

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).

La respuesta se halla en el apartado b del artículo 46 quater, en el que se indica que la reclamación se ha de notificar al Estado responsable «dentro de un plazo razonable» a contar desde el momento en que el Estado lesionado haya tenido noticia de la lesión. Por consiguiente, en el comentario se debe mencionar el factor tiempo.

4. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que los apartados a y b del párrafo 2 del artículo 46 ter, referentes a la nacionalidad de las reclamaciones y al agotamiento de los recursos internos, contienen principios jurídicos generales cuya cobertura no se limita a los casos de protección diplomática, es decir, al trato que reciben las empresas y los nacionales extranjeros, y que esos principios se deben considerar como condiciones generales para hacer valer la responsabilidad del Estado. Sin embargo, al igual que otros miembros, el orador opina que el párrafo 2 debería constituir un artículo aparte, porque versa sobre las condiciones en las que no es posible hacer valer la responsabilidad del Estado, mientras que el párrafo 1 se refiere a la necesidad de notificación.

5. El orador observa complacido que se ha adoptado la distinción tradicional entre renuncia y plazo en el artículo 46 quater y en especial le agrada el texto del apartado b, que equilibra debidamente los intereses del Estado lesionado y los del Estado responsable. Surgen, sin embargo, ciertas dificultades en relación con la solución del conflicto. Es cierto que, en virtud del apartado a, la aceptación sin condiciones por el Estado lesionado de la reparación ofrecida por el Estado responsable se podría considerar como un tipo de renuncia. Sin embargo, en la mayoría de las circunstancias, la acción unilateral de un Estado no basta: el caso se ha de resolver mediante la acción de ambos Estados con objeto de obtener una solución que vaya en beneficio de ambos. En términos generales, la reparación no se puede, pues, considerar un tipo de renuncia y se la ha de tratar separadamente.

6. En ausencia de una solución específica cuando hay una pluralidad de Estados lesionados (art. 46 quinquies) y una pluralidad de Estados responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito (art. 46 sexies), es aconsejable seguir el principio general propuesto de que cada Estado es responsable de su propio comportamiento en relación con sus propias obligaciones internacionales y que cada Estado lesionado tiene derecho a reclamar reparación de todo Estado responsable por las pérdidas debidas y atribuibles a un hecho de dicho Estado, con la salvedad prevista en el párrafo 2 del artículo 46 sexies. Como se señala en el informe, los casos en los que hubo varios Estados lesionados o responsables en relación con uno y el mismo hecho ilícito no parecen haber causado en la práctica dificultades que requirieran una regulación específica en el proyecto más allá de la ya existente en el artículo 46 quinquies.

7. El Sr. TOMKA felicita al Relator Especial por su propuesta de redactar la nueva segunda parte bis, que constituye una importante mejora en comparación con el texto aprobado en primera lectura, sobre todo en relación con las contramedidas.

8. La primera cuestión que exige atención es el llamado «derecho» del Estado lesionado a elegir la forma de

reparación. Aunque en el artículo 46 ter no se habla expresamente de tal derecho, éste parece hallarse implícito en el apartado b del párrafo 1. En el curso de las deliberaciones, el Relator Especial parece haber confirmado esa interpretación. En el párrafo 232 del informe, el Relator Especial dice con mucha más claridad que es aconsejable establecer estrictamente el derecho a elegir. En el párrafo 233 sugiere que basta con referirse a la elección «válida» de una u otra de las formas de reparación y dejar que las condiciones de validez sean determinadas por el derecho internacional general. El orador se pregunta si el derecho de elección se ha de entender como un derecho subjetivo del Estado lesionado, que corresponde a la obligación del Estado responsable de proporcionar la forma de reparación que haya sido «válidamente» elegida por el Estado lesionado. Aparentemente la respuesta es afirmativa, según la declaración contenida en el párrafo 233 de que con arreglo al proyecto de artículos, tal elección debería surtir efecto pero ¿está esta conclusión en armonía con la crítica que hace el Relator Especial en el párrafo 227 del informe, es decir, que la segunda parte adoptada en primera lectura no dejaba ningún elemento de elección o de respuesta a los otros Estados o incluso al propio Estado responsable?

9. Se han citado dos casos en relación con el «derecho» de elección: Usine de Chorzów y Grand-Belt. En el primero, Alemania había preferido la indemnización a la posibilidad de restitución. En el segundo, Finlandia había acabado eligiendo la indemnización, aunque el arreglo se efectuó antes de que se hubiese realmente cometido el hecho internacionalmente ilícito, puesto que en 1992 no se había construido todavía el puente y no se vulneraba el derecho de libre paso de las torres y los buques utilizados en la perforación de pozos de petróleo. La situación era análoga a la que se planteó en el caso Projet Gabčíkovo-Nagymaros, en el que una de las partes había iniciado una construcción en su territorio en 1991 que no tenía en aquel momento ninguna repercusión sobre el otro Estado, aunque la posibilidad de modificar las obras o llegar a un acuerdo al respecto existía ya. En el caso Grand-Belt era posible todavía modificar el proyecto de construcción del puente o llegar a un acuerdo al respecto. Como en aquel momento no se había cometido ningún hecho internacionalmente ilícito, no se habría planteado la cuestión de la responsabilidad de Dinamarca ni habría nacido la obligación de restituir o indemnizar en el sentido de los artículos 43 y 44. Finlandia, a cambio del pago de una cantidad a sus astilleros, había aceptado que continuase la construcción del puente, que se inauguró por último en 2000.

10. En la práctica, lo más frecuente es que se elija entre la restitución y la indemnización. En el párrafo 143 de su informe, el Relator Especial llega a la atinada conclusión de que se debe conservar el principio de la prioridad de la restitución. En el artículo 44 se expresa esa prioridad cuando se dispone que un Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de indemnizar de las resultas de ese hecho «en la medida en que no las repare mediante la restitución». Por lo tanto, no se puede interpretar el artículo 46 ter como una confirmación del derecho subjetivo de un Estado lesionado a elegir la forma de reparación. Esa elección sería facultativa para el Estado lesionado. Si éste solicita la restitución y la restitución no es materialmente imposible o no supondría una carga totalmente desproporcionada en

relación con el beneficio que se obtendría con la restitución en vez de la indemnización, el Estado responsable tiene obligación de restituir. Si el Estado lesionado solicita la indemnización en vez de la restitución, aunque ésta no sea materialmente imposible ni entrañe una carga desproporcionada, hay dos posibilidades fundamentales: o el Estado responsable acepta indemnizar en vez de restituir y, gracias a este acuerdo, queda descartada ad casum la prioridad de la restitución, o el Estado responsable no acepta pagar la indemnización y se declara dispuesto a proceder a la restitución. En tal caso, el Estado lesionado no debería tener derecho a rehusar la restitución e insistir en la indemnización y sin embargo, si se entiende que el artículo 46 ter confiere al Estado lesionado el derecho a elegir la forma de reparación, el resultado sería ese. Como el así llamado «derecho» de elección no se especifica expresamente en esta disposición, el orador dirige más bien su crítica contra los párrafos correspondientes del informe, que servirían aparentemente de base para la preparación del comentario al artículo 46 ter.

11. En el apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter, el orador preferiría «qué forma de reparación desea» en vez de «qué forma debería asumir la reparación». Abriga dudas sobre la conclusión del párrafo 247, es decir, que la norma de non ultra petita es el complemento procesal del principio más fundamental según el cual el Estado lesionado tiene derecho a elegir entre los medios de subsanar el daño de que dispone en el contexto de la reparación. A su juicio, el principio de non ultra petita es un principio del derecho procesal o un principio general del derecho que no sólo se aplica a la responsabilidad del Estado sino en un contexto mucho más amplio —por ejemplo en asuntos relativos a la delimitación marítima o territorial—. Como la Comisión no se ocupa de la codificación del derecho procesal, no hay necesidad de que enuncie ese principio.

