

1897.ª SESIÓN

Lunes 10 de junio de 1985, a las 15 horas

Presidente: Sr. Satya Pal JAGOTA

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Barboza, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Lacleta Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, 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(XXXVII)/Conf.Room Doc.3, ILC(XXXVII)/Conf.Room Doc.7]

[Tema 3 del programa]

Contenido, forma 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)

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

1. El Sr. MAHIOU dice que los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial en su sexto informe (A/CN.4/389) constituyen un conjunto bien construido, que se caracteriza por su preciso encadenamiento y las numerosas referencias cruzadas, expresas o tácitas. Sin embargo, el método de las referencias cruzadas requiere mucha atención de parte del lector, que puede ver sutilezas donde sólo hay errores de redacción o tener que preguntarse si algunos problemas de comprensión obedecen a la forma o al fondo. ¿Qué se ha de hacer, por ejemplo, con la referencia a «los apartados i) y ii) del párrafo 1» que se hace en el párrafo 6 del comentario al artículo 11? No sólo el párrafo 1 del artículo 11 no contiene ningún inciso i) y ii), sino que no parece que se trate de los apartados *a* y *b* que allí figuran.

2. Los comentarios a los artículos son sin duda de gran calidad, pero a veces son demasiado concisos y elípticos. Como han señalado algunos miembros de la Comisión, esos comentarios serían más convincentes si incluyeran referencias más frecuentes a la práctica de los Estados, a las decisiones judiciales y arbitrales y a la doctrina. La

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.

estructura general del proyecto es satisfactoria y totalmente lógica.

3. En el artículo 5, el Relator Especial procura identificar al Estado lesionado en cada una de las hipótesis previstas en los apartados *a* a *e* por referencia a la fuente de la obligación violada. Aunque su criterio no es el único que podría emplearse, tiene la ventaja de ofrecer una visión clara de las distintas situaciones posibles.

4. Se ha dicho que el apartado *a* se refiere a dos hipótesis distintas, aunque estrechamente relacionadas, que podrían tratarse en disposiciones separadas: la violación de un derecho perteneciente a un Estado en virtud de una norma consuetudinaria de derecho internacional y la violación de un derecho creado por una disposición de un tratado para un tercer Estado. La referencia al artículo 38 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, que figura en el párrafo 5 del comentario, sirve en realidad para poner de relieve la existencia de dos situaciones diferentes, según que el derecho del tercer Estado nazca de una disposición de un tratado que ha llegado a ser una norma consuetudinaria de derecho internacional o de una disposición de un tratado que se ha conservado como tal.

5. El apartado *e* ha motivado varias observaciones y sugerencias en materia de redacción que merecen detenido examen. El párrafo sirve como un recordatorio del principio de que todos los Estados se consideran lesionados por un crimen internacional. Como dice el Relator Especial en el párrafo 26 del comentario al artículo 5, ese principio no da origen forzosamente a los mismos nuevos derechos para cada uno de los Estados lesionados. Ante todo, el problema consiste en determinar si los Estados no son lesionados de manera diferente. Es evidente que algunos crímenes internacionales, como el crimen de agresión, provocan lesiones más graves al Estado que es su víctima directa que a los demás Estados. Aunque es difícil establecerla, la distinción entre Estados directa o indirectamente lesionados merece tenerse en cuenta y justifica al menos una explicación en el comentario. Hay indiscutiblemente una jerarquía de las consecuencias perjudiciales de los hechos internacionalmente ilícitos. Tal vez se podría dar expresión jurídica a esa jerarquía mediante una referencia a la distinción entre derechos e intereses, que estableció la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*⁵. El Estado que es víctima de agresión sufre lesión en sus intereses vitales y esenciales, mientras que los demás Estados sufren lesión en sus intereses jurídicos en el sentido amplio del término, como miembros de la comunidad internacional.

6. Se ha sugerido que se redacte el artículo 5 en forma menos restrictiva a fin de no excluir las situaciones no previstas en él. Cabe observar a ese respecto que, como se desprende del párrafo 8 del comentario al artículo, el Relator Especial se ha propuesto deliberadamente abstenerse de pronunciarse en ciertos casos, tales como el de los principios generales del derecho y el de las resoluciones de órganos de las Naciones Unidas como fuentes independientes de normas primarias. Aunque el Sr. Mahiou aprueba la prudencia y sagacidad del Relator Especial, se podría decir más sobre esas cuestiones en el comentario al artículo. A este respecto, señala a la atención de la Comisión la opinión consultiva emitida por la

⁵ Véase 1892.ª sesión, nota 5.

CIJ el 21 de junio de 1971 en el asunto relativo a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (Africa Sudoccidental) no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*⁶. La Corte sostuvo en este asunto que la cesación del mandato de Sudáfrica y la declaración de la ilegalidad de la presencia sudafricana en Namibia eran oponibles a todos los Estados en el sentido de hacer ilegal *erga omnes* una situación que se mantiene en violación del derecho internacional. Otra razón en favor de una redacción menos restrictiva del artículo 5 es que los actos unilaterales pueden crear obligaciones para sus autores y cabe preguntarse si un Estado que es víctima de una violación de semejante obligación no es un «Estado lesionado» para los efectos del proyecto de artículos.

