

67. El Sr. KALINKIN (Secretario de la Comisión) dice que el plazo para las correcciones se ha ampliado de tres días a dos semanas. Si así lo desea la Comisión puede pedir que se amplíe aún más el plazo, y la secretaría planteará esta cuestión a los servicios competentes.

68. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que el aspecto más importante es la recepción de las actas resumidas por los miembros de la Comisión en su domicilio particular después de la clausura del período de sesiones; en ese caso quizás sea difícil observar el plazo de dos semanas. Es menester velar por que, en esos casos, las correcciones recibidas tardíamente sean aceptadas. Tiene entendido que los servicios interesados adoptan una actitud flexible.

69. El Sr. BARSEGOV desea dejar bien sentado que no se queja de la labor de la secretaría. Reconoce las dificultades existentes y cree que hay que adoptar un criterio flexible. Tal vez sea posible proporcionarle sin demora los textos de sus intervenciones para que pueda corregirlos.

70. Comprende que esta cuestión no es de la incumbencia de la secretaría de la Comisión, sino que compete a los Servicios de Conferencias. Pide con insistencia que el texto definitivo de sus intervenciones en francés, inglés y otros idiomas no se publique hasta que haya podido corregir el texto ruso. Necesita obtener seguridades sobre este punto; de lo contrario, tendrá que declinar toda responsabilidad respecto de los pasajes que aparezcan bajo su nombre en las actas resumidas.

71. El Sr. Sreenivasa RAO se suma a los comentarios hechos por otros miembros acerca de la necesidad de ampliar el plazo de envío de las correcciones a las actas resumidas. Señala que, cuando envía alguna corrección a un acta, no recibe la versión corregida.

72. El PRESIDENTE señala que todas las correcciones comunicadas por los miembros se incorporan en las actas resumidas del período de sesiones, que aparecen en su forma definitiva en el volumen I del *Anuario* de la Comisión.

73. Sugiere que la secretaría comunique a los Servicios de Conferencias el deseo de la Comisión de recibir prontamente las actas resumidas durante su período de sesiones. En caso de que al concluir el período de sesiones no se hayan distribuido algunas actas resumidas, se pedirá a los servicios competentes que adopten una postura flexible en cuanto al plazo para el envío de correcciones. También se pedirá a esos servicios que tengan debidamente en cuenta las correcciones presentadas por un miembro en su propio idioma de trabajo, antes de establecer el texto definitivo de las actas en los demás idiomas.

74. El Sr. KALINKIN (Secretario de la Comisión) dice que para la secretaría la mejor manera de tratar esta cuestión es incluir un párrafo apropiado en el informe de la Comisión sobre el período de sesiones en curso. En ese párrafo se reflejarán las opiniones expresadas durante este debate sobre el problema de la distribución de las actas resumidas y la presentación de correcciones a ellas.

75. El Sr. BEESLEY dice que tal vez se pueda señalar esta cuestión a la atención del Consejo Económico y Social, que actualmente se halla reunido en Ginebra y está encargado de las cuestiones de coordinación en las Naciones Unidas.

76. El Sr. KALINKIN (Secretario de la Comisión) señala que, como la Comisión es un órgano subsidiario de la Asamblea General, el procedimiento apropiado para tratar de las cuestiones de organización es consignar las opiniones de los miembros en el informe de la Comisión de la Asamblea. De ese modo, el Asesor Jurídico podrá plantear la cuestión al Secretario General Adjunto que está encargado de todos los Servicios de Conferencias de las Naciones Unidas.

77. El PRESIDENTE sugiere que la Comisión adopte ese procedimiento y que se pida a su Relator y al Presidente del Grupo de Planificación que redacten un párrafo para incluirlo en el informe. La Comisión podrá debatir el texto de ese párrafo cuando examine su proyecto de informe. Si no hay objeciones considerará que la Comisión acuerda adoptar esa sugerencia.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

2081.ª SESIÓN

Martes 19 de julio de 1988, a las 10 horas

Presidente: Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

Miembros presentes: Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Inmunities jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (A/CN.4/410 y Add.1 a 5¹, A/CN.4/415², A/CN.4/L.420, secc. F.2)

[Tema 3 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su informe preliminar sobre el tema (A/CN.4/415).

2. El Sr. OGISO (Relator Especial), tras hacer una breve reseña sobre el tema, hace recordar a la Comisión que, en su 1972.ª sesión de 20 de junio de 1986, ésta

¹ Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

² *Ibid.*

aprobó provisionalmente en primera lectura una serie completa de proyectos de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes³, y que los proyectos de artículos fueron transmitidos a los gobiernos por conducto del Secretario General para que formularan sus comentarios y observaciones antes del 1.º de enero de 1988.

3. Al 24 de marzo de 1988, 23 Estados Miembros y Suiza habían enviado sus observaciones y comentarios⁴. En su informe preliminar (A/CN.4/415), el Relator Especial analiza esos comentarios y recomienda ciertas enmiendas a los proyectos de artículos que quizá permitan llegar a un consenso sobre el texto. Para redactar su informe, ha tenido también en cuenta los instrumentos nacionales o internacionales relativos a la inmunidad de los Estados, así como las diversas opiniones expresadas en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

4. El anterior Relator Especial había presentado a la Comisión ocho informes basados en la idea de que los actos de los Estados pueden dividirse en dos categorías: *acta jure imperii* (actos de autoridad), a los que se aplica la inmunidad de jurisdicción, y *acta jure gestionis* (actos de gestión) a los que no se aplica. Ahora bien, del estudio de los debates de la Sexta Comisión sobre el tema, así como de los comentarios escritos de los gobiernos, se desprende que hay ciertas divergencias fundamentales entre quienes defienden la teoría «restrictiva» de la inmunidad de los Estados y los partidarios de la teoría «absoluta». Así, Bélgica, el Reino Unido, la República Federal de Alemania y Suiza, comprobando que existe en el derecho internacional una tendencia a limitar la inmunidad del Estado respecto a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, estiman que la práctica reciente, interna e internacional, debe reflejarse en el proyecto de artículos. Esa tendencia no aparece solamente en la doctrina y en la jurisprudencia sino que se encuentra también en instrumentos legales, como el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972⁵ y en varias leyes nacionales sobre la materia, en particular de los Estados Unidos de América, del Reino Unido, del Canadá, de Sudáfrica, del Pakistán, de Singapur y de Australia.

5. Por el contrario, Estados como Bulgaria, China, la República Democrática Alemana, la Unión Soviética y Venezuela estiman que la futura convención tiene por objetivo reafirmar y reforzar el concepto de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, mediante ciertas excepciones claramente definidas. A su juicio, adoptar el concepto llamado de la inmunidad funcional sería debilitar considerablemente la eficacia del principio básico, aunque conviene contar sólo con un mínimo de excepciones.

