

Estados. La responsabilidad de los Estados es un tema de excepcional importancia, relacionado con los derechos y las obligaciones de los Estados así como con sus intereses vitales. Abarca una esfera amplia y delicada de derecho internacional en la que pueden surgir controversias fácilmente. Para tratar esta cuestión, parece adecuado enunciar en la cuarta parte una disposición general sobre la solución de controversias, que esté basada en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y ponga de relieve los principios de la libre elección y la solución pacífica. Una adición en este sentido completaría la totalidad del proyecto de artículos, incluso en el caso de que revistiera la forma no de un tratado sino de una resolución de la Asamblea General.

17. Refiriéndose a la cuestión de la forma, el Sr. BROWNLIE dice que dos factores concretos se oponen con fuerza a la aprobación de un convenio. El proyecto de artículos comprende elementos importantes de desarrollo progresivo y es evidente que la respuesta de cierto número de Estados será problemática. De hecho, no sólo las principales Potencias sino también los pequeños Estados tienen motivos para ser prudentes. Es de prever que la propuesta aprobación de un convenio tenga como resultado la convocación de una conferencia preparatoria o la adopción de cualquier otra disposición que tenga como consecuencia grave desbaratar la estructura cuidadosamente elaborada del proyecto.

18. Es apropiado formular otras dos consideraciones. La Convención de Viena de 1969 no brinda una analogía útil, ni tampoco exacta, con respecto al proyecto de artículos. Su aprobación en calidad de convención fue notable en esa época, pero su contenido no se puede comparar al del proyecto de artículos. Del mismo modo que no pasa por alto la opinión de cada uno de los gobiernos, la Comisión no debe ciertamente pasar por alto la posible reacción de la colectividad de gobiernos denominada Asamblea General.

19. Coincide con las conclusiones del Relator Especial acerca de la cuestión de la solución de controversias, en especial las expuestas en los párrafos 17 a 19 del cuarto informe. En términos generales, no considera que exista la necesidad práctica de dar cabida a disposiciones sobre solución obligatoria. Esa inclusión no modificaría la actitud de los Estados en general o de los Estados individualmente considerados hacia la jurisdicción obligatoria de la CIJ o de otros tribunales. Una disposición en armonía con el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas es una posibilidad atractiva, pero no estrictamente necesaria, pues la posición de conformidad con la Carta queda regulada por el artículo 59 del proyecto.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

2668.ª SESIÓN

Jueves 26 de abril de 2001, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Peter KABATSI

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Idris, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/513, secc. A, A/CN.4/515 y Add.1 a 3², A/CN.4/517 y Add.1³, A/CN.4/L.602 y Corr.1 y Rev.1 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar el examen del cuarto informe (A/CN.4/517 y Add.1).
2. El Sr. HAFNER, después de felicitar al Relator Especial por su cuarto informe, aborda la cuestión de la forma que podría tener el instrumento que será el resultado de la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. La Comisión debe pronunciarse necesariamente al respecto y presentar una recomendación a la Asamblea General, de conformidad con el artículo 22 de su estatuto.
3. Por su parte, el orador se opone a que la Comisión recomiende que el texto sobre la responsabilidad de los Estados revista la forma de una convención. Como ha señalado el Sr. Brownlie, no se puede hacer una analogía con la Convención de Viena de 1969 pues ésta trata de cuestiones de la estructura formal del derecho internacional; en cambio, el tema de la responsabilidad de los Estados guarda una relación más estrecha con la esencia del derecho internacional. Es difícil aceptar que los elementos fundamentales del derecho internacional se puedan acomodar en el marco de un convenio. Además, en la hipótesis de que el instrumento sobre la responsabilidad de los Estados fuera un convenio ratificado por un tercio aproximadamente de los Estados, no sería posible determinar cuáles serían sus efectos tanto para los

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), cap. IV, anexo.

² Reproducido en *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ *Ibíd.*

Estados que lo hubieran ratificado como para la mayoría de los Estados, que no lo habrían hecho. La formulación de reservas sería igualmente causa de dificultades, pues parece inconcebible que se pueda aceptar la licitud de las reservas en esta esfera de la responsabilidad de los Estados.

4. Por lo demás, si el proyecto de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados adoptara la forma de un convenio, este texto se sometería necesariamente al examen de los Estados, que tal vez lo modificarían hasta el punto de cambiar sustancialmente más de 40 años de trabajos de la Comisión y de elaborar un instrumento que no tendría mucho que ver con el aprobado por ésta. No se sabe nunca cuál será el resultado de las negociaciones sobre un proyecto de convenio; ¿es necesario recordar que el sistema de reservas previsto en la Convención de Viena de 1969, y que actualmente plantea dificultades, es el fruto de negociaciones? Más recientemente se ha podido observar hasta qué punto el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es bien distinto del proyecto que había sido elaborado por la Comisión. Por consiguiente, si se quiere evitar toda posibilidad de que el texto sobre la responsabilidad de los Estados sea modificado más adelante, es preferible que este texto no esté destinado a transformarse en convenio.

5. Otra cuestión que se plantea es la de saber si la Comisión debe trabajar independientemente de las opiniones expresadas en el seno de la Asamblea General. Cabe imaginar que, si no tiene en cuenta las reacciones pasadas y futuras de los Estados en el seno de la Asamblea, la Comisión corre el riesgo de perder el apoyo de la comunidad internacional y, en definitiva, de privar a sus trabajos de toda perspectiva de resultado. Por consiguiente, para no llegar a esta conclusión, es importante que la Comisión anticipe las reacciones posibles de los Estados en la Asamblea a partir de los comentarios que éstos ya han formulado.

6. Cabe imaginar también que, para obtener más fácilmente el apoyo de los Estados, la Comisión proponga un texto del que se habrán eliminado todos los puntos controvertidos o todavía pendientes. Este método, denominado «la doble vía», era el preconizado por Austria hace algunos años. El orador cree que actualmente es demasiado tarde para aplicarlo: en efecto, la Comisión ha dedicado ya muchísimo tiempo a estudiar el conjunto de las cuestiones que se plantean en relación con la responsabilidad de los Estados y éstos no aceptarían que la Comisión presentara un texto con recortes. Ahora bien, de adoptarse este método, se seguirían estudiando las cuestiones no resueltas después de haber determinado los puntos de acuerdo; la Comisión ya no tiene tiempo para ello.

