguiente, sugiere que se añada una nueva frase al final que diga: «Otros miembros, en cambio, consideraron que el principio era parte integrante del derecho positivo.»

Queda aprobado el párrafo 26, en su forma enmendada.

Párrafos 27 a 31

Quedan aprobados los párrafos 27 a 31.

Párrafo 32

23. El Sr. SIMMA dice que, en el contexto del Convenio europeo de derechos humanos, sería más apropiado referirse a una obligación erga omnes partes. En segundo lugar, debe suprimirse la expresión «en sentido restrictivo», en la cuarta frase, ya que la Comisión no ha examinado el derecho a invocar la responsabilidad en esas condiciones.

24. El Sr. GAJA dice que se opone a añadir la palabra partes: la obligación podría aplicarse en contextos distintos del del Convenio europeo de derechos humanos y podría existir una grave violación de una obligación erga omnes sin que hubiera partes.

25. El Sr. PELLET sugiere que se inicie el párrafo con las palabras «Sin embargo» en lugar de «Al mismo tiempo». Después de todo, el párrafo 32 está cualificando las opiniones expresadas en el párrafo 31.

26. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) apoya la sugerencia del Sr. Pellet. En cuanto a los puntos planteados por el Sr. Simma, conviene en suprimir la expresión «en sentido restrictivo». Por otra parte, coincide con el Sr. Gaja en que la frase no se refiere solamente al Convenio europeo de derechos humanos, por lo que la palabra partes es innecesaria. Además, pensándolo bien, piensa que debe suprimirse el miembro de frase «mientras que el Estado de la nacionalidad [...] régimen general», al final de la tercera frase. La primera parte de la frase explica adecuadamente la situación con arreglo al Convenio y es innecesaria toda nueva explicación.

27. El Sr. HAFNER dice que la importancia de la expresión «en sentido restrictivo» consiste en que el derecho a invocar la responsabilidad concierne únicamente a los Estados que tengan un interés jurídico. Otros Estados sólo tienen ese derecho en algunas circunstancias. Por su parte, el «régimen general» significa el régimen del derecho internacional y se refiere, de hecho, al ejercicio de la protección diplomática. Explica los diversos derechos que tienen los Estados con respecto a una misma violación del derecho internacional.

28. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la explicación del Sr. Hafner ha aclarado la cuestión, pero el resumen sigue estando poco claro y, teniendo en cuenta la frase que sigue, la supresión propuesta es insostenible. Por consiguiente, sugiere que se añada una nueva frase después de las palabras «queja entre Estados» que diga: «El Estado de la nacionalidad tenía además el derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado por los daños causados a sus nacionales en el marco del derecho internacional general».

29. El Sr. ECONOMIDES sugiere que se vuelva a redactar la segunda mitad de la tercera frase de la manera siguiente: «...mientras que el Estado de la nacionalidad tenía además el derecho a invocar la responsabilidad del Estado en cuestión en el marco del régimen general de responsabilidad».

30. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la enmienda propuesta por el Sr. Economides tal vez sea preferible a la suya. Deja la decisión a la secretaría.

Queda aprobado el párrafo 32, en su forma enmendada.

Párrafo 33

Queda aprobado el párrafo 33.

Párrafo 34

31. El Sr. GAJA dice que la segunda frase parece basarse en observaciones hechas por él, pero, en su redacción actual, carece de sentido. Por consiguiente, sugiere que se modifique la frase para que diga: «Podía haber una pluralidad de hechos ilícitos cometidos por Estados diferentes que contribuyeran a los mismos daños».

32. El Sr. Sreenivasa RAO sugiere que podría conseguirse el mismo efecto si se suprimiese simplemente la segunda mitad de la frase.

33. El Sr. GAJA dice que la enmienda que ha sugerido conduce de la manera más natural al ejemplo del asunto *Détroit de Corfou*, que puede interpretarse de diferentes modos.

Queda aprobado el párrafo 34, en su forma enmendada.