6. El Relator Especial cree recordar que los miembros de la Comisión estuvieron todos de acuerdo, durante la primera lectura del proyecto de artículos, en no entrar demasiado en un debate teórico y abstracto sobre los

méritos respectivos de esos dos conceptos de la inmunidad y dedicarse en cambio a los problemas concretos, tratando de determinar cuáles son los actos a los que se debe aplicar la inmunidad de jurisdicción y los actos a los que no debe aplicarse. La dificultad está en que, en la etapa actual de desarrollo del derecho internacional, no es posible clasificar todas las actividades del Estado en una u otra de esas dos categorías, de forma que inevitablemente siempre subsistirá una zona de sombra. Ahora bien, sin duda es la mejor forma —y quizá la única— de conciliar esos dos conceptos y de lograr el objetivo de la futura convención que es, como ha dicho el Gobierno de China, «llegar a un equilibrio necesario entre, por una parte, la abolición y la prevención de abusos en cuestiones de jurisdicción nacional contra Estados soberanos extranjeros y, por otra parte, el establecimiento de medios razonables y equitativos de resolución de las controversias» (A/CN.4/410 y Add.1 a 5).

7. Los puntos de vista de los gobiernos son divergentes en particular respecto al artículo 6 (Inmunidad del Estado) y al título de la parte III del proyecto [(Limitaciones de) (Excepciones a) la inmunidad del Estado]. El artículo 6, tras enunciar el principio de la inmunidad de los Estados, indica que se aplica con sujeción a lo dispuesto en los demás artículos, en otras palabras, la parte III del proyecto. Pero la Comisión debe decidir ahora si quiere conservar o suprimir las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general» que se han añadido entre corchetes al final de esa oración. Diez gobiernos son partidarios de mantener esas palabras y nueve defienden su supresión. Los primeros, entre ellos el Reino Unido, invocan «la necesidad de una cierta flexibilidad, habida cuenta de la evolución de la práctica de los Estados y de la adaptación correspondiente del derecho internacional general» (*ibid.*). Los demás hacen valer el riesgo que hay en que la expresión «normas pertinentes del derecho internacional general» sea interpretada de forma unilateral. El Relator Especial, aun cuando comprende los argumentos de los primeros, dada la zona de sombra que subsistirá sin duda entre ambos tipos de actividades del Estado, estima sin embargo que los temores de los demás se justifican desde el punto de vista práctico. En efecto, el proyecto de artículos debe tratar de establecer claramente en forma equilibrada, por una parte, el principio de la inmunidad y, por otra, las limitaciones o excepciones que conviene aportar. Ahora bien, con esas palabras se corre el riesgo de suscitar controversias, no sólo respecto de las actividades que entran en esa «zona de sombra» sino también respecto a las limitaciones o excepciones: así pues, el Sr. Ogiso propone que se supriman. Pero como es cierto que el derecho internacional está en plena evolución en esa esfera, quizá una solución fuera, según sugiere el Gobierno de España (*ibid.*), tratar la cuestión en el preámbulo de la futura convención. Además, la supresión de esas palabras debe preverse junto con la posible adición del artículo 28 (No discriminación) y también con los posibles futuros artículos sobre el arreglo de controversias: si esos artículos fueran aceptados, en cierta forma ello ayudaría a mantener el equilibrio entre ambos puntos de vista.

8. En cuanto al título de la parte III del proyecto, la Comisión tiene dos posibilidades. La primera, «Limitaciones de la inmunidad del Estado», es defendida por el

³ Véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y ss.

⁴ Estas observaciones y comentarios, juntos con los recibidos de cinco Estados Miembros durante el presente período de sesiones, se reproducen en el documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5.

⁵ Consejo de Europa, *Série des traités européens*, N.º 74, Estrasburgo, 1972.

Camerún, los países nórdicos y el Reino Unido. Este, en particular, considera que la parte III tiene como función definir los casos en que el derecho internacional no reconoce al Estado la inmunidad de jurisdicción. La segunda posibilidad, «Excepciones a la inmunidad del Estado», es apoyada por el Brasil, la República Democrática Alemana, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, Tailandia y Yugoslavia, para quienes es una consecuencia lógica de la doctrina de la inmunidad absoluta. Por su parte, el Sr. Ogiso tiene la impresión de que durante la primera lectura la Comisión dio una importancia exagerada a la elección del título, quizá porque algunos de sus miembros temían que esa elección influyese en la orientación doctrinal de los debates relativos a otros aspectos del tema. A su juicio, será más fácil pronunciarse una vez que se hayan solucionado todas las demás cuestiones concretas, sin perjuicio de las posiciones doctrinales de los gobiernos.

9. Tras hacer esas observaciones de carácter general, el Sr. Ogiso se propone evocar los principales problemas que plantean los diferentes artículos, comenzando por el de las definiciones.

10. A ese respecto, acepta la sugerencia de Australia y de la RSS de Bielorrusia encaminada a refundir los artículos 2 y 3. En su informe, recomienda un nuevo texto refundido para el artículo 2 (A/CN.4/415, párr. 29).

11. En cuanto al fondo del nuevo artículo, queda por solucionar la cuestión de la definición del término «Estado» (párr. 1 del antiguo artículo 3) y de la expresión «contrato mercantil» (párr. 1b del antiguo artículo 2 y párr. 2 del antiguo artículo 3).

12. En lo que respecta a la definición del término Estado, los gobiernos han destacado tres tipos de problemas. En primer lugar, la República Federal de Alemania hace observar que el proyecto no contiene ninguna disposición especial que se refiera a los Estados federales, contrariamente al Convenio europeo de 1972, por ejemplo. El Sr. Ogiso, por su parte, no ve ningún inconveniente en hacer figurar en la futura convención una disposición de ese tipo, pero desearía conocer la opinión de la Comisión al respecto. La segunda cuestión planteada por los gobiernos es la de las condiciones en las que las subdivisiones políticas del Estado, o sus organismos o entidades, deben gozar de la inmunidad de jurisdicción. A ese respecto, el Sr. Ogiso precisa que la República Federal de Alemania considera que tales entidades sólo pueden invocar inmunidad cuando actúan en ejercicio de las prerrogativas del poder público (*acta jure imperii*), y que el Reino Unido sostiene que esas entidades pueden gozar de inmunidad jurisdiccional solamente *ratione materiae*. La otra posición consiste en que cualquiera de estas entidades que estuviere investida del ejercicio de prerrogativas del poder público automáticamente quedaría investida *ratione personae* de toda la inmunidad de jurisdicción del Estado de que forma parte. Personalmente, el Sr. Ogiso puede aceptar una u otra interpretación, pero también en ese caso, como la cuestión se ha debatido poco en primera lectura, desearía conocer el punto de vista de los miembros de la Comisión. Además, si se acepta su propuesta encaminada a añadir un artículo 11 bis (*ibid.*, párr.122) relativo al tercer problema evocado por los gobiernos, a saber el de las empresas del Estado que poseen bienes de Estado separados,

habrá que añadir una nueva disposición al final del inciso iii) del apartado b del párrafo 1 del nuevo artículo 2. El Sr. Ogiso propone para ello el siguiente texto inspirado en el artículo 27 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972:

