

25. Es a todas luces evidente que, en la primera hipótesis, el Estado no ha violado una obligación internacional, puesto que esa obligación ya había terminado cuando se realizó el acto. La segunda hipótesis, por el contrario, puede plantear un problema, ya que la obligación todavía estaba en vigor en el momento en que fue realizado el acto, aunque luego se haya extinguido. Cabe sentirse inclinado a afirmar, por analogía con el derecho penal interno, que el Estado no puede ser considerado responsable puesto que la obligación violada ha dejado de existir. Pero el Relator Especial ha demostrado claramente la diferencia que existe, a este respecto, entre el derecho internacional y el derecho interno y ha afirmado, con razón, que un hecho del Estado constituye la violación de una obligación internacional desde el momento en que ha sido realizado mientras la obligación estaba en vigor.

26. Sin embargo, es menester asimismo tener en cuenta el contenido de la regla que ha anulado la obligación. En efecto, cabe imaginar ciertos casos en que la comunidad internacional no podría admitir que se considerase responsable a un Estado que hubiera violado una obligación internacional que, ulteriormente, hubiera dejado de existir por motivos que afectan a los intereses vitales de la comunidad internacional. Se podría considerar justificadamente que el hecho de tener por responsable a un Estado autor de la violación de una obligación que ha dejado de existir en virtud de la aparición de una nueva regla de *jus cogens* sería en sí mismo contrario a esa nueva regla imperativa de derecho internacional general.

27. Así pues, el Relator Especial ha estado acertado al tener en cuenta las normas de *jus cogens* y afirmar, en el párrafo 2 del artículo 17, que el Estado deja de estar incurso en responsabilidad cuando la obligación violada deja de existir en virtud de la aparición de una regla imperativa de derecho internacional. No obstante, el orador opina que la redacción de este párrafo no es totalmente satisfactoria y que se podría mejorar inspirándose en el texto del artículo 71 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, titulado «Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general». En el párrafo 2 de ese artículo se establece que la terminación de un tratado «eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado» y «no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación»; y, además, que «esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general»⁹. Por lo tanto, si un Estado ha violado una obligación internacional antes de la entrada en vigor de la norma de *jus cogens* que ha anulado esa obligación y si el Estado perjudicado ha obtenido reparación, no es posible volver sobre la decisión arbitral o judicial dictada.

⁹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 323.

28. Por consiguiente, el Sr. Yasseen propone que el párrafo 2 del artículo 17 diga lo siguiente:

«No obstante, un hecho del Estado [...] no dará lugar a la responsabilidad internacional de éste si la obligación que el Estado ha violado ha dejado de existir en virtud de la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general y si el hecho de tener al Estado por responsable está en oposición con esa norma.»

29. En la tercera hipótesis prevista por el Relator Especial, la obligación ha nacido después del comportamiento del Estado. El Relator Especial prevé entonces tres formas de comportamiento. En el caso de un comportamiento continuo, hay violación de una obligación si ésta estaba en vigor durante una parte por lo menos de la existencia de ese comportamiento.

30. En el caso de un comportamiento compuesto, el Estado incurre en responsabilidad si la repetición de los actos que integran el comportamiento ha sido suficiente, durante la vida de la obligación, para constituir una práctica contraria a esa obligación. A este respecto, cabe pensar en la figura del «delito habitual» en derecho interno, que se caracteriza por la realización de varios hechos.

31. En el caso de un comportamiento complejo, el Relator Especial ha estimado que el Estado incurría en responsabilidad si la obligación estaba en vigor en el momento en que comenzó el comportamiento. Pero se podría considerar que el Estado también incurre en responsabilidad cuando la obligación aparece después del comienzo del comportamiento, si los órganos encargados de decidir en última instancia se niegan a reparar la falta cometida, antes del nacimiento de la obligación, por otros órganos del Estado. Cabría considerar, en efecto, que esa decisión definitiva constituye una violación de la obligación, puesto que ha sido adoptada por un órgano del Estado en el momento en que la obligación estaba en vigor.

Se levanta la sesión a las 13.5 horas.

1368.ª SESIÓN

Jueves 13 de mayo de 1976, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Abdullah EL-ERIAN

más tarde: Sr. Paul REUTER

Miembros presentes: Sr. Ago, Sr. Bilge, Sr. Calle y Calle, Sr. Hambro, Sr. Kearney, Sr. Martínez Moreno, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Rossides, Sr. Šahović, Sr. Sette Câmara, Sr. Tabibi, Sr. Tammes, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Ustor, Sir Francis Vallat, Sr. Yasseen.