Párrafo 35

34. El Sr. PELLET dice que es inadecuado decir que algunos principios generales de derecho «comprendían» analogías con el derecho interno. Propone que se sustituya la palabra «comprendían» por «se basaban en analogías». En segundo lugar, sería preferible decir «de limitada pertinencia» que «menos pertinentes».

Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada.

Párrafo 36

35. El Sr. PELLET se pregunta por qué al final del párrafo sólo se hace referencia a las partes primera y segunda y no a la segunda parte bis.

36. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que las referencias sustanciales se hacen a las partes primera y segunda, pero sería perfectamente aceptable sustituir esas palabras por «la totalidad del texto».

Queda aprobado el párrafo 36, en su forma enmendada.

Párrafo 37

37. El Sr. BROWNLIE dice que, en la versión inglesa, se ha omitido la palabra *of* entre las palabras *topic* y *diplomatic*, en la segunda frase. A este respecto, los conceptos de «protección diplomática» y «legislación nacional» no compaginan muy bien.

38. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) conviene en que las palabras «legislación nacional» están fuera de lugar y sugiere que se supriman.

Queda aprobado el párrafo 37, en su forma enmendada.

Párrafo 38

Queda aprobado el párrafo 38.

Párrafo 39

39. El Sr. PELLET dice que sería más exacto decir que el requisito de la contribución era una idea de *common law* y no de derecho civil. Sugiere, por lo tanto, que se modifique el texto en este sentido. También impugna la utilización de la palabra *romaniste* en la versión francesa.

Queda aprobado el párrafo 39, en su forma enmendada.

Párrafos 40 y 41

Quedan aprobados los párrafos 40 y 41.

Párrafo 42

40. El Sr. PELLET dice que la frase que comienza con las palabras «Si el Estado lesionado había ya sufrido una pérdida valorable financieramente» quedaría mucho más clara si se añadiesen a continuación las palabras «que no hubiera sido totalmente indemnizada por la restitución».

41. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, aunque no se opone a la enmienda propuesta, el hecho es que si se ha incautado un bien de un Estado, por ejemplo, ese Estado ha sufrido la pérdida del bien aun cuando se haya devuelto éste posteriormente.

Queda aprobado el párrafo 42, en su forma enmendada.

Párrafo 43

42. El Sr. PELLET impugna la expresión *principe de déduction* en la última frase de la versión francesa. Sería preferible decir *cette déduction implicite*.

43. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que se trata de un problema de traducción que debe remitirse a la secretaría.

Queda aprobado el párrafo 43, en esta inteligencia.

Párrafo 44

44. El Sr. BROWNLIE dice que, en la tercera frase, la afirmación de que la protección diplomática es un «compartimiento» de la responsabilidad del Estado tal vez resulte excesivamente dogmática. Sería preferible hablar de una relación o complementariedad.

45. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) sugiere que se sustituyan las palabras «si no un compartimiento de ellas» por «un Estado que actuara en nombre de uno de sus nacionales estaba invocando la responsabilidad del Estado».

46. El Sr. PELLET dice que el Relator Especial ha expresado ese sentimiento precisamente para dar seguridad a los miembros que, como él mismo, piensan

firmemente que, según se dice en el texto francés, la protección diplomática constituye un «elemento» de la responsabilidad del Estado.

47. El Sr. KAMTO sugiere que podría aclararse la cuestión diciendo que «la protección diplomática no era una cuestión separada de la responsabilidad del Estado».

48. El Sr. PELLET dice que, aun cuando la expresión utilizada por el Sr. Kamto se acomoda al uso de la Comisión, podría confundir al lector en general.

49. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que prefiere la enmienda que ha propuesto anteriormente.

50. El Sr. ECONOMIDES dice que hay un cierto error en el texto francés de la frase siguiente. Tal vez debería decirse fortes en lugar de force.

Queda aprobado el párrafo 44, en su forma enmendada.