12. Las palabras la «nacionalidad de las reclamaciones» que figuran en el apartado a del párrafo 2 del artículo 46 ter son imprecisas, aunque a veces se utilice esta expresión en la doctrina y en la práctica del Reino Unido y de otros Estados. El término «nacionalidad» describe una relación especial entre una persona y un Estado y no entre una pretensión y un Estado. Lo que realmente significa es la nacionalidad de la persona en cuyo nombre un Estado presenta una reclamación. En su futura labor, la Comisión debe tratar de hallar una frase más feliz que «la nacionalidad de las reclamaciones». La norma sobre el agotamiento de los recursos internos corresponde también al tema diferente de la protección diplomática. Nada permite aplicar las dos normas a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito que haya lesionado a otro Estado directamente y no a través de sus nacionales. Por lo tanto, el párrafo 2 es innecesario. Más valdría dejar pendientes estas cuestiones hasta que la Comisión examine más adelante el tema de la protección diplomática y quizá baste con incluir en la cuarta parte una cláusula de salvedad en relación con las normas aplicables a la protección diplomática.

13. En lo que respecta al artículo 46 quater, el orador está de acuerdo en que, cuando un Estado renuncia a una reclamación, no podrá luego hacer valer la responsabilidad, pero es dudoso que la aceptación sin condiciones de una oferta de reparación se pueda incluir en la categoría

de renuncia. O el Estado propone una forma de reparación que se acepta, en cuyo caso hay acuerdo y no renuncia o, si la reparación se efectúa de una forma u otra, la invocación de la responsabilidad no se justifica puesto que se ha cumplido la obligación de reparar.

14. En el apartado a del párrafo 2 del artículo 46 sexies sería preferible la palabra «reparación» a «indemnización». El orador se pregunta también si la expresión «admisibilidad de los procedimientos» en el inciso i) del apartado b del párrafo 2 es correcta y si no convendría reemplazarla por «admisibilidad de la reclamación» o «admisibilidad de la solicitud».

15. El Sr. KABATSI no tiene ninguna razón para estar en desacuerdo con la recomendación, generalmente secundada por los miembros, de que los proyectos de artículo 46 ter, quater, quinquies y sexies se transmitan al Comité de Redacción. Su existencia obedece al razonamiento bien documentado que se describe en la segunda adición al tercer informe. El Relator Especial merece los elogios que ya se le han hecho por su notable labor, elogios a los que el orador desea sumarse.

16. En principio, las disposiciones del artículo 46 ter, que sin duda alguna el Comité de Redacción depurará aún más, son aceptables. El párrafo 1 versa sobre la manera en que se debe notificar la reclamación. El Relator Especial ha señalado que la notificación se debería efectuar por escrito, que es la manera normal de comunicación entre Estados, pero reconoce que es preciso tener cuidado de no formalizar excesivamente el procedimiento. La actitud de los tribunales indica que la transmisión de la notificación no exige formalidades. Por otra parte, el Relator Especial destaca la importancia de una notificación efectiva al Estado responsable si se desea tener éxito en la reclamación. Con objeto de mantener la flexibilidad requerida, la palabra «notificar» que figura en el párrafo 1 no se debe modificar con palabras como «oficialmente» o «por escrito» como han sugerido algunos miembros. El orador preferiría el texto propuesto por el Relator Especial. Además, los límites a la invocación de la responsabilidad están suficientemente claros en el párrafo 2 y no hace falta agregar ningún otro detalle. En todo caso, el examen ulterior de este asunto se habrá de efectuar como parte de otro tema, la protección diplomática.

17. En general, el orador puede aceptar el artículo 46 quater, aunque no ve la necesidad del apartado b, relativo a la demora. Se podría suprimir este apartado y mencionar la demora en el apartado a, al igual que la extinción o la suspensión de la obligación violada.

18. El Sr. GOCO elogia el capítulo III, que no sólo es completo y convincente, sino que también pone de relieve normas y principios jurídicos contemporáneos. El trabajo del Relator Especial es indudablemente lo que la Sexta Comisión había previsto cuando, después de la primera lectura del proyecto de artículos, aprobó el método para su actualización y simplificación.

19. El capítulo I de la segunda parte bis, titulado «Formas de hacer valer la responsabilidad de un Estado», combina derechos esenciales y normas de procedimiento. Los primeros están constituidos por el derecho del Estado

lesionado a hacer valer la responsabilidad de otro Estado, mientras que las normas de procedimiento guardan relación con la manera de hacer valer esa responsabilidad. El derecho del Estado lesionado a elegir la forma de reparación es incuestionable, aunque nada impide que los Estados partes, lesionados y responsables, lleguen a un acuerdo sobre una indemnización. Después de la segunda guerra mundial se concertaron con frecuencia acuerdos de esta clase. El Relator Especial ha obtenido el equilibrio adecuado, por lo que el orador no tiene nada que oponer a la formulación del párrafo 1 del artículo 46 ter.

20. Las normas de admisibilidad contenidas en el párrafo 2 del artículo 46 ter pueden, en cambio, suscitar toda una serie de cuestiones. Podría bastar con unas disposiciones sencillas sobre la nacionalidad de las reclamaciones. La premisa en que se funda la nacionalidad de las reclamaciones es la existencia del interés jurídico de un Estado cuando sus nacionales y las entidades que tienen una conexión suficiente con él sufren un perjuicio como consecuencia de los actos de otro Estado. Además, hay muchos factores que condicionan esta noción, por ejemplo la continuidad de la nacionalidad, el cambio de nacionalidad, el acuerdo internacional o la legislación interna. Todo ello tiende a indicar que, como se dice en el párrafo 242, este asunto entra más bien en el tema de la protección diplomática. El argumento que se presenta en el párrafo 241, es decir que conviene insertar una cláusula de salvedad en lugar del artículo 22 respecto al requisito del agotamiento de los recursos internos, ha persuadido también al orador puesto que, después de todo, algunas leyes nacionales son intrínsecamente defectuosas o su aplicación puede ser laxista o arbitraria. En este contexto, el orador espera que se examine todavía la cláusula Calvo<sup>3</sup>, en virtud de la cual un extranjero renuncia al derecho a apelar al Estado de que es nacional en los contratos que concluye en otro Estado.

21. El principio de non ultra petita es razonable cuando se lo aplica en los litigios internacionales, pero no es una novedad: los tribunales nacionales lo siguen invariablemente. Aunque las pruebas tiendan a apoyar la existencia de una pretensión más amplia, el tribunal se ve generalmente obligado a conceder exclusivamente lo solicitado. El orador está pues de acuerdo con la conclusión a que llega el Relator Especial en el párrafo 247, a saber, que no es necesario expresar este principio con más detalle, porque podría limitar la flexibilidad de que disponen los tribunales internacionales para decidir la combinación adecuada de medios para subsanar el daño. De igual manera, la norma que prohíbe el doble resarcimiento se podría ciertamente englobar en el principio general de la reparación íntegra y equitativa aunque, según se indica en el párrafo 248, existe la posibilidad de que diferentes personas tengan derecho a formular la misma reclamación en diferentes foros. Ello plantea la cuestión de la identidad de las partes de las reclamaciones o de la reparación, que puede conducir a que se desestime la reclamación. También existe el peligro de que las partes vayan a la «caza de foros», que consiste en presentar reclamaciones en foros diferentes, pero ello es fundamentalmente una cuestión de procedimiento que los tribunales o un responsable que esté atento deberán tomar en consideración.

22. En el artículo 46 quater, la utilización de la palabra «válidamente» para describir la renuncia excluye todo consentimiento viciado. Puede existir ambigüedad cuando se trata de una relación entre personas, pero no quizá entre Estados partes cuyas decisiones se formulan a través de funcionarios facultados para ello. El orador sugiere sin embargo que, en la versión inglesa, la palabra renounce podría ser una útil mejora en relación con waiver, pese a la convincente explicación del Relator Especial sobre la elección de este último término. Renounce entraña la declaración oficial de que no se hará valer un derecho. En este contexto quizá fuese adecuado mencionar los plazos de prescripción, tal vez en el apartado b, para los casos en que no se comunica la reclamación al Estado responsable en un lapso de tiempo razonable. Otra posibilidad es el estoppel.

