

Convenio europeo de derechos humanos. En consecuencia, las personas tendrán derecho a hacer valer la responsabilidad como reclamación individual en el ámbito del sistema del Convenio. Al mismo tiempo, cualquier otro Estado Parte tendrá derecho a presentar una reclamación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Estado de procedencia tiene el derecho de hacer valer la responsabilidad del Estado A en el marco del régimen de responsabilidad de los Estados que la Comisión está estableciendo. Además, cualquier otro Estado también tendrá el derecho de hacer valer la responsabilidad en sentido estricto, ya que se ha cometido una violación grave y masiva de una obligación erga omnes. Por lo tanto, un mismo hecho ilícito puede tener cuatro tipos diferentes de consecuencias. La relación entre el Estado A y el Estado de donde procede el individuo y las reclamaciones en virtud del Convenio se examinarán más adelante, y duda de que sea suficiente hacer una simple referencia a una norma de *lex specialis*. Lo que se necesita es una analogía a una situación de *lis alibi pendens* en sentido muy amplio. Es interesante señalar que se ha hecho referencia a esa norma en el contexto de una pluralidad de Estados responsables, pero no en el de una pluralidad de Estados lesionados.

66. Un segundo ejemplo sería el de un río que atraviese varios países. Si el Estado ribereño ubicado aguas arriba construye una presa y corta el agua, varios Estados ribereños aguas abajo resultarán lesionados, por un solo y mismo acto, en su derecho al aprovechamiento de las aguas. Surgirán problemas considerables si no se ponen de acuerdo con respecto a la forma de reparación —por ejemplo si uno desea la restitución y otros una indemnización—. No pueden darse ambas formas de reparación. Si el Estado ribereño situado aguas arriba ofrece la restitución al primer Estado ribereño aguas abajo, esa solución se aplicará automáticamente al siguiente Estado ribereño, independientemente de las preferencias de éste. Por lo tanto, se necesita una disposición que regule la incompatibilidad de las formas de reparación. Una posibilidad consiste en otorgar prioridad a la restitución, salvo acuerdo en contrario de los Estados lesionados. Otra posibilidad sería condicionar la solución a un acuerdo entre éstos, pero se plantearía el problema de qué hacer si no llegaran a convenir en una forma común de reparación. ¿Equivaldría a una renuncia del derecho de hacer valer la responsabilidad que liberara al Estado responsable? Es preciso examinar esta cuestión.

67. Expresa su apoyo al artículo 46 sexies en cuanto no determina ningún tipo concreto de responsabilidad común, pero conviene con el Sr. Gaja en que la cuestión es más compleja y que el asunto *Détroit de Corfou* no es el ejemplo más apropiado. El apartado a del párrafo 2 se presta a una argumentación en contrario, que desde luego no es deseable. ¿Por qué se aplica esa norma únicamente en los casos de una pluralidad de Estados responsables y no en general?

68. En conjunto, considera que los proyectos de artículos deben remitirse al Comité de Redacción.

69. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que está enteramente de acuerdo con el análisis del Sr. Hafner relativo al Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales y los

acuerdos mixtos de la Unión Europea. El tratamiento detallado que en el Convenio se hace de la responsabilidad solidaria es muy poco habitual, y lo ha mencionado porque contiene la disposición más detallada en esa materia, no porque considere que refleje el derecho internacional general. Desde luego, el proceso de inferir principios generales del derecho internacional se basa en la analogía, pero no se puede saltar de un ordenamiento jurídico nacional al derecho internacional sin pasar por la etapa intermedia necesaria de hallar las bases comunes de ordenamientos jurídicos diferentes de los que inferir que algo constituye un principio jurídico general. Con respecto a los acuerdos mixtos, el anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar exige un trato especial de una situación determinada, pero la posición jurídica en el marco de los acuerdos mixtos no es la misma, contrariamente a la hipótesis más extendida.

Se levanta la sesión de las 13.00 horas.

## 2644.ª SESIÓN

Viernes 21 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeno, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados<sup>1</sup> (continuación)  
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1  
a 4<sup>2</sup>, 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 que prosigan el examen de los capítulos II y III del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. MOMTAZ lamenta no haber tenido más tiempo para examinar más a fondo los capítulos II y III, sobre todo porque este documento se refiere por primera vez a

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

cuestiones muy delicadas que tienen importancia capital para la continuación de los trabajos de la Comisión. Como observación general, estima que una vez más la distinción entre crimen y delito que figura en el artículo 19 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura afecta a algunos de los artículos propuestos. Así ocurre concretamente con respecto al artículo 46 quater, dedicado a la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad, y al artículo 46 quinquies, relativo a la pluralidad de Estados lesionados. En ambos casos las cuestiones planteadas lo son desde un punto de vista diferente si se trata de la violación de una norma fundamental del derecho internacional general. Lo acertado de este punto de vista se ve confirmado en el párrafo 233 del informe, en el que el Relator Especial dice que el Estado lesionado quizás no pueda por sí solo exonerar al Estado responsable del cumplimiento de sus obligaciones de carácter continuado. Cabe preguntarse si esta afirmación tiende a sugerir que en caso de violación de las normas fundamentales o erga omnes el Estado lesionado directamente no puede por sí solo y por su propia voluntad exonerar al Estado responsable de sus obligaciones, ya que se encuentran en juego los intereses de toda la comunidad internacional. Si la respuesta a esta pregunta es positiva, no cabe sino comprobar una vez más que la negativa del Relator Especial a interesarse por debatir la distinción del artículo 19 plantea un problema a la Comisión.

3. En lo que se refiere al contenido de los capítulos II y III del informe, se pregunta, en lo que respecta al párrafo 237, que se refiere a la forma en que ha de hacerse valer la responsabilidad, si no cabe que la reclamación del Estado lesionado se efectúe en el marco de los órganos políticos de una organización internacional o regional a la que acuda ese Estado para dirimir el conflicto que registra con el Estado autor del hecho ilícito. En algunos casos, el Estado lesionado no tiene la menor intención de presentar una reclamación ante esos órganos, que por otra parte no tienen competencia para recibirla. Pero no por ello sigue siendo menos cierto que las posturas adoptadas en el marco de esos órganos que imputen la responsabilidad del Estado autor del hecho presuntamente ilícito puedan considerarse formas de hacer valer la responsabilidad más bien oficiosas. Esta cuestión se planteó en el marco del asunto *Incident aérien du 3 juillet 1988* sin que la CIJ tuviera que pronunciarse sobre esta cuestión. Por el contrario, en el asunto *Plates-formes pétrolières*, que todavía está pendiente ante la Corte, el plazo bastante largo que ha transcurrido entre la destrucción de las instalaciones petroleras de la República Islámica del Irán en el Golfo Pérsico y la presentación del caso a la Corte por la República Islámica del Irán no ha impedido que la Corte se haya declarado competente. En estos dos asuntos la República Islámica del Irán ha hecho valer precisamente las posturas que había adoptado en el marco de órganos políticos de instancias internacionales.