Párrafos 45 y 46

Quedan aprobados los párrafos 45 y 46.

Párrafo 47

51. El Sr. PELLET dice que, según la versión francesa, hay casos en que la entidad lesionada es resarcida en más de los daños sufridos. Le resulta difícil imaginar tal situación.

52. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que no ocurre así en el texto inglés. Se trata de los problemas que se plantean cuando un particular y un Estado intervienen en procedimientos separados ante diferentes foros, en cuyo caso se aplicaría el principio del doble resarcimiento. Probablemente la traducción al francés es inexacta.

Queda aprobado el párrafo 47.

Párrafos 1 y 2 (A/CN.4/L.593/Add.5)

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Párrafo 3

53. El Sr. PELLET dice que, en el texto francés, sería preferible utilizar la palabra créait en lugar de avait créé al comienzo de la tercera frase.

Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.

Párrafos 4 y 5

Quedan aprobados los párrafos 4 y 5.

Párrafo 6

54. El Sr. LUKASHUK dice que el Relator Especial ha destacado acertadamente la importancia de la Convención de Viena de 1969, pero se ha desviado en gran parte

de las disposiciones de la Convención. Debería darse una justificación de tal desvío y no encuentra ninguna.

55. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el Sr. Lukashuk está señalando una posible deficiencia en lo que dijo en su introducción, que queda, sin embargo, reflejado con exactitud en el párrafo 6.

Queda aprobado el párrafo 6.

Párrafos 7 a 15

Quedan aprobados los párrafos 7 a 15.

Párrafo 16

56. El Sr. BROWNLIE propone que se modifiquen las palabras «se basaba en la CIJ» por «se basaba en la formulación de la CIJ» en la última frase.

Queda aprobado el párrafo 16, en su forma enmendada.

Párrafos 17 y 18

Quedan aprobados los párrafos 17 y 18, con una ligera modificación de estilo.

Párrafo 19

57. El Sr. PELLET sugiere que se modifique la palabra rappelaît, en la primera frase de la versión francesa, para que diga résultait du fait.

58. El Sr. MOMTAZ propone que se modifique la expresión prolifération des régimes juridiques dans la vie internationale, en la tercera frase de la versión francesa, para ajustarla al texto inglés.

59. El Sr. BROWNLIE dice que deben sustituirse las palabras «ponían de manifiesto» por «indicaban».

Queda aprobado el párrafo 19, en forma enmendada.

Párrafo 20

Queda aprobado el párrafo 20.

Párrafo 21

60. El Sr. ECONOMIDES, apoyado por el Sr. KAMTO, se refiere a la cuarta frase del texto francés y dice que no un solo miembro, sino un número considerable de ellos deseaban que volviera a establecerse un vínculo entre las contramedidas y la solución de controversias.

61. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que hay un error en la versión francesa. Al tratar de introducir una cierta diversidad de estilo, en el texto inglés de la frase correspondiente se utilizaban las palabras A preference was expressed. Sería preferible decir «Varios miembros señalaron que preferían...».

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafo 22

62. El Sr. KUSUMA-ATMADJA propone que se modifique el comienzo del párrafo 22, en su versión inglesa, para que diga *Still others maintained that delinking countermeasures*.

Queda aprobado el párrafo 22.

Párrafo 23

63. El Sr. PELLET dice que en lugar de «actuaciones» al final del párrafo tal vez deba decirse «contramedidas».

64. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) confirma que la palabra «actuaciones» es incorrecta y debe en realidad decirse «hecho ilícito» o «supuesto hecho ilícito».

Queda aprobado el párrafo 23, en su forma enmendada.

Párrafo 24

65. El Sr. PELLET dice que la última frase del párrafo debe reflejar el hecho de que algunos miembros, entre ellos él mismo, expresaron la opinión contraria.

66. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que se inserte una coma después de «crímenes internacionales» y se concluya la frase con las palabras «pero hubo quienes opinaron lo contrario».