Responsabilidad de los Estados (*continuación*)
(A/CN.4/291 y Add.1 y 2)
 [Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS
 PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

ARTÍCULO 17 (Vigencia de la obligación internacional)¹
 (*continuación*)

1. El Sr. AGO (Relator Especial) precisa que jamás ha tenido la intención de decir en el párrafo 2 del artículo 17 que, cuando desaparezca una obligación internacional, el hecho ilícito cometido cuando la obligación estaba en vigor cesa retroactivamente de ser ilícito. Por el contrario, ha procurado subrayar que, en derecho internacional, las consecuencias de un hecho se deben determinar sobre la base de la ilicitud que existiera en el momento en que se realizó el acto y que todos los derechos adquiridos por un otro Estado por la ilicitud de un hecho permanecen, incluso en el caso de que la obligación no exista ya en el momento en que se alega la ilicitud de tal hecho. Aun cuando una obligación deje de existir ante una regla de *jus cogens*, el hecho anteriormente cometido en violación de dicha obligación no cesa automáticamente de ser ilícito, pues la ilicitud de un hecho debe apreciarse sobre la base del derecho vigente en el momento en que se cometió ese hecho. A su juicio, sólo existe una excepción a esta regla: el caso en que la regla de *jus cogens* que anula la obligación precedente hace no sólo lícito, sino obligatorio, el comportamiento del Estado que era anteriormente ilícito. Tal es la excepción enunciada en el párrafo 2.

2. Como dijo acertadamente el Sr. Ushakov en la sesión anterior, si un Estado apresaa un buque de pesca fuera de su mar territorial y dentro de un límite de 200 millas, en un momento en que el derecho internacional no ha reconocido todavía este último límite, comete un hecho ilícito, y este hecho continuará siendo ilícito si, más tarde, el límite de la zona «patrimonial» se ampliara a 200 millas por una regla de derecho internacional. En efecto, después de la aprobación de esta regla, el país de que se trate estará autorizado a apresaa un buque de pesca dentro de una zona de 200 millas, pero evidentemente no estará obligado a hacerlo. Su acto habrá pasado a ser lícito, pero no por ello obligatorio.

3. Lo contrario ocurre en los casos —ya considerados— de la trata de esclavos o de la entrega de armas a un país que tiene la intención de cometer una agresión o un genocidio. En estos dos casos, la confiscación del buque y la liberación de los esclavos así como la negativa a entregar armas no solamente se han convertido en actos lícitos, sino en actos debidos. Cuando las autoridades británicas capturaron el buque *Enterprize*, que había tenido que hacer escala en un puerto de las Bermudas, y liberaron a los esclavos que había a bordo, realizaron un acto que era entonces ilícito, pero que más adelante se ha convertido en un comportamiento internacionalmente debido. Por consiguiente, sólo existe una excepción a la regla enunciada en el párrafo 1 cuando el hecho del

Estado que, en el momento de su realización, era ilícito se ha convertido en «un deber de comportamiento en virtud de una norma imperativa de derecho internacional»

4. El Sr. USHAKOV dice que, en su opinión, subsiste la obligación del Estado, pues una regla jurídica entraña siempre un derecho para un Estado y una obligación para otro.

5. El Sr. AGO (Relator Especial) dice que, en el caso del *Enterprize*, el Gobierno británico tenía en efecto la obligación de respetar la propiedad extranjera. Pero la conciencia de los Estados ha evolucionado seguidamente de tal forma que se ha hecho imposible considerar a seres humanos como propiedad de un gobierno y que se ha impuesto al Estado el deber, si apresaba un buque que transportaba esclavos, de liberarlos. Cuando la obligación ha cesado simplemente de existir y el hecho ilícito solamente se ha convertido en lícito, como en el caso de los buques de pesca citados por el Sr. Ushakov, el Estado que ha cometido un hecho ilícito en el momento en que existía la obligación continúa siendo responsable cuando ésta ha cesado. Pero en la hipótesis prevista en el párrafo 2, el hecho ilícito se ha convertido no sólo en lícito, sino en obligatorio, y no cabe pensar que pueda todavía entrañar la responsabilidad del Estado.

6. El Sr. KEARNEY dice que el artículo 17, en especial en la versión inglesa, plantea varios problemas de redacción. El párrafo 1 enuncia una regla deseable y razonable. Bastaría simplemente con mejorar la redacción, que debería en especial armonizarse en mayor grado con la de los artículos anteriores.

7. Por lo contrario, las disposiciones del párrafo 2 le ocasionan grandes dificultades, que la discusión entre el Relator Especial y el Sr. Ushakov no ha hecho sino agravar. Ese párrafo está redactado como si se tratara de un problema planteado por una norma imperativa de derecho internacional. A este respecto, se ha aludido a la propuesta relativa a una zona económica de 200 millas que está siendo examinada en la tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En opinión del Sr. Kearney, si como consecuencia de los trabajos de dicha Conferencia se aceptase tal zona, daría, a lo sumo, nacimiento a una obligación que resultaría de un acuerdo entre numerosos países acerca del modo de distribución entre ellos de determinados recursos económicos del mar. El Sr. Kearney no ve cómo una regla sobre esta materia podría elevarse al rango de norma imperativa de derecho internacional.

