

bilidad, que podría corresponder a cualquiera de los dos temas.

13. Así como el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969 reserva la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados, el proyecto de artículo 16 presentado por el Relator Especial reserva la cuestión de la invalidez, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados. Cabe preguntarse no sólo si es adecuado guardar esa atención para con la Convención de Viena de 1969 sino también cuál es el alcance o efecto exactos de esa precaución. El proyecto de artículo 13, con el que el Sr. Reuter está de acuerdo en cuanto al fondo, no puede por menos de aumentar sus dudas. Como se indica en el párrafo 1 del comentario de dicho artículo, éste versa sobre el «colapso completo del sistema establecido por el tratado multilateral». Ese supuesto es plausible, pero ¿está comprendido en la Convención de Viena de 1969? De no ser así, la situación sería embarazosa, porque esa Convención contiene una disposición que excluye toda nueva causa de desaparición de un tratado; en caso afirmativo, sería necesario establecer que es aplicable una disposición como el artículo 61 de la Convención, que se refiere más bien a la desaparición de un objeto material. Sería interesante oír las opiniones de los miembros de la Comisión que han hecho un estudio especial de la Convención.

14. Subsiste la cuestión muy inquietante de la relación entre el proyecto de artículos y la Carta de las Naciones Unidas, o más bien el sistema de las Naciones Unidas. Esta cuestión se plantea en varios proyectos de artículos, en particular el párrafo 4 del artículo 14 y el artículo 15. La fórmula «la comunidad internacional en su conjunto», que fue acuñada para satisfacer la necesidad de una definición de normas imperativas absolutas, ha marcado desde entonces una tendencia, aunque su contenido es muy difícil de entender. Puede comprender que esa expresión se utilice en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 en relación con el concepto de *jus cogens* y en el artículo 19 de la primera parte del proyecto. Si tales normas imperativas existen, no es en virtud de un tratado determinado, sino en virtud del derecho consuetudinario que refleja una *opinio juris* bien arraigada. Por supuesto, para demostrar la existencia de una norma de derecho consuetudinario no es necesario citar precedentes de todos los Estados. Debe observarse a este respecto que si un Estado declara expresamente que no reconoce determinada norma como derecho consuetudinario dicha norma no podrá ser invocada después contra él, por lo menos en un mundo en el que no hay un legislador internacional. Si bien puede aceptar que una norma general emanada del poder legislativo, como la norma que prohíbe la agresión, es una norma imperativa absoluta aceptada por la comunidad internacional en su conjunto, no está dispuesto a dar el salto sugerido por el Relator Especial y aceptar una decisión individual del poder ejecutivo. Es ciertamente difícil dar una definición general de un hecho que constituya una violación de una obligación de importancia esencial para la comunidad internacional, pero es una cuestión aún más grave decidir, en un caso concreto, que un Estado determinado es el agresor. Ahí es donde surge la cuestión de la relación entre el proyecto de artículos y la Carta de las Naciones Unidas.

15. Para comprender lo que son las Naciones Unidas, es necesario referirse a la Carta tal como ésta se inter-

preta. En los comentarios a su proyecto de artículos, el Relator Especial se refiere más de una vez a decisiones adoptadas por la comunidad internacional en su conjunto, o por la comunidad organizada. ¿Se trata de un proceso ajeno a la Carta? En la actualidad, las Naciones Unidas y la comunidad internacional en su conjunto no coinciden completamente. Ha ocurrido, quizá porque en las Naciones Unidas no hay unanimidad, que conferencias destinadas a representar a todos los Estados se hayan celebrado fuera del sistema de las Naciones Unidas. Conviene indudablemente que las Naciones Unidas se identifiquen todo lo posible con la comunidad internacional en su conjunto, pero jurídicamente siguen siendo dos conceptos distintos. Si bien es cierto que hay conflictos armados que el Consejo de Seguridad no resuelve a causa de las posiciones políticas adoptadas, hay otros que el Consejo considera más razonable no tratar como casos de agresión. Se debe hablar siempre con cautela de los defectos de la Carta. El proyecto de artículos no debe dar la impresión de que la comunidad internacional es una entidad en proceso de creación, que puede estar sujeta a otras normas en un próximo futuro. De ahí que sea necesario también obrar con cautela al redactar. En la actualidad, algunos grupos de Estados creen que pueden adoptar sanciones contra otros Estados. La Comisión debe velar por que el proyecto de artículos no conduzca a justificaciones o condenas indirectas de los fines que persigue.