«No se considerará organismo o entidad del Estado a una empresa del Estado, distinta de éste, que esté facultada para poseer bienes de Estado separados y disponer de los mismos, así como para promover una acción en justicia, aun cuando esa empresa esté encargada de ejercer funciones públicas.»

Esta propuesta figurará en el próximo informe que presente el Sr. Ogiso a la Comisión.

13. En cuanto a la expresión «contrato mercantil», el Sr. Ogiso señala que ha sido elegida por el Comité de Redacción con preferencia a «actividad mercantil o comercial», fórmula empleada por el anterior Relator Especial en su segundo informe⁶. No juzga necesario, por su parte, volver a introducir el término «transacción»: en efecto, tanto si se habla de «contrato», de «actividad» o de «transacción», el fondo del acto es el mismo. Tailandia y Suiza han criticado la expresión «contrato mercantil» por considerarla tautológica. El Sr. Ogiso está de acuerdo en que ese reproche es justificado y propone suprimir el adjetivo «mercantil» en el inciso i) del apartado b del párrafo 1 del antiguo artículo 2.

14. Muchos gobiernos han criticado el párrafo 2 del antiguo artículo 3 porque establece como criterio de su carácter mercantil la finalidad del contrato. Esos gobiernos consideran que el único criterio que hay que tener en cuenta es la naturaleza del contrato: a ese respecto cabe remitirse a los argumentos presentados por Australia, Qatar y el Reino Unido (A/CN.4/410 y Add.1 a 5). Si se hace referencia a la posición adoptada respecto a esos criterios en los textos legislativos recientes se comprueba, por ejemplo, que en la ley de los Estados Unidos el carácter comercial de la actividad queda determinado por su naturaleza y no por su finalidad y que ni la ley del Reino Unido ni el Convenio europeo de 1972 contienen disposiciones expresas sobre esa cuestión. No obstante, la práctica de los tribunales europeos es aplicar el criterio de la naturaleza y no el de la finalidad. El ejemplo más claro es el fallo dictado en 1963 por el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania en un asunto relativo a las reclamaciones contra el Irán: el Tribunal afirmaba que había que tomar como criterio, para distinguir entre actos de autoridad y actos de gestión, la naturaleza del acto del Estado o la relación jurídica de ella resultante, en lugar del motivo o la finalidad de la actividad del Estado⁷. Otro ejemplo que se ha citado frecuentemente es el fallo dictado en 1961 por el Tribunal Supremo de Austria, en el que éste decidía que había que tomar como criterio de la distinción no la finalidad del acto sino su «naturaleza

⁶ Véase *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 217, documento A/CN.4/331 y Add.1, párr. 33 (proyecto de artículo 2, párr. 1 f), y pág. 222, párr. 48 (proyecto de artículo 3, párr. 2).

⁷ Fallo de 30 de abril de 1963 en *X c. Empire of... [Irán] [Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, Tübingen, 1964, vol. 16, pág. 62; traducción al inglés en Naciones Unidas, Materials on Jurisdictional Immunities of States and their Property (N.º de venta: E/F.81.V.10), pág. 288].*

inherente»⁸. En una conferencia pronunciada recientemente, el Profesor Schreuer, de la Universidad de Salzburgo, indicaba por su parte que la práctica reciente de los tribunales dejaba de lado en casi todos los casos el marco general o la finalidad de la transacción de que se tratase en beneficio del tipo de transacción o de la naturaleza de la actividad.

15. Personalmente, el Sr. Ogiso no ve gran dificultad en desechar el criterio de la finalidad del contrato y conservar sólo el de la naturaleza. No obstante desea señalar que esa cuestión fue ampliamente debatida en la CDI y en la Sexta Comisión y que el párrafo 2 del antiguo artículo 3 es fruto de la transacción propuesta por el anterior Relator Especial. Por último, varios países en desarrollo preferirían mantener el criterio de la finalidad. En consecuencia, se pregunta si la pura y simple supresión de ese criterio de la finalidad, aunque teóricamente es defendible, no daría lugar a otros debates espinosos. Por ejemplo, en el caso de un contrato relativo a la ejecución de un proyecto de ayuda al desarrollo, o de un contrato relativo al suministro urgente de víveres para la lucha contra el hambre, podría ser útil tener en cuenta el criterio de la finalidad. Desde este punto de vista y dado que las críticas sobre el texto del párrafo 2 del antiguo artículo 3 se refieren esencialmente a la mención de la práctica de los Estados, que pasa por ser ambigua, subjetiva, y por tanto inaplicable, el Sr. Ogiso propone un nuevo enunciado del criterio de la finalidad al final del párrafo 3 del nuevo artículo 2 (A/CN.4/415, párr. 29). Desearía que los miembros de la Comisión le manifestaran, en el período de sesiones siguiente, sus opiniones al respecto.

16. El tercero y último punto suscitado respecto al contrato mercantil se refiere al artículo 11 (Contratos mercantiles) y al nuevo artículo 11 *bis* (Bienes de Estado separados) (*ibid.*, párr. 122). El artículo 11 enuncia la excepción más importante a la inmunidad de los Estados, disponiendo que el Estado que celebra con una persona física o jurídica extranjera un contrato mercantil no puede gozar de la inmunidad. Por su parte, el Sr. Ogiso considera que ese artículo no suscita grandes dificultades, a reserva de las modificaciones de forma que propone para el párrafo 1 (*ibid.*, párr. 121) a fin de tener en cuenta las observaciones de ciertos gobiernos y para simplificar un poco el presente texto, marcado por la teoría del consentimiento.