7. Por lo demás, no hay que olvidar que la esfera de la responsabilidad de los Estados es en cierta medida una zona gris del derecho internacional y muy listo habrá de ser quien diga con certeza en qué consiste el derecho existente generalmente aceptado. Por consiguiente, tratar de basar el proyecto de artículos en lo que es el derecho existente podría ser una misión imposible.

8. La única manera de conservar intacto el texto sobre la responsabilidad de los Estados tal como habrá sido

aprobado por la Comisión es que la Asamblea General tome nota del texto y recomiende, por ejemplo, a los Estados que lo tomen en consideración en función de casos concretos. Más adelante, a través de la práctica de los Estados, se determinará lo que, para éstos, el derecho internacional es o debería ser sobre la base de este texto.

9. Para algunos, un instrumento que revista el carácter de declaración tiene necesariamente menos fuerza que un convenio. Sin embargo, subraya el orador, incluso un instrumento de este tipo hace nacer una *praesumptio juris*, en cuyo caso corresponde a los Estados opuestos a su contenido la carga de probar que carece de fuerza obligatoria. Además, no hay que olvidar que los instrumentos de «derecho blando» ejercen al respecto una influencia cierta sobre las relaciones internacionales y sobre el comportamiento de los Estados. Por su parte, la CIJ ha puesto de manifiesto esta influencia al citar en sus decisiones la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, acerca de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, o la resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, sobre la Definición de la agresión, en la medida en que el contenido de estos dos textos refleja el derecho internacional consuetudinario, cuando se puede sostener hasta cierto punto que estas resoluciones se apartan de las concepciones tradicionales del derecho existente.

10. Cabe igualmente pensar que la Convención de Viena de 1969 habría tenido casi el mismo efecto y el mismo éxito si hubiera sido una declaración aprobada como anexo de una resolución de la Asamblea General. Ratificada por menos de cien Estados, la influencia de esta Convención es como mínimo tan amplia como la de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada virtualmente por todos los Estados. Así pues, el número de ratificaciones de un convenio y el hecho de que un instrumento sea un convenio o una declaración no son tal vez factores determinantes de la influencia que el instrumento es susceptible de ejercer en las relaciones internacionales. El orador reafirma que, a su juicio, no hay ningún inconveniente en que la Comisión recomiende a la Asamblea que no examine el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en calidad de proyecto de convención.

11. En lo que se refiere a la cuestión de la solución de controversias, el orador cree que no está justificado dar cabida a un régimen de este carácter en un instrumento relativo a la responsabilidad de los Estados, y esta opinión no se debe únicamente a su oposición a que el texto revista la forma de una convención. En efecto, como ha dicho el Relator Especial, se puede considerar que todo conflicto pone en juego la responsabilidad de los Estados. Por consiguiente, si se prevé un sistema o un mecanismo de solución, éste debería ser aplicable a todas las clases de controversia. Se plantearía, pues, la cuestión de saber qué mecanismo sería el más apropiado, teniendo presente que este mecanismo se añadiría a muchos otros ya existentes. El orador recuerda que en el curso de estos últimos años diversos convenios han establecido mecanismos (por ejemplo las comisiones de conciliación de los anexos a las Convenciones de Viena que han sido el modelo para otras muchas convenciones de codificación o el meca-

nismo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o la Corte de conciliación y arbitraje de la OSCE que no se han aplicado todavía) adaptados a ciertos tipos de controversia y casos particulares. Por lo tanto, sería difícil encontrar un sistema de solución adaptado a todas las clases de litigios entre Estados. Se ha propuesto tratar este problema recurriendo a una formulación general análoga a la del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, pero basta leer atentamente este artículo para comprobar que su alcance no aporta demasiado. En conclusión, el orador dice que sólo sería conveniente prever un mecanismo de solución de controversias en lo que se refiere a las contramedidas, asunto sobre el cual se reserva la posibilidad de volver.

12. El Sr. ECONOMIDES da las gracias al Relator Especial por su cuarto informe, que es tan estimulante como los precedentes, y por sus esfuerzos que dan a la Comisión la posibilidad de esperar que podrá terminar antes del fin del período de sesiones sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados.

13. En lo que se refiere a la cuestión de la forma del proyecto de artículos sobre este asunto, el orador subraya que siempre ha sostenido, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General, que la forma más apropiada es la de un convenio internacional. Varias razones abonan esta solución. Por un lado, como lo ha recordado el Sr. Momtaz en el curso de las consultas oficiosas que se han celebrado al respecto, la CDI establece la norma jurídica, y esto sólo se puede hacer por medio de textos obligatorios de carácter contractual y no por conducto de meras declaraciones que, en la mejor de las hipótesis, sólo pueden dar indicaciones más o menos aproximadas acerca del contenido de la norma jurídica. Por otro lado, la tradición sólidamente asentada de la Comisión conduce a la misma conclusión: todos sus grandes proyectos han pasado a ser convenciones internacionales, entre ellas la Convención de Viena de 1969. El proyecto sobre la responsabilidad de los Estados es todavía más importante que esta última Convención y merece justificadamente el mismo trato, es decir, el estatuto de convención internacional.

14. Además, en lo que se refiere a la responsabilidad de los Estados, existe en el derecho internacional un vacío lamentable que conviene colmar. Precisamente por este motivo la Asamblea General ha confiado a la Comisión el examen de esta cuestión. Ahora bien, este vacío sólo puede ser colmado por un convenio obligatorio y no por una declaración con el carácter de recomendación. Es notorio que el efecto de un convenio, incluso no ratificado, sobre la práctica de los Estados es más importante por un amplio margen que el que pueda tener una simple declaración de la Asamblea. El orador se declara convencido de que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, por sus calidades indiscutibles que reposan sobre varios decenios de labor y por su utilidad evidente, será ratificado gradualmente por los Estados si llega a ser una convención. No existe ningún rasgo común entre, por un lado, el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados y, por otro, las Convenciones de Viena de 1978 y 1983 o el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados aprobado por la Comisión en segun-

da lectura en su 51.º período de sesiones⁴; es un error comparar textos extremadamente desiguales.