16. El Sr. RIPHAGEN (Relator Especial) no tiene el propósito, por el momento, de intentar siquiera dar una respuesta completa a las muchas y profundas observaciones del Sr. Reuter, sino que se limitará a proporcionar algunas aclaraciones sobre algunos puntos. En primer lugar, desea reiterar que la serie de proyectos de artículos que figura en su sexto informe (A/CN.4/389), a saber, los artículos 1 a 16 de la segunda parte, constituye toda la serie de artículos de esa parte; no se propone presentar ningún artículo más para la segunda parte. Tal vez esto acalle los temores del Sr. Reuter.

17. El Sr. Reuter ha planteado la cuestión de la posible relación entre el apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 y el artículo 22 de la primera parte, que estima insatisfactoria. El apartado *b* del párrafo 1 del artículo 6 se refiere no sólo a las normas de derecho internacional mencionadas en el artículo 7 —las relativas a los hechos ilícitos en materia de extranjería—, sino también a otras cuestiones y versa sobre los hechos internacionalmente ilícitos que afectan al Estado extranjero mismo, y no sólo a los que le afectan a través de sus nacionales. En tales casos, el Estado autor debe adoptar las medidas adecuadas por iniciativa propia. Por ejemplo, si una embajada es atacada por estudiantes extranjeros, el Estado receptor tiene que tomar las medidas adecuadas, incluidas medidas represivas. El Sr. Sucharitkul (1890.^a sesión) ha dado a entender que el Estado extranjero puede utilizar los recursos internos. Pero el Estado extranjero no está obligado a hacerlo; puede pedir al Estado autor que adopte las medidas adecuadas y no está obligado a comparecer ante los tribunales de otro Estado. Si se le exigiese comparecer, aceptando con ello la jurisdicción de los tribunales locales, tendría que renunciar a su inmunidad, y no se puede obligar a ningún Estado a que lo haga.

18. Así pues, el alcance del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 6 es mucho más amplio que el del artículo 22 de

la primera parte. Este último se refiere a la necesidad de agotar los recursos internos. Esa norma se aplica al extranjero lesionado y no al Estado extranjero mismo. Por ello, es evidente que el artículo 22 no tiene el mismo alcance que el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 6 y que ambas disposiciones pueden coexistir perfectamente.

19. En lo que se refiere a las normas de *jus cogens*, en la sesión anterior mencionó la posibilidad de un tratado que contenga una cláusula en virtud de la cual la ocupación de un territorio sea una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de obligaciones nacidas del tratado. Su parecer es que tal cláusula haría que ese tratado fuera nulo y sin efecto con arreglo a las normas de *jus cogens*, pero comprende que algunos miembros de la Comisión tengan dudas acerca del carácter absoluto de *jus cogens* de esa situación. Sin embargo, hay una esfera, la del derecho humanitario, en la que no debería haber ninguna duda. Ahora bien, en lo que concierne al presente proyecto, la Comisión ha de tener en cuenta el concepto de las normas de *jus cogens*, aun cuando haya incertidumbre acerca de su carácter o incluso de su contenido exacto.

20. Por lo que respecta a la terminología, el debate ha puesto de manifiesto, la necesidad de llegar a un acuerdo sobre los términos empleados en el proyecto de artículos. En primer lugar, desea aclarar el sentido del término «retorsión». Ese término se aplica a actos que son en sí mismos legalmente permisibles, a diferencia de «represalias» y «reciprocidad», que se refieren a actos que normalmente no son permisibles pero a los que se puede recurrir para responder a un hecho internacionalmente ilícito de la otra parte. A ese respecto, señala a la atención de los miembros el pasaje de su sexto informe relativo a la interpretación de un tratado (A/CN.4/389, párr. 22). Si ambas partes aceptan una interpretación restrictiva, la «contramedida» constituirá retorsión; de lo contrario, será una medida de represalia. En cuando a la distinción entre reciprocidad y represalias, es cierto que es difícil. Pero aun cuando no sea fácil trazar la línea divisoria, ha de mantenerse la distinción, ya que en la práctica existen muchísimos casos que implican claramente represalias o situaciones de reciprocidad, y es preciso mantenerlos separados.