8. El tipo de situación que puede entrañar la aplicación de las disposiciones del párrafo 2 será más verosímilmente aquella en que exista una oposición profunda entre dos normas de importancia fundamental para la comunidad internacional y en que, seguidamente, una tenga preferencia en relación con la otra y prevalezca sobre ella. Una situación de esa clase podría resultar de la aplicación del principio enunciado en el párrafo 2 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas en relación con el respecto al principio de la igualdad de derechos de los pueblos y de su derecho a la libre determinación. Se habla constantemente de la libre determinación como una norma fundamental del derecho internacional y con bastante frecuencia en términos que harían de ella una

¹ Véase el texto del artículo en la 1367.^a sesión, párr. 3.

norma imperativa. La noción de «pueblo» plantea evidentemente un problema de definición. Si se supone que existe un pueblo que como tal goza del derecho a la libre determinación, y que, al estar disperso ese derecho entre los Estados A, B y C, hay un movimiento para reunir ese pueblo en un Estado que le sea propio, cabe imaginar también que ese movimiento sea reprimido por los Estados A y B, pero sostenido por el Estado C, que tiene relaciones más estrechas con el pueblo de que se trata. Así pues, supongamos que, en esta hipótesis, el Estado C emprende finalmente una lucha armada contra los Estados A y B, libera de hecho al pueblo de que se trata y le deja crear su Estado. Esta acción sería contraria a una regla que se considera generalmente como una norma imperativa de derecho internacional, que es la de la abstención del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (Artículo 2, párr. 4, de la Carta de las Naciones Unidas).

9. El Sr. Kearney opina que, en tal caso, habría inevitablemente un conflicto entre dos normas. Ahora bien, más adelante, una de esas dos normas podría perfectamente prevalecer sobre la otra, de tal forma que no sería posible, por ejemplo, apoyarse en el principio de la libre determinación para atacar a otro Estado. Una situación de esa clase quedaría entonces comprendida en el párrafo 2 del artículo 17 del proyecto. El Estado que hubiese obrado basándose en una regla cuya aplicación haya sido prohibida más adelante en el caso particular de que se trate podría encontrarse en la obligación de indemnizar. Sin embargo, parece improbable que una regla pueda prevalecer completamente sobre otra hasta el punto de que haga conveniente el resultado indicado en el párrafo 2, en su redacción actual.

10. Otro elemento que debe tomarse en consideración es el tiempo que será necesario para que toda la comunidad mundial acepte la regla como una norma imperativa de derecho internacional. Es sumamente improbable que esta aceptación se alcance en un tiempo tan corto como para que la regla opuesta de derecho internacional consuetudinario conserve aún plenamente su fuerza y su vigencia. El Sr. Kearney estima, por su parte, que el proceso se extenderá durante un período muy largo y que en su transcurso las reglas en pugna con la nueva norma imperativa de derecho internacional perderán progresivamente su fuerza.

11. Como ha subrayado el Sr. Kearney, la zona económica de 200 millas no constituye un buen ejemplo de norma imperativa de derecho internacional. No obstante, las decisiones de la CIJ en los asuntos relativos a la *Competencia en materia de pesquerías*² proporcionan un ejemplo perfecto de lo que podría llamarse la desintegración de una norma anterior debida a la aparición de una nueva norma de derecho internacional. Si se leen con atención tales decisiones se llega necesariamente a la conclusión de que no existe certeza alguna en cuanto a la extensión de la zona de competencia exclusiva en materia de pesquerías, a menos que se haya asumido en un tratado un compromiso con fuerza obligatoria al respecto. Las decisiones de la CIJ han puesto fin a la situación anterior: la norma tradicional que existía

anteriormente en la materia había cesado de existir. Sin duda ocurriría lo mismo si apareciese una norma imperativa que prevaleciese sobre el derecho a la libre determinación.

12. Así pues, las situaciones que el párrafo 2 trata de prever se plantearían raramente, si es que se presentan alguna vez. No obstante, será inevitable que las disposiciones incorporadas en ese párrafo provoquen controversias y susciten inquietudes. El Sr. Kearney tiene, por tanto, serias dudas en cuanto a la conveniencia de incluir ese párrafo en el artículo 17.

13. En cuanto al párrafo 3, el Sr. Kearney estima que las tres situaciones previstas merecen que se las tome en consideración, pero cada una de ellas plantea dificultades.

14. Como han señalado el Sr. Ushakov y otros miembros de la Comisión, el apartado *a* parece agregar muy poco al párrafo 1. La impresión personal del Sr. Kearney es que, si esa disposición añade algo, su rigor es dudoso. Tal como está redactado, el apartado resulta ambiguo en un aspecto. Parece expresar que, si la obligación está en vigor durante una parte por lo menos de la existencia del hecho continuo, la totalidad de ese hecho continuo podrá estar sujeta a la obligación y constituir una fuente de responsabilidad durante toda su existencia. El Sr. Kearney no cree que este efecto sea exacto, pero es el que la versión inglesa del artículo parece dar a entender. Si se desea evitar este efecto, el apartado *a* del párrafo 3 se reduce a la idea enunciada en el párrafo 1, expresada de modo diferente.