23. Según se dice en el párrafo 259, en la práctica de los tribunales internacionales no existen límites claramente definidos para medir el tiempo que ha de transcurrir. Es difícil medir la esperanza razonable de que no se pueda ejercer una pretensión. A veces las circunstancias impiden al Estado presentar a tiempo su reclamación. Este es el problema que se planteó a Filipinas cuando el Sultán de Sulu gozaba del derecho real sobre Sabah, Borneo, que luego cedió al Gobierno de Filipinas, aun cuando formaba parte de una mancomunidad. Sólo después de haber obtenido la independencia en 1946 reclamó el Gobierno ese territorio y para entonces una empresa británica y más tarde Malasia habían consolidado ya su ocupación. Durante las negociaciones diplomáticas entre Filipinas y Malasia se ventiló la cuestión de la demora, pero Malasia rehusó el recurso a la CIJ.

24. El orador no tiene nada contra los acuerdos, pero para decidir llegar a un acuerdo es precisa la participación de ambas partes y la acción unilateral no basta. Es adecuado hacer referencia a la Convención de Viena de 1969, con la salvedad de que en esa Convención la terminación de un tratado no tiene ninguna consecuencia perjudicial o favorable en el derecho o la obligación de reparar. El comentario de los artículos 46 quinquies y sexies es muy completo, en particular el párrafo 282, en el que se los resume. El orador entiende que en este resumen se hace constar la responsabilidad de cada Estado por su comportamiento y el derecho de cada Estado lesionado; éste no puede obtener una indemnización superior a su pérdida y, cuando haya más de un Estado responsable, puede surgir la cuestión de la contribución respectiva. Estas situaciones se han producido frecuentemente. La OUA ha identificado a varios Estados y entidades responsables del genocidio de 1994 en Rwanda. Lo mismo puede suceder en el caso de pactos de defensa mutua, cuando el ataque contra un Estado constituye un ataque contra los demás y cualquier Estado que sea parte en el pacto puede ser responsable de la defensa mutua. Los Estados que forman la OTAN podrían ser responsables separadamente y los casos Licité de l'emploi de la force, presentados ante la CIJ en relación con el bombardeo de Belgrado, podrían haber desencadenado la cuestión de la pluralidad. En este contexto, la peculiaridad de las obligaciones conjuntas y solidarias reside en la existencia de varias partes; el querellante puede solicitar reparación a una cualquiera de las partes y éstas a su vez tienen derecho a recurrir para obtener la contribución de las demás.

<sup>3</sup> Véase 2625.<sup>a</sup> sesión, nota 2.

El principio está perfectamente expuesto en el artículo 46 sexies y en el párrafo 282 del informe.

25. Rosalyn Higgins, juez de la CIJ, ha escrito que parece no haber tema en el que no surja la cuestión de la responsabilidad del Estado<sup>4</sup>. Sin embargo, a juicio del orador, la tendencia a convertir la responsabilidad del Estado en «derecho general» ha creado a la Comisión considerables problemas que dificultan la terminación de sus trabajos sobre este asunto. La amplia cobertura de la responsabilidad del Estado se desprende de la variedad de artículos debatidos y analizados y demuestra claramente que el derecho internacional no sólo no está alejado de la realidad, sino que es pertinente, de actualidad y vibrante. El tema de la repatriación es un excelente ejemplo. Se debe dar traslado del proyecto de artículos al Comité de Redacción.

26. El Sr. KUSUMA-ATMADJA felicita al Relator Especial por su tercer informe. Tras los esclarecedores comentarios de otros miembros y en particular del Sr. Goco, no queda gran cosa que el orador pueda añadir al debate.

27. El Sr. AL-BAHARNA estima que el Relator Especial ha tenido razón en insertar el artículo 40 bis en el capítulo I de la segunda parte bis, puesto que contiene la definición de «Estado lesionado», pero se pregunta si es acertado numerar los nuevos artículos 46 ter a 46 sexies, numeración que puede crear confusiones e incluso equívocos. El resultado es que se acumulan demasiadas cosas en el artículo 46, que de todos modos habría sido necesario dividir en varios artículos. Seguramente se podía haber hallado un método de numeración más sencillo.

28. El orador llama en particular la atención sobre los párrafos 227 y 228 del informe, en los que se puede observar la distinción entre las consecuencias secundarias de un hecho internacionalmente ilícito y la manera en que se puede hacer frente a esas consecuencias. En el párrafo 232, el Relator Especial analiza la elección entre las distintas formas de reparación, que pueden comprender la indemnización, la restitución o la cesación. Esta manera de enfocar los problemas que planteaba el texto de la segunda parte adoptado en primera lectura aporta ciertas mejoras necesarias, puesto que refleja el elemento de elección o reacción por parte de los Estados lesionado y responsable.

29. La redacción del proyecto de artículos se podía sin embargo haber precisado más en algunos casos. En el texto inglés, la palabra *seeks* que figura en el párrafo 1 del artículo 46 ter resta fuerza a la disposición. Además, la palabra «notificar» se debería sustituir por las palabras «notificar por escrito» y la utilización en la versión inglesa de *shall* y *should* requiere coordinación. Por último, convendría sustituir la frase «con arreglo a los presentes artículos» por «con arreglo a la presente parte». Así, el texto del párrafo sería:

«1. El Estado lesionado que haga valer la responsabilidad de otro Estado deberá notificar por escrito su reclamación a dicho Estado y deberá indicar:

»a) Qué comportamiento del Estado responsable resulta necesario para asegurar la cesación del hecho ilícito continuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 bis;

»b) Qué forma debería asumir la reparación.»

30. Esta versión tiene varias ventajas. En primer lugar, la omisión de las palabras «se proponga» reforzaría el texto. En segundo lugar, la adición de «por escrito» después de «notificar» corresponde a los artículos 23 y 67 de la Convención de Viena de 1969, en los que se habla de notificación por escrito. El orador está también de acuerdo con la opinión personal del Relator Especial recogida en el párrafo 238 del informe y en la nota a pie de página de ese párrafo. La palabra «notificación» es preferible a «notificar» porque la formulación es menos formal y correspondería pues al fallo de la CIJ en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, mencionado en el párrafo 237. Se debe introducir una flexibilidad mayor en el proyecto de artículos para no dar al Estado responsable una excusa que le permita no cumplir sus obligaciones so pretexto de que no ha recibido notificación oficial. La notificación escrita puede adoptar cualquier forma. La sustitución en la versión inglesa de *shall* por *should* se puede justificar también por las razones subyacentes al fallo de la Corte en ese asunto, puesto que *should* dejaría un margen para la flexibilidad requerida en la forma de comunicación dirigida por el Estado lesionado al Estado responsable. El propio Relator Especial dice en el párrafo 238 que debe existir por lo menos algún requisito mínimo de notificación de un Estado a otro de la reclamación por responsabilidad.

31. La necesidad de una comunicación o notificación por escrito viene confirmada por la analogía con la Convención de Viena de 1969 y también por el Relator Especial cuando dice, en el párrafo 238 de su informe, que parece adecuado exigir que la notificación de la reclamación se haga por escrito. Dicho esto, nada excusa que el Relator Especial no haya recogido explícitamente este requisito en el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo.

32. Las palabras «a su juicio» que figuran en el apartado a del párrafo 1 se deben suprimir porque no tienen cabida en el lenguaje que se utiliza para redactar textos jurídicos. En cuanto al apartado b, conviene señalar, ante todo, que la restitución debe recibir prioridad sobre toda otra forma de reparación y, en segundo lugar, que el derecho del Estado lesionado a elegir la forma de reparación no es absoluto, sino que está sujeto a ciertas limitaciones. El Relator Especial examina esas limitaciones en el párrafo 134, donde dice que el Estado lesionado puede no tener la opción de renunciar a la restitución si la ejecución continua de la obligación violada incumbe al Estado responsable y si aquél no tiene poder suficiente (o no lo tiene por sí mismo) para eximirlo de ese deber de ejecución. Es necesario, por lo tanto, recoger estas opiniones en el apartado b del párrafo 1.