15. Otro argumento que va en el mismo sentido reside en el hecho de que un gran número de Estados se han pronunciado ya en favor de una convención internacional. Por consiguiente, el terreno está preparado para que la Comisión presente una recomendación en favor de una convención. Cualquier otra recomendación en favor de una forma no contractual tendría un doble efecto negativo: el de desvalorizar una cuestión capital del derecho internacional, la de la responsabilidad de los Estados, y el de poner en manifiesto que ni siquiera la Comisión tiene confianza en la utilidad de su labor.

16. Los argumentos de los partidarios de un texto que revista la forma de declaración —argumentos más bien políticos que jurídicos— no son convincentes: por un lado, no se puede disociar de manera segura y absoluta las cuestiones dimanantes del desarrollo progresivo del derecho internacional de las cuestiones relacionadas con la codificación. En todos los proyectos de la Comisión hay inevitablemente disposiciones que pertenecen a la vez a una y a otra de estas categorías. Lo esencial para la seguridad de las relaciones jurídicas es disponer de normas escritas, consuetudinarias o nuevas, tan precisas como sea posible y de carácter obligatorio. Por otro lado, el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados no está relacionado con el desarrollo progresivo en mayor grado que la Convención de Viena de 1969, que enunció sin embargo por primera vez en sus artículos 53, 64 y 71 el concepto fundamental y revolucionario en su momento de norma imperativa del derecho internacional general.

17. A juicio del orador, la Comisión, en su calidad de órgano jurídico independiente, tiene el deber de pronunciarse en favor de una forma jurídica obligatoria. Si la Asamblea General no hace suya su recomendación y prefiere la forma de una resolución, ello no será anormal en absoluto. Es evidente que es la Asamblea, en su calidad de órgano político, la que adopta la decisión definitiva, pero incluso en esta hipótesis el proyecto de la Comisión tendría un estatuto más elevado pues se trataría de un proyecto de convención propuesto por la Comisión y no solamente de un proyecto de resolución. Ahora bien, si ocurriera el caso contrario, es decir, si la Comisión se pronunciara en favor de una resolución y la Asamblea escogiera la forma de una convención, ello sería una lección de derecho que un órgano político daría a un órgano jurídico independiente.

18. En lo que se refiere a la cuestión de la solución de controversias, el orador dice que, por ser partidario de la adopción de una convención internacional sobre la responsabilidad de los Estados, es igualmente partidario de la adopción de un sistema general para la solución de las controversias que podrían surgir de la interpretación y aplicación de la futura convención. Por lo demás, considera que sería útil instituir paralelamente un sistema flexible y rápido de solución de las controversias que estén relacionadas con las contramedidas, sistema análogo al que se aplica en el interior de los Estados para apreciar la legalidad de las medidas provisionales y urgentes. Por consiguiente, sobre esta cuestión no puede suscribir

⁴ Véase 2665.ª sesión, nota 8.

la opinión del Relator Especial y, contrariamente al parecer de éste, considera que sería necesario mejorar y reforzar la tercera parte del proyecto aprobado en primera lectura⁵, sobre todo por los motivos que va a exponer a continuación.

19. Primero, el proyecto se refiere a cierto número de cuestiones difíciles y complejas. Por consiguiente, un mecanismo de solución de las controversias sería extremadamente útil. Segundo, sería conveniente estar en condiciones de desarrollar más ampliamente el derecho de la responsabilidad de los Estados por la vía judicial. Tercero, la Asamblea General ha recomendado a menudo que toda convención importante, como lo sería la relativa a la responsabilidad de los Estados, debería prever por sí misma medios apropiados para resolver las controversias que podrían surgir de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones. Cuarto, el hecho de que el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados pueda abarcar un gran número de cuestiones de derecho internacional, concretamente las que no se rigen por normas particulares, justifica atribuir una función al conciliador, al árbitro o al juez. Ha llegado el momento de introducir un poco de democracia en el sistema internacional. Una sociedad sin justicia obligatoria, como la sociedad internacional actual, es una sociedad antidemocrática, primitiva, basada esencialmente en la fuerza y no en el derecho.

20. El Sr. GOCO desea que el Sr. Economides y el Sr. Hafner indiquen cuáles son los criterios que, a su juicio, dan a un instrumento el carácter de convención o de declaración. Para tratar de determinar si hay una diferencia de contenido entre una convención y una declaración, enumera algunas de las declaraciones y convenciones que figuran en una publicación reciente de las Naciones Unidas⁶. Hace notar que existe el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil y, además, la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional⁷ y se pregunta si es necesario considerar que una convención ha de abarcar una esfera más limitada que una declaración, pues la declaración ha de ser de alcance amplio y general.

21. El Sr. ECONOMIDES dice metafóricamente que, si la convención y la declaración son dos mujeres a las que el legislador debe cortejar, su preferencia será por la primera, pues es más estable y más hermosa y tiene más porvenir que la declaración. Con todo, si no es posible llegar a una convención, la solución de la declaración puede ser igualmente satisfactoria.

22. El Sr. HAFNER cree que las diferencias entre convención y declaración estriban esencialmente en los efectos producidos. Una declaración tiene un efecto inmediato, incluso con respecto a los Estados que no la hayan aprobado. En cambio, una convención sólo genera obligaciones en relación con los Estados que

la hayan ratificado. Al mismo tiempo, una declaración tiene una fuerza jurídica inferior: una jurisdicción nacional no aplicará un texto anexo a una resolución de la Asamblea General, pero sí aplicará las disposiciones de un tratado. Por lo demás, es interesante observar que, en la historia de las Naciones Unidas, no escasean los ejemplos de los asuntos que han sido objeto primero de una declaración y luego de una convención. A veces los dos documentos sucesivos son de un contenido relativamente diferente (así ocurre en el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸, por un lado, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por otro) y a veces son casi idénticos.