17. En cuanto al artículo 11 *bis*, está articulado alrededor de un concepto nuevo en el proyecto, el de los «bienes de Estados separados» y se inspira en las observaciones de los gobiernos de los países socialistas, en particular de la Unión Soviética y de la RSS de Bielorrusia. Pese al artículo 11 de la Constitución de la URSS de 1977, reproducido en su informe (*ibid.*, párr. 14), el Relator Especial cree en efecto poder deducir de esas observaciones que en caso de litigio sobre un contrato mercantil, una empresa estatal, a semejanza de una persona física, está sometida a la jurisdicción de los tribunales del Estado del foro en todo lo que se refiere a los bienes separados que están en su posesión. A la luz de esas con-

sideraciones propone el artículo 11 *bis*, respecto del cual desearía obtener la opinión de los miembros de la Comisión y que sin duda exigirá ciertas mejoras de forma. Esa disposición, que debe leerse junto con el nuevo artículo 2, podría establecer un justo equilibrio entre la teoría «restrictiva» y la «absoluta».

18. El Sr. Ogiso, pasando a otros artículos importantes, propone, habida cuenta de las observaciones de los gobiernos, que se suprima en el artículo 12 (Contratos de trabajo) la referencia a las disposiciones sobre seguridad social que no le parece indispensable. Propone también, habida cuenta de las observaciones de Bélgica y de la República Federal de Alemania, que se suprima el apartado *a* del párrafo 2. Por último propone que se suprima el apartado *b* del párrafo 2 y estima, como el Gobierno de la República Federal de Alemania, que esa disposición pone en tela de juicio la utilidad del artículo 12. Por consiguiente, propone un texto enmendado para el artículo 12 (*ibid.*, párr. 133).

19. Respecto del artículo 13 (Lesiones a las personas y daños a los bienes), el Sr. Ogiso, citando las propuestas relativas al atentado contra la integridad física o al daño transfronterizo que han hecho Australia, la República Federal de Alemania y Tailandia, duda de que la presencia del autor del acto o de la omisión en el territorio en el momento de ese acto o de esa omisión pueda ser considerada legítimamente como un criterio necesario a la exclusión de la inmunidad del Estado. Así pues, en el texto enmendado que propone para el artículo 13 (*ibid.*, párr. 143) elimina ese criterio.

20. El anterior Relator Especial en su quinto informe⁹ dejó bien en claro que los apartados *c*, *d* y *e* del párrafo 1 del artículo 14 (Propiedad, posesión y uso de bienes) se referían principalmente a la práctica legal en los países de *common law*, pero, él mismo, duda que reflejen una práctica universal, y sugiere lo siguiente: si la Comisión desea que predomine la práctica de los países de *common law*, propone que se modifiquen los apartados en cuestión a fin de reflejar mejor la práctica actual y recomienda un nuevo texto para el párrafo 1 (*ibid.*, párr. 156). Pero si la Comisión estima que, como ha indicado la Unión Soviética, con los apartados *b*, *c*, *d* y *e* del párrafo 1 se corre el riesgo de dar lugar a la competencia de un tribunal extranjero aun cuando no exista un vínculo entre los bienes y el Estado del foro (A/CN.4/410 y Add.1 a 5) propone que se supriman esos cuatro apartados ya que sólo en el caso del apartado *a*, relativo a los bienes inmuebles, existe un vínculo jurisdiccional suficiente. A su juicio, aun cuando se supriman los apartados *b*, *c*, *d* y *e* del párrafo 1, los países de *common law* siempre tendrán la posibilidad en la práctica de solucionar el problema mediante la aplicación del principio de reciprocidad previsto en el artículo 28 (No discriminación). Esa cuestión podría examinarse en el siguiente período de sesiones de la Comisión.

21. Los artículos 15 (Patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otras formas de propiedad intelectual o industrial), 16 (Cuestiones tributarias) y 17 (Participación en sociedades u otras colectividades) no han sido objeto de ninguna observación en cuanto al

⁸ Fallo de 10 de febrero de 1961 en *X* [Holubek] c. *Gobierno de los Estados Unidos* (*Juristische Blätter*, Viena, 1962, vol. 84, pág. 44; traducción al inglés en Naciones Unidas, *Materials on Jurisdictional Immunities*..., pág. 205).

⁹ *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), págs. 52 y ss., documento A/CN.4/363 y Add.1, párrs. 116 y ss.

fondo. Así pues, parecen en general aceptables, a reserva de que se puedan hacer algunas modificaciones de forma.

22. Respecto al artículo 18 (Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial), el Sr. Ogiso señala que el Reino Unido, la República Federal de Alemania y los cinco países nórdicos (*ibid.*) no apoyan la inclusión del término «no gubernamentales» colocado entre corchetes en los párrafos 1 y 4, mientras que Tailandia es favorable a que se mantenga. Personalmente, estima que ese término introduce cierta ambigüedad en el párrafo 1, por lo que propone que se suprima. A ese respecto, señala que en la Convención de Bruselas de 1926¹⁰ (art. 3) y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982 (en particular arts. 32, 96 y 236), se establece una distinción entre los buques de Estado en servicio comercial y los buques de Estado que no están destinados a ese servicio, pero no entre los buques de Estado y los buques que no lo son. La República Federal de Alemania ha hecho sugerencias detalladas respecto a ese artículo, que el Sr. Ogiso se propone remitir al Comité de Redacción para que las examine más detalladamente.

23. En lo que respecta al artículo 19 (Efectos de un compromiso arbitral), que ha sido objeto de muchas observaciones críticas, el Sr. Ogiso desea precisar su sentido. En primer lugar, ese artículo lleva lo que se ha convenido en considerar como renuncia implícita a la inmunidad en el caso en que un Estado convenga por escrito en someter a arbitraje un litigio en el Estado del foro. Por ello, el Sr. Ogiso propone que se sustituyan las palabras «ese Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción» por «se considerará que ese Estado ha admitido el ejercicio de la jurisdicción de un tribunal[...]», a fin de precisar que se entiende como implícito ese efecto del compromiso arbitral. En segundo lugar, por tribunal del Estado del foro debe entenderse el tribunal del Estado en cuyo territorio, o en virtud de cuya legislación, se ha dictado o se dictará la sentencia arbitral. Cabe señalar que esa limitación está prevista en el artículo 12 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972. En tercer lugar, el procedimiento de que se trata en el artículo 19 se relaciona con tres materias enumeradas, a saber: a) la validez o la interpretación del compromiso arbitral; b) el procedimiento de arbitraje; c) la anulación del laudo. En consecuencia, sigue en pie la cuestión de si un Estado puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal del Estado del foro en un procedimiento que se relacione con el reconocimiento y la ejecución del laudo y la respuesta depende del compromiso arbitral. Por último, en lo que se refiere a las expresiones colocadas entre corchetes en ese artículo, el Relator Especial cree que en ese caso, habida cuenta de las observaciones de varios gobiernos, las palabras «negocio civil o mercantil» son preferibles a «contrato mercantil».