7. En el caso del artículo 6, el fondo es satisfactorio, pero el texto podría mejorarse. El apartado *b*, que no es seguro que sea inútil, podría redactarse en términos más flexibles a fin de que no se refiriese simplemente a los recursos establecidos o reconocidos en el derecho interno. Claro está que el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito debe hacer uso de los recursos establecidos o reconocidos en su derecho interno, pero también podría haber otros recursos. Por ejemplo, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados⁷, aprobado bajo los auspicios del Banco Mundial, prevé recursos que no derivan del derecho interno. La supresión del apartado *b* limitaría el ámbito de aplicación del artículo 6.

8. Como el Estado lesionado podrá, en algunos casos, exigir del Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito una reparación de menor cuantía, tal vez sería útil agregar al artículo 6 un apartado *e* que prevea la presentación de excusas. Finalmente, como lo ha propuesto el Sr. Ogiso (1896.ª sesión, párr. 8), se podría ampliar la gama de posibles soluciones mediante la adición de un párrafo 3, que estableciera que los párrafos anteriores se aplicarían sin perjuicio de cualquier otra forma de solución que acepte el Estado lesionado.

9. Varios miembros han dicho, con respecto al párrafo 2 del artículo 6, que la exigencia de pagar una «suma de dinero» es demasiado restrictiva. A juicio del orador, el término «compensación» sería más aceptable, porque su ámbito de aplicación es más amplio.

10. Como la materia a que se refiere al artículo 7 ya está comprendida en el inciso iv) del apartado *d* del artículo 5 y en el artículo 6, quizás sería conveniente, a fin de que se pudiese suprimir el artículo 7, que se incluyera en el artículo 6 la disposición adicional que figura en el artículo 7.

11. El Sr. Mahiou se pregunta si es realmente útil que en los artículos 8 y 9 se haga expresa mención, respectivamente, de las medidas de reciprocidad y de las represalias. Por otra parte, si bien es cierto que esas expresiones quizás causarían dificultades, su supresión podría provocar problemas de interpretación y de cálculo. Tal vez si en el artículo 8 se entrara en mayores detalles se le daría un carácter menos preciso. Sin embargo, sería punto menos que imposible enumerar en el artículo todas las medidas que se pudieran adoptar por vía de reciprocidad. Una forma de fortalecer el artículo y de indicar mejor el ámbito de aplicación de las contramedidas que

entraña consistiría en poner el acento en el carácter escalonado de esas medidas, las cuales pueden adoptarse durante un período determinado, tener carácter provisional y una duración que dependa del comportamiento del Estado autor o ser irreversibles.

12. El artículo 8 y el artículo 9 plantean la cuestión de la distinción entre las medidas de reciprocidad y las medidas de represalias y la cuestión de la proporcionalidad. Sobre el primer aspecto, el orador estima que, aunque la distinción está bien bosquejada en el párrafo 3 del comentario al artículo 8, sería mejor comprendida si se introdujesen en el párrafo otros elementos. La proporcionalidad, que es importante para el artículo 8, es esencial para el artículo 9. Como tal, debe enfocarse en paralelo con el problema de los procedimientos de solución de controversias. Parece indispensable, a fin de evitar la escalada de contramedidas e impedir que los Estados poderosos interpreten el concepto de proporcionalidad en el sentido de que les autoriza a doblegar a los Estados más débiles, que se prevea un procedimiento de solución de controversias mediante la intervención de un tercero. Por consiguiente, el concepto de proporcionalidad debería tener una prolongación en la tercera parte del proyecto.

13. Si bien apoya la idea general expresada en el artículo 10, el Sr. Mahiou se pregunta si la obligación impuesta al Estado lesionado de agotar los procedimientos internacionales de solución pacífica de las controversias antes de recurrir a la represalia no podrían dar lugar a demoras que beneficiaran al Estado autor. Es injusto que el Estado lesionado no pueda amenazar con represalias al Estado autor a fin de acortar el plazo durante el cual los procedimientos internacionales de solución pacífica se estén agotando. Es cierto que el apartado *a* del párrafo 2 del artículo reserva las medidas cautelares, pero es importante distinguir, en el caso de medidas de represalias no armadas, entre las que facilitan la solución de controversias y las que no lo hacen.

14. El mismo problema se plantea con respecto al párrafo 2 del artículo 11, que prevé que el Estado lesionado no tendrá derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones respecto del Estado autor si el tratado multilateral que impone las obligaciones prevé la adopción de decisiones colectivas. Una vez más, habría un período de espera durante el cual podría aumentar el daño ocasionado al Estado lesionado. A pesar de otras consideraciones, debe encontrarse un medio que permita al Estado lesionado ejercer presión sobre el Estado autor en ese caso.