4. En lo que respecta al párrafo 241, opina que la cuestión del agotamiento de los recursos internos debe considerarse una norma sobre admisibilidad de las reclamaciones en la esfera de la protección diplomática y que, en todo caso, esta norma no se aplica a los casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, incluidas evidentemente las que se refieren a los extranjeros que viven en el territorio del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito.

5. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) precisa que el párrafo 233 del informe se refiere en realidad a una distinción ligeramente diferente que existe entre las normas imperativas y las demás. No hay duda de que en caso de violación continuada de una norma imperativa, a menos que dicha norma lo prevea por sí misma, el Estado lesionado no puede exonerar al Estado responsable de sus obligaciones de carácter continuado ya que se trata de una cuestión que tiene un interés más general. Debido a ello, este párrafo llama la atención sobre las consecuencias posibles de esa situación en lo que respecta a las cuestiones de restitución. A propósito de las cuestiones relativas al artículo 19, puntualiza que desde el principio de su mandato intenta ocuparse de ellas y que tiene la intención de hacerlo con toda franqueza en el capítulo IV de su informe.

6. El Sr. LUKASHUK aprueba la intención del Relator Especial de examinar la cuestión de las violaciones manifiestas y graves de las obligaciones respecto de toda la comunidad internacional y espera que podrá resolver esta cuestión extremadamente compleja con la ayuda de todos los miembros de la Comisión. Un aspecto muy importante en relación con esto es el de las contramedidas en caso de violación de las obligaciones respecto de toda la comunidad internacional. Una cuestión más específica y concreta es la planteada en el párrafo 232 del informe, en el que el Relator Especial se refiere a la libertad del Estado lesionado de elegir entre las formas de reparación disponibles, pero no menciona el derecho del Estado responsable a este respecto. Ahora bien, a juicio del orador la forma de resarcimiento siempre debe determinarse mediante acuerdo entre las partes.

7. En lo que respecta a las condiciones formales para hacer valer la responsabilidad, opina que es preciso matizar las conclusiones a que llega el Relator Especial respecto del fallo de la CIJ en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*. Aunque la Corte no parece haber dado gran importancia a las formalidades en este caso, también ha indicado expresamente que ese enfoque se justifica por el carácter específico y excepcional de las relaciones existentes entre Australia y Nauru. Por consiguiente, no cabe deducir una regla general, y por ello opina que en el párrafo 1 del artículo 46 ter debería precisarse que el Estado lesionado ha de notificar «oficialmente» su reclamación. Esta precisión parece tanto más justificada por cuanto, en el párrafo 238, al Relator Especial le parece adecuado exigir que la identificación de la reclamación se haga por escrito.

8. En lo que se refiere a la cuestión del agotamiento de los recursos internos, el párrafo 241 se refiere a «la norma mínima en materia de trato debido a los extranjeros», palabras que emplea el Relator Especial sin ningún prejuicio pero que tienen una connotación desgraciada a nivel internacional. En efecto, se trata de unas palabras empleadas por grandes potencias para exigir a otros países la concesión a sus nacionales de un régimen jurídico conforme a las normas establecidas por ellas mismas, es decir, un régimen de privilegio. Lo cierto es que un enfoque de esta clase ha originado muchas protestas. Dado que la Comisión volverá a encontrarse sin duda con estas palabras cuando examine el tema de la protección diplomática, opina que en el marco del tema que se examina

bastaría con referirse a los derechos humanos generalmente aceptados.

9. En lo que respecta al principio *non ultra petita*, opina que no limita la competencia del órgano que se ocupa de la reclamación para conceder, basándose en todas las circunstancias del caso, un resarcimiento superior al solicitado. Se trataría por supuesto de un caso excepcional pero podría preverse, por ejemplo en el marco de una acción en la que fuesen partes países en desarrollo. Por consiguiente, el Relator Especial recomienda acertadamente que no se dedique un artículo específico a este principio.

10. Los proyectos de artículos 46 quinquies y 46 sexies, relativos a los casos de pluralidad de Estados, responden a la necesidad de que en el marco de las relaciones internacionales contemporáneas se prevea cada vez más un enfoque multilateral, por lo que esos artículos deberían sin duda remitirse al Comité de Redacción. En los comentarios correspondientes se dice, en el párrafo 267, que el comportamiento del órgano de un Estado no pierde esa cualidad por el hecho de que este comportamiento sea conforme a una decisión de una organización internacional. Cabe por tanto preguntarse si, en caso de que el Consejo de Seguridad adopte una decisión sobre sanciones y la aplicación de esa decisión exija la suspensión de acuerdos bilaterales, el Estado que se niegue a cumplir las obligaciones que le impone el tratado y de este modo aplique la decisión del Consejo sea no obstante considerado responsable.

11. En lo que se refiere al caso de la pluralidad de Estados lesionados, aprueba el contenido del párrafo 279, que le parece que va en la dirección de los principios de derecho que reconocen al Estado más lesionado el derecho a utilizar unilateralmente todas las posibilidades de defensa disponibles en el marco de contramedidas. Por ello, en caso de violación masiva de los derechos humanos en un Estado determinado, todos los demás Estados podrán, por supuesto, considerarse lesionados, pero el Estado cuyos nacionales se hayan visto especialmente lesionados como consecuencia de esas violaciones es concretamente el que tiene derecho a ejercer respecto de ellos su protección diplomática.

12. En lo que se refiere al apartado b del artículo 46 quater, considera demasiado subjetivas las palabras «y las circunstancias sean tales que el Estado responsable pueda haber pensado razonablemente que ya no se llevaría adelante la reclamación», y que la primera parte del apartado b basta para resolver el problema de que se trata.

13. Por último, en lo que se refiere a la relación entre las nociones de responsabilidad y de posibilidad o imposibilidad de oponerse a un acto lícito, se establece en principio que no existe una relación directa entre la posibilidad de oponerse y la responsabilidad. La primera no está vinculada a una violación. A su juicio, se necesitarán muchos esfuerzos y tiempo para resolver esta cuestión que ni tan sólo se expresa de manera clara en la práctica jurídica. Por consiguiente, no debe tratarse sino en el comentario.

14. En conclusión, apoya los proyectos de artículos propuestos y su remisión al Comité de Redacción.

15. El Sr. BROWNLIE dice que las cuestiones de que se trata en el capítulo III se han examinado muy a fondo y que las pocas dificultades que quizá subsistan son incumbencia del Comité de Redacción, al que deben remitirse lo antes posible los proyectos de artículos. Por consiguiente, sus observaciones se referirán únicamente a algunos aspectos técnicos.