33. Además, el texto del apartado b del párrafo 1 se debe condicionar para reflejar el hecho de que, en la práctica, la forma de reparación que proporcionará el Estado responsable es generalmente objeto de negociación por vía diplomática entre los Estados lesionado y responsa-

<sup>4</sup> R. Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use It*, Nueva York, Oxford University Press, 1994.

ble. Por lo tanto, los Estados interesados pueden resolver la reclamación por medio del acuerdo al que hayan llegado en negociaciones bilaterales. En ese acuerdo se puede decidir a favor de la indemnización y no de la restitución. Además, después de las negociaciones bilaterales, el Estado lesionado puede estar de acuerdo en renunciar enteramente a su reclamación o aceptar la satisfacción como forma de reparación. El Estado lesionado no elige pues sólo la forma de reparación. Todas estas posibilidades pueden permitir la solución satisfactoria de la reclamación sobre la base del comportamiento conjunto de los Estados responsable y lesionado que, de consuno, pueden elegir cualquier forma de reparación o dar preferencia a una forma precisa de reparación en relación con otra. Por tanto, estas posibilidades se deben recoger en el apartado b del párrafo 1.

34. Es conveniente redactar de nuevo el párrafo 2 del artículo 46 ter para incluir un artículo nuevo y separado titulado «Condiciones para hacer valer la responsabilidad». El nuevo artículo se debe formular en términos positivos y no negativos y su texto debería ser:

#### «Artículo X

»La reclamación para hacer valer la responsabilidad de un Estado lesionado en virtud del artículo 46 ter deberá ser conforme con:

»a) Toda norma aplicable en relación con la nacionalidad de las reclamaciones;

»b) Toda norma sobre el agotamiento de los recursos internos, cuando se trate de una reclamación a la que se aplique efectivamente una norma de esta clase.»

35. La ventaja de que la disposición figure en un artículo aparte es presentarla como un artículo puramente procedimental, que sólo se necesita en el contexto del artículo 46 ter y que tiene por objeto completarlo, porque estaría incompleto si no se hiciese referencia a la nacionalidad de las reclamaciones ni al agotamiento de los recursos internos. Al mismo tiempo, el orador ha evitado hacer referencia a la segunda parte del apartado b del párrafo 2 para no prescindir de las cuestiones de fondo relacionadas con la norma del agotamiento de los recursos internos que pertenecen realmente a otro tema, el de la protección diplomática.

36. Además, toda simplificación de ese principio o norma en el contexto de la segunda parte bis del proyecto parecería corresponder al objetivo mencionado en el párrafo 241 del informe, según el cual la cláusula de salvedad debería formularse en términos muy generales; debería contemplar todos los casos a los que se aplica la norma de agotamiento de los recursos internos. Por supuesto, habría que mencionar en el comentario los casos excepcionales en los que podría no aplicarse la norma de agotamiento de los recursos internos en el contexto de las reclamaciones por responsabilidad. En el párrafo 241 del informe se citan ejemplos de violaciones de los derechos humanos a los que esa norma no se debe aplicar. Huelga decir que no serían ya necesarias las detalladas disposiciones de fondo del artículo 22 relativo al

agotamiento de los recursos internos que figuran en la primera parte y que se debería, por lo tanto, suprimir. En todo caso, el Relator Especial que se ocupa del tema de la protección diplomática, el Sr. Dugard, puede tener la seguridad de que, al adoptar un artículo de procedimiento inocuo para completar el artículo 46 ter, el Relator Especial sobre la responsabilidad del Estado no estaría adentrándose en su territorio.

37. En términos generales, el orador no tiene nada que oponer al artículo 46 quater, pero los apartados a y b se deberían convertir en los párrafos 1 y 2. En el apartado a, las palabras «renunciado válidamente» deberían recoger todos los casos o modos de renuncia a que se refiere el Relator Especial en los párrafos 253 a 256 del informe, cuando acertadamente describe la denuncia como una manifestación del principio general del consentimiento. También es interesante observar en el párrafo 256 que la renuncia se puede excepcionalmente deducir del comportamiento del Estado en cuestión, aunque el argumento de Australia en este sentido en el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru* fue rechazado por la CIJ.

38. El otro problema que plantea el apartado a es la expresión «sea en otra forma inequívoca». Es ambigua y conviene redactarla de nuevo para poner más en claro su significado. Las demás circunstancias que pueden conducir a la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad, como la demora, el arreglo y la terminación o suspensión de la obligación violada, se deben mencionar específicamente en ese párrafo o por lo menos en el comentario correspondiente.

39. En el apartado b, la palabra «noticia» se debe reemplazar por «conocimiento». El miembro de frase «un plazo razonable» tiene una útil finalidad porque deja que el tribunal decida, basándose en el fondo de cada reclamación, si la demora en la notificación justifica la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad. Es dudoso que la llamada en el tercer informe «prescripción extintiva» opere, en sentido estricto, en esta clase de reclamaciones. La CIJ se inclina a adoptar una posición flexible, caso por caso, en lo que respecta a la cuestión del plazo para la presentación de las reclamaciones.

40. El primer enunciado en el artículo 46 quinquies refleja la práctica prevalente que consiste en permitir que cada Estado lesionado presente una reclamación separada. Para destacar ese principio quizá fuese aconsejable sustituir el miembro de frase «por su propia cuenta» por otro que diga «por derecho propio». El artículo debe reflejar también los diversos problemas que surgen cuando existe desacuerdo entre los Estados lesionados en cuanto a la forma de reparación reclamada.

41. El párrafo 1 del artículo 46 sexies plantea un problema, puesto que las palabras «deberá determinarse» parecen inadecuadas, como ha señalado ya el Sr. Economides. El párrafo 1 se debe redactar de nuevo de la siguiente manera: «Cuando dos o más Estados sean responsables de un mismo hecho internacionalmente ilícito, se podrá hacer valer la responsabilidad de cada Estado en relación con el hecho internacionalmente ilícito cometido por él». Así, se armonizaría la terminología con la utilizada en el artículo 46 quinquies y con el título del capítulo I de la segunda parte bis. La preferencia del orador

por el verbo «podrá» y la omisión de las palabras «de conformidad con el presente proyecto de artículos» obedecen también a un deseo de coherencia.

42. El párrafo 2 del artículo 46 sexies ha suscitado las críticas de otros miembros. En efecto, este párrafo parece estar fuera de lugar en el artículo porque, en primer lugar, no guarda relación con el párrafo 1 y, en segundo lugar, lo adecuado sería hablar de reparación y no de indemnización. Además se debe aplicar a los Estados solamente y omitir la referencia a las personas o entidades. Sin embargo, el orador no puede estar de acuerdo con el Sr. Pellet en que la analogía con el derecho interno sea peligrosa o irrelevante en el contexto del párrafo 2 del artículo. En los fallos de la CIJ se recurre en diversos casos a esta analogía pero, si el Relator Especial se propone codificar los principios mencionados en los párrafos 243 a 249 de su informe, relativos a los límites de la posibilidad de obtener reparación y los problemas que ello genera, el párrafo 2 del artículo 46 sexies, con su referencia a la indemnización solamente, no parece recoger exhaustivamente esos principios. En resumen, conviene redactar de nuevo el párrafo 2 y colocarlo en otro lugar del proyecto de artículos, quizás en el capítulo II, relativo a las formas de la reparación, en la sección correspondiente a la indemnización.

43. El Sr. KAMTO se refiere ante todo al apartado b del párrafo 1 del artículo 46 ter y dice que en el párrafo 232 de su tercer informe el Relator Especial afirma que un Estado lesionado tiene derecho a elegir entre las formas de reparación disponibles. Como la forma que la reparación adoptará es un asunto que se negocia entre los Estados o, en su defecto, que decide un tercero imparcial, el orador estima que la elección no es tanto un derecho como una pretensión —interpretación que el apartado b del párrafo parece confirmar puesto que se utiliza la palabra «debería».