15. Algunos miembros de la Comisión piensan que no está justificada ni es convincente la referencia que figura en el apartado *b* del artículo 12 a las normas imperativas de derecho internacional general. El orador admite que se puede poner en duda el contenido o la forma de plantear el *jus cogens*, pero cree que es innegable la existencia de normas imperativas de derecho internacional y que deba examinarse la cuestión de si es permisible que los Estados se comporten, en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito, de un modo contrario al *jus cogens*.

16. El problema de las relaciones entre el proyecto de artículos y la Convención de Viena de 1969, que plantea el artículo 13, podría resolverse mediante un cambio de

⁶ C.I.J. Recueil 1971, pág. 16.

⁷ Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 575, pág. 206.

redacción. En vez de referirse a una «violación manifiesta de las obligaciones nacidas de un tratado multilateral», habría que recoger en el artículo 13 los términos del párrafo 3 del artículo 60 de esa Convención de Viena y hablar de «violación grave de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin de un tratado multilateral».

17. El artículo 14, que saca las consecuencias derivadas del artículo 19 de la primera parte del proyecto, encaja en la segunda parte. Debido a su importancia, habría que redactarlo en forma más precisa. Se ha preguntado, en particular, si las consecuencias enunciadas en el párrafo 2 se aplican únicamente a los crímenes o a todos los hechos internacionalmente ilícitos. Parecería razonable que se aplicaran a todos los hechos internacionalmente ilícitos graves, como los crímenes, porque un crimen internacional lesiona a todos los Estados, ya sea directa o indirectamente, mientras que un delito internacional no los lesiona. Además, es un tanto paradójico que el párrafo 1 del artículo 14, relativo a las obligaciones del Estado autor, se haya formulado en términos muy generales, mientras que el párrafo 2, referente a las obligaciones de los demás Estados, sea sumamente detallado. Se podría haber esperado lo contrario.

18. En el párrafo 2 del artículo 14, la lista de obligaciones de otros Estados distintos del Estado autor podría complementarse mediante un apartado *d* relativo a la obligación de perseguir a los autores del crimen internacional. Cualesquiera que sean las relaciones entre el proyecto de código y el tema de la responsabilidad de los Estados, esa obligación debería incorporarse, en su principio por lo menos, en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. Según el párrafo 1 del comentario al artículo 14, la distinción hecha en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos entre «delitos internacionales» y «crímenes internacionales» tiene únicamente sentido si las consecuencias jurídicas de estos últimos son diferentes de las de los primeros. Esta afirmación estaría en contradicción con el artículo 14 en la medida en que este artículo se refiriese igualmente a los delitos. En efecto, si se considera que las consecuencias mencionadas en el párrafo 2 del artículo se aplican a los delitos, se eliminaría toda distinción entre crímenes y delitos por lo que respecta a las consecuencias.

19. Finalmente, el artículo 14 debe examinarse a la luz de la labor relativa al proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. Como el artículo 2 de la segunda parte del proyecto que se examina precisa que esa parte sólo contiene normas supletorias, se desprende que cualesquiera normas concretas que el proyecto de código pueda contener sobre las consecuencias de los crímenes internacionales prevalecerán sobre las disposiciones del proyecto acerca de la responsabilidad de los Estados. En todo caso, se suscitara inevitablemente un problema de relaciones entre los dos temas, ya sea que se trate de la distribución de disposiciones entre ellos o de las consecuencias atribuidas por el proyecto de código a los crímenes internacionales cometidos por Estados.

20. El artículo 15, relativo a la agresión, va demasiado lejos, puesto que la cuestión ya es materia de los artículos 4 y 14, y al mismo tiempo se queda corto, en vista de la importancia del crimen de agresión. El artículo 15 se jus-

tifica en la medida en que procura precisar las consecuencias jurídicas de la agresión, pero no debe soslayar los problemas vinculados a la legítima defensa. Cada vez que se trate de un Artículo de la Carta de las Naciones Unidas, deben examinarse las relaciones entre las disposiciones de la Carta y el proyecto de artículos. Ahora bien, la legítima defensa apenas se ha mencionado, excepto en el párrafo 24 del comentario al artículo 5.

21. En lo que se refiere a la tercera parte del proyecto, el orador aprueba el enfoque y las propuestas del Relator Especial. Sin embargo, es evidente que, debido a la extrema susceptibilidad de los Estados, habrá que proceder con gran prudencia con respecto a los procedimientos obligatorios de solución de controversias. Por otra parte, algunos problemas, tales como el de la proporcionalidad, sólo podrán resolverse mediante un mecanismo obligatorio de solución de controversias. A falta de ese mecanismo, otras disposiciones del proyecto que prevén medidas y contramedidas conducirán a una escalada y a la agravación de la situación. Sería conveniente, pues, que el Relator Especial procurara presentar propuestas concretas a la Comisión.

22. El Sr. BARBOZA dice que se ha de felicitar al Relator Especial por la riqueza y el rigor de su sexto informe (A/CN.4/389), aunque algunos pasajes de dicho documento son tan sucintos que no siempre es fácil comprenderlos.