23. El Sr. SIMMA dice que el informe del Relator Especial es excelente, breve y claro. En cuanto a la forma del proyecto de artículos, la posición es que, idealmente, una convención sería preferible, pero que, habida cuenta de todos los problemas y dificultades que una convención no dejaría de plantear, el orador considera que el texto debería tener la forma de una resolución o de una declaración de la Asamblea General.

24. Es cierto que la Asamblea General tendrá la última palabra acerca de la índole del proyecto, pero la Asamblea espera recibir las recomendaciones de la Comisión al respecto. El Sr. Tomka ha evocado ya varios casos en los que la Asamblea no ha seguido las recomendaciones de la Comisión acerca de la forma. En todos los casos citados, la decisión de la Asamblea se ha situado a un nivel más elevado que el de la recomendación. Por consiguiente, no hay que prever, como lo hace el Sr. Economides, que la Asamblea pueda reñir a la Comisión por no haber propuesto una convención.

25. En cuanto a la correlación entre el carácter innovador del texto y la forma, algunos han señalado que, como el texto contiene elementos de desarrollo progresivo del derecho internacional, se impone una convención. A la inversa, el Sr. Brownlie ha indicado que, como el texto contiene estos elementos, es necesario obrar con prudencia y no proponer una convención. Por consiguiente, no es válido el razonamiento según el cual la forma del texto depende de la presencia o ausencia en éste de elementos innovadores.

26. En lo que se refiere a la analogía con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el orador hace notar que, como se trataba en ese caso de crear un organismo internacional, no era posible recurrir a un instrumento de carácter no obligatorio. En cambio, en el caso de la responsabilidad de los Estados, ninguna agrupación de la sociedad civil, ninguna organización no gubernamental ejercerán presión en favor de un texto obligatorio. La analogía con la Convención de Viena de 1969 no es tampoco valedera. Es necesario considerar esta Convención como una guía.

27. Es probable que el proyecto no suscitará el entusiasmo de la Sexta Comisión, pero la Asamblea General deberá tomar nota del mismo en el peor de los casos o aprobarlo en el mejor de ellos. Esto basta para que el texto desempeñe su función.

⁵ *Ibíd.*, nota 5.

⁶ *International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.01.V.3).

⁷ Resolución 49/60 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994, anexo.

⁸ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

28. En lo que se refiere a los procedimientos para la solución de controversias, el orador hace suya la posición del Relator Especial y considera que, en la hipótesis de que se pudieran crear nuevos procedimientos, debería tratarse de procedimientos especialmente adaptados a convenciones concretas. No es necesario crear una nueva jurisdicción de carácter general. La CIJ desempeña ya esta función.

29. El Sr. GALICKI dice que, tratándose de la forma del texto, se trata de elegir entre una convención jurídicamente obligatoria y un documento no obligatorio, que puede revestir diferentes formas, como se precisa en el artículo 23 del estatuto de la Comisión. La elección de la CDI no prejuzga la decisión final de la Sexta Comisión y de la Asamblea General, que serán la expresión de la voluntad política de los gobiernos. En estas circunstancias es importante tener en cuenta la reacción de los gobiernos, que no parecen ser muy favorables a la elaboración de una convención. Conviene dar pruebas a la vez de idealismo jurídico y de realismo político. Idealmente, los trabajos de la Comisión deberían tener como resultado la elaboración de un proyecto de convención que combine elementos de codificación y elementos de desarrollo progresivo del derecho internacional. Es cierto que en el artículo 1 del estatuto de la Comisión se hace una distinción entre «el desarrollo progresivo del derecho internacional» y «su codificación» y que esta distinción se explicita en el artículo 15, en el que la expresión «desarrollo progresivo» se asocia a la elaboración de proyectos de convenciones y la idea de codificación se emplea «para designar la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas». Ahora bien, como ya subrayó la Comisión en su informe a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones, «en la práctica es difícil, si no imposible, trazar una distinción entre codificación y desarrollo progresivo, especialmente cuando es menester entrar en detalles para dar efecto más preciso a un principio. Además, sería simplificar decir que la diferencia entre desarrollo progresivo y codificación tiene que ver en particular con la elaboración de convenciones. La flexibilidad es necesaria en numerosos casos y por diversas razones»⁹. La conclusión del informe, según la cual «la Comisión ha partido inevitablemente de la base de una idea compuesta de “codificación y desarrollo progresivo”»¹⁰, se aplica a los trabajos relativos a la responsabilidad de los Estados, que son un buen ejemplo de lo que se describe como «la elaboración de textos multilaterales sobre temas generales de interés para todos los Estados o muchos de ellos, y esos textos han tratado de reflejar los principios aceptados de regulación y también aportar los detalles, las particularidades y el desarrollo de las ideas que fueran necesarios»¹¹.

30. Elegir la forma de convención hace correr el riesgo de que los gobiernos reaccionen negativamente, en particular a causa de los elementos de desarrollo progresivo del derecho internacional que contiene el proyecto. La práctica pone de manifiesto que, por lo general, los gobiernos son poco favorables a la inclusión de ele-

mentos de dicha clase en instrumentos jurídicamente obligatorios y prefieren que la Comisión se limite a su función de codificación. Es muy probable que ciertos elementos de desarrollo progresivo serán suprimidos del texto del proyecto de convención por un futuro comité preparatorio o por un grupo de trabajo creado por la Sexta Comisión. Si la CDI decide dar a su texto la forma de una convención, será necesario, a fin de evitar largos trabajos preparatorios, prever la supresión de las disposiciones más controvertidas, por ejemplo las que se refieren a las contramedidas. Mantener la forma de la convención sería una manera de subrayar la importancia de la cuestión. Ahora bien, se corre el riesgo de que esta actividad requiera muchísimo tiempo y el proyecto de la Comisión será modificado casi inevitablemente por los órganos encargados de examinarlo. Sin duda, después de tanto trabajo por parte de los expertos de la Comisión, sería mejor que, en lo posible, el proyecto conservara su forma original.