15. El apartado *b* se refiere a «un hecho integrado por una serie de comportamientos distintos y relativos a situaciones distintas». Esta disposición sería más clara si se modificase esa parte y se hablase de una «serie de hechos distintos que constituya un comportamiento». La disposición que sigue resulta bastante ambigua, por lo menos en la versión inglesa. Parece referirse a un comportamiento que comprende una serie de hechos lícitos y una serie de hechos ilícitos, todos distintos, y decir, que si tales hechos forman parte del mismo comportamiento, la totalidad del comportamiento es ilícita y queda sujeta a la aplicación de un régimen de responsabilidad, aun cuando en gran parte ese comportamiento sea perfectamente lícito. Quizás esta consecuencia no es deliberada, pero puede deducirse del tenor del apartado *b*. También es posible que esta fórmula signifique tan sólo que cuando un comportamiento comprende hechos ilícitos que son separables y que se han producido mientras la obligación estaba en vigor, estos hechos ilícitos engendrarán una responsabilidad, con independencia del hecho de que formen parte de un comportamiento que comprende otros hechos de carácter lícito. Es difícil percibir el alcance y el sentido exactos de las disposiciones del apartado *b*, pero, si se busca el segundo resultado, el apartado tal vez sea innecesario. En cualquier caso, habría que aclarar cuáles son los resultados que se persiguen.

16. El apartado *c* trata de un hecho complejo, pero es difícil comprender los efectos de esa disposición. Evoca —aunque el procedimiento sea ligeramente diferente— el *Asunto de las concesiones Mavrommatis*, que condujo a un largo proceso ante la CPJI³. El asunto tuvo su

² C.I.J. Recueil 1974, págs. 3 y 175.

³ C.P.J.I., serie c, N.º 5, vol. I; N.º 7, vol. II; N.º 13 (III).

origen en la negativa de un funcionario británico a adoptar cierta medida según su obligación. Mavrommatis había pedido que esta decisión fuese objeto de nuevo examen por un funcionario superior, pero la demora en hacerlo condujo a que el consorcio de banqueros retirase la financiación que Mavrommatis había conseguido para la construcción de una presa. La decisión adoptada en el nivel inferior fue revocada finalmente por el funcionario superior, pero la financiación se había perdido ya definitivamente. Al parecer, en virtud de la regla enunciada en el apartado *c*, una persona en la situación de Mavrommatis tendría derecho a una indemnización, ya que en el momento de la negativa inicial existía una obligación a cargo del Reino Unido. Si tal es el sentido del apartado, se trata de una disposición razonable.

17. En conclusión, el Sr. Kearney estima que el artículo 17 es necesario en el proyecto y que es plausible prever algunas de las hipótesis contempladas en el mismo. No obstante, habría que modificar el texto para hacerlo más claro.

18. El Sr. SETTE CÂMARA dice que, a primera vista, el artículo 17 parece muy complejo, pero que el comentario y la exposición del Relator Especial han precisado su sentido.

19. En realidad, el artículo establece un solo principio fundamental, a saber, que un hecho del Estado contrario a una obligación internacional constituye una violación de esa obligación si se cometió en un momento en que la obligación estaba en vigor. El factor decisivo es la validez de la obligación en la fecha en que se cometió el hecho. Esta regla se desprende de todas las situaciones complejas del derecho internacional intertemporal que se prevén en el artículo 17. De este modo, las disposiciones del artículo confirman las propuestas contenidas en los párrafos 1 y 2, apartado *f*, de la resolución sobre «El problema intertemporal en derecho internacional público» que el Instituto de Derecho Internacional aprobó en 1975 y que el Relator Especial cita en su quinto informe (A/CN.4/291 y Add.1 y 2, párr. 60). En todas las situaciones muy complejas que derivan de las diferentes hipótesis de derecho intertemporal, el principio consiste en que todos los hechos deben apreciarse a la luz de las reglas de derecho que les son contemporáneas. En apoyo de este principio, el Relator Especial cita los laudos dictados por J. Bates, superárbitro de la Comisión Mixta Estados Unidos/Gran Bretaña, establecida por el Tratado de 8 de febrero de 1853, en los asuntos relativos a unos buques estadounidenses que se dedicaban a la trata de esclavos, y, más recientemente (1937), por el árbitro en el *Asunto del «Lisman»*, así como por la CIJ en su fallo del 2 de diciembre de 1963 relativo al *Asunto del Camerún septentrional* (*ibid.*, párrs. 45 a 47). El método inductivo adoptado por el Relator Especial le permite demostrar claramente que el principio enunciado en el artículo 17 se ha aplicado siempre como la solución fundamental de los problemas de derecho intertemporal.

20. La única excepción a ese principio la constituye el caso previsto en el párrafo 2 del artículo. El Sr. Sette Câmara observa a este respecto que el texto —esencialmente el texto inglés— de este párrafo no expresa con bastante claridad la intención del Relator Especial, que se propone referirse a un hecho que se ha convertido en

un deber de comportamiento en virtud de una regla de *jus cogens*, y no a un hecho que se ha convertido simplemente en un «comportamiento adecuado». No se trata simplemente de un problema de traducción, aun cuando el texto francés («comportement dû») exprese mejor la intención del Relator Especial. Como ha recomendado el Sr. Yasseen, hay que proceder con prudencia en lo que respecta a la aplicación retroactiva del *jus cogens*. El Sr. Sette Câmara piensa también que esta aplicación retroactiva debe someterse a las limitaciones enunciadas en el artículo 71 (Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁴. Esta observación puede aplicarse todavía más al artículo 18 del texto del Relator Especial, que trata de los delitos internacionales, pues en ese caso la retroactividad sería sumamente peligrosa e incluso contradiría de modo flagrante el principio *nullum crimen sine lege praevia*, que puede también considerarse como una regla de *jus cogens*. Además, el Sr. Sette Câmara opina, como el Sr. Kearney, que son muy raros los casos en que la violación de una obligación internacional se convierte en un deber de comportamiento en virtud de una regla de *jus cogens*. Por ello, parecería más atinado no tratar de casos tan raros en el artículo 17, disposición que suscitará necesariamente controversias.