23. El artículo 5, en la segunda parte del proyecto, procura definir al protagonista, es decir el Estado lesionado. A dicho efecto, el Relator Especial ha adoptado un enfoque algo casuista, que da por resultado un texto un tanto taxativo. Acaso fuera mejor agregar las palabras «entre otros» o «*inter alia*» al final de la introducción al artículo. Los diversos apartados del artículo 5 aluden a las normas primarias que pueden hacer surgir un derecho o una obligación. Pero el Relator Especial no menciona ni los principios generales del derecho, ni las resoluciones de los órganos de las Naciones Unidas, ni las declaraciones unilaterales como fuentes independientes de normas primarias, y el párrafo 8 del comentario al artículo 5 se limita a declarar que el artículo no toma posición sobre su validez como fuentes generadoras de dichas normas. El Sr. Barboza entiende que puede ser conveniente reconocer la validez de esas fuentes.

24. El apartado *d* del artículo amplía el círculo de Estados lesionados para incluir a los Estados partes en tratados multilaterales. Las disposiciones del apartado relativas a la protección de los intereses colectivos de los Estados partes y de los derechos humanos fundamentales reviste especial importancia a este respecto. El apartado *e* es más importante aún por cuanto enuncia el principio de que un crimen internacional lesiona a todos los Estados que comprende la comunidad internacional.

25. El artículo 6 plantea el problema de las relaciones entre los cuatro apartados del párrafo 1. La relación entre el apartado *a*, que establece que el Estado lesionado podrá exigir del Estado autor que libere a las personas y devuelva los objetos retenidos, y el apartado *c*, que establece que podrá exigir que restablezca la situación que existía antes del hecho, es la relación entre una parte y el todo. En relación con el apartado *a*, el Relator Especial habla de *restitutio in integrum lato sensu* y, en relación con el apartado *c*, de *restitutio in integrum stricto sensu*. En realidad, la aplicación del apartado *c* duplica la del

apartado *a*, de modo que no hay verdadera opción entre las disposiciones de esos apartados. En consecuencia, bastaría mencionar el caso *a* que se refiere el apartado *c* para que un Estado lesionado pueda exigir, en particular, la liberación de las personas y la devolución de los objetos retenidos. Además, el Sr. Barboza se pregunta si un Estado lesionado que pide la *restitutio in integrum stricto sensu* conforme al apartado *c* podrá al propio tiempo exigir, en conformidad con el apartado *b*, la aplicación por el Estado autor de los recursos previstos en el derecho interno de este último. El apartado *b* parece diferir de la lógica de ese artículo porque los recursos internos son, en el tipo de casos de que se trata, un medio de obtener reparación, y un Estado autor no puede invocar la ausencia de recursos adecuados en su derecho interno para eludir su nueva obligación. En realidad, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, se lo impediría.

26. La situación no es la misma en el caso del artículo 22 de la primera parte del proyecto, porque el agotamiento de los recursos internos es una condición para la existencia de una violación de una obligación internacional. Mientras que el artículo 22 prevé un paso del derecho interno al derecho internacional, en el artículo 6 se da el caso inverso; ese paso de un derecho a otro sería muy complicado. Un Estado autor puede tener que agotar todos los recursos de su derecho interno para cumplir una obligación internacional. Esto es lo que pasa con todas las obligaciones internacionales, en cuanto que un Estado que se compromete, por ejemplo, a vender una cantidad de trigo a otro Estado, comienza entablando relaciones de derecho privado con personas privadas o cooperativas nacionales. Sin embargo, esos problemas de derecho interno no interesan a la Comisión. En la nota correspondiente al párrafo 10 del comentario al artículo 6 el Relator Especial llega a declarar que «la obligación de *restitutio in integrum stricto sensu* trascendería los límites de las relaciones jurídicas entre los Estados».

27. La necesidad del artículo 7 no aparece claramente, pues esa disposición parece referirse sólo a un caso particular del artículo 6. Sea cual fuere la diferencia que pueda existir entre el caso mencionado en el artículo 7 y el mencionado en el apartado *b* del párrafo 1 y en el párrafo 2 de dicho artículo 6, el Estado lesionado podrá tanto en uno como en otro caso exigir que se le pague una suma de dinero correspondiente al valor que tendría el restablecimiento de la situación anterior.

28. En el párrafo 1 del comentario al artículo 8, el Relator Especial declara que, en tanto que los artículos 6 y 7 se refieren a la nueva obligación del Estado autor, los artículos 8 y 9 se relacionan con los «nuevos derechos» del Estado lesionado. El Sr. Barboza estima que estas últimas disposiciones no se refieren tanto a los derechos, ya que no hay obligaciones correspondientes, como a las acciones de que dispone un Estado lesionado para obtener reparación. Si así es, debe observarse que, incluso si incluye el cumplimiento de la antigua obligación, la reparación *in integrum* no abarca el daño que puede resultar en el tiempo del incumplimiento de esa obligación, daño que puede obedecer, por ejemplo, a la falta de posesión de un objeto o a una pérdida de una posible ganancia.