16. En lo que respecta ante todo al problema planteado en el párrafo 238 por el Relator Especial de cuál deba ser la forma mínima de notificación de la reclamación por responsabilidad de un Estado a otro, a fin de que el Estado responsable se entere de la alegación y pueda reaccionar ante ella, considera demasiado restrictiva la solución dada a la última frase de ese párrafo. Además, no resulta muy convincente la analogía, en la nota a pie de página de ese párrafo, que se establece con el artículo 23 de la Convención de Viena de 1969 en lo que respecta a las reservas. Además, el Relator Especial no cita ninguna jurisprudencia ni opinión doctrinal en apoyo de esta solución en particular. Por otra parte, desde el punto de vista práctico no es seguro que los Estados siempre efectúen la notificación por escrito, tanto más cuanto que no se define la noción de «escrito». ¿Se trata de una nota verbal, de un atestado oficioso pero simultáneo y fiable, de entrevistas entre dos diplomáticos o de un acta redactada ulteriormente? Por ejemplo, en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, en el que se ventilaban problemas de renuncia y plazos, la CIJ, como por otra parte subraya el Relator Especial en el comentario, aprobó un enfoque general relativamente flexible admitiendo concretamente un testimonio bajo juramento del Jefe Supremo de Nauru en el que afirmaba que en varias ocasiones había planteado la cuestión de las reclamaciones ante las autoridades australianas. Sin pretender ofrecer una solución del problema, opina que el Comité de Redacción podría examinar nuevamente la propuesta del Relator Especial, que no parece reflejar la práctica existente ni los criterios adoptados por las jurisdicciones internacionales.

17. El trato dado al problema de la prescripción en los párrafos 257 a 259 del informe quizá podría mejorarse en el marco del comentario, por más que en el propio proyecto de artículo tampoco se resuelva completamente. El problema se debe a que aunque el hecho de no cumplir un plazo no sea de por sí motivo de no admisibilidad de una reclamación sobre este punto los manuales de doctrina son relativamente silenciosos e indican en general que existe un principio de prescripción extintiva, postura que el comentario, equivocadamente, ha hecho suya. Por supuesto, puede admitirse como principio general de derecho comparado la existencia de una noción general de prescripción extintiva de las acciones. Sin embargo, el análisis de esta noción la desglosa en dos elementos: el primero es el de la renuncia implícita que se deduce de la conducta de las partes, mientras que el segundo elemento es que la antigüedad de una reclamación hace que el Estado presuntamente responsable se encuentre en grave desventaja en lo que respecta a la prueba y al carácter equitativo del procedimiento. Estas cuestiones se tratan en el comentario pero la distinción no se refleja en el proyecto de artículos.

18. También ocurre que en algunos casos muy poco frecuentes la prescripción extintiva propiamente dicha se

aplique efectivamente cuando, por ejemplo, un acuerdo establezca de manera expresa que transcurrido un determinado número de años toda reclamación quedará excluida expresamente, pero esto no puede considerarse que forme parte integrante del derecho internacional general, lo que por otra parte tampoco se dice en el comentario.

19. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) teme que los miembros de la Comisión estén algo desconcertados por el contraste existente entre el artículo 43 ter propuesto, en el que se dice que el Estado lesionado debe, simplemente, notificar su reclamación al Estado responsable, y el comentario correspondiente, en el que se especifica que la notificación debe hacerse por escrito. Después de haber examinado las fuentes, ha llegado a la conclusión de que obligar a una notificación por escrito es demasiado categórico. Por consiguiente, acepta la crítica que se le ha hecho pero constata que existe un debate y que algunos miembros, como el Sr. Lukashuk, son favorables a una notificación escrita. Le parece que las palabras «exigir la notificación» son más flexibles y al mismo tiempo más equilibradas, ya que se supone que el Estado presuntamente responsable no puede saber determinadas cosas y por consiguiente es preciso informarle en caso de que deba presentarse una reclamación. En cambio, en otras situaciones es evidente que existe una reclamación, y la idea de que alguien deba presentarse para exponerla no parece muy buena. Si existe una divergencia entre el comentario y el proyecto de artículo será porque ha modificado el texto de este proyecto de artículo sin cambiar el del comentario, de lo que pide se le excuse. De todos modos, la Comisión se ocupa de la cuestión por medio del comentario y otros miembros quizá puedan expresar otras opiniones a este respecto. Por su parte, prefiere de ahora en adelante la solución flexible consistente en decir que la reclamación debe notificarse, sin precisar que deba hacerse por escrito.

20. El Sr. LUKASHUK comprende las dudas y la postura del Relator Especial. Por ello, a modo de transacción, propone que en vez de las palabras «deberá notificar por escrito» se aprueben las palabras «deberá notificar oficialmente», que le parecen suficientes.

21. El Sr. DUGARD, en relación con las cuestiones que le interesan más particularmente, en su calidad de Relator Especial sobre el tema de la protección diplomática y por consiguiente sobre el párrafo 2 del artículo 46 ter, dice que en conjunto le satisface esta disposición. Recuerda que el proyecto de artículo aprobado en primera lectura no incluye ninguna disposición sobre la nacionalidad de las reclamaciones, lo que es perfectamente normal ya que se había adoptado la decisión de abandonar el tema y apartarse de este modo del enfoque del primer Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, Francisco García Amador. Después de haber leído los capítulos IV y V del informe, distribuidos oficiosamente, observa que en el párrafo 428 examina la cuestión de la inclusión de una cláusula de salvaguardia sobre la protección diplomática y la nacionalidad de las reclamaciones. Comprueba con satisfacción que a juicio del Relator Especial la única cláusula de salvaguardia necesaria es la que figura en el apartado a del párrafo 2 del artículo 46 ter. Desde luego, toda la cuestión de la nacionalidad de las reclamaciones se tratará en el infor-

me sobre la protección diplomática, y en el período de sesiones en curso ya se le ha dedicado mucho tiempo. A pesar de todo, cabe señalar que el texto de la disposición propuesta origina alguna reserva: la doble negación que figura en la frase de introducción y en el apartado a («No se podrá hacer valer la responsabilidad de un Estado [...] en el caso de que [...] la reclamación no se haya planteado...») no produce muy buen efecto, pero se trata de una cuestión que corresponde decidir al Comité de Redacción.

22. El problema del principio del agotamiento de los recursos internos es más difícil. Se recordará que en el artículo 22 aprobado en primera lectura figura una disposición sobre el agotamiento de los recursos internos y que esta cuestión ya se ha examinado en períodos de sesiones anteriores. Este artículo representa en lo fundamental una idea personal del Relator Especial Ago, el cual repite un argumento que había defendido sin éxito en el asunto *Phosphates du Maroc*. Por cierto, sería interesante saber si había revelado el interés personal que tenía en este asunto cuando la cuestión se debatió en la Comisión: el orador considera que es sano que los miembros de la Comisión indiquen claramente los asuntos en que participen como asesores, para que todos sepan cuáles son sus intereses profesionales. Sea lo que fuere, estima que si se incluyen las disposiciones del artículo 22, el Relator Especial sobre la protección diplomática no tendrá libertad de actuación. Francamente, está abierto a toda sugerencia a este respecto y no se inclina decididamente ni por la acepción material de este principio ni por su acepción procesal. Al igual que el antiguo Relator Especial García Amador, cree que ambos enfoques tienen cosas buenas. Depende mucho del contexto en que se haga valer la norma del agotamiento de los recursos internos. De todos modos, desearía poder examinar esta cuestión más a fondo. Si el informe sobre la protección diplomática debe ocuparse del tema, no sería adecuado hacerlo detenidamente en los proyectos de artículos que se están estudiando.