44. La segunda observación del orador está relacionada con la noción de prescripción adquisitiva. En el apartado b del artículo 46 quater, la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad está condicionada a que el Estado lesionado haya hecho una notificación al Estado responsable en un plazo razonable a partir del momento en que ha tenido noticia del perjuicio. Quizá sea necesario moderar esta condición, aunque refleje fielmente la jurisprudencia actual, teniendo en cuenta la realidad de las relaciones entre Estados, porque el concepto de la prescripción adquisitiva se ha de examinar también en el contexto de los Estados que han pasado por un proceso de descolonización. En muchos casos, las pruebas que habrían permitido a esos Estados hacer valer la responsabilidad de otro Estado no estaban a su disposición en el momento de la independencia. Un ejemplo es el de los acontecimientos que tuvieron lugar en 1960 en el antiguo Congo belga recién independizado. Además a veces sucede que la guerra civil o desórdenes internos prolongados impiden a los nuevos Estados independientes hacer valer la responsabilidad de otros Estados. Somalia es un ejemplo y Sierra Leona un candidato probable. Por consiguiente, en el apartado b del artículo 46 quater, o por lo menos en el comentario, se debería insertar una frase en la que se diga que el Estado lesionado tiene que «estar en condiciones de establecer la responsabilidad del Estado responsable».

45. El Sr. GALICKI entiende perfectamente los temores del Sr. Kamto en cuanto a la difícil situación de los Estados que nacen de la descolonización pero, a su juicio, la expresión «dentro de un plazo razonable a contar desde el momento en que el Estado lesionado haya tenido noticia de la lesión» se puede interpretar de un modo tal que se disipen esos temores. La cuestión se podría explicar en el comentario.

46. Refiriéndose a otro asunto, el orador observa que el artículo 46 quater debería lógicamente versar primero sobre las reclamaciones y luego sobre la renuncia a ellas. Por lo tanto, habría que invertir el orden de los apartados a y b.

47. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) resume el debate y dice que, al parecer, hay acuerdo universal en que se deben transmitir los proyectos de artículos examinados al Comité de Redacción. Muchos de los comentarios se refieren a puntos o suscitan cuestiones que se podrían resolver en el momento de la redacción. Sin embargo, hay algunos puntos de fondo que es preciso abordar. El orador ha tomado cuidadosamente nota de todos esos puntos y desea pedir excusas de antemano si hay algún miembro al que no pueda responder individualmente en el brevísimo tiempo de que ahora se dispone.

48. Había habido acuerdo general en que el proyecto de artículos debe incluir un capítulo sobre la invocación de la responsabilidad, separado de los capítulos que versan sobre las consecuencias inmediatas de un hecho internacionalmente ilícito. En el capítulo III del informe está naturalmente implícito, si no explícito, que el derecho del Estado lesionado y de otros Estados a hacer valer la responsabilidad hallará un lugar en la segunda parte bis. A este respecto, el orador señala que la numeración relativamente extraña de los proyectos de artículos 46 ter a 46 sexies se explica por la necesidad de ubicarlos entre los artículos 46 y 47. Cabe esperar que, cuando termine su trabajo sobre el tema en el actual período de sesiones, el Comité de Redacción renumere todos los artículos, desde el artículo 1 hasta el final, y evite así el recurso al latín.

49. La primera cuestión de fondo en relación con el artículo 46 ter está relacionada con la palabra «noticias», término que el Sr. Al-Baharna considera más formal que «notificación», pero que el orador pretendía menos formal. Ha habido divergencias de opinión sobre cuán formal debe ser la notificación y si se la debe presentar por escrito, divergencias reflejadas en el informe, en el que se dice que la notificación se debería efectuar por escrito, lo que no se dice en cambio en el artículo. Provisionalmente, el orador prefiere esta última opinión, que al parecer comparten en su mayoría los miembros de la Comisión. Este es un asunto que corresponde examinar al Comité de Redacción.

50. Una cuestión más de fondo es la elección entre las formas de reparación. Lo primero que se ha de decir es que la situación es claramente distinta cuando la reparación, incluida la restitución, se combina con la cuestión del cumplimiento continuo de la obligación. Podría perfectamente suceder que el Estado lesionado no sea el único competente para liberar al Estado responsable del cumplimiento continuo de la obligación. No existe doc-

trina en materia de elección que permita resolver la situación. Así, en lo que respecta a la elección, la Comisión sólo ha de ocuparse del caso en que está en juego la restitución en relación con el pasado y en el que no se plantea en absoluto la cuestión del cumplimiento continuo. La cuestión es si en estas circunstancias el Estado lesionado puede libremente elegir la forma de reparación o si —cuando sea posible la restitución y la indemnización constituiría una carga excesiva— el Estado responsable puede insistir en la restitución en vez de en la indemnización. Evidentemente, si el Estado lesionado ha sufrido ya una pérdida financieramente evaluable, será preciso compensar ésta además de proceder a la restitución. El orador no tiene conocimiento de que esta situación se haya planteado antes y no es fácil resolver este problema en abstracto. De ahí que, en este artículo indudablemente mal redactado, haya preferido utilizar la palabra «válidamente» por lo menos en relación con la renuncia, pero lo mismo se aplica, por lo menos implícitamente, al artículo 46 ter.

51. En un contexto afín, en el que varios Estados lesionados no se ponen de acuerdo en la forma de reparación, se ha citado el ejemplo de dos Estados corribereños, situados ambos aguas abajo, uno de los cuales está dispuesto a aceptar la indemnización en lugar de un flujo de agua adecuado mientras que el otro no lo está. En esta situación, el primer Estado aguas abajo tendrá naturalmente la obligación de garantizar al segundo Estado un abastecimiento adecuado de agua. Por lo tanto, el acuerdo entre dos Estados ribereños aguas arriba podría suponer una violación de los derechos del Estado aguas abajo al cumplimiento continuo de esa obligación y no sólo de sus derechos en relación con hechos anteriores. En todo caso, se ha planteado la cuestión de si los artículos deben entrar en detalles, tanto en el asunto de la validez de la elección como en el problema que se plantea cuando hay varios Estados lesionados y éstos no llegan a un acuerdo. Instintivamente, más que por decisión consciente, el orador no ha entrado en detalles a este respecto debido en parte a la falta de la orientación que en otros casos suele ofrecer la práctica de los Estados y también porque mucho depende de las circunstancias particulares. Del capítulo II de la segunda parte se debe deducir probablemente que, cuando la restitución es posible, cada Estado lesionado tiene derecho a la restitución. Puede suceder que ese derecho prevalezca sobre la elección efectuada por otro Estado lesionado —por lo menos si esa elección tiene como consecuencia la denegación del derecho—. Si es ésta la respuesta, convendría tal vez exponerla claramente en el artículo o quizá fuese preferible abordarla en el comentario. En todo caso, es una cuestión que va más allá de la doctrina y de la práctica actuales, como ha dicho claramente el Sr. Tomka en su ponderado análisis. El Sr. Tomka ha señalado acertadamente que en el caso Grand-Belt no estaba en juego la responsabilidad, porque hasta el momento del acuerdo no había violación sino solamente la posibilidad de una futura violación. El asunto Usine de Chorzów entrañaba naturalmente una reclamación en nombre de un nacional que solicitaba indemnización por unos bienes y en este caso nadie negará que el interesado tenía evidentemente derecho a elegir. Es difícil saber si ese derecho existe en todos los casos, prescindiendo incluso de las cuestiones relacionadas con el cumplimiento futuro.