29. La noción de reciprocidad, objeto del artículo 8, debe examinarse en relación con el objeto del artículo 9,

es decir, las represalias. No parece haber ninguna diferencia fundamental entre las medidas de reciprocidad y las medidas de represalias. El Relator Especial establece dos condiciones para la reciprocidad. Según el artículo 8, una medida de reciprocidad no puede consistir en más que la suspensión del cumplimiento de obligaciones correspondientes a las obligaciones violadas o directamente relacionadas con ellas. Según el párrafo 2 del comentario a ese artículo, el propósito de la reciprocidad es restablecer el equilibrio entre las posiciones del Estado autor y del Estado lesionado, mientras que el propósito de las represalias es influir sobre el Estado autor para que cumpla sus nuevas obligaciones. El equilibrio perseguido por la reciprocidad no es puramente estético. Una medida de reciprocidad constituye para un Estado lesionado un medio de desembarazarse de una obligación cuyo cumplimiento no será correspondido o de influir en el Estado autor para que cumpla sus obligaciones. Como el Relator Especial indica en el párrafo 3 del comentario al artículo 8, el propósito último perseguido en ambos casos es restablecer la antigua relación jurídica primaria. Cuando el Relator Especial habla de equilibrio con respecto a la reciprocidad, habla de proporcionalidad con respecto a las represalias y lo hace utilizando una fórmula negativa diciendo en el párrafo 2 del artículo 9 que el ejercicio del derecho a tomar represalias «no deberá ser, en sus efectos, manifiestamente desproporcionado a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito cometido». En último análisis, las nociones de equilibrio y proporcionalidad están íntimamente relacionadas. No sólo el equilibrio y la proporcionalidad persiguen el mismo propósito, sino que tanto las medidas de reciprocidad como las medidas de represalias serán ilícitas, a menos que se adopten respondiendo a un hecho internacionalmente ilícito. En resumen, son dos formas del mismo tipo de contramedida y el párrafo 2 del artículo 9 debe, por tanto, redactarse de nuevo en forma positiva.

30. El Relator Especial ha expuesto de un modo excelente el problema de las represalias cuando, en su cuarto informe⁸, ha dicho que dentro del marco de la proporcionalidad cualitativa la admisibilidad de las medidas de autodefensa es evidentemente la más dudosa, dado que esas medidas entrañan necesariamente una violación de los derechos del Estado autor y que, en consecuencia, se considera generalmente que las represalias sólo están permitidas en forma limitada y en casos limitados. A este respecto, la naturaleza del hecho internacionalmente ilícito y la naturaleza de los derechos del Estado autor violados por las represalias revisten la mayor importancia. Si los Estados más fuertes no han de imponer su propia interpretación de lo que es una violación de una obligación internacional, la adopción de represalias debe estar sujeta a toda clase de salvaguardias. El Relator Especial reconoce tres clases de restricciones, la primera de las cuales se refiere a las represalias armadas. Según 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, los Estados deben abstenerse de las represalias armadas. En el proyecto de artículos, la prohibición de las represalias armadas se deriva del apar-

⁸ *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 16, documento A/CN.4/366 y Add.1, párr. 80.

⁹ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

tado *b* del artículo 12, según el cual los artículos 8 y 9 relativos a las medidas de reciprocidad o de represalias no son aplicables a la suspensión del cumplimiento de una norma imperativa de derecho internacional general. El Relator Especial podría especificar si esa prohibición se extiende a las represalias consecutivas a un caso aislado de uso de la fuerza, como la violación del espacio aéreo, acompañada de un bombardeo. Algunos tratadistas consideran que las represalias son ilícitas en tales casos. Las otras restricciones conciernen a las inmunidades diplomáticas (apartado *a* del artículo 12) y a las obligaciones estipuladas en los tratados multilaterales (artículo 11), particularmente las que se refieren a los derechos humanos.

31. Por último, el Relator Especial declara en su sexto informe (A/CN.4/389, párr. 26) que la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados no debe permitir la existencia de reservas que excluyan la aplicación de la tercera parte del proyecto. Lo hace tras especificar (*ibid.*, párr. 24) que las normas de procedimiento de la tercera parte forman parte integrante de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito. Se infiere de ello que el Estado lesionado siempre podrá invocar el mecanismo previsto en la tercera parte del proyecto.

32. El Sr. Barboza apoya la idea que inspira el párrafo 1 del artículo 10: no deben adoptarse represalias en tanto no se hayan agotado los procedimientos internacionales de solución pacífica de la controversia. El Estado lesionado siempre tendrá a su alcance un procedimiento internacional para dicha solución, en primer lugar porque dicho procedimiento se enuncia en la tercera parte del proyecto y en segundo lugar porque podrá invocar procedimientos concretos previstos en un tratado. Si, como propone el Relator Especial (*ibid.*, párr. 14), el Estado que se considera lesionado y desea invocar el artículo 8 (reciprocidad) o el artículo 9 (represalias) como justificación para la suspensión del cumplimiento de sus obligaciones deberá notificar al Estado autor las razones en que se funde, y si el Estado autor se ve obligado a declarar y a explicar cualquier objeción que pueda tener al Estado lesionado, la notificación mutua será esencial y producirá cuando menos el efecto de revelar la amplitud de la controversia. Por otra parte, el comienzo y el eventual agotamiento de los procedimientos de solución dependerán de la cooperación del Estado autor: la posibilidad de adoptar represalias preventivas existirá siempre como un medio para forzar la voluntad del Estado autor.