31. Por este motivo, parece apropiado dar al texto la forma de un documento no obligatorio, por ejemplo la de resolución de la Asamblea General. Ello no reduce en absoluto la utilidad y la importancia del contenido, a saber, los principios jurídicos relativos a la responsabilidad de los Estados. Muchas declaraciones y resoluciones de la Asamblea, en primer lugar la Declaración Universal de Derechos Humanos, han desempeñado una función fundamental para el desarrollo del derecho internacional. Parece que esta función puede ser desempeñada más fácilmente por una declaración o una resolución de la Asamblea aprobada por unanimidad que por una convención aprobada después de muchos años de trabajos preparatorios y ratificada únicamente por algunos Estados. Además, será más fácil conservar todos los elementos, trátese de codificación o de desarrollo progresivo, en una resolución que en una convención, lo que hará posible continuar los trabajos más adelante.

32. Sería conveniente que los partidarios de una actitud realista y los que han expresado opiniones más idealistas lleguen rápidamente a un acuerdo para que la Comisión pueda llevar adelante sus trabajos.

33. El Sr. LUKASHUK dice que comprende la importancia del problema de la forma, pero que es menester ahora terminar el debate y concentrar la atención en el fondo del proyecto de artículos.

34. El Sr. OPERTTI BADAN dice que la elección de la forma que debe tener el texto es una elección política, que debe ser hecha por el órgano político que es la Asamblea General, teniendo en cuenta la evolución de la cuestión y el acuerdo que parece existir sobre el texto. La Comisión es un órgano técnico que no ha de tener en cuenta los efectos políticos de sus trabajos. Por consiguiente, debe procurar que exista equilibrio entre los aspectos técnicos y los aspectos políticos. Debe dejar a la Asamblea la responsabilidad de hacer del texto una convención o una resolución. Además, parece inaceptable que se establezca como principio que las Naciones Unidas sólo se proponen elaborar convenciones cuando las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil sean susceptibles de ejercer presión sobre los Estados. Ello equivaldría a decir que los Estados Miembros tienen menos importancia que la sociedad civil. Ahora bien, es a los Estados a los que

⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 156.

¹⁰ *Ibíd.* párr. 157.

¹¹ *Ibíd.*

incumbe en primer lugar la responsabilidad de dar cima a la elaboración de instrumentos. Desvalorizaría la actividad de la Comisión atribuirle la función de decidir si la existencia de un acuerdo sobre el texto basta para hacer de él una convención. Por consiguiente, la Comisión debe dejar que la Asamblea elija una u otra de las formas posibles y no debe anticiparse a una decisión de carácter fundamentalmente político. Por último, no parece oportuno oponer codificación y desarrollo progresivo. No hay que reducir tampoco el valor del texto, cuya elaboración ha requerido muchos años, y recomendar que se limite a ser una mera resolución.

35. El Sr. MOMTAZ señala que ha llegado el momento de que la Comisión se pronuncie sobre dos cuestiones: la de la forma en que, en armonía con su deseo, el proyecto debiera ser aprobado y la cuestión, de fondo, consistente en incluir o no en el proyecto disposiciones relativas a la solución de controversias. La primera cuestión es igualmente de orden político y corresponderá, pues, a la Asamblea General la función de zanjarla, pero la CDI, en virtud del artículo 23 de su estatuto, puede hacer recomendaciones que no carecen de peso. Ahora bien, la Comisión no se ha decidido todavía por una de las dos formas posibles: una resolución aprobada por la Asamblea o bien una convención aprobada por una conferencia de plenipotenciarios. El segundo camino es indiscutiblemente largo, peligroso y de resultado incierto y se corre el riesgo de que tenga como consecuencia desbaratar el equilibrio frágil del texto y eliminar sus aspectos innovadores. En estas circunstancias, la aprobación del proyecto de artículos en calidad de resolución de la Asamblea, además de que no descarta de ningún modo todos estos peligros, equivaldría hasta cierto punto a desvalorizar los resultados de los trabajos de la Comisión. Incluso aprobada por consenso y calificada de declaración, una resolución de la Asamblea no puede tener el mismo valor normativo que un instrumento contractual. En dos ocasiones la CIJ ha debido pronunciarse sobre el valor normativo de las resoluciones de la Asamblea. En 1986, en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Corte, refiriéndose al valor normativo de la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea aprobada en 1970 por consenso en forma de declaración, consideró que «el hecho de que los Estados hayan aprobado este texto brinda una indicación acerca de su *opinio juris* sobre el derecho internacional consuetudinario en la materia» [párr. 191] y que «esta *opinio juris* puede deducirse, entre otras causas, y aun con la prudencia necesaria, de la actitud de las Partes y de los Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General» [párr. 188]. Por consiguiente, la Corte es extremadamente prudente y se niega a aceptar que exista paridad entre resoluciones y convenciones. Diez años más tarde, cuando tiene que dar una opinión consultiva sobre la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Corte confirma a grandes rasgos su jurisprudencia anterior, aun cuando atribuye una importancia mayor a las resoluciones de la Asamblea en la formación del derecho; en efecto, para la Corte una resolución sólo puede dar indicaciones o elementos de prueba. Si se limitara a dar indicaciones o elementos de prueba acerca de la responsabilidad de los Estados, la Comisión no desempeñaría su función, consistente en establecer la norma jurídica y guiar a los Estados en este laberinto que es el tema de la responsabilidad de los

Estados. Si recomendara a la Asamblea la aprobación del proyecto de artículos en forma de resolución, la Comisión reconocería implícitamente que no ha podido establecer la norma jurídica en la materia y su recomendación se podría interpretar como un reconocimiento de fracaso.

36. En cuanto a la cuestión de fondo acerca de la oportunidad de incluir en el proyecto de artículos disposiciones sobre la solución de controversias, esta cuestión está estrechamente relacionada con la de las contramedidas. Teniendo en cuenta que sólo pueden ser legítimas si se dirigen contra el Estado que haya cometido efectivamente el acto ilícito, las contramedidas no se pueden basar en una apreciación subjetiva unilateral del Estado supuestamente lesionado. No es posible concebir contramedidas si no existe un mecanismo objetivo que permita comprobar previamente, con todas las garantías necesarias, la violación de una norma de derecho internacional y establecer la igualdad entre el Estado supuestamente lesionado y el Estado designado por éste como responsable de la violación. Enunciar disposiciones relativas a la solución de controversias haría posible instituir un mecanismo de esta clase.