21. Así pues, el Sr. Sette Câmara desea señalar algunas cuestiones de redacción, que para algunos tal vez sean cuestiones de traducción. En primer lugar, convendría modificar el título actual, «Vigencia de la obligación internacional», que es poco acertado, para indicar que el artículo trata de la cuestión de la validez de una obligación. Asimismo, en el párrafo 1, la expresión «the State implicated» («l'Etat mis en cause») no es muy afortunada. La redacción de los párrafos 2 y 3 deberá también reexaminarse atentamente. Más especialmente, el Sr. Sette Câmara estima, como el Sr. Kearney, que el apartado *b* del párrafo 3 se ocupa de un comportamiento integrado por una serie de hechos distintos y no de «un hecho integrado por una serie de comportamientos distintos».

22. En conclusión, el Sr. Sette Câmara dice que apoya sin reservas el principio fundamental que el Relator Especial ha enunciado en el artículo 17 y sugiere que se remita dicho artículo al Comité de Redacción.

23. El Sr. HAMBRO está enteramente convencido por la argumentación que el Relator Especial ha presentado en apoyo de la regla general enunciada en el artículo 17, y que está basada en la jurisprudencia, la práctica y la doctrina. Desearía simplemente añadir otro elemento que refuerza esa argumentación. Se trata del párrafo 53 de la opinión consultiva pronunciada por la CIJ, el 21 de junio de 1971 con respecto a las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia*, en el que se dice que:

Sin olvidar la necesidad primordial de interpretar un instrumento dado conforme a las intenciones que tuvieron las partes en el momento de su conclusión, la Corte debe tener en cuenta que las

⁴ Véase el texto de la Convención en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311.

nociones consagradas por el artículo 22 del Pacto —«las condiciones especialmente difíciles del mundo moderno» y «el bienestar y desarrollo» de los pueblos interesados— no eran estáticas, sino por definición evolutivas [...]»⁵,

y que, por consiguiente, al considerar las instituciones de 1919, la Corte no puede dejar de tener en cuenta, en su interpretación, «la evolución que el derecho ha conocido ulteriormente gracias a la Carta de las Naciones Unidas y a la costumbre»⁶. Por otra parte, en el párrafo 94 de la misma opinión consultiva, la Corte declaró que:

Las reglas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados relativas a la cesación de un tratado violado [...] pueden, en muchos aspectos, considerarse como una codificación del derecho consuetudinario existente en esa esfera⁷.

24. Las observaciones muy pertinentes del Sr. Kearney y del Sr. Yasseen muestran la complejidad de la labor de la Comisión en lo que respecta al *jus cogens*. El Relator Especial ha dicho muy acertadamente que es imposible entrar en detalle en el contenido del *jus cogens*. Pero el hecho de que un problema sea difícil y complejo no significa que haya que soslayarlo. Por el contrario, es una razón adicional para tratar de resolverlo, tanto más cuanto que el problema del contenido del *jus cogens* puede tener consecuencias importantes en lo que respecta a la ilicitud del acto. El Sr. Ushakov ha puesto de manifiesto este problema al hacer observar que, incluso si la Conferencia sobre el Derecho del Mar fijara en 200 millas el límite de la zona económica, esta nueva regla no alteraría en nada el carácter ilícito del acto cometido por un Estado que hubiera apresado un buque que estuviese en esa zona antes de la adopción de la regla. Pero el Sr. Hambro llega a una conclusión distinta de la del Sr. Ushakov: el punto esencial a este respecto, como ha señalado muy acertadamente el Relator Especial, es que la regla de las 200 millas no sería una regla imperativa: no impondría a los Estados el límite de las 200 millas, sino que les proporcionaría solamente la facultad de hacerlo. En consecuencia, el acto cometido por el Estado antes de la adopción de esta regla continuaría siendo ilícito. Por el contrario, el párrafo 2 del artículo 17 prevé la aparición de una regla imperativa de derecho internacional que impone a los Estados una determinada conducta. Hay que indicarlo muy claramente en el comentario y subrayar que se trata de un desarrollo progresivo del derecho internacional. Así pues, a diferencia del Sr. Kearney y del Sr. Sette Câmara, el Sr. Hambro estima que la regla enunciada en el párrafo 2 es necesaria.

25. El Sr. USTOR dice que, como los demás miembros de la Comisión, aprueba las ideas enunciadas por el Relator Especial en el proyecto de artículo 17 e intenta solamente simplificar la manera de expresarlas.