33. El párrafo 2 del artículo 10 exceptúa algunas medidas de la norma del agotamiento obligatorio de procedimientos internacionales de solución pacífica. A su juicio, el apartado *a* del párrafo 2 del artículo se refiere a las medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado antes de que se establezca el procedimiento internacional de solución pacífica y el apartado *b* se refiere a las medidas que el Estado lesionado puede adoptar cuando dicho procedimiento está en curso. Cree que, en ambos casos, la corte internacional de justicia o el tribunal internacional de arbitraje que se ocupe de este asunto habrá de examinar la medida adoptada por el Estado lesionado o pronunciarse sobre su legalidad y, por ejemplo, ver si no es desproporcionada.

34. El artículo 14 se refiere a una cuestión que, desde el punto de vista de la responsabilidad de los Estados como desde el del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, es de las más controver-

tadas. El Relator Especial encargado del tema de la responsabilidad de los Estados parece considerar que hay dos tipos principales de consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos. Las primeras consecuencias son las de tipo «civil», es decir, las que no van más allá de cancelar los efectos de la violación de la obligación, o todas las que son comunes a un hecho internacionalmente ilícito, con inclusión, al parecer, del nuevo derecho colectivo mencionado en el apartado *e* del artículo 5. El Sr. Barboza acepta esas consecuencias, que el Relator Especial considera como un mínimo. A su juicio, las consecuencias mencionadas en los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 2 del artículo 14 sólo son aplicables a los crímenes internacionales, ya que son esos crímenes los que entrañan el elemento del orden público internacional que exige obligaciones nuevas a cargo de todos los Estados de la comunidad internacional. En cuanto a la segunda clase de consecuencias, las de carácter aflictivo y, por ende, penal, el Relator Especial se remite a las decisiones de la comunidad internacional en su conjunto. El Sr. Barboza no se opone a esa posición que parece proceder, por parte del Relator Especial, del firme propósito de no tratar en su proyecto de la responsabilidad penal de los Estados. Quizá el Relator Especial no está descaminado, porque adoptar una posición en la fase actual, y en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, respecto de la responsabilidad penal de los Estados equivaldría a abrir el gran debate que la Comisión ha decidido aplazar hasta que se examine el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. Además, quizá sea poco prudente abordar la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados en el contexto del proyecto de artículos de la responsabilidad de los Estados, que, como desea el Relator Especial y ha sido aceptado por la Comisión, debe ser un instrumento de carácter general y, además, supletorio.

35. Al Sr. Barboza se le hace muy difícil desentrañar el párrafo 3 del artículo 14. No puede pensar que ni siquiera el cumplimiento de las obligaciones mínimas enunciadas en los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 2 del artículo esté sujeto a procedimientos colectivos del tipo establecido en la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Naturalmente, si las Naciones Unidas tienen competencia para ello, la ejecución de las obligaciones quedará sujeta a los procedimientos previstos en la Carta. Pero si no la tienen —y la organización no es competente en todos los aspectos de los asuntos internacionales—, nada impedirá el cumplimiento de las obligaciones sin esperar a una decisión de las Naciones Unidas. El Relator Especial ha dicho que el párrafo 7 del Artículo 2 de la Carta no es aplicable, o, lo que es igual, que no está prohibida la intervención en los asuntos internos de los Estados. Pero la competencia de las Naciones Unidas sólo se excluye o establece mediante acuerdo internacional. Si se establece, y sólo entonces, los derechos y las obligaciones de que se trate estarán sujetos, en el marco de las Naciones Unidas, a un procedimiento colectivo establecido en el acuerdo mismo.

36. También es evidentemente necesario definir el papel de la CIJ en relación con las Naciones Unidas. Y ello porque, si se asigna un papel a la Corte y a las Naciones Unidas, habrá dos procedimientos distintos con relación a las consecuencias de un crimen internacional: un procedimiento político que será de la compe-

tencia de las Naciones Unidas y otro jurídico que será de la competencia de la Corte.

37. El artículo 15 se refiere a la cuestión sumamente importante de la agresión. El Relator Especial vacilaba en incluir la agresión y la legítima defensa en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Así se desprende claramente del siguiente pasaje de su resumen del debate sobre este tema en el 35.º período de sesiones de la Comisión:

[...] Personalmente, [el Relator Especial] sigue creyendo que la agresión y la legítima defensa se encuentran en el límite extremo del tema de la responsabilidad de los Estados, si no completamente fuera de éste. La agresión es mucho más que un simple quebrantamiento de una obligación internacional y la legítima defensa es mucho más que una simple consecuencia jurídica de ese quebrantamiento [...] ¹⁰.