52. El orador está de acuerdo con la mayoría de los miembros de la Comisión en que el párrafo 2 del artículo 46 ter se debe conservar, pero en un artículo separado. Este párrafo plantea la cuestión más general de la relación entre el proyecto sobre la responsabilidad del Estado y el proyecto sobre la protección diplomática. A juicio del orador, la protección diplomática no es independiente de la responsabilidad del Estado: es un compartimento de esa responsabilidad. El orador está de acuerdo en esencia con el Sr. Al-Baharna y con otros oradores que han alegado que el párrafo 2 no debe ser muy detallado, pero estima que su presencia es necesaria y no le satisfaría una cláusula de salvedad sobre la protección diplomática que simplemente callaría cosas de interés para los Estados. Los gobiernos sentirían una gran preocupación si se omitiese el agotamiento de los recursos internos, especialmente a causa de su presencia en los artículos adoptados en primera lectura. Sería pues preferible un artículo aparte que contenga el fondo del párrafo 2, teniendo en cuenta las diversas cuestiones de redacción suscitadas, pero que no entre en detalles. Ese artículo, que figuraría en la segunda parte bis, estaría redactado de tal modo que no perturbase el debate entre las teorías de fondo y de procedimiento en relación con el agotamiento de los recursos internos. Otra razón, decisiva a juicio del orador, para conservar la norma del agotamiento de los recursos internos es que esta norma es aplicable, no sólo a la protección diplomática, sino también en el contexto de la violación individual de los derechos humanos, que no forma parte del derecho de la protección diplomática pero sí del derecho de la responsabilidad del Estado.

53. En cuanto a la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad, se ha manifestado en definitiva un apoyo general al apartado a del artículo 46 quater, aunque se ha sugerido que la noción de acuerdo se debe tratar separadamente de la noción de renuncia. Quizá sea una solución acertada. En cuanto al apartado b, se ha dicho que existe una distinción entre el caso de un retraso excesivo que equivale a la demora y el caso en que el retraso de un Estado causa un perjuicio efectivo al Estado responsable. El Comité de Redacción debería quizá estudiar la posibilidad de dividir en dos el apartado b, aunque la cuestión queda abierta en vista de las opiniones expresadas.

54. En cuanto a la pluralidad de Estados lesionados y de Estados responsables, la posición relativamente moderada adoptada en los artículos ha recabado el apoyo general. Ciertamente no se ha expresado un fuerte apoyo a una posición más categórica en favor de las doctrinas de la responsabilidad solidaria y conjunta. Se ha dicho que una interpretación de los hechos en el asunto *Détroit de Corfou* es que había dos actos ilícitos diferentes que habían causado el mismo daño. Otra interpretación, naturalmente, es que dos Estados habían cometido en connivencia un solo hecho ilícito. En todo caso, cabe que el Comité de Redacción desee examinar si el artículo 46 sexies se aplicaría en caso de que varios hechos ilícitos causen el mismo daño.

55. En cuanto al apartado a del párrafo 2 del artículo 46 sexies, el orador se opone enérgicamente a que se suprima la referencia a «persona o entidad». Claramente se plantea el caso de que una entidad individual lesionada se resarce incluso en el procedimiento interno, sin hablar de otros procedimientos. Es necesario tener en cuenta el

principio del doble resarcimiento y el orador está de acuerdo con el Sr. Al-Baharna en que el apartado a no agota este principio, aunque en él se habla de un caso especial que, a su juicio y a juicio de la mayoría, debe figurar en el proyecto.

56. En cuanto al apartado b del párrafo 2, el orador está de acuerdo con el Sr. Pellet y con otros oradores en que el inciso i) es una norma de admisibilidad judicial y no debe figurar en el artículo, sino que ha de ser objeto de una cláusula general de salvedad en la cuarta parte. El orador no ha tomado disposiciones en este sentido y al Comité de Redacción incumbe examinar la situación. Hay una distinción útil que es preciso efectuar entre la admisibilidad de una reclamación en el contexto de las relaciones de Estado a Estado y la admisibilidad de un caso ante un tribunal internacional. Es evidente que la cuestión a que se hace referencia en el inciso i) guarda relación con la segunda situación y no con la primera.

57. No se ha manifestado desacuerdo sobre el fondo del inciso ii) del apartado b del párrafo 2, pero se ha preguntado al orador si hay algo que autorice la aplicación del principio *ex turpi causa* entre Estados responsables. No sabe de nada que lo autorice y se ha limitado a exponer una posibilidad. El apartado deja que ese asunto se decida en función del caso y complacería al orador que el Comité de Redacción estudiase la fraseología adecuada.

58. El PRESIDENTE dice que, si nadie se opone, entenderá que la Comisión acuerda dar traslado de los proyectos de artículos al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

59. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar la sección D del capítulo III de su tercer informe.

60. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) explica que la sección D del capítulo III versa sobre una parte del tema general de las contramedidas y es la segunda de una serie de tres. Como los miembros recordarán, en su 51.º período de sesiones la Comisión debatió, en la sección D del capítulo I de su segundo informe<sup>5</sup>, algunas cuestiones generales en relación con las contramedidas y, en particular, la vinculación que los artículos adoptados en primera lectura establecían entre la adopción de contramedidas y la solución de controversias. El resultado de la deliberación se resume en el párrafo 286. La opinión mayoritaria fue que el derecho unilateral del Estado responsable a solicitar la solución de la controversia era indefendible. Esta era ciertamente y sigue siendo la opinión del orador, que también recibió un amplio apoyo en las deliberaciones de la Sexta Comisión. En todo caso, la CDI llegó al acuerdo provisional de redactar primero artículos de fondo sobre las contramedidas, independientemente de las cuestiones relacionadas con la solución de controversias, y examinar estas últimas en el siguiente período de sesiones cuando tuviese ante sí la totalidad del texto. La sección D del capítulo III se funda en esta premisa.

61. La sección D del capítulo III no versa sobre la tercera serie de contramedidas —contramedidas colectivas y contramedidas de Estados individuales en el contexto

de la invocación de la responsabilidad para con la comunidad internacional en su conjunto—, que se abordará en el capítulo IV del informe. La sección D del capítulo III trata solamente de la cuestión más precisa de la adopción de contramedidas por un Estado lesionado, definida provisionalmente en el párrafo 2 del artículo 40 bis, y se centra en una situación relativamente sencilla: el Estado A causa perjuicio al Estado B y el Estado B, no habiendo obtenido reparación, se propone tomar contramedidas contra el Estado A.

62. Los artículos 47 a 50 adoptados en primera lectura se refieren a esta situación y los párrafos 292 a 319 contienen una amplia reseña de estos artículos y de los detalladísimos comentarios formulados por los gobiernos al respecto<sup>6</sup>. Los comentarios se habían formulado con cuidado y se los ha tenido plenamente en cuenta. El orador desea expresar su agradecimiento especial al Gobierno de Francia, varios de cuyos comentarios ha recogido casi al pie de la letra.

63. Los artículos que el orador propone tienen el efecto deseado de los artículos 47 a 50, relativos a las contramedidas, que se habían adoptado en primera lectura, pero están reconfigurados para resolver diversas dificultades, conceptuales y de otra índole. El artículo 47 era anteriormente un texto híbrido en el que se pretendía definir las contramedidas y al mismo tiempo se trataba de limitarlas, lo que creaba problemas. El artículo 48 suscitó el importante problema de la relación entre el procedimiento para solicitar reparación y la adopción de contramedidas, que es la cuestión más controvertible de todo el texto; el orador ha tratado de resolver este problema haciendo una distinción, bastante insatisfactoria desde el punto de vista de la forma y quizá también desde el punto de vista del fondo, entre medidas transitorias y otras medidas. La redacción del artículo 49 estaba anteriormente un tanto deshilvanada y la formulación que ahora se propone es más precisa y se funda en la orientación que da la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. En el artículo 50 se confundían dos asuntos distintos: la cuestión de qué obligaciones se pueden suspender a modo de contramedidas y la cuestión de qué efectos no pueden tener las contramedidas, por ejemplo una violación de los derechos humanos y una violación de los derechos de terceros Estados. La claridad analítica depende de que se efectúe esta distinción.

64. El resultado es que se propone un número mayor de artículos para disipar la inquietud bastante generalizada que suscitan las contramedidas y mantener al mismo tiempo una gran parte del trabajo de fondo que la Comisión había tratado de efectuar en primera lectura.

65. En el nuevo artículo 47 propuesto se definen la finalidad y el contenido de las contramedidas desde el punto de vista instrumental y se habla de las obligaciones cuyo cumplimiento no se puede suspender a modo de contramedidas. El artículo 48 versa sobre las condiciones procedimentales para recurrir a contramedidas, el artículo 49 sobre la proporcionalidad y el artículo 50 sobre las contramedidas prohibidas. El artículo 50 bis es un artículo nuevo que recoge las sugerencias formuladas, en espe-

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

<sup>6</sup> Véase 2615.ª sesión, notas 5 y 6.

cial por el Gobierno de Francia, y que versa sobre la suspensión y la cancelación de las contramedidas.