23. Por ello aprueba la manera como se trata esta norma en el artículo 46 ter: mediante una referencia simple, sin tomar partido sobre el trámite que deba seguirse ni intentar entrar a fondo en el tema. Dado que la Comisión ha decidido remitir esta cuestión al tema de la protección diplomática, sería equivocado ir más lejos. El Sr. Hafner ha sugerido que podría prescindirse simple y llanamente del párrafo 2 del artículo 46 ter. Quizá ha hecho esta propuesta pensando que se incorporaría más adelante en el proyecto una cláusula de salvaguardia. Por su parte, estima que en su redacción actual el párrafo 2 es preferible a una cláusula de salvaguardia y está muy satisfecho con esa disposición.

24. El Sr. HAFNER precisa que no ha propuesto que se suprima por completo el párrafo 2 sino únicamente que se reduzca.

25. El Sr. GAJA está de acuerdo con el Sr. Hafner en que el texto de esta disposición podría ser más corto. En su actual redacción este texto se inclina claramente del lado de la teoría procesal al suponer que ya existe responsabilidad. Tal vez podría encontrarse una formulación más ambigua. Las observaciones formuladas por el Sr. Dugard le ponen en un aprieto, ya que se pregunta si

debería revelar que él mismo ha adoptado el enfoque procesal en el asunto ELSI después de haber escrito un libro que defendía la acepción material. En lo que se refiere a la alusión por parte del Sr. Dugard de los intereses de Ago, no es ningún secreto que éste había actuado como abogado en el asunto *Phosphates du Maroc*, que en cualquier caso data de la época de la Sociedad de las Naciones.

26. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que se ha referido detenidamente al artículo 22 en su segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados<sup>3</sup>. En el debate celebrado sobre este tema se destacó que la Comisión deseaba dejar abiertas las dos posibilidades. En algunos casos está claro que ya existe violación, y el agotamiento de los recursos internos es una condición de procedimiento previa a la que no se puede renunciar. En otros casos, la reclamación se basa fundamentalmente en la denegación de justicia. También puede haber casos situados entre ambos, de tal manera que una clasificación resulta difícil.

27. Aunque se supone que el texto del artículo 46 no lo juzga, está claro que no se trata de la admisibilidad de una demanda judicial. Se trata de una cuestión de admisibilidad de peticiones entre Estados, que por consiguiente procede incluir en el proyecto de artículos. Sin embargo, debe presentarse de tal manera que las cuestiones de fondo puedan tratarse en el marco del tema de la protección diplomática. También es preciso dejar abierta la posibilidad de que la norma del agotamiento de los recursos internos se aplique a las reclamaciones de particulares sobre violaciones de derechos humanos, que son competencia del derecho internacional general, frente a las denuncias de violaciones masivas. Es significativo que los artículos de los tratados relativos a los derechos humanos que aplican la norma del agotamiento de los recursos internos remitan al derecho internacional general y no apliquen, simplemente, una norma procedente de otro contexto. La idea fundamental es que la norma es de aplicación general. Aunque la postura que ha adoptado en su segundo informe es la de considerar que se trata de una regla de procedimiento, opina que la Comisión puede dejar esta cuestión relativamente abierta.

28. El Sr. DUGARD dice que el Sr. Gaja ha declarado que el apartado b del párrafo 2 del artículo 46 ter se inclina por la acepción procesal. Esto se debe quizá a que figura en un capítulo que se ocupa en general de cuestiones de procedimiento. Comparte la opinión del Sr. Gaja y del Relator Especial de que la Comisión, en la fase actual, no debe decidir entre la acepción material y la acepción procesal, ni adoptar una postura intermedia. Cuando la cuestión se remita al Comité de Redacción, será preciso que éste preste a ese hecho una atención particular para garantizar que continúen abiertas las diferentes posibilidades.

29. El Sr. PELLET reconoce que los proyectos de artículos que presenta el Relator Especial en el párrafo 284 de su tercer informe son muy oportunos.

30. Por otra parte, resulta interesante pensar con qué espíritu se formulan estas propuestas. Dejando de lado la

«prehistoria», constituida por el período García Amador, se han sucedido cuatro relatores especiales sobre este importante tema. Primero estuvo Ago, cuyo genio unificador y teorizador —y quizás también el deseo de desquite— permitió cambiar profundamente la visión tradicional que se tenía de la responsabilidad internacional. A continuación, después del episodio de Riphagen, que no tuvo verdadera influencia debido a la abstracción y rigidez excesivas adoptadas por ese Relator Especial, vino el enfoque más moralizador e insuficientemente técnico del Sr. Arangio-Ruiz. Con el Sr. Crawford triunfa el pragmatismo, en el buen sentido de la palabra y —excepto en lo que respecta a la cuestión del crimen— sin partir de apriorismos doctrinales rígidos. El orador tiene la impresión de que al Relator Especial le interesa sobre todo completar el proyecto de artículos y hacerlo plenamente operativo, concretamente colmando las numerosas lagunas que caracterizaban sobre todo la segunda parte del antiguo proyecto. El primer capítulo de la segunda parte bis ilustra felizmente este excelente programa, si bien le causa perplejidad la curiosa terminología que utiliza el Relator Especial para explicar sus intenciones, concretamente en el párrafo 227 del informe, en el que usa y abusa de la palabra «secundaria» para calificar a la vez las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito (cuando se trata simplemente de la responsabilidad, que es la consecuencia del hecho internacionalmente ilícito), las consecuencias de la propia responsabilidad (que podría decirse es una consecuencia «terciaria» del hecho ilícito) y quizás incluso las consecuencias de procedimiento «cuaternarias» del hecho internacionalmente ilícito.

31. Así pues, la finalidad está clara pero el vocabulario no: como se indica en el título del capítulo primero, se trata de saber en qué condiciones un Estado puede hacer valer la responsabilidad de otro Estado al que quepa atribuir un hecho internacionalmente ilícito. Se trata también, más precisamente, de saber a qué consecuencias, a partir de esa responsabilidad, puede llegar el Estado lesionado. A su juicio, la primera de esas condiciones parece ser que el Estado haya sufrido un perjuicio, pero esto corresponde al debate sobre el artículo 40 bis, por lo menos en sentido amplio, y seguramente ya habrá ocasión de volver a hablar de ello cuando se examine el texto del Comité de Redacción.

32. Refiriéndose después a los artículos propuestos por el Relator Especial, señala que el artículo 46 ter es el que parece plantear más problemas de principio, no por lo que dice sino por lo que no dice. Como se sabe, el Relator Especial ha propuesto que se modifique la redacción de los artículos que figuran en la segunda parte del proyecto, pasando del derecho de los Estados lesionados a la obligación del Estado responsable, tal como recuerda en el párrafo 232 de su informe. Al igual que la mayoría de los miembros de la Comisión, el orador ha aprobado este cambio pero por supuesto a reserva de que en la segunda parte bis se expongan claramente los derechos correlativos del Estado lesionado o de los Estados lesionados, ya que éste es un poco el espíritu de la reorganización que propone el Relator Especial: la segunda parte se interesa por las obligaciones del Estado responsable y la segunda parte bis destaca los derechos (o las obligaciones) del Estado lesionado.

<sup>3</sup> Véase 2614.ª sesión, nota 5.