24. En el apartado a del artículo 21 (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas) y en el párrafo 1 del artículo 23 (Clases especiales de bienes) el Sr. Ogiso

propone que se supriman el término «no estatales» o «no gubernamentales», respectivamente, colocado entre corchetes, por las razones que ya ha expuesto respecto al artículo 18. También estima que debe suprimirse la expresión «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido», también colocadas entre corchetes en el artículo 21, ya que su significado no es claro. En lo que se refiere a las observaciones críticas formuladas por la URSS y la República Democrática Alemana respecto al artículo 21, se pregunta si el nuevo artículo 11 *bis* que propone y la enmienda que presenta en consecuencia el artículo 2 (véase párr. 12 *supra*) no bastan para darles respuesta.

25. En cuanto al párrafo 2 del artículo 23, el Sr. Ogiso propone un nuevo texto (A/CN.4/415, párr. 240), preparado a la luz de las observaciones de la República Democrática Alemana. En efecto, cree recordar que el anterior Relator Especial había propuesto el artículo 23 para proteger a los países en desarrollo que aceptan medidas coercitivas que afectan a sus bienes como consecuencia de un error. Así pues, sugiere que los bienes incluidos en las cinco categorías enumeradas en el párrafo 1 no sean objeto de medidas coercitivas, incluso con el consentimiento del Estado demandado. Además, a fin de no hacer extensiva la inmunidad a todos los bienes de los bancos centrales, propone que se añadan al final del apartado c del párrafo 1 las palabras «utilizados con fines monetarios».

26. Por último, el Relator Especial declara que, contrariamente a lo que era su primera intención, por falta de tiempo no presentará en el actual período de sesiones propuestas concretas sobre la cuestión del arreglo de controversias. Lo hará en una adición a su informe preliminar que presentará a la Comisión en el siguiente período de sesiones.

27. El Sr. BARSEGOV da las gracias al Relator Especial por su informe preliminar (A/CN.4/415) y por la presentación del mismo que acaba de hacer.

28. Indica que convendría añadir a la Unión Soviética entre los nueve Estados que defienden la supresión en el artículo 6 (Inmunidad del Estado) de la frase colocada entre corchetes «y en las normas pertinentes del derecho internacional general» (*ibid.*, párr. 61). Así pues, hay diez gobiernos que defienden que se mantenga esa frase y diez que están contra ella. Desearía también saber si el Relator Especial tiene la intención, en su informe siguiente, de hacer propuestas precisas sobre la reducción del número de excepciones a la inmunidad. Por último, en lo que se refiere a los bienes de Estado separados, el Sr. Barsegov se propone enviar al Relator Especial todos los textos legislativos correspondientes y pregunta si el Relator Especial podría, en su informe que presentará en el próximo período de sesiones, introducir ese concepto en todo el proyecto de artículos, sin limitarlo sólo al artículo 11 *bis*.

29. El Sr. OGISO (Relator Especial) da las gracias al Sr. Barsegov por su ofrecimiento. Por supuesto, piensa hacer propuestas precisas sobre la reducción de las excepciones a la inmunidad en una adición a su informe preliminar que será presentado a la Comisión en su próximo período de sesiones. En lo que se refiere a la cuestión de los bienes de Estado separados, preparará su

¹⁰ Convención internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados, Bruselas, 1926, y Protocolo adicional, Bruselas, 1934, Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, págs. 199 y 214.

propuesta en función del debate que tendrá lugar en el período de sesiones siguiente.

30. El Sr. BENNOUNA da las gracias al Relator Especial por su informe preliminar (A/CN.4/415). En cuanto a su presentación material, hubiera deseado que el Relator uniera en anexo al informe el texto de todos los proyectos de artículos aprobados en primera lectura y que indicase en el informe la referencia de las fuentes citadas y en qué medida esas propuestas tienen en cuenta las observaciones de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General. Hubiera deseado además que el Relator Especial hiciera un resumen de las observaciones de los gobiernos. Expresa la esperanza de que el Relator Especial completará su informe preliminar antes del período de sesiones siguiente, a fin de que el documento resulte más completo y más fácil de consultar.

31. El Sr. KOROMA felicita al Relator Especial por los esfuerzos que ha desplegado para conciliar los puntos de vista y llegar a soluciones de avenencia. Su informe preliminar (A/CN.4/415) va en la buena dirección.

32. El Sr. Koroma desearía, dado el número importante de países en desarrollo que se interesan en ese tema y que han tenido que defender su causa ante los tribunales de los países desarrollados, que se tuvieran en cuenta no sólo los fallos dictados en la materia —cuya pertinencia no se trata de impugnar— sino también de las tesis que esos países en desarrollo han defendido. Ello permitiría tener una idea general de su posición.

33. El Sr. Koroma toma nota con satisfacción de que el Relator Especial no ha cedido a la tentación de entrar en un debate doctrinal sobre el principio de la inmunidad de los Estados. No se impugna ese principio. La Comisión debería confirmar ese principio acompañándolo de ciertas excepciones.

34. En lo que se refiere al criterio de la finalidad o de la naturaleza que hay que aplicar para determinar si se trata de un contrato mercantil, el Sr. Koroma cree que hay que tener en cuenta la finalidad del contrato más que la naturaleza. A ese respecto señala que el Relator Especial admite la excepción, por ejemplo en favor de los contratos relativos al suministro urgente de víveres para la lucha contra el hambre y de los contratos relativos a la realización de los proyectos de ayuda al desarrollo (véase párr. 15 *supra*). En efecto, esos contratos no pueden ser considerados como contratos de carácter lucrativo.

35. El PRESIDENTE da las gracias al Relator Especial por la excelente presentación que ha hecho de su informe preliminar (A/CN.4/415), que sin duda alguna ayudará a la Comisión en su labor futura. Se declara convencido de que el Relator Especial tomará la debida nota de las observaciones que acaban de hacerse.

**Responsabilidad de los Estados (A/CN.4/414¹¹,
A/CN.4/416 y Add.1¹², A/CN.4/L.420, secc. F.1)**
[Tema 2 del programa]

¹¹ Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

¹² *Ibid.*

SEGUNDA PARTE Y TERCERA PARTE
DEL PROYECTO DE ARTICULOS¹³

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL

36. El PRESIDENTE invita al Sr. Relator Especial a que presente su informe preliminar sobre el tema (A/CN.4/416 y Add.1), así como los nuevos artículos 6 y 7 de la segunda parte del proyecto que contiene, y que dicen:

Artículo 6.—Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo

El Estado cuya acción u omisión constituya un hecho internacionalmente ilícito [que tenga] [de] carácter continuo está obligado sin perjuicio de la responsabilidad en la que ya haya incurrido, a hacer que cese esa acción u omisión.

