

expresamente en el texto o, por lo menos, en el comentario. Ahora bien, no puede aceptar que no exista para un Estado la obligación de modificar sus leyes, pues en este caso el derecho interno prevalecería sobre el derecho internacional para este Estado.

70. El Sr. ROSENSTOCK dice que el hecho de que sea difícil evaluar la cuantía de las reparaciones en un caso determinado no significa que las normas sean inválidas. En el proyecto de artículos se preconiza una «reparación íntegra» y se reconoce a la vez que la reparación no será nunca verdaderamente íntegra en un mundo imperfecto.

71. El Sr. Sreenivasa RAO dice que él y el Sr. Rosenstock están de acuerdo, aunque consideran el asunto desde diferentes puntos de vista. El vaso está lleno a medias, pero está también vacío a medias.

72. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) pone de relieve que las palabras «íntegra reparación» figuran en el proyecto de artículo 42 que se aprobó en primera lectura y que no ha sido criticado por los gobiernos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2616.^a SESIÓN

Viernes 5 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

más tarde: Sr. Maurice KAMTO

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. Illueca, Sr. Kabatsi, 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 de los artículos 36, 36

bis, 37 bis y 38 que figuran en el párrafo 119 del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. TOMKA juzga el informe que se examina sumamente interesante y útil a efectos del examen en segunda lectura de la segunda parte del proyecto de artículos.

3. En particular, el Sr. Tomka aprueba la nueva estructura propuesta por el Relator Especial, en concreto para la nueva segunda parte bis, titulada «Puesta en práctica de la responsabilidad del Estado». Esta acción corresponde desde todos los puntos de vista a la intención inicial de la Comisión y del entonces Relator Especial, Roberto Ago, de incorporar eventualmente, tras una primera parte consagrada al origen de la responsabilidad internacional y una segunda parte consagrada al contenido, a las formas y a los grados de la responsabilidad internacional, una tercera parte que versase sobre el arreglo de controversias y la puesta en práctica de la responsabilidad internacional³.

4. El Sr. Tomka observa con satisfacción que el Relator Especial se propone cambiar de sitio las disposiciones relativas a las contramedidas, que actualmente figuran en la segunda parte aunque no tienen relación alguna ni con el contenido ni con las formas de la responsabilidad internacional: en efecto, las contramedidas son un instrumento destinado a obligar al Estado que ha violado una obligación internacional a cumplir su nueva obligación de reparación, que constituye la esencia misma de la responsabilidad. Las disposiciones sobre las contramedidas deben ir pues en la parte que versa sobre la puesta en práctica de la responsabilidad.

5. La propuesta del Relator Especial de añadir al proyecto de artículos una cuarta parte titulada «Disposiciones generales», en la que se recogería el contenido de los actuales artículos 37 y 39, adoptados en primera lectura, requiere un análisis más a fondo.

6. El Sr. Tomka se declara convencido por el argumento del Relator Especial, según el cual las disposiciones de la primera parte se aplican a todas las obligaciones internacionales del Estado, es decir, incluidas las obligaciones nacidas como consecuencia de un hecho ilícito anterior. Así, está de acuerdo en que es preciso evitar reproducir en el párrafo 4 del artículo 42 el contenido del artículo 4. Recuerda a este propósito que, en su comentario sobre el título del capítulo I, «Principios generales», de la primera parte, la Comisión declaró expresamente que «el capítulo I del proyecto, que tiene cuatro artículos (artículos 1 a 4), está consagrado a determinados principios de derecho que se aplican al proyecto en su conjunto»⁴. De ahí que no sea partidario de la propuesta formulada por el Sr. Pellet (2613.^a sesión), a saber, que en la segunda parte se inserte una disposición en la que se prevea que el capítulo V de la primera parte se aplica también a la segunda parte. Semejante inserción crearía inútilmente problemas de interpretación fundados en argumentos a contrario.

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 Anuario... 1975, vol. II, págs. 60 a 64, doc. A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

⁴ Véase el comentario en Anuario... 1973, vol. II, págs. 176 y ss., doc. A/9010/Rev.1, párr. 58.

7. El Sr. Tomka pasa al título propuesto por el Relator Especial para la segunda parte, «Consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado», y declara que, efectivamente, la responsabilidad es una consecuencia jurídica de un hecho internacionalmente ilícito. En ese sentido, el título ligeramente distinto sugerido por un miembro de la Comisión, es decir «Consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional», no convendría.

8. En lo que respecta al artículo 36, el Sr. Tomka considera que su título, «Contenido de la responsabilidad internacional», propuesto por el Relator Especial, no corresponde al texto de la disposición propiamente dicha, quizá porque el Relator Especial ha propuesto titular la segunda parte de una manera distinta. Al Comité de Redacción incumbirá examinar este asunto. A propósito del artículo 36 bis, el Sr. Tomka aprueba la intención del Relator Especial de establecer una relación más estrecha entre la validez continua de la obligación violada, la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición. Observa sin embargo que estas tres nociones, aunque cercanas en cierta medida, son distintas y preferiría pues que se las desarrollase en artículos distintos. En todo caso, el título del artículo 36 bis, «Cesación», no abarca las tres nociones. Procede reafirmar en el párrafo 1 que la obligación internacional primaria, aunque transgredida, subsiste y el Estado de que se trate habrá de cumplirla. El texto del apartado b del párrafo 2 propuesto da la impresión de que las seguridades y garantías de no repetición se deben ofrecer en todos los casos, pero del debate se desprende que sólo son importantes en ciertas circunstancias. El Comité de Redacción debería tener debidamente en cuenta este punto.

9. En lo que respecta al artículo 37 bis, titulado «Reparación», el Sr. Tomka observa que el texto antiguo correspondiente (el artículo 42, titulado también «Reparación») preveía la reparación íntegra y no había suscitado críticas de los gobiernos. No sería pues prudente abandonar esta noción. A este respecto, la Comisión debería polarizarse menos en la situación del Estado autor que en el perjuicio sufrido por un Estado a causa de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. Por último, en lo que respecta al nuevo texto del artículo 38, titulado «Otras consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito», propuesto por el Relator Especial, el Sr. Tomka se inclina a pensar, al igual que el Relator Especial, que no hace ninguna falta un artículo específico en ese sentido. En general, las disposiciones relativas a la aplicación de las reglas del derecho internacional consuetudinario no enumeradas en un instrumento figuran en el preámbulo de ese instrumento. Esta es pues la solución que se deberá adoptar si el proyecto de artículos reviste la forma de una convención.

10. El Sr. ADDO hace suyas casi todas las propuestas formuladas por el Relator en su tercer informe, en particular la propuesta de que se inserte en el proyecto de artículos una segunda parte bis sobre la puesta en práctica de la responsabilidad del Estado y una cuarta parte dedicada a las disposiciones generales, y de que se prescinda de momento de la tercera parte.

11. El Sr. Addo acepta sin dificultad los artículos 36 bis y 37 bis. Existen diferentes formas de reparación y la elección que se efectúe entre ellas dependerá de los hechos precisos. Conviene señalar a este respecto que la responsabilidad del Estado se puede invocar a partir del momento en que el Estado lesionado demuestre la comisión de un hecho ilícito o una comisión; no tiene que aportar pruebas de un perjuicio efectivo. Es innegable que un Estado cumple la responsabilidad que le incumbe por la violación de una obligación internacional reparando el perjuicio causado. La palabra «reparación» es una palabra genérica que se aplica a los diferentes medios de que un Estado dispone para satisfacer o cumplir esta responsabilidad y abarca el derecho a la cesación de la violación, el derecho a la restitución en especie, el derecho a indemnización cuando la restitución en especie no es posible y el derecho a recibir satisfacción. Los artículos 36 bis y 37 bis, redactados de nuevo por el Relator Especial, recogen todas esas formas de reparación y convendría remitirlos al Comité de Redacción junto con el artículo 36. En lo que respecta al artículo 38, el Sr. Addo prefiere el nuevo texto propuesto por el Relator Especial, pero no insiste especialmente en que se mantenga. Como el Sr. Lukashuk ha señalado ya (2615.ª sesión), este artículo no aporta nada en cuanto al fondo y se podría suprimir sin problemas. Si se mantuviese, el Sr. Addo sólo lo apoyaría ex abundanti cautela y a condición de que figure en la cuarta parte. El Sr. Addo se reserva el derecho a intervenir más tarde en relación con el artículo 40 bis.