Pero es evidente que, para satisfacer una corriente importante de opinión que se ha manifestado en la Comisión, el Relator Especial ha decidido introducir la cuestión de la agresión e, indirectamente, la de la legítima defensa en su proyecto de artículos en forma de una mera referencia, sin indicar ni en el artículo 15 ni en el comentario al mismo cuáles son los «derechos y obligaciones previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en virtud de sus disposiciones» que surgen de un acto de agresión. Se trata evidentemente de la legítima defensa y de los procedimientos que la agresión origine, así como de las obligaciones y los derechos derivados de tales procedimientos.

38. A juicio del Sr. Barboza, la cuestión de la agresión no puede dejar de figurar en el proyecto de artículos, porque la agresión entraña consecuencias diametralmente distintas de las de otros crímenes internacionales, y son precisamente las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos las que se tratan en el proyecto de artículos que se examina. Además, la legítima defensa es el único caso en el que un acto que violaría una norma imperativa de derecho internacional se opone a otro acto que ha violado también esa norma, y, si no fuera por el antecedente, el uso de la fuerza por parte del Estado lesionado constituiría un crimen internacional. La Comisión debe considerar si conviene considerar la cuestión de la legítima defensa y mencionarla *expressis verbis*. Ha dado cabida en el proyecto a las represalias, que es otra cuestión sumamente difícil, aunque esas represalias han quedado sujetas a ciertos límites, como el de la proporcionalidad. Así, la Comisión debe preguntarse si no debería hacer lo mismo en el caso de la legítima defensa y establecer, por ejemplo, que la legítima defensa debe ser proporcional al ataque y no debe ir más lejos de lo que sea estrictamente necesario. Ciertamente, las dificultades políticas o jurídicas a este respecto no faltan. La Carta de las Naciones Unidas no define la legítima defensa, pero la menciona. Quizá convenga también que la Comisión codifique el derecho consuetudinario a fin de evitar que se introduzcan nuevas causas de legítima defensa y se agriete el principio de la abstención del uso de la fuerza recogido en la Carta.

39. El Sr. Barboza no tiene nada que agregar a lo que ya se ha dicho acerca del artículo 16.

40. Como se desprende de la sección II del informe (A/CN.4/389, párrs. 8 y 12), la tercera parte del proyecto de artículos está en el centro mismo del derecho internacional. El Sr. Barboza aprueba la orientación de

los trabajos sugerida por el Relator Especial sobre el modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional y la solución de las controversias.

41. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que desea ante todo rendir un bien merecido homenaje al Relator Especial, cuyo sexto informe (A/CN.4/389) constituye un compendio denso y profundo de ciencia jurídica sobre una cuestión que está en el centro mismo del derecho internacional.

42. El artículo 5 es la médula de la segunda parte de este tema, ya que define el concepto de «Estado lesionado». El Sr. Díaz González no tiene gran cosa que agregar a lo que ya se ha dicho acerca del artículo y se limita a apoyar la propuesta del Sr. Balanda (1894.ª sesión) de que se supriman las palabras «para un tercer Estado» en el apartado a. Se pregunta, con relación a los «intereses colectivos de los Estados partes» mencionados en el inciso iii) del apartado d, cómo sería posible diferenciar los intereses de uno de los Estados partes en un tratado multilateral, como la Carta de las Naciones Unidas, de los intereses de la comunidad o de la colectividad de Estados en su conjunto. Tal vez el Relator Especial pueda aclarar la cuestión en su resumen del debate.

43. El Sr. Díaz González puede aceptar la disposición formulada en el párrafo 6 relativa al pago de una suma de dinero correspondiente al valor que tendría el restablecimiento de la situación que existía antes de la violación, pero observa que la reparación podrá revestir, en algunos casos, otra forma. El objetivo es anular los efectos del hecho ilícito y esto puede lograrse de varios modos, entre ellos, por supuesto, la indemnización pecuniaria, pero también, en el caso de un acto diplomático, la simple satisfacción o una nota diplomática.

44. El artículo 7 le recuerda el régimen de capitulaciones. ¿A qué «trato» de extranjeros se refiere el artículo? En el derecho internacional clásico, el trato de extranjeros se define subjetivamente en relación con el «nivel mínimo de civilización». Igualmente subjetiva es la afirmación de que los Estados tienen un deber general de vigilancia, según la definición dada en 1928 por el árbitro Max Huber en el asunto *Isla de Palmas (Miangas)* según la cual:

[...] La soberanía territorial implica el derecho exclusivo de ejercer las actividades estatales. Este derecho tiene por corolario un deber: la obligación de proteger, en el interior del territorio, los derechos de los otros Estados, en particular su derecho a la integridad y a la inviolabilidad en tiempos de paz y en tiempos de guerra, así como los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en territorio extranjero ¹¹.