Artículo 7.—Restitución en especie

1. El Estado lesionado tiene derecho a reclamar al Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito la restitución en especie por cualquier daño sufrido por razón de ese hecho, con tal que esa restitución:

- a) no sea materialmente imposible;
- b) no entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general;
- c) no sea excesivamente onerosa para el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

2. La restitución en especie no se considerará excesivamente onerosa salvo que:

- a) represente una carga desproporcionada en relación con el daño causado por el hecho ilícito;
- b) comprometa gravemente el sistema político, económico o social del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado c del párrafo 1 del presente artículo, ningún obstáculo derivado del ordenamiento jurídico interno del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito podrá impedir de por sí que el Estado lesionado ejercite su derecho a la restitución en especie.

4. El Estado lesionado podrá reclamar, a su debido tiempo, que se sustituya total o parcialmente la restitución en especie por [la reparación por equivalencia] [una indemnización pecuniaria], con tal que esa elección no dé lugar a una ventaja injusta en detrimento del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito y que no entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general.

37. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que se ceñirá en su intervención a los elementos esenciales de su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), presentando primero el capítulo II, que trata de la cesación del hecho internacionalmente ilícito y la restitución en especie, y después el capítulo III, que contiene los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 para la segunda parte del proyecto. Sólo al final de esa exposición, pasará a

¹³ 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.

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 35.º y 37.º, figuran en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 26. Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte, artículos 1 a 16, remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus períodos de sesiones 36.º y 37.º, *ibid.*, pág. 21, nota 66.

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto (Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias) fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38 nota 86.

tratar de las cuestiones de metodología planteadas en el capítulo I.

38. Los nuevos proyectos de artículos 6 y 7 representan el mínimo necesario para tener en cuenta dos de los elementos del desarrollo progresivo y la codificación del derecho en la materia que se examina, a saber, las obligaciones del Estado culpable, por un parte, y los derechos del Estado lesionado en materia de cesación y reparación, como algo distinto de la facultad de que goza ese Estado para adoptar cualquier medida a fin de obtener reparación o de imponer una sanción al Estado culpable, por otra. Esta distinción, evidentemente muy relativa, se explica en su informe (*ibid.*, párrs. 14, 15 y 18), pero habrá que volver a ella. En esta etapa de los trabajos, permite dejar sentado que por ahora se trata sólo de examinar lo que el Estado culpable tiene la obligación de «hacer» o «dar» y lo que el Estado lesionado tiene derecho a «recibir», sean cuales sean los medios a que pueden recurrir por otra parte para obtener la cesación del acto, la reparación del daño o la imposición de una sanción. Es aún demasiado pronto para pensar en las «medidas», o, como dicen algunos, la «contramedidas». Las dificultades que han planteado hasta este momento las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito obedecen precisamente, por una parte, a que se ha descuidado esa distinción y, por otra parte, a la tendencia, muy extendida entre la doctrina, a ocuparse de las medidas antes de abarcar asuntos tan vitalmente importantes como la cesación, la reparación y el castigo.

39. Las consecuencias jurídicas esenciales del hecho ilícito —la cesación y las diversas formas de reparación— eran tratadas conjuntamente en los proyectos de artículos 6 y 7 de la segunda parte presentada por el anterior Relator Especial. Sin embargo, como el artículo 7 sólo servía para establecer una excepción —aunque ciertamente de mucha envergadura— a la obligación general de restitución en especie, el conjunto de las consecuencias jurídicas (restitución en especie, indemnización, etc.) se regulaba en el párrafo 1 del artículo 6, cuyo párrafo 2 enunciaba las relaciones entre restitución en especie e indemnización pecuniaria. Esas disposiciones, por loable que fuera su concisión, parecían insuficientes, pues, desde el doble punto de vista de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho. Por otra parte, en el 38.º período de sesiones de la Comisión, el Comité de Redacción no pudo llegar a un acuerdo sobre el texto del artículo 6, pese a los esfuerzos realizados para distinguir la cesación de la reparación, y en particular de la restitución en especie. Es lícito suponer que se obtendrán mejores resultados si se elaboran disposiciones distintas y más trabajadas sobre la cesación del comportamiento ilícito, por una parte, y sobre las diversas formas de reparación, por otra. Ampliado así el marco, la Comisión podrá sacar mejor provecho del material jurídico de que dispone, bien se trate de textos teóricos, bien de ejemplos tomados de la práctica en materia de responsabilidad internacional, o de análisis realizados por el precedente Relator Especial.

40. Por lo que respecta al concepto de cesación del hecho internacionalmente ilícito, el Relator Especial dice que el análisis crítico de la doctrina y la práctica que figura en su informe (*ibid.*, párrs. 29 a 52) lleva a tres

conclusiones: en primer lugar, la cesación debe establecerse expresamente en el proyecto de artículos; en segundo lugar, el alcance de la obligación correspondiente debe enunciarse explícitamente en ellos; en tercer lugar, la disposición prevista debe ser distinta de los artículos concernientes a las diversas formas de reparación y, en especial, de la restitución en especie.

41. En lo que se refiere primero a la necesidad de establecer la cesación entre las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito —y, sobre todo, del hecho persistente—, hay que considerar que todo acto ilícito, además de producir concretamente efectos nefastos para el Estado lesionado, constituye una amenaza para la norma misma que viola el Estado culpable. El derecho internacional, en efecto, está constituido por normas establecidas por los sujetos mismos a quienes se aplican y cualquier violación de una norma pone en peligro la existencia de norma misma. Ese peligro existe aunque el Estado culpable ponga, explícita o implícitamente, en entredicho la realidad de la norma o su interpretación, o aunque se proponga modificarla o abrogarla. Esa perennidad de la regla resulta tanto más amenazada cuanto que el acto ilícito va acompañado, como sucede demasiado a menudo, de una impugnación de la norma misma o de su interpretación. Es evidente también que, cuanto más perdura el acto ilícito, más peligra la norma. Por eso es importante que el proyecto de artículos especifique que el Estado, cada vez que realiza un acto ilícito de carácter persistente, queda sujeto —a pesar, pero también a causa, de esta violación— a la obligación de poner fin a su comportamiento. Una disposición de esta índole no favorecería sólo los intereses del Estado lesionado sino también la causa más general de la salvaguardia del Estado de derecho, es decir, hipotéticamente el interés de todos los Estados.