Queda aprobado el párrafo 24, en su forma enmendada.

Párrafo 25

Queda aprobado el párrafo 25.

Párrafo 26

67. El Sr. PELLET propone que se añada al final del párrafo la frase: «Se señaló también que, en realidad, la circunstancia excluyente de la ilicitud no era la contramedida sino el hecho internacionalmente ilícito en respuesta al cual se adoptaba la contramedida».

68. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), respondiendo a una observación del Sr. ROSENSTOCK, propone que se añadan las palabras «, y por el tribunal arbitral en el asunto *Accord relatif aux services aériens*» después de las palabras «asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*».

Queda aprobado el párrafo 26, en su forma enmendada.

Párrafos 27 a 31

Quedan aprobados los párrafos 27 a 31.

Párrafo 32

69. El Sr. PELLET dice que la utilización de la palabra «bilaterales», en la última frase, no es estrictamente correcta. Esas obligaciones pueden ser también multilaterales. Sería preferible decir «obligaciones en vigor entre el Estado responsable y el Estado lesionado».

70. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que esa frase refleja exactamente las observaciones que hizo en el debate, con independencia de lo bien fundadas que estén. No se hace referencia a tratados bilaterales, sino a obligaciones bilaterales, que pueden surgir de tratados bilaterales, pero que, por definición, no son obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto ni, a fortiori, normas imperativas. Todo lo que se necesita es suprimir el artículo definido antes de «bilaterales».

71. El Sr. SIMMA dice que la utilización de la expresión «obligaciones bilaterales en vigor» es una invitación abierta al malentendido. Sería preferible decir «se indicara que las contramedidas sólo podrían afectar a las obligaciones en vigor entre».

72. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el problema consiste en que una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto es, por definición, una obligación en vigor entre los dos Estados. La formulación del Sr. Simma debe calificarse añadiendo la palabra «bilateralmente» o «exclusivamente».

73. El Sr. SIMMA dice que puede aceptar la formulación «sólo podrían adoptarse respecto de obligaciones en vigor entre el Estado responsable y el Estado lesionado».

Queda aprobado el párrafo 32, en su forma enmendada.

Párrafo 33

Queda aprobado el párrafo 33.

Párrafo 34

74. El Sr. KAMTO dice que el debate sobre la cuestión de lo que sucede cuando no hay una cláusula de solución de controversias vinculante para las partes no queda reflejado en el párrafo.

75. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el párrafo se ocupa del primero de dos debates conexos, pero separados. Sin embargo, tal vez fuera aconsejable determinar si el debate al que se ha referido el Sr. Kamto queda reflejado adecuadamente en el párrafo pertinente del informe, a saber, el párrafo 21.

76. El Sr. MOMTAZ apoya la sugerencia del Relator Especial con respecto al debate al que se ha referido el Sr. Kamto.

77. El PRESIDENTE dice que la secretaría tomará nota de la sugerencia relativa al párrafo 21.

Queda aprobado el párrafo 34.

Párrafo 35

Queda aprobado el párrafo 35.

Párrafo 36

78. El Sr. ECONOMIDES dice que el final del párrafo no refleja adecuadamente los debates celebrados. Por consiguiente propone que se añadan las palabras «opinión que fue rechazada por otros miembros» al final del párrafo.

Queda aprobado el párrafo 36, en su forma enmendada.

Párrafo 37

Queda aprobado el párrafo 37.

Párrafo 38

79. El Sr. PELLET dice que tanto la expresión francesa un article 50 confiné como la expresión inglesa a reunited article 50 dejan mucho que desear. Debería modificarse la frase para que dijera «un único artículo en que se combinaran los artículos 47 bis y 50».

Queda aprobado el párrafo 38, en su forma enmendada.

Párrafos 39 a 41

Quedan aprobados los párrafos 39 a 41.

Párrafo 42

80. El Sr. ECONOMIDES dice que debería reproducirse en una nota el proyecto abreviado de texto presentado por el Relator Especial.

81. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que se inserte una nota con una referencia a la nota 12.

Queda aprobado el párrafo 42, en su forma enmendada.

Párrafos 43 y 44

Quedan aprobados los párrafos 43 y 44.

Párrafo 45

82. El Sr. GAJA propone que se suprima la palabra «mínimas» en la segunda frase.

Queda aprobado el párrafo 45, en su forma enmendada.

Párrafos 46 a 48

Quedan aprobados los párrafos 46 a 48.

Párrafo 49

83. En respuesta a una observación del Sr. MOMTAZ, el Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que se modifique el comienzo del párrafo para que diga: «El Relator Especial recordó que la mayoría de los Estados habían aceptado, algunos de manera renuente y otros por convicción.».

Queda aprobado el párrafo 49, en su forma enmendada, con otra modificación de estilo en la versión francesa.

Párrafo 50

Queda aprobado el párrafo 50.

Párrafo 51

84. El Sr. PELLET, refiriéndose a la última frase del párrafo, dice que sigue sin entender cuál es la «idea subyacente» en la propuesta de establecer una distinción entre los artículos 47 bis y 50.

85. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que se suprima esa frase.

Queda aprobado el párrafo 51, en su forma enmendada.

Párrafos 52 a 54

Quedan aprobados los párrafos 52 a 54.

Párrafo 55

86. El Sr. PELLET pregunta qué quiere decir «conmensurabilidad».

87. El Sr. ROSENSTOCK dice que podría redactarse de nuevo el párrafo para que reflejara mejor la idea subyacente de que las contramedidas deben ser proporcionales y conmensuradas a la situación creada por el hecho ilícito inicial.

Queda aprobado el párrafo 55, en su forma enmendada.

Párrafo 56

Queda aprobado el párrafo 56.

Se levanta la sesión a las 18.05 horas.

2664.^a SESIÓN

Viernes 18 de agosto de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Proyecto de informe de la Comisión sobre
la labor realizada en su 52.º período de sesiones
(conclusión)

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (conclusión)
(A/CN.4/L.593 y Corr.1 y Add.1 a 6)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen de la sección B del capítulo IV.

Párrafos 1 a 6 (A/CN.4/L.593/Add.6)

Quedan aprobados los párrafos 1 a 6.

Párrafo 7

2. El Sr. BROWNLIE dice que habría que suprimir las palabras «No obstante» que figuran al comienzo del párrafo.

Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.

Párrafo 8

3. El Sr. PELLET, apoyado por el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), dice que en la versión francesa de la primera frase, las palabras *il fallait* deberían ser sustituidas por *il faudrait*.

Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.

Párrafo 9

Queda aprobado el párrafo 9.

Párrafo 10

4. El Sr. PELLET dice que la expresión «contramedidas colectivas» es engañosa y que convendría, para evitar que se repitan las controversias a las que ha dado pie, definirla escuetamente en el párrafo 10. Propone pues, en la tercera frase, colocar la palabra «colectivas» entre

comillas y rehacer el final de la frase como sigue: «, en el sentido de que podrían ser adoptadas por cualquiera de los Estados involucrados en un interés colectivo y presentarían una analogía inmediata con la legítima defensa colectiva».

Queda aprobado el párrafo 10, en su forma enmendada.

Párrafos 11 y 12

Quedan aprobados los párrafos 11 y 12.

Párrafo 13

5. El Sr. ECONOMIDES estima que la expresión «actuando en calidad de defensores de los derechos ajenos», que figura en la segunda frase del párrafo, no es clara. Propone sustituirla por la expresión «actuando en nombre de estas últimas» o una expresión análoga.

6. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) opina, como el Sr. Economides, que la expresión «actuando en calidad de defensores de los derechos ajenos» no está clara, pero propone sustituirla por una expresión más amplia, a saber «en nombre de las víctimas o de la comunidad internacional en su conjunto».

Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.