66. Hay una distinción fundamental entre suspensión del cumplimiento de una obligación y suspensión de una obligación, distinción que no quedó clara en una gran parte del debate en torno a las contramedidas. La Convención de Viena de 1969 trata la suspensión de las obligaciones previstas en un tratado y dice fundamentalmente que, cuando un Estado tiene derecho a denunciar un tratado bilateral, puede también suspenderlo, pero no dice nada en absoluto sobre la manera en que se reanudarán esas obligaciones; en otras palabras, cómo o cuándo terminará la suspensión. La cuestión es que se han fijado umbrales muy elevados a la suspensión. La violación ha de ser material, por ejemplo. El efecto de la suspensión es eximir a las partes de la obligación de cumplir el tratado y congelar la obligación. Es cierto que el Estado que procede a la suspensión no debe hacer nada para impedir que el tratado suspendido pueda entrar de nuevo en vigor más tarde, pero cabe suponer que, si ese Estado podía haber denunciado el tratado, podrá también en una fase ulterior ejercer ese derecho, a menos que haya renunciado a él.

67. El problema reside en determinar qué se considera contramedidas. Para evitar en parte la confusión con la suspensión de los tratados, la palabra «suspensión» no figuraba en el proyecto de artículos adoptado en primera lectura. En cambio, en el artículo 47 se decía sencillamente que un Estado adopta contramedidas cuando no cumple con sus obligaciones, pero ello parecía plantear un problema muy grave, ya que la fórmula «no cumple sus obligaciones» abarca toda clase de cosas, incluidas algunas que pueden en la práctica ser irreparables y permanentes.

68. La CIJ dijo en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagy-  
maros* que las contramedidas deben ser reversibles, pero en el proyecto de artículos adoptado en primera lectura no había nada que recogiese ese importante elemento de la noción de contramedidas. Por definición, las contramedidas se toman para incitar, inducir o quizá coaccionar al Estado responsable para que cumpla con sus obligaciones de cesación y reparación. Son proporcionales a la violación y se sobreentiende que, cuando el Estado responsable cumple con sus obligaciones, hay que poner fin a las contramedidas. También se sobreentiende que no se deben adoptar contramedidas que entrañen el continuo incumplimiento por el Estado lesionado de sus obligaciones, incluso después de que el motivo de las contramedidas haya desaparecido. La Corte tenía precisamente esta intención cuando identificó un elemento muy importante de la noción de contramedidas. Reversibilidad significa en realidad que debe ser posible volver a una situación de legalidad en ambos lados. Hay ciertas medidas que se pueden adoptar a modo de incumplimiento de obligaciones internacionales de la manera descrita en el artículo 47 que serían incompatibles con la reversibilidad. Por otra parte, decir que las contramedidas deben ser reversibles presenta ciertas dificultades porque, después de todo, las contramedidas se toman y producen efectos mientras duran.

69. A veces, las consecuencias de las contramedidas son irreversibles, hecho difícil de formular. El orador ha

preferido pues volver al término «suspensión» del cumplimiento de obligaciones, que ya había utilizado el anterior Relator Especial Riphagen<sup>7</sup>. Cabe que este término se deba utilizar también en el artículo 47 bis. El derecho del Estado responsable a que se cumplan las obligaciones para con él si él cumple sus obligaciones de cesación y reparación es uno de los derechos que se han de tener en cuenta para determinar la proporcionalidad de las contramedidas. Al Comité de Redacción corresponde examinar la manera de expresarlo, pero un elemento importante que faltaba en el proyecto de artículos adoptado en primera lectura es la cuestión del restablecimiento de una situación de legalidad si las contramedidas han tenido los efectos apetecidos. El orador se propuso abordar este asunto recurriendo a la noción de suspensión del cumplimiento de una obligación y no a la suspensión de la obligación propiamente dicha. La obligación sigue existiendo: no está en suspenso. La obligación existe como algo por referencia con lo cual se pueden evaluar las contramedidas.

70. Hay otra cuestión que es preciso examinar en relación con el artículo 47. Las contramedidas que cabría tomar no son contramedidas recíprocas, en el sentido en que utilizaba este concepto el Relator Especial Riphagen. Las contramedidas recíprocas se toman en relación con la misma obligación o con otra obligación conexas. La cuestión es si conviene introducir la noción de contramedidas recíprocas, ya sea exclusivamente, ya sea por lo menos parcialmente como base para establecer una distinción en el sector de las contramedidas. En primera lectura, la Comisión rechazó esa distinción, porque limitar las contramedidas a la adopción de contramedidas recíprocas crearía una situación en la que, cuanto más odioso sea el comportamiento del Estado responsable, menos probable será que se disponga de contramedidas porque será más probable que ese comportamiento infrinja, por ejemplo, derechos humanos. En el contexto de la violación de los derechos humanos o de violaciones atroces, es perfectamente evidente que las consideraciones de humanidad abogan contra la adopción de contramedidas.

71. El tipo de acción que constituye característicamente una contramedida es la congelación del activo comercial, la suspensión de autorizaciones o licencias o la suspensión de actividades comerciales. Estos tipos de actos son reversibles con relativa facilidad. El proyecto de artículos debe fomentar la adopción, a modo de contramedidas, de un comportamiento reversible y por esta razón, así como por la imposibilidad práctica de aplicar contramedidas recíprocas en muchos casos, la Comisión decidió en primera lectura renunciar a esa clase de contramedidas. El orador está de acuerdo con esa decisión y con las razones que la motivaron.

72. La formulación del artículo 47 parecía híbrida porque introducía la cuestión del efecto de las contramedidas en terceros Estados, lo que no entra realmente en la definición de las contramedidas. El principio básico de las contramedidas es que éstas deben consistir en la suspensión por el Estado lesionado del cumplimiento de una obligación para con el Estado responsable con objeto de inducirle a cumplir sus obligaciones de cesación y repa-

<sup>7</sup> Véase el sexto informe [Anuario... 1985, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/389], págs. 11 y 12.

ración. Este principio básico se recoge en el nuevo artículo 47, a reserva naturalmente de las limitaciones especificadas en el capítulo II.

73. En el proyecto de artículos se establece también una distinción entre las obligaciones cuya suspensión no está sujeta al régimen de las contramedidas y las obligaciones que no se pueden incumplir cuando se toman contramedidas. Las primeras se examinan en el artículo 47 bis y las segundas en el artículo 50. El contenido del artículo 50 aprobado en primera lectura se ha dividido en estas dos disposiciones. Es importante porque un Estado, incluso cuando adopta contramedidas que son legítimas en virtud del capítulo II, no debe hacer lo indicado en el artículo 50. El artículo 47 bis abarca las obligaciones cuyo cumplimiento no se puede en absoluto suspender cuando se adoptan contramedidas. Existe una distinción importante si se piensa en el efecto de las contramedidas en los derechos humanos. Nadie sugiere que se pueda suspender una obligación en materia de derechos humanos a modo de contramedida. La contramedida se toma contra el Estado y no contra un ser humano, pero surgen problemas en relación con el efecto de las contramedidas en los derechos humanos, asunto al que se refiere el artículo 50.

74. Con esta salvedad, el orador ha seguido en líneas generales el contenido del artículo 50. Entre las obligaciones cuya suspensión no es posible a modo de contramedidas figuran, ante todo y sobre todo, las relativas a la amenaza o al uso de la fuerza enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas. En primera lectura, la Comisión había dicho con toda claridad que el artículo no versaba sobre las represalias con uso de la fuerza, las represalias armadas ni el uso de la fuerza, opinión que se ha recogido en el apartado a del artículo 47 bis.

75. En primera lectura, la disposición que ahora figura en el apartado b del artículo 47 bis había sido objeto de muy pocas críticas y fue generalmente aceptada por los gobiernos en sus comentarios. Entre las obligaciones cuyo cumplimiento no se puede suspender a modo de contramedidas el orador ha incluido las relativas a la inviolabilidad de los agentes, los locales, los archivos y los documentos diplomáticos y consulares.