42. Se ha sostenido que una disposición sobre la cesación no tenía razón de ser en el proyecto porque la obligación correspondiente no pertenecía a la esfera de las consecuencias jurídicas propiamente dichas del acto ilícito, comprendida como tal por las normas denominadas «secundarias» aplicables a la responsabilidad. Sin embargo, bien mirado, esta distinción entre normas «primarias» y «secundarias» es relativa. Cabe imaginar que la norma de la cesación se sitúa, por así decirlo, entre las primeras y las segundas. En lo tocante a las primeras, sería una especie de concretización de la norma «primaria» que el Estado culpable está violando. En lo referente a las segundas, contribuiría a la determinación de la calidad y la cantidad de la reparación.

43. Hay otros argumentos a favor de una norma expresa y distinta sobre la cesación. El primero es que no existe en esta materia ningún mecanismo institucional de aplicación general comparable al procedimiento penal y el derecho penal o a los procedimientos civiles a que puede recurrir la parte lesionada en el plano nacional para obtener la tutela de ese derecho. El segundo es que la obligación expresa de poner fin al acto o la omisión ilícitos tiene una importancia práctica en el caso de los delitos de especial gravedad, como los crímenes internacionales (*ibid.*, párrs. 50 y 51). El tercero es que la inobservancia de la petición de cesación, o la intimación dirigida a tal efecto por un órgano internacional, puede justificar el recurso a medidas inmediatas, indivi-

duales, colectivas o institucionales contra el Estado culpable.

44. Después, por lo que hace al alcance de esta disposición sobre la cesación, hay que considerar que un comportamiento duradero puede ser internacionalmente ilícito bien por acción, bien por omisión; sobre este punto, el orador remite a su informe (*ibid.*, párrs. 34 a 38).

45. Por último, por lo que respecta a la manera de formular el deber de cesación, varias razones inducen a hacerlo objeto de una disposición distinta de las que versan sobre las demás consecuencias del acto internacionalmente ilícito. La primera de esas razones es, evidentemente, la función singular que desempeña la cesación a diferencia de todas las formas de reparación. Como se indica en el informe (*ibid.*, párrs. 34 a 41) y en especial párr. 54) con mayor precisión, la cesación no es una de las formas de la reparación. A diferencia de éstas —y sobre todo de la restitución en especie— la obligación de cesación no forma parte de la responsabilidad internacional dimanante de una norma secundaria. El Estado que tiene un comportamiento ilícito está obligado a ponerle fin en virtud de la norma que le impone precisamente la obligación inicial que conculca el acto ilícito.

46. La segunda razón, expuesta en su informe (*ibid.*, párr. 55), tienen que ver con la formulación de una norma sobre cesación, bien desde el punto de vista de los derechos del Estado lesionado, bien desde el punto de vista de los deberes del Estado culpable. En la esfera de la reparación, es mejor colocarse desde el punto de vista de los derechos del Estado lesionado, ya que es por iniciativa de éste que se pone en movimiento un mecanismo judicial «secundario». No ocurre así en el caso de la cesación; aun cuando la iniciativa del Estado lesionado sea a la vez legítima y oportuna, la obligación de cesación debe considerarse que nace por la mera intervención de la norma «primaria». En este caso no hay que poner en marcha ningún mecanismo accesorio ni secundario. El elemento del comportamiento ilícito que se ha convertido en un hecho consumado puede corresponder a las disposiciones que rigen la reparación, pero el artículo sobre la cesación debe subrayar únicamente que el Estado culpable sigue sujeto a su obligación primaria, sin que el Estado lesionado tenga que exigir el respeto de esa obligación.

47. La tercera razón, expuesta en su informe (*ibid.*, párr. 56) se refiere al campo de aplicación relativamente limitado de la cesación. Esta, en efecto sólo puede ser tomada en consideración en caso de un comportamiento de cierta duración. Si se regulara la cesación en una disposición general que, como en el caso del artículo 6 presentado por el anterior Relator Especial, versara a la vez sobre la reparación de las consecuencias de los comportamientos duraderos y de los actos instantáneos, no se haría más que introducir una fuente de confusión.

48. Hay que añadir una cuarta razón para regular separadamente la cesación y la reparación, y es que esta distinción es necesaria para evitar que las limitaciones y las excepciones que caracterizan el régimen de la restitución en especie no se extiendan también a la cesación, esfera en la que serían inconcebibles. La obligación de interrumpir cualquier comportamiento ilícito no está ni

puede estar subordinada a las mismas consideraciones, puesto que su finalidad es precisamente prevenir una situación ilícita futura —en este caso, la persistencia del acto ilícito en curso.

49. Uno de los términos esenciales del nuevo proyecto de artículo 6 presentado es la palabra «remains» (permanece), que sustituye en el texto inglés el simple «is» (está). Era menester, efectivamente, insistir en la permanencia de la obligación del Estado, y no en su simple existencia, a fin de poner más de relieve la razón de ser del artículo, que es la perennidad de la norma primaria, pese a la actividad del Estado culpable. El artículo se entiende directamente y, si se ha considerado necesario añadir las palabras «sin perjuicio de la responsabilidad en la que ya ha incurrido», ello ha sido para subrayar que el artículo versa sólo sobre la cesación de la violación. Se habría podido puntualizar también que la obligación del Estado culpable no está condicionada a la queja del Estado lesionado, pero se ha estimado preferible no mencionarlo.

50. Pasando seguidamente a tratar el problema de la restitución en especie, el Relator Especial dice que se entra en este punto en la esfera de la reparación, es decir, de las consecuencias, en el sentido más estricto y más técnico del término, del acto internacionalmente ilícito. Forma particular de reparación, la restitución se diferencia muy claramente y en varios aspectos de la cesación; el Relator Especial resume en pocas palabras el análisis que ha hecho a este respecto en su informe (*ibid.*, párrs. 69 y 70). La primera de esas diferencias estriba en que la restitución es consecutiva al acto ilícito, del que tiende a reparar los efectos. La segunda, evidente corolario de la primera, es que la restitución se aplica a todo acto ilícito, sea instantáneo o duradero; la tercera consiste en que la restitución en especie es, como las demás formas de reparación, una obligación «secundaria», que emana de una norma denominada «secundaria».

51. Del estudio de la doctrina y de la práctica se desprende que existen dos concepciones diferentes de la restitución en especie (*ibid.*, párr. 64). Según la primera, la *restitutio in integrum* consistiría en restablecer el *status quo ante*; según la segunda, consistiría en el establecimiento o restablecimiento de la situación que existiría o habría existido de no haberse cometido el acto ilícito. La diferencia entre esas dos concepciones se analiza en su informe (*ibid.*, párr. 67) desde el punto de vista del objeto de la reparación, su alcance, sus funciones y su aplicación práctica. Sea como fuere, la restitución es la forma de reparación más próxima al principio general del derecho según el cual el culpable debe eliminar las consecuencias de su acto. Para ello, no basta con indemnizar a la parte lesionada sino que hay que empezar por restablecer la situación inicial. La reparación en especie viene antes de cualquier otra forma de reparación *lato sensu*.