33. Uno de los principales problemas que se plantean a este respecto es si, y en qué medida, el Estado lesionado puede elegir entre las diferentes formas de reparación. Este problema capital se aborda en el párrafo 227, en el primer apartado del párrafo 231 y en los párrafos 232 y 233 del informe (ya figuraba en los párrafos 25 y 26). A esta cuestión el Relator Especial responde de manera a la vez clara y categórica que el Estado lesionado tiene derecho a elegir la forma de reparación. Esta postura tiene el mérito de ser enérgica, quizás incluso demasiado categórica —pero presenta un gran inconveniente: a pesar del anuncio que figura en el párrafo 233, en el que el Relator Especial dice que es preciso que la elección sea «válida», esta salvedad no figura en el artículo 46 ter, el cual sólo se refiere a la forma y el procedimiento (en sentido amplio) y no al contenido propiamente dicho del posible objeto de la reclamación.

34. Por consiguiente, le parece que antes del artículo 46 ter debe figurar otro artículo en el que se exprese claramente que el principio de la elección corresponde al Estado lesionado, sobre lo que, por cierto, le ha parecido que existe amplio acuerdo entre los miembros de la Comisión, a juzgar por el debate sobre los artículos 43 y 44. Este acuerdo le parece que sólo se refiere al principio de libre elección del Estado lesionado en lo que se refiere a la restitución o la indemnización. La Comisión parece convenir en que el Estado lesionado puede exigir la restitución de conformidad con las disposiciones del artículo 43, es decir, cada vez que esto sea posible y no resulte desproporcionado con la carga que suponga para el Estado responsable. La razón fundamental reside en que no debe reconocerse la posibilidad de que el autor del hecho internacionalmente ilícito pueda «comprar» una violación del derecho internacional, lo que por otra parte sería contrario al principio de la igualdad entre los Estados, ya que algunos tienen los medios para comprar una ilicitud y otros no. Por otra parte, conviene que esta explicación figure en algún lugar de los comentarios, ya que es la única explicación verdaderamente convincente del derecho del Estado lesionado de exigir la restitución en vez de la indemnización. De todos modos, también le parece que los miembros de la Comisión están de acuerdo en considerar que el Estado lesionado no puede renunciar a la restitución (a condición, por supuesto, de que sea posible) en caso de crimen, o quizás de manera más general, en caso de violación de una norma imperativa del derecho internacional general, ya que en tal caso el respeto de la obligación no sólo interesa al Estado lesionado sino también a la comunidad internacional en su totalidad.

35. Se plantea además el problema de la satisfacción: a su juicio, nada impide que un Estado renuncie a la restitución o la indemnización en beneficio de una simple satisfacción. Además, le parece que el Relator Especial lo admite, por lo menos implícitamente, en sus explicaciones dedicadas a la renuncia de la reparación. Pero también en este caso nada se dice en el propio proyecto de artículo. A pesar de todo, esto plantea otro problema: parece admitido que el Estado lesionado tiene derecho a satisfacción si ésta es necesaria para garantizar una reparación completa del perjuicio. Sin embargo, ¿puede exigir una forma determinada de satisfacción? Así parece establecerlo el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter, pero por su parte el artículo 45 es muy impreciso a este

respecto. Si no existe una respuesta clara a esta pregunta quizás no sea necesario elucidar esa dificultad en el proyecto, limitándose a señalar el problema en el comentario. De todos modos, no debe silenciarse como se hace actualmente puesto que el informe no lo aborda en esa forma.

36. En cambio, considera indispensable que en algún lugar del proyecto de artículos se diga expresamente esta vez —sin duda entre el artículo 40 bis y el artículo 46 ter— que «el Estado lesionado tendrá derecho a exigir la restitución y no la indemnización con arreglo a las condiciones establecidas en el artículo 43», y así lo propone formalmente.

37. Una vez planteada la cuestión previa de que, con algunas limitaciones, corresponde al Estado lesionado decidir la forma de reparación, el artículo 46 ter no suscita grandes dificultades, si bien podría seguramente simplificarse de manera considerable. En lo que respecta al párrafo 1, bastarían las palabras de la introducción, ya que los apartados a y b plantean problemas que otros miembros de la Comisión han destacado y además probablemente no son completos. Si se quisiera completarlos, se entraría en detalles que quizá pueda desarrollar mejor la práctica diplomática. En lo que se refiere a la frase de introducción, propone las dos modificaciones siguientes: en primer lugar, en vez de las palabras «que se proponga hacer valer» podría decirse «que haga valer» ya que de esto se trata en realidad. Las palabras «se proponga» son ambiguas y no añaden nada. En segundo lugar, la palabra «notificará» convendría igual que las palabras «deberá notificar» y en cambio el texto sería más simple y al mismo tiempo suficiente, y quedaría como sigue: «El Estado lesionado que haga valer la responsabilidad de otro Estado con arreglo a los presentes artículos —a su juicio también podría suprimirse esta expresión— notificará su reclamación a dicho Estado». Además, como han dicho los Sres. Brownlie y Simma, y por las mismas razones que ellos, no considera necesario precisar «por escrito», a pesar de que así se indica en el párrafo 238 del informe, si bien no figura en el texto. De hecho, poco importa la forma: lo que cuenta es que el Estado cuya responsabilidad se haga valer sepa que existe un problema.

38. En lo que respecta al párrafo 2 es forzoso reconocer que invade el tema del Relator Especial sobre la protección diplomática, ya que se refiere a la nacionalidad de la persona privada que ha sufrido el daño inicial por una parte y al agotamiento de los recursos internos por otra, es decir, de hecho, a dos condiciones a las que se subordina tradicionalmente la protección diplomática. Se pregunta por consiguiente si conviene ser tan concreto y si acaso no sería mejor remitirse simplemente a la protección diplomática. Esto podría hacerse con bastante facilidad pero probablemente en otro lugar que no sea el artículo 46 ter, de preferencia al principio del artículo 40 bis, donde podría decirse lo siguiente: «A reserva de las normas aplicables a la protección diplomática, un Estado tiene derecho a hacer valer la responsabilidad de otro Estado...». Otra posibilidad es la de incluir en la futura cuarta parte una disposición que diga: «El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas aplicables a la protección diplomática». Una tercera posibilidad sería dedicar a esta cuestión un nuevo artículo 46 ter (bis) que podría decir lo siguiente: «La responsabili-

dad de un Estado sólo podrá hacerse valer en caso de daño causado a un particular por un hecho internacionalmente ilícito si se reúnen las condiciones necesarias para la aplicación de la protección diplomática». Sea lo que fuere, le molestan dos cosas en el actual párrafo 2 del artículo 46 ter: primero, no es muy coherente que figure en el mismo artículo que el párrafo 1, relativo a las formas de hacer valer la responsabilidad de un Estado, lo que es muy diferente, y por otra parte es demasiado concreto y al mismo tiempo quizá incompleto, ya que la Comisión ha decidido disociar la protección diplomática de la responsabilidad.