37. El Sr. KATEKA es partidario de la solución consistente en hacer del proyecto de artículos un instrumento que tenga fuerza obligatoria, por las razones expuestas en el párrafo 22 del cuarto informe. Los adversarios de esta solución arguyen que la Sexta Comisión podría deshacer lo que ha exigido a la CDI 50 años de trabajo, pero en todo caso la Sexta Comisión tiene libertad para tramitar como desee las recomendaciones de la CDI. Otros invocan el elemento de desarrollo progresivo del derecho internacional contenido en el proyecto de artículos, pero el desarrollo progresivo es uno de los dos aspectos del mandato de la CDI, que prestaría un pésimo servicio a la comunidad internacional si se limitara a la codificación. A juicio de otros miembros, esta solución podría conducir a la aprobación de un instrumento que algunos Estados influyentes se abstendrían de ratificar. Ahora bien, en primer lugar, la CDI es un órgano subsidiario de la Asamblea General y, por consiguiente, ha de tomar en consideración los intereses de todos los Estados Miembros. Por lo demás, la solución que consistiría en aprobar un instrumento que no tuviera fuerza obligatoria no constituye de ningún modo una garantía de aceptabilidad por todos los Estados Miembros. Muchas resoluciones importantes —por ejemplo las resoluciones de la Asamblea General 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, o 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, relativa a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados— son vulneradas por los Estados que no aprecian su contenido. Por consiguiente, el problema que se plantea es el de la aceptabilidad del instrumento más bien que el de su forma.

38. Para algunos miembros de la Comisión, la cuestión de la inclusión en el proyecto de artículos de disposiciones sobre la solución de controversias depende a la vez de la forma y del fondo del asunto. Sea lo que fuere, disposiciones de esta índole deberían figurar en el proyecto, por las razones expuestas en el párrafo 13 del cuarto informe, con relación a los tratados normativos de gran importancia que establecen mecanismos obligatorios para la solución de controversias. A este respecto se podría

tomar en consideración la propuesta china mencionada en el párrafo 20 de dicho informe.

39. El Sr. PELLET está totalmente de acuerdo con el Relator Especial en lo que se refiere a los dos puntos objeto de examen, a saber, la forma futura del proyecto de artículos, por un lado, y la cuestión de la solución de controversias, por otro, aun cuando es un tanto menos entusiasta acerca de ciertas cuestiones de fondo. Esto sentado, la Comisión no tenía ninguna justificación para comenzar el período de sesiones con consultas oficiosas sobre el asunto. Los Estados, al igual que los investigadores, tienen derecho a saber lo que los miembros de la Comisión piensan y dicen y es solamente en situación de bloqueo cuando se entablan consultas o se crea un grupo de trabajo para encontrar soluciones de transacción. La Comisión tenía poquísimas razones de actuar así pues no hay virtualmente motivos para prever un bloqueo grave en relación con los dos puntos mencionados.

40. La cuestión de la solución de las controversias plantea un problema fundamental «en sí», un problema general en relación con el cual la Comisión, en el marco de su programa de trabajo a largo plazo, podría algún día establecer una especie de modelo de cláusulas para la solución de controversias que se harían figurar en los convenios de codificación. Ahora bien, no está ciertamente justificado ocuparse de ello en el marco del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, en detrimento de elementos más importantes relacionados con el fondo del asunto. En realidad, el problema es doble, pues guarda relación con la cuestión de saber si es necesario enunciar en el proyecto de artículos disposiciones especiales sobre la solución de controversias, por un lado, y con la cuestión específica de la solución de controversias en lo que se refiere a las contramedidas, por otro. En el contexto específico de las contramedidas, es necesario proscribir las cláusulas sobre la solución de controversias todavía más que en el contexto general. Indiscutiblemente, la Comisión ha enderezado mal sus pasos cuando, en el proyecto aprobado en primera lectura, se ha basado en la solución de controversias para atenuar y enmarcar el régimen de las contramedidas; en efecto, con el pretexto de que instituía un modo obligatorio para la solución de las controversias relacionadas con las contramedidas, la Comisión ha puesto de manifiesto una actitud extremadamente laxista acerca de las normas de fondo aplicables a estas contramedidas. Al razonar así, se olvidan dos cosas. En primer lugar, la antigua tercera parte sólo era concebible si figuraba en una convención y si esta convención estaba en vigor entre los dos protagonistas. Ahora bien, 30 años después de su aprobación, la Convención de Viena de 1969, que algunos toman como modelo, sólo cuenta con la adhesión de algo menos de la mitad de los Estados del mundo. Si ocurre lo mismo con el futuro instrumento sobre la responsabilidad de los Estados, la protección mediante las disposiciones relativas a la solución de controversias en caso de contramedidas será extremadamente ilusoria. En segundo lugar, esta protección será igualmente ilusoria incluso para los Estados que hayan ratificado el instrumento si el régimen de contramedidas previsto fuera laxista, como era el caso en el proyecto aprobado en primera lectura y como sigue siéndolo en parte en el presentado por el Comité de Redacción en el anterior período de sesiones. Lo que importa no es el principio de la solución de controversias,

sino su eficacia disuasiva. Desde este punto de vista, las disposiciones aprobadas en el 48.º período de sesiones eran pura fantasmagoría y, en lugar de repetir el mismo error, la Comisión debería ocuparse más bien de lo fundamental, es decir, del enmarcamiento normativo de las contramedidas. En cuanto al problema general de la solución de controversias, para formular más brutalmente el punto de vista del Relator Especial, no corresponde a un puñado de expertos la misión de revolucionar el derecho internacional. En efecto, o bien la Comisión no va más allá de lo que se dispone en el párrafo 3 del Artículo 2 y en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y, en este caso, su labor sería totalmente inútil, o bien trata de imponer un sistema innovador (es decir obligatorio) para la solución de controversias y sale entonces del marco del desarrollo progresivo para impulsar una mutación radical, revolucionaria, del derecho internacional, lo que no es de su competencia.