52. Ahora bien, según la práctica y la doctrina, la restitución en especie no es necesariamente una forma adecuada, completa e independiente de reparación de las consecuencias de todo acto internacionalmente ilícito. Muchas veces también la reparación adopta la forma de una indemnización pecuniaria, bien porque sea difícil o imposible eliminar las consecuencias del acto, bien por-

que las partes prefieren esta solución. Estadísticamente, incluso, parece que predomina la indemnización pecuniaria.

53. Así pues, si bien hay que mantener la primacía lógica y cronológica de la restitución en especie entre las diversas formas de reparación, sería con todo inexacto, tanto en teoría como en la práctica, definir la *restitutio* como la forma de reparación preferible en todos los casos. No hay sin embargo contradicción entre el hecho de que la reparación por equivalente sea estadísticamente la más extendida y el hecho de que la restitución en especie sigue siendo el remedio que hay que buscar en primer lugar. Por consiguiente, en el plano de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho, parece indispensable formular la obligación de restitución en especie, no sólo como una de las formas de reparación, sino también como la primera de esas formas, especificando su alcance, las excepciones a que puede estar sujeta y las condiciones de su aplicación. El Relator Especial se propone detenerse un poco sobre esos tres puntos.

54. Desde el punto de vista del alcance, en primer lugar, la obligación de la restitución en especie debe expresarse en forma de una obligación general. Debe ser evidente que se trata de una forma de reparación exigible en principio por cualquier acto ilícito, sea cual sea su naturaleza, y que las consideraciones que pueden suavizarla no dependen directamente ni de la naturaleza de la obligación infringida, ni de la naturaleza de los derechos o los intereses de la parte lesionada. Los únicos obstáculos que pueden surgir afectan a la naturaleza del daño considerado y a las circunstancias que lo rodean, así como a los medios de restitución efectivamente existentes. Según la doctrina y la práctica que se analizan en su informe (*ibid.*, párrs. 108 y 122), parece preciso evitar toda fórmula que prevea regímenes «especiales» para determinar las categorías de actos ilícitos. Esto es así especialmente en el caso de las obligaciones primarias relacionadas con el trato otorgado a los nacionales de Estados extranjeros, cuestión a la que el Relator Especial precedente dedicaba una disposición del proyecto de artículo 7 que distinguía entre los daños «directos» y los daños «indirectos» causados al Estado (*ibid.*, párrs. 107 y 108). Esta distinción no parece aceptable. Como se dice en el informe (*ibid.*, párrs. 108 a 122), una disposición por la que se confiera al Estado culpable la facultad de elegir unilateralmente entre restitución en especie e indemnización penuriaria en caso de daño denominado «indirecto» no está justificada. En primer lugar, la distinción parece arbitraria. Luego, no hay que olvidar que los valores que intervienen en la protección de los nacionales extranjeros no son sólo de naturaleza económica, sino que están también los derechos civiles, sociales y culturales. Los propios derechos económicos, una vez garantizados por la ley, son un elemento esencial de los derechos humanos.

55. Conviene añadir que, aun cuando el principio de la *restitutio* se aplique con menos frecuencia a los actos ilícitos cometidos en detrimento de nacionales de Estados extranjeros, ello no significa que esos actos estén sujetos, *de lege lata*, al régimen particular previsto en el proyecto de artículo 7 presentado por el anterior Relator Especial. Salvo el hecho —evidente, pero en absoluto desdeñable— de que ciertas decisiones o soluciones es-

tablecidas por vía de acuerdo pueden ser contrarias a la norma general, es preciso admitir que los casos en que la *restitutio* no ha podido aplicarse en el pasado formaban parte en realidad de situaciones en que la restitución en especie se encuentra total o parcialmente excluida, no por efecto «especial» de normas primarias, sino sólo por los obstáculos concretos creados por el acto ilícito mismo y reconocidos como tales por las partes: imposibilidad material, solución excesivamente onerosa, preferencias del Estado lesionado, etc. La verdadera excepción a la obligación de restitución es aquel supuesto en que la obligación se extingue porque la restitución es materialmente imposible: destrucción de un bien, naufragio de un buque, pérdida de vidas humanas, etc. (*ibid.*, párrs. 85 y 123).

56. En relación también con las excepciones, hay que citar asimismo los obstáculos jurídicos a la restitución, más difíciles de delimitar, que dimanan del derecho interno o el derecho internacional y que el Estado culpable tendría que violar para cumplir su obligación de reparar.

57. Las dificultades de derecho interno emanan de la naturaleza del Estado y de las relaciones particulares que existen entre el derecho interno y el derecho internacional. En primer lugar, la naturaleza del Estado es tal que no hay casi ninguna acción, actividad u operación de restitución que pueda ser realizada sin que el poder legislativo apruebe una ley o una disposición jurídica a tal efecto. A diferencia del individuo, el Estado que desea efectuar la retrocesión de un territorio que ha anexionado, corregir una frontera que ha modificado injustamente o devolver la libertad a una persona ilegalmente detenida, debe adoptar alguna disposición de carácter constitucional, legislativo, judicial o incluso administrativo, y cabe afirmar que la *restitutio* es ante todo, fundamentalmente y en todos los casos, «legal»; la restitución material no es más que la ejecución, la traducción a la realidad de una acción legal. En la práctica, la restitución en especie adopta, pues, esencialmente, en el plano internacional, la forma de una restitución legal que acompaña o precede a la restitución material. En segundo lugar, en cuanto a las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, son muy diferentes de las que existen entre el derecho interno de los Estados federales y el derecho de cada una de las entidades que los componen. Por una parte, en efecto, la primacía del derecho internacional no es suficiente para anular, como ordenamiento jurídico directamente superior, las normas de derecho interno que sean incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado de que se trate. El régimen jurídico interno sólo puede ser adaptado a las obligaciones legales internacionales mediante la acción legislativa, judicial, administrativa o constitucional del Estado, y sólo el Estado (*ibid.*, párrs. 77 a 84, en particular párrs. 80 y 82). Por otra parte, la primacía del derecho internacional en las relaciones entre Estados excluye que un Estado pueda alegar su derecho interno para eludir el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Se levanta la sesión a las 13 horas.