39. En lo que respecta al artículo 46 quater, tras recordar que el Sr. Simma ha criticado la palabra *waiver* que figura en el texto inglés, dice que no tiene una idea muy clara sobre la palabra que convendría utilizar, si bien se muestra bastante escéptico sobre la palabra *acquiescence* porque corre el peligro de remitir, no a las consecuencias de la responsabilidad sino a la obligación de la responsabilidad, un peligro contra el que el Relator Especial alerta en el párrafo 254 de su informe. Consentir la ilicitud no es lo mismo que renunciar a la reparación. En todo caso, la palabra *renonciation* utilizada en francés es perfecta. Señalando además que el Sr. Hafner ha criticado la expresión «sea en otra forma inequívoca» que figura al final del apartado a del artículo 46 quater, el orador indica que la considera totalmente adecuada y que está muy bien justificada en el párrafo 256 del informe.

40. En lo que respecta al apartado b, dice que también le encuentra casi todas las virtudes y que tampoco en este caso puede seguir a los Sres. Lukashuk y Simma en sus críticas de la formulación flexible y adecuada de lo que parece remitir discretamente al impedimento por contradicción con comportamientos anteriores (*estoppel by conduct*) cuyas condiciones son más flexibles en derecho internacional que en *common law* y que no se refiere exclusivamente al comportamiento de uno de los protagonistas sino a la interacción de sus comportamientos, como en una especie de juego de espejos. En el mismo apartado, la palabra «lesión» debería sustituirse por la palabra «perjuicio».

41. Aunque aprueba el artículo 46 quater, considera sin embargo que falta algo que merecería un segundo párrafo o un artículo diferente a lo que ya ha hecho alusión, esto es, el caso de renuncia parcial, no al derecho de hacer valer la responsabilidad sino a las formas más confirmadas de reparación, a saber, la restitución, la indemnización, o ambas, en beneficio únicamente de la satisfacción. Quizá bastaría decir lo siguiente: «El Estado lesionado podrá renunciar parcialmente a la reparación completa a que tiene derecho», a reserva de la imposibilidad de renunciar a la restitución si se ha violado una norma de *jus cogens*.

42. En lo que se refiere a los artículos 46 quinquies y 46 sexies, comparte la opinión de los Sres. Hafner y Simma, que han destacado que los problemas planteados por la pluralidad de Estados lesionados y de Estados responsables son más complejos que lo que parece deducirse de esos dos artículos, aunque duda en seguir al Sr. Simma o al Sr. Lukashuk, que parecen abogar a favor de que la Comisión se ocupe del caso de la pluralidad de Estados, ya se trate de la responsabilidad activa o la res-

ponsabilidad pasiva, en el marco de las organizaciones internacionales. De todos modos, la Comisión ha decidido, con razón o sin ella, excluir todos los problemas que se refieren de cerca o de lejos a las organizaciones internacionales, por lo que estima que en la fase actual es mejor atenerse a esa decisión, tal como lo defiende con bastante firmeza el Relator Especial en el apartado a del párrafo 276 y en el párrafo 282 de su informe. Dicho esto, expresa su total acuerdo con el Relator Especial cuando en el párrafo 283 de su informe considera que las cuestiones relativas a la pluralidad de Estados lesionados y de Estados responsables deben, en lo posible, aclararse en el propio texto del proyecto de artículos.

43. Pasando al artículo 46 sexies, dice que respecto del fondo no tiene ideas muy concretas, excepto una: que las analogías con el derecho interno son en esta esfera muy arriesgadas y eso que ha tenido ocasión de pleitear ante la CIJ en varios asuntos en que se planteaba el problema. Dicho lo cual, no es exacto, como escribe el Relator Especial de manera excesivamente categórica en el párrafo 275 de su informe, que entre las fuentes del derecho internacional enumeradas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte no figuren las analogías extraídas de los sistemas jurídicos nacionales. A su juicio, éste es precisamente el objeto y la función de los principios generales de derecho que se mencionan en el apartado c de esta disposición, que remiten a los principios comunes a los Estados in foro domestico. Pero precisamente en el caso presente, al tratarse de mecanismos de responsabilidad conjunta o solidaria, los sistemas nacionales difieren de manera profunda, contrariamente, también en esto, a la impresión que puede dar el párrafo 272 del informe. Por consiguiente, por una razón totalmente diferente de la expresada por el Relator Especial, está de acuerdo con él y no cree que haya mucho que ganar del establecimiento de una analogía con los derechos nacionales. Por lo tanto, es preciso contentarse con el derecho internacional, y sobre este punto el Relator Especial señala muy bien que existe poca práctica y que la que hay no es en absoluto decisiva. El orador considera no obstante que los pocos ejemplos que ha encontrado son bastante convincentes, con excepción del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, que establece un régimen convencional de responsabilidad objetiva, es decir, por hechos que no son internacionalmente ilícitos, y por consiguiente no prueba absolutamente nada en la esfera que interesa a la Comisión. En cambio, para todo lo restante los ejemplos dados por el Relator Especial, incluido el del asunto *Détroit de Corfou*, cuya pertinencia han cuestionado algunos miembros, parecen poner de manifiesto que el derecho internacional prefiere la responsabilidad solidaria frente a la responsabilidad conjunta. Esto significa que si los hechos internacionalmente ilícitos de varios Estados han contribuido al mismo daño, cada uno de esos Estados tiene que reparar el perjuicio en su totalidad, a reserva de poder reclamar a los Estados corresponsables. Ésta parece ser la conclusión a que llegó el magistrado *Shahabuddeen* en su opinión separada en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, citado por el Relator Especial en el párrafo 277 y a la que parece adherirse por más que el final de este párrafo es extremadamente sibilino. Por otra parte, se trata del «escenario» aceptado concretamente por los Estados presentes en ese

asunto. Admite gustosamente que no es una conclusión del todo evidente teniendo en cuenta que se trata de una práctica muy poco frecuente, pero es la más verosímil y también la más cómoda para la víctima. Así, a falta de una costumbre clara que pueda codificar, la Comisión podría mantener este principio en calidad de desarrollo progresivo del derecho internacional, que no es otra cosa que la consolidación de tendencias que un análisis sin prejuicios de la práctica permite revelar. No obstante, la redacción del artículo 46 sexies es bastante asombrosa. Al mismo tiempo que el Relator Especial ha realizado este análisis objetivo del que parece deducir la misma conclusión que el orador, el texto del artículo 46 sexies parece ir exactamente en dirección contraria. Es verdad que «la responsabilidad de cada Estado [responsable de un mismo hecho ilícito] deberá determinarse de conformidad con el presente proyecto de artículos», pero esto no es en absoluto de lo que se trata ahora: la determinación de la responsabilidad corresponde a la primera parte del proyecto y lo de que ahora se trata son las consecuencias de la responsabilidad. Ahora bien, el párrafo 1 no habla de ella y el párrafo 2 aporta precisiones o atenuaciones de un principio que no figura en el párrafo 1. A su juicio, es preciso concebir de manera bastante diferente el párrafo 1 y decir, por ejemplo: «Cuando dos o más Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, cada uno de ellos estará obligado» —o, si se quiere ser prudente, «podrá verse obligado»— «a reparar todo el daño causado por ese hecho».