Párrafos 14 a 20

Quedan aprobados los párrafos 14 a 20.

Párrafo 21

7. El Sr. BROWNLIE dice que en la última línea del texto inglés del párrafo 21 convendría añadir la palabra *as* después de la palabra *magnitude*.

Queda aprobado el párrafo 21 en su forma enmendada en su versión inglesa.

Párrafo 22

8. El Sr. BROWNLIE dice que en la penúltima frase del texto inglés, la palabra *well-foundedness* debería sustituirse por *lawfulness*.

9. El Sr. PELLET dice que en la cuarta frase la expresión «represalias» no es afortunada, pues tales medidas son lícitas. Propone sustituirla por la palabra «medidas».

10. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) interviene como miembro de la Comisión y dice que la opinión expresada durante el debate no está bien recogida en el párrafo 22 y que quisiera que se incluyera en él, después de la cuarta frase, una nueva frase que diga lo siguiente: «Esta opinión no reflejaba una opinión universal de los Estados y tampoco se reflejaba en las decisiones, por ejemplo, de la Comisión de Derechos Humanos».

Queda aprobado el párrafo 22, con las tres modificaciones propuestas.

Párrafo 23

Queda aprobado el párrafo 23.

Párrafo 24

11. El Sr. PELLET estima oscuras las frases cuarta y quinta y propone redactarlas de la manera siguiente: «Además, se consideró que la expresión “contramedidas colectivas” era inadecuada, porque implicaba que existía una relación con las contramedidas bilaterales. En cambio, la acción prevista era una reacción a una violación de obligaciones colectivas que podían adoptar tanto un Estado como un grupo de Estados».

12. El Sr. KAMTO se refiere al comienzo de la tercera frase y propone que se diga que el principio non bis in idem «podría aplicarse por analogía» en lugar de «debería aplicarse».

13. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) aprueba estas dos propuestas.

Queda aprobado el párrafo 24, en su forma enmendada.

Párrafo 25

Queda aprobado el párrafo 25.

Párrafo 26

14. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator) estima que, en términos generales, este párrafo es demasiado largo. La segunda parte, en la que se expresa la opinión del Relator Especial, debería figurar en el párrafo dedicado a la presentación por éste de los artículos de que se trata.

15. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la opinión recogida en esta parte del párrafo ha sido emitida durante los debates. Por consiguiente su lugar está en el párrafo 26. Sin embargo, como el párrafo es en efecto demasiado largo, propone dividirlo en dos hacia su mediación, en la frase que empieza diciendo «En cambio el Relator Especial señaló», que es una especie de articulación natural.

16. El Sr. ECONOMIDES opina que la penúltima frase del párrafo es oscura, tanto por su contenido como por su colocación. A su juicio habría que suprimirla.

17. El Sr. PELLET dice que bastaría con retroceder una docena de renglones la frase de referencia, que se insertaría entre las actuales frases octava y novena.

18. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) aprueba esta propuesta.

Queda aprobado el párrafo 26, en su forma enmendada.

Párrafo 27

19. El Sr. MOMTAZ desearía que la secretaria compruebe la fecha y el título exacto de los casos del África sudoccidental mencionados en la primera frase.

20. El Sr. DUGARD, con referencia a una observación del Sr. KAMTO, que le preguntaba sobre el empleo de la palabra *philosophie* en el primer renglón del texto francés, indica que ese es desde luego el término empleado por él durante los debates y que tiene intención de conservarlo.

21. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) aprueba esta propuesta.

Queda aprobado el párrafo 27, a reserva de la comprobación solicitada.

Párrafos 28 y 29

Quedan aprobados los párrafos 28 y 29.

Párrafo 30

22. El Sr. PELLET propone concretar el contenido de la segunda frase, dividiéndolo en dos, como sigue: «Si bien la comisión de un crimen no constituía por sí misma base suficiente para el ejercicio autónomo de la competencia de los tribunales internacionales, abría el camino a una *actio popularis*. También era posible prever algún tipo de mecanismo para la solución de controversias por analogía con el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969».