12. El Sr. ILLUECA señala que el tercer informe es digno de elogio y enriquece los trabajos de la Comisión y, además, el derecho internacional en general. A su juicio, los artículos 36, 36 bis, 37 bis y 38 ocupan el lugar que les corresponde en el proyecto de artículos, y el Relator Especial y el Comité de Redacción podrán retocarlos luego teniendo en cuenta las observaciones formuladas al respecto.

13. Refiriéndose brevemente al ambicioso programa de trabajo presentado por el Relator Especial en relación con las etapas para la ultimación del examen en segunda lectura del proyecto de artículos, el Sr. Illueca parte del principio de que la Comisión concluyó en su 51.º período de sesiones el examen en segunda lectura de los proyectos de artículos de la primera parte, cuya noción fundamental no se ha puesto esencialmente en tela de juicio, aunque la Comisión se reservó, para reflexión más detenida, cierto número de cuestiones relacionadas con la primera parte, como la responsabilidad del Estado por la violación de obligaciones erga omnes y la relación de la disposición correspondiente con el artículo 19 adoptado en primera lectura.

14. A propósito precisamente del artículo 19, titulado «Crímenes internacionales y delitos internacionales», el Sr. Illueca considera este artículo el elemento principal del proyecto, cuya coherencia determina. La noción de «crimen internacional», nacida en la segunda guerra mundial, remite a la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos más graves, pero existe un régimen único de responsabilidad para los hechos internacionalmente ilícitos más graves y un régimen único para los demás hechos ilícitos. Si no se tiene en cuenta esta realidad, la Comisión no podrá concluir el valioso ejercicio que emprendió al abordar este tema.

15. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) resume el debate en torno a los artículos 36, 36 bis, 37 bis y 38 y observa complacido que la Comisión y el grupo de trabajo han progresado satisfactoriamente en su labor —comprendido el punto que el Sr. Illueca acaba de mencionar— aunque siguen pendientes algunas cuestiones que se resolverán en definitiva cuando se examinen otros aspectos del informe.

16. El Relator Especial observa con agrado que hay acuerdo general, tanto en cuanto a la estrategia consistente en formular la segunda parte, o por lo menos las consecuencias que se enuncian en ella, en forma de obligaciones del Estado responsable, como en cuanto a la necesidad de tratar estas obligaciones y su exigencia por otros Estados, si no en partes distintas, por lo menos en capítulos diferentes de la misma parte. De los trabajos se desprende también que las disposiciones existentes, aunque reorganizadas, se mantendrán en esencia con ciertos elementos complementarios, en particular, tal vez, un artículo sobre los intereses previsto por el precedente Relator Especial, el Sr. Arangio-Ruiz, en su segundo informe⁵.

17. En cuanto a la posibilidad para entidades distintas de los Estados de invocar la responsabilidad de un Estado, posibilidad sobre la que se interroga el Sr. Gaja, el Relator Especial subraya que la noción abierta de responsabilidad, enunciada en la primera parte, la autoriza. Es evidente que la responsabilidad de un Estado frente a entidades distintas de un Estado se inscribe en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. Ello no significa sin embargo que la Comisión deba examinar esta cuestión: no es necesario que lo haga por diversas razones ajenas al sector de la responsabilidad de los Estados propiamente dicho, pero debe evocarla para garantizar una cohesión entre el contenido de la primera parte y el de las demás partes. Este es el objeto de la cláusula de salvaguardia del párrafo 3 del artículo 40 bis propuesto. No es aconsejable ir más allá.

18. En lo que respecta a la dificultad de establecer una distinción entre reglas primarias y reglas secundarias a que se han referido varios miembros de la Comisión, el Relator Especial no tiene otra opción que atenerse a la decisión inicial que la Comisión tomó de mantener esta distinción.

19. En cuanto a los diferentes artículos que ha propuesto, el Relator Especial observa que el debate habido sobre el título, tanto de la segunda parte como de los diferentes artículos, ha sido útil. Ahora incumbe al Comité de Redacción examinar todas las propuestas de forma presentadas a este respecto. Parece admitirse en general que los cuatro artículos en cuestión pueden ser remitidos al Comité de Redacción y que se los debe mantener en un lugar u otro del proyecto de artículos. A este respecto, el Relator Especial señala que se le ha persuadido de la necesidad de mantener el artículo 38, ya sea en la cuarta parte, ya sea en el preámbulo, según las propuestas que el Comité de Redacción formule al respecto.

20. Asimismo, se admite generalmente que en el artículo 36 bis se debe enunciar el principio general de la cesación y en el artículo 37 bis el de la reparación, para establecer un equilibrio en el primer capítulo. Se han formulado interesantes observaciones de forma, en particular la del Sr. Brownlie, quien ha señalado, a propósito del artículo 36 bis, que el problema de la cesación y sobre todo el de las seguridades y garantías de no repetición no sólo se plantean en un acto ilícito continuo sino también en una serie de hechos cuya continuidad se supone probable, aunque se tome separadamente cada uno de ellos. Incumbirá al Comité de Redacción determinar si se impone la referencia en el apartado a del párrafo 2 a la continuidad del comportamiento ilícito. Como el apartado b versa sobre las seguridades y garantías de no repetición, convendría quizás modificar el título actual del artículo. Se han expresado opiniones divergentes en cuanto al mantenimiento del apartado propiamente dicho, pero del debate se desprende que la mayoría de los miembros de la Comisión son favorables. De hecho, ningún gobierno ha propuesto la supresión del artículo 46 adoptado en primera lectura, aunque se ha propuesto su traslado a otro lugar. En respuesta a la observación del Sr. Pellet, según la cual no existe prácticamente ningún ejemplo de garantías de no repetición ofrecidas ante un tribunal, el Relator Especial admite que los ejemplos en este sentido son muy pocos, aunque el laudo arbitral pronunciado por el Secretario General en el caso *Rainbow Warrior* tiene ciertos elementos que se podrían interpretar como pertenecientes a la categoría de seguridades y garantías de no repetición. Es cierto que las seguridades y garantías de no repetición corresponden esencialmente a relaciones entre Estados, pero es igualmente cierto que los tribunales deben velar por su aplicación. En todo caso, es frecuente que los gobiernos den seguridades y garantías de no repetición en respuesta a la violación de una obligación, aunque el hecho internacionalmente ilícito no sea continuo. El Comité de Redacción podría modificar el texto del apartado teniendo en cuenta la propuesta de la República Checa sobre el capítulo III⁶ citada en el párrafo 56 del tercer informe y mencionando la gravedad del comportamiento ilícito y la probabilidad de su repetición; podría inspirarse para ello en el artículo correspondiente adoptado en primera lectura.

21. El artículo 37 bis ha suscitado algunas dificultades, sobre todo en lo que respecta a la expresión «reparación íntegra». El Sr. Sreenivasa Rao se pregunta (2614.^a sesión) si es preciso conservarla. En la medida en que esta expresión figuraba en el texto original del artículo y no ha sido objeto de críticas especiales por parte de los gobiernos, sería preferible conservarla. El Sr. Crawford reconoce sin embargo que ello plantea un problema de equilibrio. En efecto, el Sr. Sreenivasa Rao ha adoptado sobre todo el punto de vista del Estado responsable; no hay que descuidar sin embargo, como ha recordado el Sr. Tomka, la posición del Estado víctima del acto internacionalmente ilícito. Es cierto que, en casos extremos, el Estado responsable puede verse efectivamente reducido a la miseria por la obligación de reparación íntegra. Es necesario pues prever medidas de protección para hacer frente a esta clase de situación, sin que ello ponga en tela de juicio el principio de la reparación íntegra. Además, a

⁵ Anuario... 1989, vol. II (primera parte), págs. 23 a 31 y 57 y 58, doc. A/CN.4/425 y Add.1.