41. La segunda cuestión que se plantea a la Comisión es la de la forma que debe tener el proyecto de artículos. La Comisión está encargada de codificar el derecho internacional tal como existe, pero está encargada también de desarrollarlo progresivamente, es decir, dentro de los límites que le parezcan razonables, de colmar las lagunas de este derecho y de hacerlo más coherente, más eficaz y más en armonía con la sociedad internacional, sin desnaturalizar su espíritu. Por consiguiente, debería hacer cuanto pudiera para evitar que los Estados se apoderaran del fruto de 40 años de labor sobre el asunto para convertirlo en una convención. No todos los Estados que preconizan esta solución están inspirados necesariamente por las intenciones más excelsas y se corre el riesgo extremo de que la conferencia diplomática que aprobaría esta convención destruiría el equilibrio laborioso, pero globalmente feliz, del proyecto elaborado por la Comisión y eliminaría los elementos de desarrollo progresivo para, en definitiva, conservar solamente el añejo derecho del siglo xix, del que ha salido el derecho clásico de la responsabilidad y en el que se manifiesta el dominio tranquilo de algunos Estados «más iguales» que los demás sobre el resto del mundo. El proyecto de artículos de la Comisión no pone radicalmente en duda este derecho —y en todo caso la Comisión no ejercería su función si lo hiciera—, pero tiene como mínimo el mérito de tener en cuenta, tal vez un tanto tímidamente, la evolución registrada a fines del siglo xx y a comienzos del siglo xxi. Es cierto que lo peor no es nunca seguro, pero el ejemplo citado a este respecto, el del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es un tanto engañoso, porque en una conferencia de codificación de la responsabilidad de los Estados no se haría notar la influencia de las organizaciones no gubernamentales que tanta importancia tuvo en Roma. Sería una reunión de Estados y los Estados «más iguales» sabrían encontrar las argucias que les permitirían convencer a los «menos iguales». Si la Comisión consigue salvar a su proyecto de este peligro, la práctica se encargará de eliminar los elementos que serían la consecuencia de un desarrollo progresivo excesivamente presuntuoso y de consolidar los otros. Por lo demás, como subraya el Relator Especial en el párrafo 25 de su informe, una convención es tanto menos necesaria cuanto que, a diferencia del derecho de los tratados, no se requiere que el derecho de la responsabilidad de los tratados se aplique en el derecho interno.

42. Por consiguiente, convendría recomendar a la Asamblea General, no que se oriente hacia la elaboración de una convención, ni siquiera que apruebe una declaración, sino meramente que tome nota del proyecto de la Comisión, de ser posible con aprobación. A este respecto, incluso el proyecto aprobado en primera lectura ha ejercido ya una influencia decisiva sobre la evolución del derecho internacional. Indiscutiblemente, la Comisión ha mejorado este texto en segunda lectura, por lo menos en lo que se refiere a las partes segunda y segunda *bis*. Como parece imposible llegar a un consenso sobre una recomendación precisa o, por mejor decir, inequívoca, si el riesgo de bloqueo se pone de manifiesto en la Comisión, la celebración de consultas oficiosas o la constitución de un grupo de trabajo tal vez harían posible elaborar una solución de transacción. Si incluso esta posibilidad resulta infructuosa, recurrir a la votación no es escandaloso en absoluto si ello ocurre después de que todo el mundo ha procurado trabajar de buena fe. Por último, después de haber pedido el Relator Especial la opinión de la Comisión acerca de las observaciones futuras sobre el proyecto de artículos, es necesario propugnar con vehemencia que, por facilidad o por demagogia, no se descienda por debajo del nivel de los comentarios del antiguo Relator Especial Ago, que son modelos absolutos y cuya utilidad para los profesionales es ya indiscutible, y descender al nivel, muy bajo, de las observaciones sobre la segunda parte.

43. El Sr. DUGARD se complace en señalar que todos los miembros de la Comisión están inspirados por la misma preocupación de basar la normativa en materia de responsabilidad de los Estados en el derecho internacional. La única cuestión que se plantea consiste en determinar la mejor manera de hacerlo. Ahora bien, esta cuestión es delicada porque pone en juego, además de consideraciones jurídicas, consideraciones políticas y porque, en realidad, no existe ningún precedente sobre el cual sea posible apoyarse.

44. Se ha propuesto que el proyecto de artículos objeto de estudio revista la forma de una convención, porque esta fórmula ha sido aplicada con éxito en el caso del derecho de los tratados y porque ciertos proyectos de artículos que la CDI había sometido a la Sexta Comisión sin formular recomendación precisa a su respecto, entre ellos el proyecto de declaración sobre los derechos y deberes de los Estados¹² o el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹³, no han tenido ningún resultado. Sin embargo, es obligado observar que, en el caso del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, la Comisión recomendó a la Asamblea General que tomara nota del proyecto en una resolución. Tal vez convendría en el caso presente seguir este ejemplo. El orador, que considera seductora la fórmula de la convención, prefiere, después de tener presentes todos los factores, la forma de una declaración o de una resolución mediante la cual la Asamblea tomaría nota del proyecto de artículos. En efecto, es de temer que una convención sólo sería ratificada por un pequeño número de Estados, lo que reduciría su fuerza. Sea lo que fuere, los proyectos de artículos aprobados en primera

lectura son ya una fuente de inspiración y los que serán aprobados en segunda lectura lo serán también, sin duda, en la misma medida, por no decir más. Por otra parte, confiar el proyecto de artículos a un comité preparatorio o a una conferencia de plenipotenciarios sería una empresa extremadamente peligrosa, pues el producto final quizá perdiera rigor. Es cierto que las deliberaciones de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional han sido fructíferas y han tenido como resultado la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pero no hay que olvidar que las organizaciones no gubernamentales ejercieron toda la presión posible en los pasillos y que consiguieron hacer aceptar en los proyectos de artículos que eran entonces objeto de examen elementos de desarrollo progresivo que iban más allá de las expectativas de la misma Comisión. No ocurrirá lo mismo en el caso del proyecto de artículos que es ahora objeto de estudio y es muy probable que los Estados hagan prevalecer sus intereses particulares.