26. El aspecto más discutido es la excepción prevista en el párrafo 2. Es evidente que esta disposición se inspira en una jurisprudencia que data del siglo XIX y se refiere a la trata de esclavos. El artículo 1 del proyecto (aprobado en 1973) sobre la responsabilidad de los Estados dispone

que «Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste»⁸. Esa disposición significa que un Estado incurre en responsabilidad internacional desde el momento en que ha realizado un hecho internacionalmente ilícito. No es, pues, totalmente exacta la afirmación del párrafo 2 del artículo 17, según la cual un hecho que constituía una violación en el momento de su realización deja de ser un hecho internacionalmente ilícito como consecuencia de un acontecimiento ulterior. Ningún acontecimiento ulterior puede impedir que en el momento de la violación el hecho sea ilícito ni que el Estado de que se trate haya comprometido su responsabilidad. En realidad, la idea de la que deriva el párrafo 2 es sin duda que un tribunal encargado de dirimir un caso como el contemplado en ese párrafo debe tener en cuenta los cambios que se hayan producido en el derecho entre el momento en que se cometió la violación y el momento en que se dicta la sentencia. De ser así, es menester modificar el texto del párrafo 2.

27. La redacción del párrafo 1 no es tampoco totalmente satisfactoria. La afirmación según la cual un hecho determinado constituye una violación de una obligación internacional si ha sido realizado en el momento en que la obligación estaba «en vigor» respecto del Estado de que se trate parece dar a entender que una obligación internacional puede existir y, sin embargo, no estar en vigor. Una obligación internacional, si existe, está necesariamente en vigor; si no está en vigor, deja de ser una obligación internacional. La regla fundamental formulada en el párrafo 1 es la que enunció Max Huber en el laudo dictado en el *Asunto de la Isla de Palmas*, al que el Relator Especial se refiere en su informe (A/CN.4/291 y Add.1 y 2, párrs. 40 y 44). La finalidad de ese párrafo es afirmar que un Estado que viola una obligación internacional incurre inmediatamente en responsabilidad, en virtud del derecho en vigor en ese momento.

28. La misma regla fundamental se aplica también en el supuesto contemplado en el párrafo 2: el Estado compromete su responsabilidad en el momento en que realiza el hecho que constituye una violación. No obstante, en los casos pertinentes, la jurisdicción competente puede tener en cuenta la evolución del derecho. Los resultados pueden ser notables, como se desprende de los ejemplos citados por el Relator Especial. Las explicaciones facilitadas por el Relator Especial en contestación a la cuestión planteada por el Sr. Ushakov no han disipado completamente las dudas del orador en cuanto a la oportunidad del párrafo 2. Si se desea conservar ese párrafo, es preciso redactarlo en términos más prudentes. Tal como ahora está redactado, parece dar a entender que se contempla la posibilidad de que aparezca una nueva categoría de normas jurídicas, incluidas entre las normas de *jus cogens*, en virtud de las cuales un Estado estaría obligado indiscutiblemente a observar un comportamiento que, con anterioridad, constituía una violación de una obligación internacional.

29. Por lo que respecta al párrafo 3, las disposiciones de sus apartados *a* y *b* emanan de la posición formulada anteriormente por el orador, es decir, la de que toda

⁵ 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, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, pág. 31.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, pág. 47.

⁸ *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 64, documento A/10010/Rev.1, cap. II, secc. B.

obligación internacional existente está necesariamente en vigor. La única cuestión que se plantea en los supuestos a que se refieren esos apartados es la de determinar si la obligación internacional existía en el momento en que fue realizado el hecho; es evidente que, sin obligación internacional, no puede haber responsabilidad internacional.

30. El apartado *c* se refiere al supuesto de una acción inicial que posteriormente es confirmada o anulada por el órgano del Estado de que se trate. Si se anula la acción inicial, no se puede pretender que se ha cometido una violación del derecho internacional. No obstante, en ciertos casos excepcionales, cabe que la demora en adoptar una decisión acerca de la cuestión inicial ocasione un daño o pueda equipararse incluso a una denegación de justicia.

31. El Sr. AGO (Relator Especial) pide a los miembros de la Comisión que, al formular sus observaciones, se basen principalmente en el texto francés del artículo, que es el texto original.

32. El Sr. ŠAHOVIĆ aprueba la regla básica enunciada en el párrafo 1 del artículo que se examina. Esa regla concierne a la simultaneidad de la existencia de una obligación internacional y de la realización de un hecho del Estado que está en contradicción con el contenido de esa obligación. La regla es importante, no sólo porque permite determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, sino también porque constituye una fuente de seguridad jurídica, en cuanto que los Estados pueden prever las consecuencias jurídicas de sus acciones y omisiones. El Relator Especial ha estado acertado al formular el proyecto de artículo 17 sobre la base de principios de derecho internacional tan claramente establecidos como el principio de la coincidencia en el tiempo del hecho del Estado y de la obligación que infringe ese hecho y el principio de la irretroactividad.