⁶ Véase 2613.^a sesión, nota 3.

propósito de las palabras «eliminará las consecuencias» que figuran en el párrafo 2 del artículo 37 bis, el Sr. Kamto ha señalado acertadamente (ibíd.) que no es posible eliminar del todo las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito. Por otra parte, la CPJI indicó en su decisión sobre el asunto *Usine de Chorzów* que la reparación debía borrar «en la mayor medida posible» todas las consecuencias del acto ilícito. Incumbirá pues al Comité de Redacción determinar si esa expresión se puede incluir para calificar el término «reparación íntegra» o si conviene referirse a la cuestión en el comentario.

22. El Relator Especial señala que se observa un acuerdo general en la noción de causalidad, que supone el concepto de reparación, y en la necesidad consiguiente de expresarla. También en este caso incumbirá al Comité de Redacción decidir si esta noción está correctamente formulada en el párrafo 1 del artículo 37 bis.

23. Los miembros del Comité se pronuncian en su gran mayoría en favor del mantenimiento del artículo 38, pero se observan ciertas divergencias sobre la parte del texto en que conviene situarlo. El Comité de Redacción determinará si conviene que figure en la cuarta parte propuesta.

24. En lo que respecta al artículo 40 bis, el Relator Especial desea precisar que el objetivo subyacente era recoger la distinción entre las obligaciones en materia de cesación y de reparación del Estado responsable por un lado y por otro lado el derecho de los demás Estados a exigir esta responsabilidad. El Relator Especial se congratula de que por lo menos se haya aceptado ya esta distinción.

El Sr. Kamto ocupa la Presidencia.

25. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea dar traslado de los artículos 36 a 38 al Comité de Redacción

Así queda acordado.

26. El Presidente invita a los miembros de la Comisión a examinar el artículo 40 bis.

27. El Sr. SIMMA estima que el título actual del artículo 40 bis, «Derecho de un Estado a exigir responsabilidad de otro Estado», no cumple lo que promete porque no da respuesta clara a la cuestión de si tal derecho existe. Parecería más bien que este artículo introduce dos nociones diferentes: la de «Estado lesionado» en el párrafo 1 y la de «interés legítimo» en el párrafo 2. Estas dos nociones están naturalmente vinculadas en cierto modo, pero no se corresponden verdaderamente como deberían en el contexto del artículo 40 bis. Además, las divergencias de interpretación de la decisión de la CIJ en el asunto *Barcelona Traction* dejan entrever espinosos problemas teóricos. La interpretación que el Sr. Simma da a esta decisión es diferente de la que da el Relator Especial. El Sr. Simma propone pues que se evite recurrir a la noción de «perjuicio» para hablar de la responsabilidad del Estado en la medida en que, a su juicio, es prácticamente imposible «calibrar» este perjuicio a partir del criterio de proximidad de la violación. Baste a este respecto pen-

sar en los tratados de derechos humanos; bien se considere, como el Sr. Arangio-Ruiz, que todos los Estados son lesionados o bien se considera que ninguno lo es, lo que privaría totalmente de eficacia a esos tratados. El Sr. Simma sugiere también que se evite la noción de «interés legítimo» y se hable directamente, de conformidad con el título, del «derecho a exigir» el desencadenamiento de ciertas consecuencias jurídicas. El orador observa que la nueva redacción del artículo propuesta por el Relator Especial es muy semejante a la suya propia. No se opone por otra parte a que se introduzcan modificaciones de forma como las propuestas por el Sr. Economides, a saber, la sustitución de las palabras «consecuencias jurídicas de la responsabilidad de un Estado» por «consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito de un Estado». Su preocupación principal es en efecto hallar una estructura práctica aceptable para el artículo 40 bis.

28. El Sr. BROWNLIE está generalmente de acuerdo con el Sr. Simma en cuanto al fondo del artículo 40 bis. Le preocupan fundamentalmente problemas conexos, en particular cuestiones de política legislativa que la Comisión debe tener en cuenta.

29. Estima ante todo que, cualquiera que sea la calidad del texto del proyecto de artículos propuesto por la Comisión, siempre suscitará oposición y confusión porque se trata de una cuestión técnica sumamente compleja, que no se puede fundar únicamente en el derecho consuetudinario. Además, el resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo cuarto período de sesiones (A/CN.4/504 y Add.1) da una idea de la oposición que suscitará el artículo 40 bis o una versión análoga de ese texto. En los párrafos de ese documento dedicados a la versión inicial del artículo 40 se suscitaron diversas cuestiones en relación con las obligaciones erga omnes. La reacción de la Sexta Comisión es sintomática y no excéntrica.

30. Por otra parte, la Comisión debe tener asimismo en cuenta a los usuarios de los documentos, incluso provisionales, que produce y que son explotados, no sólo por los tribunales, sino también por asesores jurídicos que casi nunca tienen tiempo que perder ni son siempre expertos en derecho internacional y por no juristas. Es preciso evitar pues aumentar el riesgo de confusión ahondando exageradamente la cuestión.

31. Por último, el Sr. Brownlie opina que es posible elaborar una definición razonable de «Estado lesionado», pero que una definición exhaustiva de esta noción presenta importantes dificultades técnicas. El Relator Especial ha establecido en cierto momento una distinción entre obligaciones bilaterales y obligaciones multilaterales, pero ha observado también que en derecho internacional general las obligaciones tienen siempre carácter bilateral. Esta observación es fundada y se debe pues aceptar. Luego ha dado a entender que la situación es distinta en el caso de obligaciones multilaterales. El Sr. Brownlie no está de acuerdo. A su juicio, en efecto, la diferencia residirá en la dificultad de identificar los principios del derecho internacional general y le tienta hasta cierto punto el tipo de solución preconizado en la Convención de Viena de 1969 para las obligaciones erga

omnes, en el sentido de que se podría hacer una remisión a la evolución del derecho consuetudinario.

32. El Sr. Brownlie se refiere por último a una preocupación conexas, es decir, la necesidad de concluir la labor emprendida. Refiriéndose a la nota al pie de página del artículo 40 bis en el párrafo 119 del informe, toma muy en serio estas palabras y comparte la preocupación del Relator Especial, pero la Comisión puede ciertamente ahondar en un capítulo nuevo los principios enunciados en el artículo 40 bis, aunque ello podría ocuparla durante muchísimo tiempo.

33. El Sr. GAJA señala que el artículo 40 bis se funda en una distinción esencial entre las obligaciones bilaterales y multilaterales que, en un contexto específico, pueden dar origen a relaciones bilaterales por un lado y obligaciones erga omnes por otro. Esta distinción se formula ahora de un modo mucho más claro y coherente que en la versión del artículo 40 adoptada en primera lectura y, como es efectivamente necesaria, debe figurar en alguna parte del texto del proyecto de artículos. También es posible efectuar aclaraciones y otras adiciones, que se podrían prever como parte de las disposiciones generales.

34. Ya se han formulado propuestas importantes. Por su parte, el Sr. Gaja propone que el artículo 40 bis se divida en función del tipo de obligación de que se trate. Así, la primera parte versaría sobre violaciones de obligaciones bilaterales u obligaciones multilaterales que, en un contexto preciso, dan origen a relaciones bilaterales. Un ejemplo clásico es el de la violación de una obligación que nace de la libertad de navegación en alta mar. Se trata de una obligación multilateral, ya figure en un tratado, ya forme parte del derecho internacional general. Sin embargo, en el caso concreto de un buque extranjero detenido por un buque de guerra de otro Estado, la violación atañe a un solo Estado. Los demás Estados pueden ciertamente sentirse interesados en el problema, pero efectivamente lesionado hay sólo uno.