21. La redacción del artículo 8, que trata de la reciprocidad, sin duda puede mejorarse. La aplicación de sus disposiciones no debe limitarse necesariamente al mismo tratado, aunque tal sea generalmente el caso. Algunas veces, dos Estados celebran al mismo tiempo dos tratados que están claramente relacionados. Por otra parte, un mismo tratado puede contener diferentes obligaciones internacionales que no tengan ninguna relación entre sí. En realidad, en la práctica hay una infinita variedad de situaciones y sería difícil concebir una fórmula que las abarcara todas.

22. Con respecto a la reciprocidad, el Sr. Reuter ha mencionado los tratados comerciales. El mismo Relator Especial ha participado en la negociación y redacción de muchos de esos tratados y ha observado la tendencia de los organismos estatales competentes a adoptar el planteamiento de un *quid pro quo* estricto. A ese respecto, señala a la atención el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 8 y su conclusión:

Aun cuando en los hechos, en un momento particular, el equilibrio entre los cumplimientos (y los incumplimientos) no resulte completamente igual, la medida por vía de reciprocidad todavía se podría justificar como tal.

23. Se ha señalado que en el proyecto de artículos no se menciona el castigo de un Estado. Aunque no hay una referencia explícita al mismo, el artículo 14 guarda relación con esa cuestión. El concepto del castigo de un Estado depende de lo que la comunidad internacional en su conjunto considera como crimen y, por lo tanto, como hecho al que corresponde un castigo. Una forma de castigo puede ser la imposición a un Estado de una pesada carga financiera; en la práctica, ese tipo de medida ha resultado siempre ineficaz. Asimismo existe la posibilidad de apoderarse de parte del territorio de un Estado. Evidentemente, se trata de cuestiones que la Comisión no puede codificar, pero el artículo 14 ofrece una oportunidad.

24. Sobre la cuestión de la proporcionalidad, desea subrayar que las disposiciones del párrafo 2 del proyecto de artículo 9 no exigen la proporcionalidad total. La finalidad de esa disposición es evitar una desproporcionalidad manifiesta, lo que es también necesario respecto al castigo.

25. También se ha planteado la cuestión de la relación entre el tema de la responsabilidad de los Estados y el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. El propio Relator Especial tiene cierta preferencia por que se trate el castigo de un Estado como parte del tema de la responsabilidad de los Estados, aunque también puede tratarse en relación con el proyecto de código.

26. La cuestión de la relación del actual proyecto de artículos con el derecho de los tratados surge a diversos niveles. En primer lugar, se ha de trazar una distinción clara entre la cuestión de la validez de los tratados y la del comportamiento de un Estado en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito. El apartado *a* del proyecto de artículo 16 dispone que las disposiciones de los presentes artículos no prejuzgarán ninguna cuestión que pueda surgir con respecto a la invalidez, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados. Esa disposición es paralela al artículo 73 de la Convención de Viena de 1969, que el Relator Especial considera demasiado amplia: quizá no sea prudente decir que la Convención de Viena no prejuzgará «ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia [...] de la responsabilidad internacional de un Estado [...]». A este respecto, desea destacar que el proyecto artículo 13 no se refiere a la validez o la suspensión de la aplicación de un tratado, sino que trata sólo del comportamiento de un Estado en el cumplimiento de un tratado. Por ello, no entra en conflicto directo con la Convención de Viena.

27. La cuestión de la relación del proyecto de artículos con el derecho de los tratados se plantea también a otro nivel, a saber, el de las consecuencias en materia de reparación, cuestión relacionada con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El Sr. Reuter ha dicho que sólo podría aceptar la función legislativa de la comunidad internacional en su conjunto, aunque quizá se plantee la cuestión de qué constituye esa comunidad y cómo actúa. Por supuesto, el Relator Especial no tiene la intención de introducir el concepto de las funciones ejecutivas de la comunidad internacional; no caben decisiones concretas en casos concretos. La intención del proyecto es referirse a la acción de la comunidad internacional *in abstracto*, es decir, las funciones legislativas de esa comunidad. Quizá el Sr. Reuter tema que el concepto

de «la comunidad internacional en su conjunto» pueda llevar al reconocimiento de una especie de Naciones Unidas extraoficiales fuera de la Naciones Unidas propiamente dichas. Sin embargo, la realidad es que la comunidad internacional existe, como existen las Naciones Unidas, y que ambas han de ser tenidas en cuenta. Al final del debate volverá a ocuparse de las diversas e importantes cuestiones planteadas por el Sr. Reuter en su interesantísima intervención.