Desde luego, la determinación de cuándo se ha violado una norma tan nebulosa es susceptible de matices, tanto más cuanto que ese «deber de vigilancia» debe ser apreciado en función de las circunstancias. Esto se presta en la práctica a abusos por parte de los Estados que lo invocan. En el derecho internacional clásico, se niega validez jurídica a la cláusula Calvo, origen del artículo 7. Cuando más, los tratadistas reconocen que equivale en general a la confirmación, en relación con quien la acepta, del principio de que se deben agotar previamente los recursos internos.

45. ¿Cuál es, pues, la finalidad del artículo 7, tal como ahora está redactado? Si ha de confirmar el principio de

¹⁰ Anuario... 1983, vol. I, pág. 161, 1780.ª sesión, párr. 26.

¹¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), pág. 839.

que se deben agotar previamente los recursos internos, el Sr. Díaz González puede estar de acuerdo con ello porque, en realidad, el principal acto jurisdiccional internacionalmente ilícito es la denegación de justicia. Pero esto ya está previsto en otros instrumentos internacionales. Siguiendo el razonamiento del Sr. Reuter (1891.ª sesión), que ha relacionado este artículo con el artículo 22 de la primera parte, el Sr. Díaz González considera que el artículo 7 no encaja en el proyecto. En realidad, ese artículo procura proteger las inversiones extranjeras; esto es normal, pero el derecho internacional moderno prevé otros medios más eficaces de lograr esa finalidad sin permitir que el Estado acreedor o sus nacionales hagan uso de las represalias, la retorsión o la fuerza. Por su parte, la denegación de justicia acarrea la aplicación de los recursos reconocidos por el derecho internacional, tales como la protección diplomática de los nacionales de un Estado.

46. El Sr. Díaz González está de acuerdo con el artículo 8. Sugiere simplemente que se supriman en él las palabras «como medida de reciprocidad», a fin de evitar toda dificultad de interpretación y todo riesgo de confusión entre reciprocidad, represalias y retorsión.

47. Los artículos 9 y 10 parecen contradictorios. Según el párrafo 1 del artículo 9 —en el que en todo caso hay que suprimir las palabras «como medida de represalia»—, el Estado lesionado «podrá» suspender el cumplimiento de sus demás obligaciones para con el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, pero, según el párrafo 1 del artículo 10, el Estado lesionado no podrá adoptar ninguna medida —en consecuencia, ni siquiera las previstas en el artículo 9— hasta que no haya agotado los procedimientos internacionales de solución pacífica. Es evidente que uno de los artículos es superfluo. En el párrafo 1 del artículo 10 deberían suprimirse las palabras «a que pueda recurrir», porque, entre los procedimientos internacionales de solución pacífica de controversias establecidos en la Carta o en otros tratados o convenciones, siempre habrá alguno que sea adecuado. El apartado a del párrafo 2 habla solamente de una corte internacional de justicia o un tribunal internacional de arbitraje, y no menciona el Consejo de Seguridad, que es el órgano competente para actuar y determinar si está justificado utilizar las represalias, si ha habido agresión y si se ha adoptado una medida en ejercicio del derecho de legítima defensa.

48. La finalidad del artículo 11 es proteger los intereses colectivos de los Estados partes en un tratado multilateral. Pero, ¿quién va a determinar cuándo han sido lesionados esos intereses colectivos? ¿Qué se entiende por la colectividad lesionada y por «procedimiento de decisión colectiva»? Hay un órgano de las Naciones Unidas, es decir, el Consejo de Seguridad, que decide qué decisiones colectivas deben adoptarse y la Carta establece claramente que los Estados no pueden adoptar, ni individual ni colectivamente, medidas que no sean las colectivas decididas por ese Consejo, medidas que, además, están sometidas a los procedimientos de la Carta, que prevé la aplicación de arreglos regionales.

49. Los dos apartados del artículo 12 parecen estar ya incluidos, y pueden en todo caso ser incluidos con mucha más pertinencia, en el artículo 8. De los dos tipos de obligaciones de que se trata, las obligaciones de un Estado receptor respecto de las inmunidades que se han de

otorgar a las misiones diplomáticas y consulares y a su personal se derivan de otras convenciones y no pueden suspenderse en ningún caso; tampoco pueden suspenderse las obligaciones que incumben a un Estado en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general.

50. Al Sr. Díaz González le resulta difícil la redacción del artículo 13. Quizá en la versión española la palabra «que» debe sustituirse por las palabras «la cual» a fin de dejar bien sentado que es la violación manifiesta de obligaciones derivadas de un tratado multilateral lo que destruye el objeto y el propósito de ese tratado en su conjunto.

Se levanta la sesión a las 18 horas.

1898.ª SESIÓN

Martes 11 de junio de 1985, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Satya Pal JAGOTA

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Barboza, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Laclea Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, 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(XXXVII)/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)

SEXTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL y
ARTÍCULOS 1 A 16⁴ (continuación)

1. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ prosigue la exposición iniciada en la sesión anterior y dice que los artículos 14,

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.