35. La segunda parte versaría sobre las obligaciones erga omnes. Su violación afectaría a todos los Estados. Sin embargo, en ciertas circunstancias, la violación de tales obligaciones afecta especialmente a uno o varios Estados.

36. La primera parte del artículo 40 bis, es decir, el actual apartado a del párrafo 1, podría versar sobre el primer tipo de situación, mientras que la segunda parte del artículo, que comprendería entonces el apartado b del párrafo 1 y el párrafo 2, versaría sobre las obligaciones erga omnes y diría de entrada que, en caso de violación de estas obligaciones, todos los Estados están facultados para pedir la cesación y exigir garantías y seguridades de no repetición.

37. A juicio del Sr. Gaja, sería asimismo posible prever que todos los Estados pidan también reparación, a reserva de que se conceda eventualmente una indemnización al beneficiario final, que puede ser otro Estado, un individuo o incluso la comunidad internacional en su conjunto. La Comisión no tiene por qué determinar quién sería el beneficiario en cuestión; como el Sr. Sreenivasa Rao recordó (2614.^a sesión), es una cuestión que corresponde a las reglas primarias. Tratándose de obligaciones erga

omnes, puede haber un beneficiario especial y sólo este beneficiario puede aspirar a una indemnización. Si se sigue el razonamiento del Relator Especial, no se debería examinar en detalle la situación de beneficiarios distintos de los Estados. Así, cuando un Estado ha sido agredido, la agresión interesa a toda la comunidad internacional. Todos los Estados pueden exigir la cesación de la agresión, así como seguridades y garantías de no repetición, y pueden asimismo pedir reparación, pero sólo el Estado agredido puede aspirar a una indemnización. Se podría decir que éste tiene derechos suplementarios. Dicho Estado tendría también una función que cumplir en lo que respecta al ejercicio de la responsabilidad. La elección entre restitución e indemnización incumbiría al Estado directamente interesado. Esta cuestión se debería tratar en la segunda parte bis del proyecto de artículos relativa a la puesta en práctica de la responsabilidad. En los capítulos I y II de la segunda parte sólo es posible referirse a las obligaciones desde el punto de vista del Estado responsable.

38. Según la teoría de los tres círculos concéntricos, como la denominaba Abi-Saab, el círculo más amplio es el de las normas que imponen obligaciones erga omnes. El círculo medio corresponde al jus cogens, es decir, las normas destinadas a invalidar o anular un tratado si éste contiene disposiciones que violan obligaciones erga omnes. Por fin, el último círculo, el más pequeño, comprende las normas que imponen obligaciones cuya violación constituye lo que se solía llamar «crímenes de Estado», es decir, violaciones graves de algunas obligaciones erga omnes. El Sr. Gaja hace alusión a esta teoría para indicar que, por justa que sea y contrariamente a lo que sugiere el Relator Especial, no considera que la Comisión deba dedicar tiempo al jus cogens. La diferencia fundamental es la establecida en las disposiciones del artículo 40 bis entre obligaciones bilaterales y obligaciones erga omnes, sean éstas impuestas o no por normas imperativas. El Estado directamente afectado por la violación de una obligación erga omnes no puede anular esta obligación por vía de acuerdo o de consentimiento unilateral. No puede siquiera suprimir las consecuencias de una violación por la cláusula de renuncia. Como su nombre indica, las obligaciones erga omnes se imponen frente a todos los Estados, cualquiera que sea la situación. A juicio del Sr. Gaja, la noción de obligación erga omnes basta para los fines de la Comisión. Queda por determinar si se deben prever disposiciones suplementarias en la segunda parte o en otro lugar para el caso de violación grave de ciertas obligaciones erga omnes.

39. El Sr. GOCO dice que sus observaciones sobre el artículo 40 bis, en particular sobre la cuestión del «Estado lesionado», constituyen un comentario provisional sobre el que se reserva el derecho a volver, en particular en el momento de la redacción. El orador felicita al Relator Especial que presenta muy claramente esta cuestión en su informe.

40. Según deduce del resumen por temas, la Sexta Comisión ha formulado varias observaciones generales sobre el sentido de la expresión «Estado lesionado». En particular ha propuesto que la disposición relativa al «Estado lesionado» contenga una clara definición del acto delictivo contra el derecho de un Estado lesionado y menciona explícitamente el perjuicio moral o material

sufrido por el Estado en cuestión. Otras delegaciones han considerado que no es necesario mencionar el perjuicio causado, en la medida en que el acto ilegal puede traducirse en un posible perjuicio, sin ser causa de un perjuicio efectivo. Se ha apoyado la propuesta de establecer una distinción entre el Estado o los Estados lesionados por un hecho internacionalmente ilícito y los demás Estados que tienen un interés legítimo en la ejecución de las obligaciones en cuestión, pero no han sufrido daños cuantificables. Solamente el Estado específicamente lesionado debería tener derecho a exigir reparación y a ser indemnizado, pero no podrá exigir reparación en ausencia de un perjuicio efectivo. Se ha señalado asimismo que la lista de situaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 40 no es exhaustiva, puesto que no se menciona expresamente en ella la costumbre bilateral o la violación de obligaciones resultante de un hecho unilateral. Por último, la violación de disposiciones convencionales debería regirse ante todo por las disposiciones del tratado propiamente dicho; este caso guarda pues relación con el derecho de los tratados y no con la responsabilidad de los Estados.

41. El Sr. Goco estima que la referencia que el Relator Especial hace en el párrafo 67 de su informe a los debates que condujeron a la formulación de la versión inicial del artículo 40⁷ es sumamente útil. Algunos miembros de la Comisión habían propuesto entonces una fórmula «lo bastante flexible para abarcar todos los casos»⁸. El Sr. Goco aprueba plenamente al Relator Especial cuando éste dice que el artículo 40 constituye el eje de todo el proyecto, es decir, el elemento de conexión entre el régimen de las obligaciones examinado en la primera parte y el régimen de los derechos examinados en la segunda parte.

42. El párrafo 1 del artículo 40 está muy claro: en él se da una definición general del Estado lesionado como aquel Estado cuyos derechos viola el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. No se puede por menos de establecer a este respecto un paralelo con las disposiciones del derecho interno: ya sea en el ámbito penal o simplemente en el del acto ilícito comprendido el acto no intencional contra los derechos ajenos, parte lesionada es aquella cuyos derechos han sido violados o transgredidos por la acción u omisión de un tercero. Esta acción o esta omisión da a la parte lesionada el derecho a recurrir contra el autor de la violación o a pedirle reparación. El concepto es siempre el mismo: la existencia de una acción o de una omisión que atenta contra los derechos de una parte, la responsabilidad del autor de esta acción o de esta omisión y la concesión de una forma u otra de reparación a la víctima. Por otra parte, las palabras «acción u omisión» figuran en el artículo 3 de la primera parte del proyecto. No era pues necesario hacer una lista de las diferentes situaciones que pueden presentarse, como se hizo en el párrafo 2 de la primera versión del artículo 40. Después de todo, al Estado lesionado incumbe suscitar la cuestión de la violación de sus derechos.

⁷ Véase el antiguo artículo 5 propuesto por el Relator Especial, Sr. Riphagen, en su quinto informe en Anuario... 1984, vol. II (primera parte), págs. 2 y 3, doc. A/CN.4/380, y vol. II (segunda parte), pág. 106, párr. 355.

⁸ *Ibid.*, pág. 107, párr. 367.