44. Una vez planteado este principio, el párrafo 2 se hace comprensible. Este principio no permite que un Estado obtenga una indemnización mayor que los daños sufridos (según se dice en el apartado a del párrafo 2), lo que no impide que el Estado así obligado a indemnizar por la totalidad pueda reclamar a sus corresponsables [según se dice en el inciso ii) del apartado b]. En lo que respecta al inciso i) del apartado b, considera que su lugar no corresponde a este artículo y que se requiere una disposición más general que indique que toda la segunda parte del proyecto se entiende sin perjuicio de las normas de procedimiento y de competencia en vigor ante las jurisdicciones y los tribunales internacionales.

45. La redacción del artículo 46 sexies requiere además algunas observaciones. En el apartado a del párrafo 2 no parece oportuno mencionar a las personas o entidades distintas de los Estados, ya que también en este caso se vuelve al derecho de la protección diplomática o incluso a los derechos nacionales. Se pregunta también si en ese párrafo es preciso limitar la indemnización y piensa en particular en la restitución de una cantidad de dinero. La palabra «reparación» o «resarcimiento» quizás sería más general y por supuesto más exacta que la palabra «indemnización». Considera por último que en el inciso ii) del apartado b la expresión «exigencia de contribución» que traduce las palabras inglesas *requirement for contribution* pertenece al *common law*, por lo que sería preferible recurrir a una expresión menos sesgada, diciendo simplemente que el párrafo 1 no excluye la posibilidad de que el Estado que pueda verse obligado a pagar la totalidad de la reparación reclame luego a los Estados corresponsables. Quizás sería útil precisar «con miras a recuperar una cantidad proporcionada a la contribución de cada uno de esos Estados al hecho ilícito» o «a los daños».

46. En lo que se refiere al artículo 46 quinquies, dice que requiere menos observaciones, no porque no parezca plantear ningún problema sino por falta de elementos para resolverlos. Considerado todo ello y desconociendo la práctica pertinente (quizá no la haya, excepto en el asunto *Forêts du Rhodope central*), parece que establece una norma de sentido común, por otra parte tan evidente que cabe preguntarse si es necesaria. A su juicio es preciso no obstante responder afirmativamente a esta pregunta, aunque sólo sea por simetría con el indispensable artículo 46 sexies. Se pregunta solamente si la Comisión acaso debería decidir entre la postura que adopta el Relator Especial en el párrafo 281 de su informe, que el orador tendería a aprobar, y la del árbitro Undén en el asunto *Forêts du Rhodope central*. El Relator Especial no propone nada concreto y el Comité de Redacción quizá podría interrogarse sobre este punto.

47. En conclusión, a pesar de algunas observaciones críticas que ha formulado, las más importantes de las cuales se refieren a las lagunas persistentes, vuelve a decir que, por lo menos en su opinión, los artículos propuestos por el Relator Especial son de muy gran utilidad y constituyen un «plus» indiscutible para el proyecto. Por consiguiente, el Comité de Redacción debería examinarlos y completarlos.

48. El Sr. ROSENSTOCK cree recordar que el Sr. Pellet figuraba entre los que consideraban que no se había subrayado lo suficiente que el Estado lesionado debe poder elegir la forma de reparación y se pregunta por qué en esas condiciones quiere suprimir el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter.

49. El Sr. GALICKI, a diferencia del Sr. Pellet, opina que el Relator Especial, en el párrafo 272 de su informe, cita acertadamente el ejemplo del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, y por su parte considera que también debería citarse el artículo VI de dicho Convenio, que reúne elementos de responsabilidad internacional (*liability*) y de responsabilidad de los Estados (*responsibility*).

50. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), en relación con la observación del Sr. Rosenstock, dice que tiene la intención de destacar, en el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter, que el Estado lesionado puede elegir la forma que debe asumir la reparación. En respuesta a una observación del Sr. Pellet con respecto al párrafo 1 del artículo 46 sexies, indica que la palabra «responsabilidad» que figura en dicho párrafo remite a la totalidad de la primera y la segunda parte del proyecto de artículos. Le parece que el Sr. Pellet está de acuerdo con él sobre el principio, si no lo está sobre la redacción.

51. El Sr. PELLET, en respuesta al Relator Especial, puntualiza que la palabra «determinarse» es la que le plantea un problema al remitir al origen de la responsabilidad.

52. Añade que por otra parte está en total desacuerdo con el Sr. Galicki: considera peligroso hacer valer convenios que plantean regímenes especiales de responsabilidad, ya que esto suprime la distinción entre *liability* y *responsibility*.



53. En lo que se refiere a la observación del Sr. Rosenstock, en su redacción actual el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter constituye una disposición de procedimiento: sólo significa que el Estado ha de notificar la forma de la reparación, pero no se trata en ningún modo del derecho del Estado lesionado a escoger la forma de esta reparación.

54. El Sr. ECONOMIDES lamenta no haber tenido tiempo suficiente para estudiar la versión francesa del texto que se examina, que se ha publicado con retraso. Por consiguiente, sus observaciones sobre los proyectos de artículos de que se ocupa la Comisión sólo tienen carácter exclusivamente preliminar.

55. El artículo 46 ter no parece abarcar el caso del Estado no lesionado que sin embargo está habilitado para hacer valer la responsabilidad internacional de otro Estado. Dado que este caso se registra en especial cuando se atenta gravemente contra los intereses fundamentales del conjunto de la comunidad internacional, sería conveniente tenerlo en cuenta, tal como ha aconsejado el Sr. Gaja. En lo que se refiere más precisamente al apartado b del párrafo 1, relativo a la forma que debe asumir la reparación, es preciso recordar que el derecho del Estado lesionado para elegir dicha forma no es absoluto, sobre todo cuando es posible la restitución en especie. De no ser así, carecería de sentido el principio de que salvo acuerdo contrario entre las partes la restitución tiene prioridad sobre la reparación. Por consiguiente, la elección de la forma de reparación depende de las disposiciones de fondo ya aprobadas en materia de restitución, indemnización y satisfacción. No es desde luego el artículo 46 ter el que deba resolver esta cuestión.

56. Además, este artículo no está completo. El Estado lesionado puede puntualizar muchas cosas en su reclamación, además de la simple cesación, lo cual no figura en el texto propuesto. Si se mantiene esta disposición, debería precisarse que la enumeración de los elementos que ha de contener la reclamación es estrictamente indicativa y no limitativa. Por otra parte, la forma de reparación suele determinarse al final de un trabajo de larga duración y no puede definirse inmediata y unilateralmente. En realidad, el único elemento útil del artículo 46 ter es la notificación escrita de la reclamación del Estado lesionado. Por consiguiente, es preciso mantener este elemento en una disposición especial sobre el modelo propuesto por el Sr. Pellet o si no incluir en el comentario la cuestión de la notificación de la reclamación.