33. En vista del desarrollo del derecho internacional en los últimos decenios y de la necesidad de tener en cuenta el ordenamiento jurídico internacional reconocido por el conjunto de los Estados, conviene establecer una excepción a la aplicación del principio general en el supuesto de que una norma imperativa de derecho internacional transforme en comportamiento debido un hecho que, en el momento de su realización, debía ser considerado como una violación de una obligación internacional. Por consiguiente, el orador aprueba el contenido del párrafo 2 del artículo examinado, tanto más cuanto que el Relator Especial ha puntualizado, en la presente sesión, que no contempla todos los casos de aplicación del *jus cogens*, sino sólo aquellos en que el *jus cogens* obliga a realizar un acto de la misma naturaleza que el acto que, en el momento de su realización, era considerado ilícito. No obstante, cabe preguntarse si el Relator Especial no hubiera debido mencionar, en el párrafo 2, la excepción general consistente en la celebración por los Estados interesados de una convención especial que deje sin efecto el principio fundamental enunciado en el párrafo 1.

34. El párrafo 3 se refiere a tres categorías de hechos cuya realización se prolonga en el tiempo. De esta disposición se desprende que los hechos no son siempre tan simples como parecería dar a entender el enunciado del principio general. Es posible, sin embargo, que esta disposición no sea indispensable, ya que la Comisión deberá

examinar ulteriormente las distinciones que conviene introducir entre hechos instantáneos y hechos continuos, hechos simples y hechos complejos y hechos únicos y hechos compuestos, como señala el Relator Especial en una nota de su informe (A/CN.4/291 y Add.1 y 2, nota 101). Por ello, quizás sea superfluo examinar en detalle esas distinciones en el artículo 17.

35. Finalmente, el Sr. Šahović señala que la excepción mencionada en el párrafo 2 no concierne solamente a la regla general enunciada en el párrafo 1, sino también a las diferentes hipótesis contempladas en el párrafo 3. Por ello, quizás fuera apropiado invertir el orden de los párrafos 2 y 3.

El Sr. Reuter, primer Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

36. El Sr. TAMMES manifiesta que la simple lectura del artículo 17 hace pensar que la Comisión ha empezado ya a distinguir entre las obligaciones internacionales según su contenido, puesto que se ha introducido una excepción a la regla tradicional y fundamental del párrafo 1 sobre la base de una jerarquía de las normas. Un hecho punible podría constituir finalmente un comportamiento debido como resultado de una evolución de las costumbres, cosa que no hace mucho se hubiera considerado revolucionaria. Dado que no existe en la práctica más que un solo caso que permita enjuiciar la exactitud de ese principio, el método inductivo no servirá de gran ayuda a la Comisión. Sin embargo, el Relator Especial ha sacado valientemente las conclusiones que se imponían y ha invertido aquellas a que había llegado el superárbitro Bates en sus laudos dictados hace más de un siglo (*ibid.*, párr. 45).

37. Ahora bien, como han señalado otros miembros de la Comisión, la trata de esclavos es un caso *sui generis*, y lo prudente sería evitar toda generalización basada en un caso aislado. En la primera mitad del siglo XIX, e incluso antes, la condena de la esclavitud quizás existía como obligación latente. Un autor francés señaló que la afirmación de que todos los hombres nacen iguales, formulada en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, era una verdad evidente. Las consecuencias de tal afirmación, aunque evidentes para algunos en esa época, sólo han sido comprendidas plenamente y de una manera general noventa años más tarde. Se trata quizás de un ejemplo histórico de obligación latente. La misma observación es aplicable al ejemplo citado por el Relator Especial, de un acuerdo internacional de entrega de armas para realizar un genocidio. Es indudable que la celebración de un acuerdo de esta índole habría sido criticada y que se habría declarado nula y sin efecto su aplicación mucho antes de la adopción de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

38. Sin embargo, el orador estima que los otros ejemplos citados no son verdaderamente convincentes. Aun suponiendo, en el caso de la caza de focas, que el embargo y la confiscación de la goleta *James Hamilton Lewis* (*ibid.*, párr. 46) fuera de los límites del mar territorial se convirtieran en actos admisibles, no en virtud de un tratado ulterior, sino como consecuencia de una evolución de la actitud general con respecto al medio humano, tendiente a la conservación de las especies insustituibles (en con-

traste con las especies que constituyen recursos económicos), el Sr. Tammes pone muy en duda que la Comisión esté dispuesta a considerar que esos progresos repentinos e inopinados del respeto del hombre por su medio modifiquen la aplicación de las reglas de derecho internacional del mismo modo que los progresos en la esfera humanitaria. Con todo, la necesidad de proteger los recursos irremplazables de la naturaleza ha sido proclamada por normas imperativas de derecho internacional.

39. Ha llegado el momento, en interés de la seguridad jurídica, de mostrarse más preciso al tratar de casos cuya solución constituye jurisprudencia y determinar la jerarquía de las obligaciones internacionales. La situación en conjunto se ha hecho hartamente confusa, y la disposición del párrafo 2 plantea problemas mucho más vastos que los que cabría imaginar habida cuenta de su carácter de excepción. En general, el Sr. Tammes acepta la distinción entre los tres supuestos contemplados en el párrafo 3, cuya redacción, no obstante, podría examinarse en una etapa ulterior.