76. El apartado c del artículo 47 bis, que versa sobre las obligaciones relativas a la solución de controversias mediante terceros, está claramente implícito en el artículo 48, pero no cabe ninguna duda de que un Estado no puede suspender una obligación como la solución pacífica de una controversia. En el contexto de las contramedidas, la solución pacífica de controversias consiste en contener la situación creada por las contramedidas y resolverla.

77. El antiguo artículo 50 se refería luego a los derechos humanos y decía que la adopción de contramedidas no podía vulnerar estos derechos. A este respecto se plantean dos problemas distintos. En la definición de contramedidas que figura en el artículo 47 es perfectamente evidente que las obligaciones de derechos humanos propiamente dichas no se pueden suspender y el apartado d del artículo 47 bis versa sobre la cuestión diferente y más restringida de las represalias que se excluyen por razones humanitarias y que pasaron a formar parte del derecho

internacional general después de los debates habidos sobre este asunto en el contexto de la Convención de Viena de 1969 y la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, de 1977.

78. El orador conservó la disposición que figura en el apartado e del artículo 47 bis porque es evidente que el cumplimiento de obligaciones en virtud de normas imperativas de derecho internacional general no se puede suspender en ninguna circunstancia que no esté prevista en dichas obligaciones.

79. Además, aunque sean lícitas en virtud del proyecto de artículos, las contramedidas no deben infringir los derechos de terceros y tampoco en este caso se puede suspender el ejercicio de esos derechos. Si los terceros tienen un derecho frente al Estado lesionado, este es responsable para con ellos de la violación de ese derecho. Entre esos terceros figuran los seres humanos, destinatarios de los derechos humanos fundamentales, de modo que el apartado b del nuevo artículo 50 abarca también los derechos humanos.

80. El apartado b del artículo 50 adoptado en primera lectura se refería a medidas extremas de coacción política o económica encaminadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado responsable y fue objeto de numerosos comentarios. Preocupaba evidentemente a los Estados que se pudiesen tomar medidas de coacción extremas a modo de contramedidas. Sin embargo, en cierto modo, las contramedidas son coactivas por naturaleza puesto que están calculadas para inducir al Estado a cumplir sus obligaciones internacionales. Es hasta cierto punto contradictorio decir que las contramedidas, siempre que sean proporcionadas, inducen a un Estado a cumplir sus obligaciones internacionales y quejarse luego de que son coercitivas. Se habían expresado otras preocupaciones, que el orador trató de incorporar en el nuevo artículo 50. En el apartado a se dice que las contramedidas no deben poner en peligro la integridad territorial del Estado responsable ni equivaler a una injerencia en su jurisdicción nacional. Hay que tener presente, por supuesto, que pedir a un Estado que cumpla con sus obligaciones y adoptar de hecho contramedidas no son por definición asuntos que incumban a la jurisdicción nacional de dicho Estado, pero hay otras disposiciones que se podrían tomar a modo de contramedidas y que infringirían este principio. El artículo tiene por objeto presentar una formulación más aceptable del tan criticado párrafo b del artículo 50.

81. En cuanto a las condiciones para recurrir a las contramedidas, el orador adoptó esencialmente la propuesta que había formulado a este respecto el Gobierno de Francia. Está generalmente aceptado que, antes de que un Estado tome contramedidas, debe instar al Estado responsable a que asuma su responsabilidad y cumpla sus obligaciones. El problema reside en qué sucede si el Estado responsable no lo hace. En el proyecto de artículos se distinguen las medidas provisionales de protección de otras medidas. En su propuesta se evita la fórmula «medidas provisionales de protección», que es el lenguaje utilizado en los procedimientos judiciales, y en el párrafo 2 del artículo 48 se recurre a la noción de aplicación provisional de contramedidas. Si se adopta una

noción de contramedidas que comprenda la suspensión de derechos —por ejemplo la congelación del activo comercial— será preciso tomar de inmediato las contramedidas o no será posible tomarlas en absoluto y ello inducirá a adoptar disposiciones más extremas. De ahí que el Estado lesionado deba tomar medidas provisionales para protegerse mientras las negociaciones continúan. Esa era la idea en que se fundaba el artículo 48, aunque la formulación era deficiente.

82. En el párrafo 1 del nuevo artículo 48 se prevé la obligación fundamental de presentar una solicitud al Estado responsable y en el párrafo 2 se dice que el Estado lesionado podrá entretanto tomar medidas provisionales si ello es necesario para preservar sus derechos. El párrafo 3 contiene la condición adicional de que, si tras un período razonable las negociaciones no culminan con la solución de la controversia, el Estado lesionado podrá adoptar las contramedidas que se impongan. Por ejemplo, si las contramedidas adoptaran la forma del secuestro de activo comercial, se podría prohibir inmediatamente la salida de ese activo de la jurisdicción para preservar el derecho del Estado lesionado a secuestrarlo en caso necesario. El secuestro propiamente dicho sería una forma más importante de contramedida. Naturalmente, la contramedida consistente en la confiscación del activo quedaría enteramente excluida, porque sería irreversible. El nuevo artículo 48 recoge pues de un modo ligeramente distinto el compromiso a que llegó la Comisión en primera lectura. Las opiniones al respecto son muy tajantes y, por si la Comisión decide no adoptar la posición intermedia, el orador propone una disposición más sencilla en la nota correspondiente al nuevo artículo 48.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

---

## 2646.<sup>a</sup> SESIÓN

Miércoles 26 de julio de 2000, a las 10.00 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. Opertti 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 PRESIDENTE invita al Relator Especial a proseguir la presentación de la sección D del capítulo III de su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que trató (2645.<sup>a</sup> sesión) en primer lugar la definición de las contramedidas y en segundo lugar las condiciones que rigen la adopción de contramedidas, es decir, las condiciones de procedimiento.

3. Pero hay también condiciones de fondo, es decir, las obligaciones que debe respetar el Estado que impone contramedidas. Se trata evidentemente, en primer lugar, del principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 49. En los comentarios recibidos, ningún Estado ha emitido la menor duda sobre este principio. No obstante, algunos se han inquietado por la importancia decisiva del papel que les corresponde, ya que la licitud de las contramedidas se determina habida cuenta de esa prescripción. Otros dijeron que les preocupaba la forma bastante ambigua en que se preveía la situación en el artículo 49 aprobado en primera lectura. En efecto, éste utiliza una especie de doble negación: «Las contramedidas [...] no deberán ser desproporcionadas en relación con...». Por su parte, la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* expresó la misma idea pero de forma positiva diciendo que las contramedidas deben ser proporcionadas a los daños sufridos. Conviene hacer más claro el artículo 49 y destacar bien que la proporcionalidad es una condición sine qua non de la licitud y no una vaga declaración de principio como en el artículo anterior.

4. El tercero y último aspecto de las contramedidas es el de la suspensión o el levantamiento de las medidas adoptadas. Los artículos adoptados en primera lectura no decían nada al respecto y varios gobiernos, entre ellos el Gobierno francés<sup>3</sup>, insistieron en que se tratara de ello en el proyecto. La CIJ habló de ello indirectamente en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, pero desde el ángulo de la reversibilidad. Ahora bien, si una contramedida no puede suspenderse o levantarse, es que no es reversible, y si no es reversible no puede ser lícita según la Corte.

5. El proyecto de artículos adoptado en primera lectura preveía, en cambio, el caso de la suspensión de las contramedidas, que debía ocurrir cuando había cesado el hecho generador o cuando la controversia se sometía a juicio de un tercero cuya decisión se imponía a los dos Estados. Esto parecía satisfactorio, porque las contramedidas corresponden a una situación en la que un Estado lesionado, a falta de un tercero que tenga autoridad, no tiene más opción que tomarse la justicia por su mano. El artículo 48 adoptado en primera lectura presumía, por

---

<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).

<sup>3</sup> Véase 2613.<sup>a</sup> sesión, nota 3.