Queda aprobado el párrafo 30, en su forma enmendada.

Párrafos 31 a 36

Quedan aprobados los párrafos 31 a 36.

Párrafo 37

23. El Sr. PELLET desearía que se puntualice la segunda frase. Convendría añadirle un complemento: «...en lo que tocaba a los Estados».

Queda aprobado el párrafo 37, en su forma enmendada.

Párrafo 38

24. El Sr. GAJA considera insuficiente la primera frase, que propone sustituir por una fórmula más completa, redactada como sigue: «Se sugirió además que en el artículo 51 se debía disponer que los individuos involucrados en la comisión de una violación grave por un Estado no podrían escudarse, en el juicio penal o civil incoado en otro Estado, en el hecho de que hubiesen actuado como órganos del Estado».

25. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) aprueba esta propuesta.

Queda aprobado el párrafo 38, en su forma enmendada.

Párrafo 39

26. El Sr. ECONOMIDES no entiende la expresión «su quebrantamiento», que figura al final de la penúltima frase. Propone que se añada: «concernía a todos los Estados».

Queda aprobado el párrafo 39, en su forma enmendada.

Párrafos 40 a 52

Quedan aprobados los párrafos 40 a 52.

Párrafo 53

27. El Sr. ECONOMIDES hace constar que, contrariamente a las prácticas seguidas en ese momento, el texto del artículo de que se trata en ese párrafo no figura en nota al pie de página, cosa que facilitaría la consulta.

28. El PRESIDENTE dice que la secretaría subsanará esa deficiencia.

Queda aprobado el párrafo 53, con esta reserva.

Párrafos 54 a 60

Quedan aprobados los párrafos 54 a 60.

29. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a emitir sus opiniones sobre los párrafos de la sección B del capítulo IV que quedaron en suspenso.

Párrafo 21 (conclusión) (A/CN.4/L.593/Add.5)

30. De acuerdo con la propuesta del Sr. KAMTO, el Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone añadir al final del párrafo la frase siguiente: «Se señaló que deberían tenerse en cuenta situaciones en las que no existía ningún procedimiento de solución de controversias entre los Estados de que se trataba».

31. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, estimará que la Comisión aprueba el párrafo 21 así modificado.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafo 20 (conclusión) (A/CN.4/L.593/Corr.1)

32. El PRESIDENTE propone que el párrafo 20 diga como sigue:

«En su 2662.^a sesión, celebrada el 17 de agosto de 2000, la Comisión tomó nota del informe del Comité de Redacción sobre la totalidad del proyecto de artículos (A/CN.4/L.600) que fue adoptado provisionalmen-

te por el Comité en segunda lectura y que se reproduce en el anexo a este capítulo.»

Si no hay objeciones, estimará que la Comisión acepta esta propuesta.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 20, en su forma enmendada.

33. El PRESIDENTE invita además a los miembros de la Comisión a opinar sobre lo que conviene hacer, por una parte, con el proyecto de artículos aprobado con carácter provisional por el Comité de Redacción y, por otra parte, con el acta literal del informe del Presidente del Comité.

34. Después de un intercambio de opiniones en el que participan el Sr. BROWNLIE, el Sr. ECONOMIDES, el Sr. GAJA, el Sr. KUSUMA-ATMADJA, el Sr. MIKULKA (Secretario de la Comisión), el Sr. PELLET, el Sr. ROSENSTOCK y el Sr. SIMMA, el PRESIDENTE propone, por una parte, unir al capítulo IV del informe de la Comisión como anexo la integridad del proyecto de artículos, indicando en una nota al pie de página que ese proyecto ha sido aprobado con carácter provisional por el Comité de Redacción y, por otra parte, encargar a la secretaría que transmita lo antes posible a los gobiernos el acta literal del informe del Presidente del Comité de Redacción, así como de la integridad del proyecto de artículos, con una nota explicativa que puntualice la situación de este proyecto de artículos e invite a los gobiernos a comunicar sus observaciones al respecto antes del fin del mes de enero de 2001. Si no hay objeciones, se estimará que la Comisión acepta esta propuesta.