40. El Sr. TABIBI estima que el artículo 16, relativo a la fuente de una obligación internacional, debe ser completado efectivamente mediante el artículo 17, que versa sobre la vigencia, el momento y las circunstancias de una obligación internacional, hechos que es indispensable conocer para determinar con precisión la obligación y la violación de la obligación. La norma enunciada en el artículo 17 puede parecer complicada, pero, en realidad, considera dos aspectos de la situación: en primer lugar, el elemento tiempo, es decir, el momento en que se ha producido la violación de una obligación existente; y en segundo lugar, la norma de derecho internacional que debe aplicarse para sancionar la violación de la obligación.

41. Ciertas normas de derecho internacional —por ejemplo, las de derecho humanitario— forman parte de la vida y sólo cambian raras veces. Algunas son reglas de *jus cogens*, que no admiten ninguna excepción. Pero hay otras que evolucionan según las necesidades de la sociedad y ésta es precisamente la razón por la cual la Comisión debe redactar el artículo 17 con mucha atención. El Relator Especial ha evocado el *Asunto de la Isla de Palmas*, en el que el árbitro Max Huber falló que las normas que regían la adquisición de territorios que antes eran *res nullius* habían cambiado con el tiempo para dar paso a los conceptos de *res publica* y de *res communis*. Es evidente que las normas han evolucionado en función de las necesidades de la sociedad. El papel del juez y del árbitro también ha adquirido importancia, sobre todo en los casos de oscuridad de la regla jurídica en los que, para resolver un asunto, es preciso examinar cada uno de los elementos pertinentes.

42. El principio fundamental del artículo 17 es que el Estado debe ser considerado incurso en responsabilidad internacional si su comportamiento ha sido diferente del impuesto por una obligación internacional que le incumbía en la época de ese comportamiento. El párrafo 1 es aceptable, pero parece efectivamente que el párrafo 2 requiere más amplia reflexión y debe ser aclarado. Asimismo, el apartado *a* del párrafo 3 es aceptable porque constituye una aplicación de la norma enunciada en el párrafo 1, pero su redacción, así como la del apartado *c* del mismo párrafo, debería ser modificada habida cuenta de las observaciones hechas durante el debate.

43. El Sr. REUTER subraya que la complejidad de las cuestiones a que se refiere el artículo 17 planteará necesariamente problemas de redacción y de traducción. El título de la disposición, por otra parte, debería indicar que versa sobre cuestiones intertemporales.

44. Aunque comprende las preocupaciones expresadas por algunos miembros de la Comisión, el orador estima que se debería conservar el párrafo 2, por los motivos alegados por el Sr. Hambro. Por su parte, el Sr. Reuter no está convencido de la existencia de un *jus cogens*, cuya teoría, además, está todavía en gestación. Si admite esa teoría, la Comisión debe sacar todas las consecuencias lógicas y, en tal caso, el párrafo 2 es necesario, aunque sería preciso puntualizar que la Comisión sólo contempla el caso en que el *jus cogens* impone determinado comportamiento y no el supuesto en que confiere una facultad. Una regla de derecho internacional es una regla de *jus cogens* cuando el Estado no puede renunciar a ella. Si existiese una regla antiimperialista de *jus cogens* que prohibiera a los Estados renunciar a su soberanía en determinadas circunstancias, por ejemplo mediante la aceptación de un protectorado, esa regla no correspondería al tipo de norma imperativa contemplado por el Relator Especial en el párrafo 2.

45. La distinción entre hechos compuestos y hechos complejos a los que se refieren, respectivamente, los apartados *b* y *c* del párrafo 3, es sutil y debería haber sido objeto de más amplio desarrollo en el informe del Relator Especial. Tal vez éste no debería haberse limitado a mencionar, en una nota de pie de página, su curso de 1939 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (A/CN.4/291 y Add.1 y 2, notas 105 y 45).

46. Quizás sería posible refundir los apartados *b* y *c* en una sola disposición según la cual los hechos que pueden integrar un delito deberían ser realizados hallándose la obligación en vigor. Cabe preguntarse si el supuesto contemplado en el apartado *c* es verdaderamente diferente. Si el primer hecho ya es ilícito, basta que se haya producido mientras la obligación estaba en vigor, lo que no es más que una aplicación de la regla general. En cambio, si se quiere distinguir el caso muy especial en que el primer hecho es lícito y es preciso, para que el Estado incurra en responsabilidad, que sea confirmado por un segundo hecho, es menester expresarlo así muy claramente, sobre todo si se vincula este supuesto con la regla del agotamiento de los recursos internos. Conviendría aclarar este punto en el comentario.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

1369.ª SESIÓN

Viernes 14 de mayo de 1976, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. Abdullah EL-ERIAN

Miembros presentes: Sr. Ago, Sr. Bilge, Sr. Calle y Calle, Sr. Kearney, Sr. Martínez Moreno, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Reuter, Sr. Rossides, Sr. Šahović, Sr. Sette Câmara, Sr. Tabibi, Sr. Tammes, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Ustor, Sir Francis Vallat, Sr. Yasseen.