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

1892.ª SESIÓN

Lunes 3 de junio de 1985, a las 15 horas

Presidente: Sr. Satya Pal JAGOTA

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Barboza, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Huang, Sr. Lacleta Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Thiam, Sr. Ushakov, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados (continuación) [A/CN.4/380¹, A/CN.4/389², A/CN.4/L.382, secc. G, ILC(XXXII)/Conf.Room Doc.3, ILC(XXXVII)/Conf.Room Doc. 7]

[Tema 3 del programa]

Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos) y

*Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias (tercera parte del proyecto de artículos*³ (continuación)

PROYECTO DE ARTÍCULOS
PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

SEXO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL Y
ARTÍCULOS 1 A 16⁴ (continuación)

1. El Sr. McCaffrey dice que el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/389) sobre una materia imponente por su complejidad constituye una obra maestra de lógica y análisis. Es sumamente útil en cuanto que proporciona a la vez comentarios a los proyectos de artículos presentados en el 36.º período de sesiones y un plan de la tercera parte del proyecto, sobre el modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional. Insta, sin embargo, al Relator Especial a que abra camino citando la práctica y la doctrina en apoyo de las proposiciones que aduce.

2. Refiriéndose a los proyectos de artículos, observa que el Relator Especial ha preguntado si los artículos 2 y 3 deben incluir remisiones a los artículos 4 y 12. Respecto al artículo 2, su opinión personal es que la remisión al apartado *a* del artículo 12 sería sumamente útil, ya que los privilegios e inmunidades a los que esta última disposición se refiere no tienen la misma fuerza imperativa que una norma de *jus cogens*. Si bien no hay inconveniente en remitir también al apartado *b* del artículo 12, probablemente no es estrictamente necesario hacerlo, ya que las normas de *jus cogens* tienen por definición una fuerza imperativa propia, y una convención sobre la responsabilidad de los Estados, también por definición, no puede ir contra ellas.

3. Probablemente sería igualmente inocuo, aunque no estrictamente necesario, remitir del artículo 3 al artículo 4. Las razones son, en primer lugar, que las disposiciones y los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas referentes al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales han sido aceptados de manera tan universal que puede considerarse que se han convertido en normas de derecho internacional consuetudinario, de suerte que sería superfluo hacer remisión a ellos, y, en segundo lugar, que tales disposiciones y procedimientos tienen de suyo en cualquier caso en gran parte carácter imperativo, lo que hace innecesario remitir a ellos. La remisión del artículo 3 a los apartados *a* o *b* del artículo 12 es muy posible también que sea superflua, ya que las normas de *jus cogens* y las inmunidades diplomáticas pueden considerarse parte del cuerpo de normas de derecho internacional consuetudinario.

4. La piedra angular de la segunda parte del proyecto es el artículo 5, respecto del cual desea hacer cuatro observaciones principales. La primera se refiere a la medida en que el artículo abarca las violaciones de los derechos humanos cometidas por un Estado autor contra sus propios ciudadanos, cuando tales violaciones: i) no se rigen por un tratado multilateral conforme al apartado *d*; y ii) no alcanzan el grado de gravedad de un crimen internacional de conformidad con el apartado *e*. La cuestión que se plantea es la de si hay un derecho internacional consuetudinario análogo al inciso iv) del apartado *d* del artículo 5. En su opinión, sí existe, y hay que incluir una disposición al respecto. Puede aducirse que, si las violaciones de que se trata son violaciones de una obligación *erga omnes*, quedan comprendidas en el apartado *a* del artículo 5. En tal caso, como se desprende del fallo de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*⁵, constituirían «una lesión de un derecho perteneciente a un Estado en virtud de una norma consuetudinaria de derecho internacional» (apartado *a* del artículo 5), y «el Estado cuyo derecho haya sido lesionado» (*ibid.*) sería en realidad todos los demás Estados, distintos del Estado autor. Puede también aducirse que esas violaciones de derechos humanos están comprendidas en el artículo 3 del proyecto, que establece el carácter supletorio de las normas de derecho internacional consuetudinario, de las

¹ Reproducido en *Anuario...1984*, vol. II (primera parte).

² Reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte).

³ La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

⁴ El texto figura en 1890.ª sesión, párr. 3.

⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, fallo de 5 de febrero de 1970, C.I.J. *Recueil* 1970, pág. 3.