57. El párrafo 2 del artículo 46 ter debería constituir una disposición completamente distinta que podría titularse «Condiciones para el ejercicio de la protección diplomática». Por cierto, a su juicio es ingenuo hablar al principio de este párrafo de hacer valer la responsabilidad «con arreglo al párrafo 1» ya que la responsabilidad del Estado no nace del párrafo 1 sino del régimen que establece el conjunto del proyecto. Por consiguiente, el párrafo 2 no se refiere a la responsabilidad directa entre Estados ya que prevé el caso del Estado que toma partido a favor de uno de sus nacionales, ya se trate de una persona física o de una persona jurídica. Se trata de una situación que efectivamente es preciso abarcar de alguna manera y para ello propondrá el texto siguiente:

«Un Estado no podrá hacer valer la responsabilidad de otro Estado en concepto de protección diplomática a no ser que:

»a) La reclamación sea conforme a las normas aplicables en relación con la nacionalidad de las reclamaciones;

»b) Se hayan agotado todos los recursos internos eficaces de que disponga la persona o entidad en cuyo nombre se ejerza la protección diplomática.»

Si no se quiere entrar en detalles, cabe aceptar un texto todavía más resumido, que diría lo siguiente: «Un Estado no podrá hacer valer la responsabilidad de otro Estado en el marco de la protección diplomática cuando no se reúnan las condiciones necesarias para el ejercicio de dicha protección».

58. En lo que respecta al artículo 46 quater, está de acuerdo con el Sr. Simma en que en el apartado a la palabra «renunciado» no se utiliza en su sentido técnico, ya que si hay «aceptación sin reservas de una oferta de reparación», hay, simplemente, solución del litigio, no mediante renuncia sino porque la parte lesionada se considera satisfecha. Por otra parte, las palabras «sea en otra forma inequívoca» pueden incluir la renuncia y otras modalidades de pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad y por consiguiente merecerían ser revisadas por el Comité de Redacción.

59. El apartado b de este artículo es mucho más problemático ya que se refiere a la cuestión muy difícil de la prescripción. Ahora bien, si se establece, corresponde al ámbito de las normas primarias. Introducirla en el proyecto mediante una norma secundaria es dar un salto que el orador califica de peligroso. En primer lugar, la regla del plazo razonable no conviene a todas las infracciones: es aplicable a los delitos pero no a los crímenes definidos según el artículo 19. En el mundo contemporáneo se considera que las violaciones más graves que afectan a la comunidad internacional en conjunto son imprescriptibles. Además, esta disposición es incompleta y no dice con claridad lo que se espera de los Estados y está redactada en términos demasiado ambiguos. En realidad, debería suprimirse totalmente.

60. En cambio, el artículo 46 quinquies parece muy útil. Es una lástima que no dé una imagen completa de las situaciones posibles: prevé el caso de un Estado lesionado y el caso de varios Estados lesionados, pero no el caso en que todos los Estados resulten lesionados por una violación muy grave que afecte a los intereses de toda la comunidad internacional. Esto es un error que, francamente, no sabe cómo corregir.

61. En lo que se refiere al artículo 46 sexies, sería mejor, tal como ha aconsejado el Sr. Pellet, limitarlo a que se haga valer la responsabilidad de cada Estado en vez de hablar de la «determinación» de esa responsabilidad, como se dice en el párrafo 1. La determinación de la responsabilidad corresponde a otra parte del proyecto. También es cierto que la cláusula del inciso i) del apartado b del párrafo 2 no está en el lugar que le corresponde, al contrario de lo que ocurre con el inciso ii). Aun así, será preciso mejorar la redacción de estas últimas palabras, sobre todo en francés. En lo que respecta al aparta-

do a del mismo párrafo, se trata de una disposición útil pero sería mejor suprimir las palabras «persona o entidad». En el comentario podría decirse simplemente que en algunos casos no se trata del Estado sino de instituciones o de personas privadas.

62. El Sr. ADDO dice que el artículo 46 ter consagra una situación evidente: la única manera de hacer valer la responsabilidad de un Estado es notificarle su reclamación, acompañada de precisiones sobre el comportamiento que debe seguir para garantizar la cesación del hecho ilícito y sobre la forma de reparación. Como ya se ha señalado a este respecto, en el párrafo 1 de la versión francesa deberían sustituirse las palabras *devrait préciser* por las palabras *doit préciser*, que son más apremiantes. En el apartado a del párrafo 2 de este artículo se plantea la norma de la nacionalidad de la reclamación, que limita el derecho al ejercicio de la protección diplomática que el derecho internacional reconoce a los Estados. Este derecho también está limitado por la norma del agotamiento de los recursos internos, que figura en el apartado b. De este apartado se deduce claramente que si los recursos internos disponibles no son eficaces, de nada sirve aplicarlos. También se deduce que cuando existen recursos pero las autoridades del Estado de origen obstaculizan su empleo, cabe considerar que se cumple la regla del agotamiento de los recursos internos. Así lo confirmó la CIJ, por ejemplo, en el asunto Barcelona Traction (excepciones preliminares). Por consiguiente, la redacción propuesta por el Relator Especial para este artículo es suficiente.

63. También aprueba el artículo 46 quater que se propone, en la inteligencia de que el «plazo razonable» de que se habla en el apartado b se evaluará en cada caso y habida cuenta de las circunstancias de que se trate. Los artículos 46 quinquies y 46 sexies también son aceptables. Por consiguiente, opina que debe remitirse al Comité de Redacción el primer capítulo de la segunda parte bis propuesta por el Relator Especial.

64. El Sr. LUKASHUK, en relación con el párrafo 1 del artículo 46 ter, dice que en la versión francesa, a diferencia de lo que aconsejan algunos miembros, debería mantenerse la forma verbal *devrait* en vez de sustituirla por *doit*, que expresa una obligación. Si se obliga al Estado lesionado a que desde el momento en que presenta su reclamación precise «la forma de la reparación», esto podría interpretarse en el sentido de que el Estado lesionado que, por ejemplo, no pida indemnización en su demanda no pueda pedirla más adelante.

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

## 2645.ª SESIÓN

Martes 25 de julio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Responsabilidad de los Estados<sup>1</sup> (continuación)  
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1  
a 4<sup>2</sup>, A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. HE estima que procede felicitar al Relator Especial por su iniciativa de crear la nueva segunda parte bis relativa a la puesta en práctica de la responsabilidad de los Estados, que es verdaderamente completa y fundada en una argumentación bien razonada y equilibrada. Sin duda esta parte ocupará un lugar irremplazable en el proyecto de artículos.
2. El párrafo 1 del artículo 46 ter contiene un elemento crucial para la invocación de la responsabilidad: la necesidad de que el Estado lesionado notifique su reclamación al Estado responsable. En los párrafos 234 y 236 del tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4) se destaca la necesidad de que el Estado lesionado o interesado responda a la violación y el primer paso será llamar la atención del Estado responsable sobre la situación para que éste ponga fin a la violación y proceda a la reparación. En los párrafos 236 y 237 se dice que es preciso tener cuidado de no exagerar el carácter formal del procedimiento de notificación, porque la CIJ no atribuye gran importancia a las formalidades. Las diversas formas de notificación, desde el recordatorio oficioso o confidencial hasta la declaración pública o la protesta formal, se pueden considerar adecuadas para la notificación, según las circunstancias lo aconsejen; pero no enviar una notificación al Estado responsable podría acarrear serias consecuencias jurídicas, incluida la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad.
3. Una vez especificadas todas esas condiciones para la notificación de una reclamación, parece faltar una cosa: el factor tiempo. ¿Existe algún plazo para la notificación?

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).