43. Ello explica por otro lado que los gobiernos se hayan inquietado, a propósito del artículo 40, por la posibilidad de duplicaciones o de incompatibilidad con el derecho de los tratados. Un país señaló en particular —con razón según el Sr. Goco— que la primera condición que se ha de cumplir para poder exigir la responsabilidad en derecho internacional consuetudinario es la existencia de un vínculo suficiente entre la violación y el Estado que reivindica la condición de «Estado lesionado».

44. La primera versión del artículo 40 era mucho más densa y compleja. Felizmente, el Relator Especial propone en el párrafo 119 de su informe una versión «aligerada», mucho más sencilla y mucho más fácil de comprender y de aplicar. El artículo 40 bis hace hincapié en la obligación violada, obligación que existe en relación con el Estado lesionado a título individual o en relación con toda la comunidad internacional o con un grupo de Estados de los que el Estado lesionado forma parte. En esta nueva versión se prevé también —párrafo 2— el caso de un Estado que tiene interés legítimo en el cumplimiento de una obligación internacional en la que se parte cuando la obligación haya sido contraída con toda la comunidad internacional o cuando la obligación se haya establecido para proteger intereses colectivos. Por último, el párrafo 3 versa sobre la cuestión de los derechos que corresponden directamente a una persona o entidad distinta de un Estado. Esta cuestión debería, dicho sea de paso, figurar en disposición aparte.

45. La nueva formulación del artículo 40 constituye innegablemente una mejora en relación con la versión antigua, con todo el respeto debido a los primeros redactores. Ahora incumbe al Comité de Redacción mejorarla aún más, velando en particular por tener en cuenta los comentarios de la Sexta Comisión y tratando de hallar una fórmula suficientemente flexible para abarcar todos los casos posibles.

46. Las disposiciones que se redacten sobre esta cuestión tan importante de la responsabilidad de los Estados deben ser claras y comprensibles, no sólo para los juristas y profesores, sino también para los lectores en general y en particular para los estudiantes. El Sr. Goco escuchó con sorpresa la observación de uno de sus estudiantes en Manila, quien le preguntó si la extremada complejidad de las normas de derecho internacional no es en realidad voluntad de los Estados que tienen así excusa para no aplicarlas. La Comisión debería reflexionar al respecto.

47. El Sr. HAFNER señala que la Comisión puede abordar los problemas planteados por el artículo 40 y la propuesta de artículo 40 bis de dos maneras: bien trata de remontar a las raíces del derecho internacional y a las relaciones entre Estados o bien se contenta con buscar una formulación aceptable. Dada la dificultad inherente de ambos ejercicios, habría quizá que hallar una solución intermedia.

48. Pese a los progresos del multilateralismo, hoy estamos todavía en el sistema llamado «vestfaliano», en el que la aplicación de la ley incumbe a cada Estado y no a un órgano central. Si se tiene en cuenta esta noción, no será demasiado difícil redactar un artículo en el que se prevea que el que tiene derecho a invocar las consecuen-

cias del hecho internacionalmente ilícito es el Estado lesionado, pero habría que decidir primero qué se entiende por Estado lesionado. Así, por ejemplo, ¿puede un Estado sin litoral considerarse lesionado si un Estado costero extiende su zona económica exclusiva o sus derechos sobre la plataforma continental más allá de la distancia admisible? Cuando se le sometió este problema, la CIJ estimó, por su parte, que a causa de su situación geográfica un Estado sin litoral no puede considerarse lesionado por tal comportamiento. El Sr. Hafner no comparte esta opinión: a su juicio, el interés de un Estado no se puede apreciar exclusivamente sobre la base de su situación geográfica. Además, se observa actualmente una nueva evolución del derecho internacional nacida de la aparición del derecho de los derechos humanos y de la noción de obligación, no sólo frente a tal o cual Estado, sino frente a todos los Estados o, en general, frente a la humanidad entera. No es hora ya de relaciones sinalagmáticas entre Estados individualmente identificables, sino de multilateralismo. La CIJ hace ahora referencia a obligaciones erga omnes para tratar de responder a estas nuevas tendencias.

49. En su intento de definición de los Estados facultados para exigir la responsabilidad internacional, la Comisión debe tener también en cuenta esta evolución y prever que los Estados que no han sido directamente lesionados (o que no lo han sido en el sentido propio de la palabra) deben sin embargo tener el derecho de reaccionar frente a la violación de ciertas normas del derecho internacional. En efecto, se pueden dar tres casos cuando una norma de ese tipo es violada: a) bien no hay, propiamente hablando, Estado lesionado (por ejemplo, si se trata de una violación de los derechos humanos); b) bien todos los Estados pueden considerarse lesionados (por ejemplo si se ha cometido un acto ilícito contra el medio ambiente o se ha violado una convención sobre la protección del medio ambiente); c) o bien se trata de una violación fundamental del derecho internacional frente a la cual todo Estado debe poder reaccionar, por ejemplo, en caso de agresión. La ampliación del multilateralismo lleva también a distinguir un cuarto caso: d) las obligaciones son contraídas con varios Estados a la vez, pero sólo se realizan frente a un solo Estado (como en materia de protección diplomática). En la hipótesis b indicada, todo Estado que sea parte en una convención relativa a la protección del medio ambiente está normalmente facultado para actuar y exigir la responsabilidad internacional si otro Estado viola, por ejemplo, la prohibición de producir clorofluorocarburos. Sin embargo, en la hipótesis d, se plantea la cuestión de si se debe considerar jurídicamente facultado para reclamar en abstracto el cumplimiento de la norma pertinente a Estados distintos del Estado directamente afectado —en otros términos, si su interés legítimo es suficiente para darles derecho a exigir las consecuencias de la responsabilidad—. Se halla un eco de este razonamiento en el Artículo 63 del Estatuto de la CIJ, que versa sobre el derecho de los Estados a intervenir en los procesos relativos a la interpretación de una convención en la que son partes. Cabe preguntarse por lo tanto si ese sistema debería aplicarse también al derecho de invocar la responsabilidad en cuya elaboración hayan participado. De manera general, cabe pues decir que existe actualmente una tendencia a ampliar el derecho a exigir las consecuencias de la responsabilidad internacional,

pero no se llega a conferir tal derecho a cualquier Estado ni en cualquier circunstancia.

50. Planteado así el problema, el Sr. Hafner se propone examinar la manera en que el Relator Especial ha tratado de resolverlo en su artículo 40 bis. Este nuevo texto es considerablemente distinto del anterior por cuanto no se hace ya distinción entre las normas bilaterales y las normas multilaterales, sino entre las obligaciones bilaterales y las obligaciones erga omnes, una diferencia que tiene una repercusión importante sobre la definición del Estado facultado para invocar la responsabilidad.

51. El caso de las obligaciones bilaterales se analiza en los párrafos 99 a 105 del informe. En el párrafo 105, el Relator Especial indica que puede existir un interés de terceros Estados en aludir a una violación dada pero que no es necesario incluir esa situación en el proyecto de artículos. El Sr. Hafner opina lo contrario: si se quiere dar a terceros Estados la posibilidad de intervenir en caso de violación de una obligación internacional contraída con un Estado determinado pero resultante de un tratado multilateral, hace falta una norma positiva (lo que puede ser útil en la hipótesis de que, por ejemplo, la parte directamente lesionada no esté decidida a actuar) que cree una excepción al principio de no injerencia, que es el de la doctrina clásica.

52. En lo que respecta a la violación de obligaciones erga omnes, el nuevo proyecto de artículo prevé que sólo tienen derecho —a priori— a invocar las consecuencias de la responsabilidad internacional dos categorías de Estados: el Estado directamente perjudicado por la transgresión de la obligación y los Estados partes en una convención de alcance mundial. Ateniéndose a esta definición, ningún Estado podría exigir responsabilidad a otro Estado en caso de violación de los derechos humanos y, en caso de atentado al medio ambiente que no signifique un perjuicio de otro Estado, este derecho tampoco sería sistemático. De ahí que el Relator Especial haya previsto, en el párrafo 2 de su proyecto de artículo 40 bis, que un Estado esté asimismo facultado para actuar si tiene interés legítimo en el cumplimiento de una obligación internacional en la que sea parte siempre que la obligación haya sido contraída con toda la comunidad internacional (erga omnes) o cuando la obligación se haya establecido para proteger intereses colectivos. Ciertamente, puesto que no es fácil comprender el significado preciso de las obligaciones erga omnes, habría que incluir una definición en el comentario.

