

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

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

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

[Tema 1 del programa]

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

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

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

Organización de los trabajos del período
de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

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

Se levanta la sesión a las 17.10 horas.

2613.ª SESIÓN

Martes 2 de mayo de 2000, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

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

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

Organización de los trabajos del período
de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

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

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

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

entrañaría distorsionar la realidad de la responsabilidad de los Estados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2614.ª SESIÓN

Miércoles 3 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

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

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

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

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

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

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

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

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

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

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

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