Así queda acordado.

Queda aprobado el capítulo IV, en su forma enmendada.

CAPÍTULO IX.—Otras decisiones y conclusiones de la Comisión (A/CN.4/L.598 y Add.1)

A.—Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación (A/CN.4/L.598)

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

Párrafo 4

35. El PRESIDENTE dice que conviene completar el párrafo de la manera siguiente: «En su 2664.^a sesión, celebrada el 18 de agosto».

Queda aprobado el párrafo 4, así completado.

Párrafo 5

Queda aprobado el párrafo 5.

Párrafo 6

36. El Sr. PELLET dice que convendría puntualizar que cada uno de los temas elegidos se asignó a un miembro «de la Comisión».

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.

Párrafos 7 a 9

Quedan aprobados los párrafos 7 a 9.

Párrafo 10

37. El Sr. SIMMA dice que desearía que la expresión «no era similar a» se sustituya por «era diferente de».

Queda aprobado el párrafo 10, en su forma enmendada.

Párrafos 11 a 14

Quedan aprobados los párrafos 11 a 14.

B.—Fecha y lugar de celebración del 53.º período de sesiones

C.—Cooperación con otros organismos

Párrafos 15 a 20

Quedan aprobados los párrafos 15 a 20.

Quedan aprobadas las secciones B y C.

D.—Representación en el quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General

Párrafo 21

Queda aprobado el párrafo 21.

Párrafo 22

38. El PRESIDENTE dice que la Mesa recomienda que se encargue al Sr. Sreenivasa Rao, Relator Especial para el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas), que asista a los trabajos de la Sexta Comisión. Si no hay objeción, estima que la CDI aprueba esta recomendación.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 22, así completado.

Queda aprobada la sección D, en su forma enmendada.

E.—Seminario de derecho internacional (A/CN.4/L.598/Add.1)

F.—Conferencia en memoria de Gilberto Amado

Párrafos 1 a 15

Quedan aprobados los párrafos 1 a 15.

Quedan aprobadas las secciones E y F.

Queda aprobado el capítulo IX, en su forma enmendada.

CAPÍTULO III.—Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión (A/CN.4/L.592)

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

39. El PRESIDENTE sugiere suprimir la primera frase y refundir el párrafo en una sola frase que diría lo siguiente: «La Comisión desearía recibir de los gobiernos comentarios y observaciones sobre el texto íntegro del proyecto de artículos aprobado con carácter provisional por su Comité de Redacción, en particular sobre cualquier aspecto que sea necesario examinar más detenidamente a fin de completar la segunda lectura en su 53.º período de sesiones, en 2001». Si no hay objeciones, estimará que la Comisión desea adoptar esta propuesta.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.

Párrafos 3 a 6

Quedan aprobados los párrafos 3 a 6.

Queda aprobado el capítulo III, en su forma enmendada.

CAPÍTULO II.—Resumen de la labor de la Comisión en su 52.º período de sesiones (conclusión*) (A/CN.4/L.591)

Párrafo 6 (conclusión*)

40. El PRESIDENTE dice que el informe del Grupo de Planificación sobre el programa de trabajo a largo plazo se ha presentado, por lo que propone a la Comisión, si no hay objeciones, que apruebe el párrafo 6 del capítulo II del informe que había quedado en suspenso.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 6.

* Reanudación de los trabajos de la 2655.ª sesión.

Queda aprobado el capítulo II, en su forma enmendada.

Queda aprobado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones en su conjunto, en su forma enmendada.

Clausura del período de sesiones

41. Después de un intercambio de felicitaciones y de cortesías, el PRESIDENTE declara clausurado el 52.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

Se levanta la sesión a las 12.00 horas.