53. Puesto que las consecuencias de la distinción entre estos dos grupos de Estados no se desprenden del texto del proyecto de artículos, sería interesante conocerlas. El Relator Especial explica en su informe que los Estados «interesados» podrían intervenir, ya sea en nombre de la víctima (lo que no plantea problemas), ya sea en virtud de un acuerdo entre los Estados partes por analogía con el párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. El Sr. Hafner opina, al igual que el Sr. Simma, que la exigencia de un acuerdo previo puede plantear un problema. Si el Estado «interesado» tiene únicamente derecho a reclamar la cesación o restitución, la existencia de este acuerdo previo no se impone siempre que, sin embargo, el Estado víctima no considere que se han usurpado sus propias prerrogativas. El caso es distinto cuan-

do se trata de reclamar reparación o satisfacción o de tomar contramedidas. En este caso, a menos que el Estado interesado actúe en nombre de la víctima, parece indispensable el acuerdo pues de otro modo se generaría desorden. Es evidente que no ha sido todavía posible hallar una formulación que resuelva de modo satisfactorio estos problemas, que exigen imperativamente una solución clara.

54. En resumen, es imposible pronunciarse definitivamente en relación con el artículo 40 bis mientras no se conozcan las consecuencias de la distinción entre las dos categorías previstas de Estados. Por último, como ha subrayado el Sr. Simma, que ha sugerido un nuevo texto, el título del artículo 40 bis propuesto por el Relator Especial no corresponde al contenido de este artículo y habría que establecer una relación entre ambos. El Sr. Hafner comparte también la opinión del Sr. Goco sobre la oportunidad de separar el párrafo 3 de modo que constituya una disposición distinta.

55. El Sr. PELLET señala que el artículo 40 bis, como lo concibe el Relator Especial, tiene por función determinar qué Estados pueden exigir la responsabilidad internacional del Estado al que se puede atribuir un hecho internacionalmente ilícito. Este criterio tiene la ventaja de ser más pragmático que las teorías generales de las obligaciones en derecho internacional presentadas por el Sr. Gaja y el Sr. Hafner y responde, en definitiva, a las cuestiones suscitadas por el Relator Especial en los párrafos 117 y 118 de su informe. Dicho esto, el artículo 40 bis así redactado debería más bien figurar al principio de la segunda parte bis, ya que ésta se consagrará a la puesta en práctica de la responsabilidad del Estado y aquí se trata de saber quién puede hacer valer esa responsabilidad. Esta es, por otra parte, la solución preconizada por el Relator Especial. El Relator Especial tiene ciertamente razón en modificar a la vez el título y los principios del artículo 40 aprobado en primera lectura, que era efectivamente criticable desde numerosos puntos de vista, pero es de lamentar que no haya llevado su razonamiento hasta el final y no haya sacado enteramente las consecuencias lógicas de su análisis crítico. De hecho, el Sr. Crawford parece haber quedado prisionero del criterio doctrinal del antiguo Relator Especial Riphagen, cuya excesiva complejidad ha denunciado el Sr. Brownlie. La formulación propuesta por el Sr. Simma es mejor, por lo menos al principio: empieza por definir en el párrafo 1 los casos en que un Estado puede exigir responsabilidades a otro Estado por un hecho internacionalmente ilícito. Por desgracia, luego vuelve sobre la cuestión de cuál es el tipo de obligación que se ha violado. Ahora bien, el problema reside en realidad en determinar cuándo un Estado tiene derecho a exigir la responsabilidad internacional. La naturaleza de la obligación violada no tiene ningún interés: lo que importa es la posición del Estado que desea actuar frente a una violación.

56. Si, como es lógico, se coloca el artículo 40 bis al principio de la segunda parte bis, las consecuencias inmediatas de la responsabilidad habrán sido enumeradas y definidas en la segunda parte. Al remitir los artículos 36, 36 bis y 37 bis al Comité de Redacción, la Comisión ha trazado en líneas generales el contenido de esta segunda parte, aunque sea necesario añadir —y el Relator Especial conviene en ello— unas disposiciones sobre los

intereses en materia de reparación. El Sr. Pellet sigue pensando en efecto que será preciso complicar un tanto los artículos sobre la reparación. También será preciso incluir en esta segunda parte el artículo 45 bis que el Relator Especial tiene previsto sobre la pluralidad de los autores de violaciones que, a juicio del Sr. Pellet, corresponde mucho más a la segunda parte que a la segunda parte bis. Las consecuencias de la responsabilidad no son después de todo muy complicadas. Como se ha dicho, estas consecuencias son el cumplimiento de la obligación internacional violada (párrafo 1 del artículo 36 bis), la cesación del hecho internacionalmente ilícito (apartado a del párrafo 2 del artículo 36 bis), quizá también si se desea —aunque el Relator Especial no ha dado todavía verdaderos ejemplos— las seguridades y garantías de no repetición (apartado b del párrafo 2 del artículo 36 bis) y, por último pero no menos importante, la reparación en una de sus tres formas o en una combinación de las tres formas. Todo ello figurará ya en la segunda parte. Luego llegará el artículo 40, donde, lógicamente, habría que decir quién tiene derecho a pedir la cesación, las seguridades, etc. Las cuatro consecuencias previstas se pueden agrupar muy fácilmente. Por un lado la reparación y por otro lado todo lo demás: la petición de cesación, el cumplimiento y, quizá, las garantías de no repetición. En cuanto a las contramedidas, más vale esperar a que el Relator Especial haya elaborado su informe para examinarlas.

57. Si se admite este razonamiento, es decir, empezar a partir de lo que habrá antes del artículo 40, el único problema que este artículo deberá solucionar es el de cuál o cuáles de las consecuencias de la responsabilidad pueden ser desencadenadas por un Estado según su situación en relación con la obligación violada. Esto es lo que el Relator Especial trata de hacer en el cuadro 2 que figura en el párrafo 116 de su informe. Es también lo que el artículo 40 bis pretende traducir en palabras, aunque lo hace de una manera que parece muy complicada pero no muy precisa, porque se lo puede interpretar en todos los sentidos. Se observa claramente que existen diferencias, pero no está claro qué se puede exigir según la situación indicada. También en este caso el Relator Especial se interesa mucho más en la teoría de las obligaciones que en el comienzo del proceso de responsabilidad y lo hace de un modo casi tan complicado como en el artículo que Riphagen había propuesto como artículo 5 en su sexto informe⁹, que partía de una idea en principio diferente. A juicio del Sr. Pellet, bastaría con efectuar una distinción sencilla, que se desprende con bastante claridad de la lectura del informe, entre los Estados lesionados en sentido propio, los que han sufrido directamente un daño o un perjuicio, por un lado, y por otro los demás Estados a los que cabe calificar de indirectamente lesionados y que, en todo caso, están definidos en el fallo de la CIJ en el caso Barcelona Traction como aquellos que tienen un interés legítimo, es decir, los demás Estados interesados.

58. A Este respecto, el Sr. Pellet está de acuerdo con el Relator Especial. Lo raro son las consecuencias que éste saca de su razonamiento. Las cosas están claras: por una parte hay los Estados que tienen derecho a sacar todas las consecuencias de la responsabilidad, los Estados lesiona-

⁹ Anuario... 1985, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/389.

dos o directamente lesionados, y por otra parte hay los demás Estados que tienen derecho a sacar todas las consecuencias de la responsabilidad, salvo la reparación. Ningún Estado puede exigir para sí mismo una reparación pecuniaria por un genocidio que se comete en otro Estado y que concierne a la población de ese Estado. En cambio, es totalmente evidente —y esta es una gran virtud de la noción de crimen— que todos los demás Estados tienen ciertamente derecho y probablemente obligación de reaccionar. Tienen como mínimo derecho a exigir la cesación, el cumplimiento de la obligación violada y, en su caso, garantías de no repetición. En resumidas cuentas, el Estado directamente lesionado —por sí mismo o a través de sus nacionales— tiene derecho a exigir reparación. Los demás Estados tienen derecho a desencadenar las consecuencias de la responsabilidad pero no a pedir reparación.

59. No hay nada muy complicado en esta cuestión y el Sr. Pellet trata de expresarlo en sus proyectos de artículo 40-1 y 40-2 [ILC(LII)/WG/SR/CRD.2]. La redacción del texto que propone, sencilla y más funcional a juicio del orador que los textos sometidos por el Relator Especial y por el Sr. Simma [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1], es perfectible y hay que completarla. Habría sin duda que definir en algún lugar el daño o el perjuicio. Personalmente, el orador preferiría que ello se hiciese en un proyecto de artículo y no en el comentario. Habría también que definir el interés legítimo y sería posible hacerlo sin dificultad en un proyecto de artículo porque, a su parecer, bastaría con tomar el párrafo 2 propuesto por el Relator Especial y recogido por el Sr. Simma, aunque sea con modificaciones de forma. Por su parte, el Sr. Pellet ha reproducido sencillamente el párrafo 2 del artículo 40 bis en el apartado b del artículo 40-2 de su propia propuesta, con un ligero cambio de redacción. Habría por último que conservar el párrafo 3 de los proyectos del Relator Especial y del Sr. Simma, que el Sr. Pellet recoge en el artículo 40-X de su propuesta. El Sr. Pellet concuerda sin embargo con el Sr. Hafner en que el párrafo 3 no tiene cabida en el artículo 40 bis y debería figurar aparte. Quizá cabría también modificar la redacción: «sin perjuicio de las consecuencias que dimanen de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito» sería preferible a «sin perjuicio de los derechos que dimanen...». En efecto, las consecuencias de la responsabilidad no son sólo derechos sino también obligaciones. Así, en el caso de un crimen como el genocidio, parece evidente que los Estados interesados, es decir, todos los miembros de la comunidad internacional, tienen no sólo el derecho sino también la obligación de reaccionar y en el párrafo 3 se debería decir así.

60. Para recapitular, la propuesta del Sr. Pellet consiste pues ante todo en dividir en tres artículos el artículo 40 bis que, de todos modos, parece demasiado denso, dado el estilo de los demás artículos del proyecto, pero se trata de una modificación de pura forma que habría que efectuar incluso si se conserva la propuesta del Relator Especial o la del Sr. Simma.

61. En segundo lugar, el Sr. Pellet propone que se modifique a fondo la redacción del párrafo 1 para materializar la distinción que el propio Relator Especial hace entre Estados lesionados y Estados que tienen un interés legítimo. En opinión del orador, esta sería una aclaración útil que permitiría a este artículo cumplir su función, a

saber, determinar quién puede reclamar las consecuencias de la responsabilidad, cosa que no se dice ni en la propuesta del Relator Especial ni en la del Sr. Simma.

62. En tercer lugar, la propuesta del Sr. Pellet sirve también para que reaparezca la noción de daño o de perjuicio. La existencia de un daño es en efecto indispensable para justificar la obligación de reparar porque, de lo contrario, el derecho internacional sería completamente inmoral. Lo que autoriza a exigir reparación es el daño sufrido pero, en cambio, lo que autoriza, y a veces obliga, a reaccionar de otro modo que solicitando reparación puede ser la violación de una obligación erga omnes.

63. Por último, en cuarto lugar, la propuesta del Sr. Pellet consiste asimismo en pedir al Relator Especial que, si es posible, defina esta noción de daño, de preferencia en el proyecto. Dicho esto, si el Relator Especial lo hace en el comentario, el Sr. Pellet se resignará.

64. Esta propuesta no es fundamentalmente distinta del análisis del Relator Especial, salvo en el caso del párrafo 1 del artículo 40 bis, en el que el Relator Especial saca, según dice, las consecuencias de su informe. El Sr. Pellet se ha inspirado en el informe del Relator Especial para proponer un texto que le parece más claro, pero desea reafirmar su acuerdo con el principio general en que se fundan los párrafos 66 a 118 de dicho informe sin perjuicio de su reacción futura frente a lo que el Relator Especial proponga en relación con las violaciones graves de obligaciones esenciales para la protección de intereses fundamentales de toda la comunidad internacional de Estados, es decir, los crímenes sobre los que versa el artículo 19. El Relator Especial tiene sin embargo toda la razón cuando dice que, en lo que respecta a saber quién puede reclamar las consecuencias de la responsabilidad, poco importa que se haya cometido o no un crimen desde el momento en que se ha violado una obligación para con la comunidad internacional. De ahí que, a juicio del Sr. Pellet, no sea necesario reintroducir la noción de crimen en este artículo.

65. El Sr. SIMMA se reserva el derecho a volver más tarde y más en detalle sobre la propuesta del Sr. Pellet y opina que sería erróneo ver en ella una manera mucho más sencilla y más elegante de abordar el tema. El artículo 40-1 bis que, en efecto, no ocupa mucho lugar en esta propuesta, encierra el riesgo de abrir la caja de Pandora. Si la Comisión se atiene realmente a una definición de los términos «daños» o «perjuicios», no cabe duda de que la elegancia y la sencillez de la reflexión del Sr. Pellet rápidamente se disiparían. Sin llegar a suprimir la noción de daño del proyecto en su conjunto, quizá fuese una buena idea no hacer del daño un elemento constitutivo del hecho internacionalmente ilícito. Sería mucho más fácil abordar esta noción en el ámbito de la reparación, puesto que la reparación presupone el daño, que en el ámbito del título para actuar.

66. El Sr. Simma estima que el artículo 40-2, titulado «Protección de un interés legítimo», de la propuesta del Sr. Pellet procede de la misma lectura errónea del fallo emitido por la CIJ en el asunto Barcelona Traction que la hecha por el Relator Especial, es decir, de una interpretación demasiado estrecha de la noción de «interés legítimo». Tanto la propuesta del Sr. Pellet como la del Relator

Especial dan la impresión de que el hecho de tener «un interés legítimo» es inferior en cierto modo al hecho de ser directamente lesionado. Ahora bien, no es así como el Sr. Simma interpreta ese fallo. Según él, los Estados que tienen un interés legítimo tienen derechos no inferiores a los de los Estados directamente lesionados que, según las propuestas del Sr. Pellet y del Relator Especial, serían los únicos con pleno derecho a actuar.

67. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 40-1 de la propuesta del Sr. Pellet, no basta conceder a los Estados que tienen un interés legítimo pero no han sufrido daños los derechos previstos en el artículo 36 bis propuesto por el Relator Especial. Habría que añadir otros elementos que el Relator Especial esboza en el cuadro 2, en el párrafo 116, de su informe, por ejemplo, el derecho a actuar en nombre de la víctima o por acuerdo con los Estados partes, aunque preciso es reconocer que sería difícil dar una definición exacta de estas nociones.

68. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) da las gracias a los miembros que han propuesto nuevas versiones del artículo 40 bis, en las que percibe trazos comunes a partir de los cuales el Comité de Redacción podrá iniciar su labor. Sin malicia alguna, señala al Sr. Pellet que sólo faltan en su propuesta los tres elementos de la definición del daño que el orador había conseguido agrupar en un solo artículo. Está de acuerdo en que muy bien podría dividir ese artículo. Con la estrategia de desagregación había tratado sin embargo de resolver los problemas del artículo 40 que, de hecho, se caracteriza por una estrategia de agregación. Quizá no haya ido bastante lejos.

69. Si se le pide que defina la palabra «daño», el Sr. Crawford diría que es, ante todo y por definición, lo que sufre el Estado parte en una obligación bilateral violada, lo que sufre el Estado especialmente perjudicado en todos los demás casos y por último lo que sufre el Estado perjudicado por el solo hecho de que es parte en una obligación íntegra y que este tipo de obligación está concebido para afectar a todos los Estados. Así, el Sr. Pellet y el orador coinciden en cuanto al fondo.

70. Sin pretender ocupar una cátedra universitaria, es preciso reconocer que estas nociones se fundan en bases teóricas. Lo que el orador trataba de hacer al desarrollar la noción de perjuicio es recoger el caso de la obligación bilateral y el caso previsto en el párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. No hay que olvidar que la Comisión concibió ese párrafo en una fase bastante avanzada de la elaboración de dicha Convención y que lo fabricó enteramente. No había a este respecto ningún texto en que apoyarse. El comentario¹⁰ no ofrece muchos más argumentos en favor de esta disposición, que ha sido sin embargo ampliamente aceptada. Parecería posible inspirarse en ese ejemplo. En todo caso, la teoría general de las obligaciones ocupa en todo ello un lugar mucho más importante que el que está dispuesto a admitir el Sr. Pellet.

71. El Relator Especial observa que el Sr. Simma ha formulado también útiles sugerencias para progresar en este asunto; una de las ventajas de la solución que propo-

ne, solución radical, es que evita todo debate sobre nociones como las de perjuicio e interés. El orador trató por su parte de redactar el artículo 40 bis desde el punto de vista del interés más bien que desde el punto de vista del perjuicio, pero llegó a la conclusión de que no introducía con ello ninguna mejora.

72. No es imposible que sea factible adoptar todos los elementos de todas las soluciones propuestas. Hay un punto esencial en el que, a juicio del Sr. Crawford, todos los miembros están de acuerdo, punto que se desprende del fallo de la CIJ en el asunto Barcelona Traction: es preciso hacer una distinción entre la situación, por ejemplo, de los pueblos del sudoeste africano y de Etiopía o Liberia. Cuando se haya llegado a un acuerdo al respecto, se habrá avanzado mucho en el camino para desenredar los problemas que el artículo 40 había enredado.

73. El Relator Especial se congratula por estas aportaciones que juzga constructivas. Al igual que el Sr. Brownlie, opina que la CDI deberá presentar a la Sexta Comisión una propuesta clara y suficientemente fundada en textos preexistentes para recabar cierta aprobación. Hasta la fecha, el balance de la propia CDI no ha sido tan malo a este respecto y, gracias al esfuerzo de los miembros del Comité de Redacción, se podría resolver el problema. Si no se lo resuelve y si no se toma de nuevo el artículo 40 original, habrá que contentarse con una formulación mucho más sencilla y ello sería deplorable. De igual modo que la Comisión juzgó que debería ir más lejos que el párrafo 1 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 en el contexto de los tratados multilaterales, procede ir más lejos en lo que atañe a la responsabilidad en el contexto de las obligaciones multilaterales. Es posible dar este importante paso en el contexto del actual debate.

74. El Sr. HAFNER pregunta al Sr. Pellet, en el mismo orden de ideas que el Sr. Simma y el Relator Especial, si no habría que sacar una doble consecuencia de la interpretación de las palabras «un Estado que ha sufrido un daño [material o moral]» que figuran en el párrafo 1 del artículo 40-1 propuesto: en primer lugar, que la violación de una obligación internacional constituye de por sí un daño moral; y en segundo lugar, en el caso de violación de un acuerdo bilateral sobre la protección de una minoría, el Estado protector de la minoría, aunque no se considere que ha sufrido un daño, debe tener derecho a tomar todas las medidas que dimanen de la responsabilidad del otro. En otras palabras, la interpretación de este artículo depende en gran medida de la definición del daño.

75. El Sr. Sreenivasa RAO se reserva el derecho a volver más tarde sobre el tema y reconoce que el Sr. Pellet desea proponer una manera viable de abordar las difícilísimas nociones subyacentes a la responsabilidad. Sin embargo, si en el artículo 40 no se prevé la reparación para los Estados indirectamente lesionados que no disponen de un locus standi para exigir el respeto de la obligación violada, cabe preguntarse qué se aporta que no exista ya en las instancias actuales de las Naciones Unidas. El Estado no directamente lesionado sólo puede dirigirse a una instancia multilateral para obtener satisfacción. Ciertamente, puede proceder a un intercambio de notas diplomáticas pero, si desea obtener resultados, acudirá a las resoluciones de las Naciones Unidas, al sis-

¹⁰ Véase el comentario al artículo 57 en Anuario... 1966, vol. II, págs. 277 a 279.

tema de solución de diferencias de la OMC o a otros mecanismos que no tienen otra finalidad. Si no se utilizan estos mecanismos, habrá que inventar otro nuevo. De lo contrario, la defensa del interés colectivo se verá sustituida por un conjunto de relaciones unilaterales fuertemente desorientadas y selectivas. Esta es la dificultad fundamental, que precisamente no ha sido abordada.

Organización de los trabajos del período
de sesiones (continuación*)

[Tema 2 del programa]

76. El PRESIDENTE anuncia el establecimiento de un grupo de trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas). El Grupo de Trabajo estará compuesto por el Sr. Sreenivasa Rao (Presidente y Relator Especial), el Sr. Baena Soares, el Sr. Galicki, el Sr. Hafner, el Sr. Kateka, el Sr. Lukashuk, el Sr. Rosenstock y el Sr. Rodríguez Cedeño (ex officio).

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2613.^a sesión.

2617.^a SESIÓN

Martes 9 de mayo de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

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

Protección diplomática
(A/CN.4/506 y Add.1¹)

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su primer informe sobre la protección diplomá-

tica (A/CN.4/506 y Add.1), que contiene los proyectos de artículo 1 a 9, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 1.—Alcance

1. En los presentes artículos se entenderá por protección diplomática las medidas que adopte un Estado contra otro Estado en relación con un perjuicio a la persona o a los bienes de un nacional causado por un acto o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado.

2. En circunstancias excepcionales contempladas en el artículo 8, la protección diplomática podrá otorgarse a no nacionales.

Artículo 2

Queda prohibida la amenaza o el uso de la fuerza como medio de protección diplomática, excepto en caso de rescate de nacionales cuando:

a) El Estado que concede la protección no ha conseguido por medios pacíficos que se garantice la seguridad de sus nacionales;

b) El Estado que ha causado el perjuicio no quiere o no puede garantizar la seguridad de los nacionales del Estado que concede la protección;

c) Los nacionales del Estado que concede la protección están expuestos a un peligro inmediato a sus personas;

d) El uso de la fuerza es proporcionado a las circunstancias de la situación;

e) Se pone fin al uso de la fuerza y el Estado que concede la protección retira sus fuerzas tan pronto como se rescata a los nacionales.

Artículo 3

El Estado de la nacionalidad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado por otro Estado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el Estado de la nacionalidad tiene facultades discrecionales en el ejercicio de este derecho.

Artículo 4

1. A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de ésta si el daño se debe a una violación grave de una norma de jus cogens atribuible a otro Estado.

2. El Estado de la nacionalidad quedará eximido de esta obligación si:

a) El ejercicio de la protección diplomática puede poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o su población;

b) Otro Estado ejerce la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada;

c) La persona perjudicada no tiene la nacionalidad efectiva y dominante del Estado.

3. Los Estados están obligados a incluir en su derecho interno disposiciones para hacer respetar este derecho ante un tribunal interno competente u otra autoridad nacional independiente.

Artículo 5

A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, por «Estado de la nacionalidad» se entenderá el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretenda proteger, por razón del lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe.

¹ Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).