45. En cambio, si se pronuncia en favor de una compilación de normas y pide a la Asamblea General que tome nota del proyecto, la Comisión podrá ser extremadamente exigente y centrar su atención en las normas consuetudinarias más elevadas del derecho internacional. No hay ningún motivo para dedicarse a una operación de autocensura. De hecho, los principios fundamentales que rigen la responsabilidad de los Estados son ya claros y están bien consolidados y la Comisión ha de hacer lo posible para no repetir el error que ha cometido en el caso del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad al debilitar su rigor.

46. En cuanto a la cuestión de saber si convendría eliminar del proyecto de artículos los elementos más controvertidos, es apropiado señalar que los mismos gobiernos están divididos al respecto: algunos son partidarios de una compilación, siempre que se tenga en cuenta la práctica de los Estados y se evacuen las cuestiones controvertidas; otros Estados consideran que la Comisión debería proseguir su labor de desarrollo progresivo y todavía otros Estados, que no debería enderezar sus pasos por este camino. La CDI ha de ocuparse de un proyecto de artículos que, en su forma actual, representa un estado aceptable del desarrollo progresivo en la materia. Debería proseguir su labor sin tratar de reemplazar a la Sexta Comisión. Debería dedicarse a elaborar desde ahora hasta el final del presente período de sesiones un conjunto de proyecto de artículos racional y bien equilibrado y explicar claramente por qué, en este caso concreto y por principio, se inclina en favor de una compilación de normas en lugar de una convención, a fin de que la Asamblea General no considere su recomendación como una confesión de fracaso.

47. En cuanto a la tercera parte, relativa a la solución de controversias, el orador no aprueba ni el principio en que se basa ni la forma que reviste actualmente. Suscribe sin reservas la opinión que el Relator Especial expresa al respecto en el párrafo 13 de su informe. Valdría más que, en lugar de tratar de enunciar en el proyecto de artículos disposiciones sobre la solución de controversias, la Comisión dedicara su atención a las disposiciones relativas a las contramedidas.

¹² *Yearbook...* 1949, pág. 287.

¹³ *Anuario...* 1996, vol. II (segunda parte), párr. 50.

48. En resumen, el orador se declara partidario de una compilación de normas en la materia a condición de que la Comisión se abstenga de toda autocensura y no suprima en el proyecto de artículos los elementos de desarrollo progresivo que el proyecto contiene en su forma actual y que se han de mantener a toda costa. En caso contrario, el orador volvería sobre su posición y manifestaría su preferencia por la forma de la convención.

49. El Sr. ROSENSTOCK desea rendir homenaje al Relator Especial por su informe documentado, límpido y conciso. Con otros miembros de la Comisión, comparte sin reservas su análisis de las cuestiones generales pendientes que quedan por tratar. La primera de estas cuestiones se refiere a la forma del proyecto de artículos que la Comisión debe recomendar a la Asamblea General de conformidad con el artículo 23 de su estatuto. Sobre la base de cierto número de consideraciones positivas, pero también negativas, el orador se declara convencido de que la Comisión, obrando de conformidad con el apartado a del párrafo 1 del artículo 23 de su estatuto, debería recomendar a la Asamblea que tomara nota del conjunto de los artículos, que representa, bajo reserva de algunos ajustes y supresiones, un instrumento de codificación admirable y extremadamente útil. Tanto si se trata del estado del derecho de la responsabilidad de los Estados como de su percepción, mucho es lo que ha andado la Comisión desde que comenzó sus trabajos con la ayuda de los diversos relatores especiales que se han sucedido. El último de ellos, el Sr. Crawford, ha aportado una contribución eminente al esclarecer y circunscribir el texto aprobado en primera lectura.

50. La cuestión de la *lex lata* ha sido objeto de un amplio acuerdo. Si desea ir más allá de una actividad de codificación y modificar el derecho existente o crear nuevas normas donde no existen, la Comisión deberá recomendar a la Asamblea General que convoque a una conferencia para concertar un convenio, pues la Asamblea no está facultada para legislar.

51. En cuanto a las contramedidas, la norma en la materia ha quedado establecida de manera concluyente en la sentencia arbitral dictada en el asunto *Accord relatif aux services aériens*. El orador volverá ulteriormente en el curso del debate sobre esta cuestión y sobre otras cuestiones de fondo.

52. Si recomienda la elaboración de una convención, la Comisión deberá pronunciarse acerca del problema de la solución de controversias. Para conseguir un resultado tendrá que ir más allá del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que tiene carácter obligatorio, lo que podría conducir a algunos a preguntarse si es adecuado. El orador no considera necesario actuar de este modo. Lo menos que se puede decir es que, a la vista de sus observaciones, los gobiernos no están dispuestos en ningún caso a marchar en este momento por este camino. Algunos censurarán quizá esta actitud prudente e insistirán en el hecho de que la Comisión no debe limitarse a hacer obra de codificación y debe realizar una operación de desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad de los Estados a cambio de una usurpación del poder legislativo que esta actividad supone. Ponen de relieve que «quien nada intenta nada consigue». Ahora bien, este adagio no se aplica al caso presente. La práctica actual de la Sexta Comisión consistente en crear un comité

preparatorio, la experiencia adquirida con el tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes y otras experiencias análogas demuestran que, si la CDI recomienda la elaboración de una convención, pondrá en peligro, es más, perderá inmediatamente, la posibilidad de aportar a la codificación del derecho internacional una de las contribuciones más importante que se hayan hecho jamás. No puede permitírselo. Recomendar la elaboración de una convención que carecería de efectos sería, desde todos los puntos de vista, la peor de las soluciones.

53. El Sr. Rosenstock se reserva el derecho de intervenir sobre la cuestión del establecimiento de distinciones cualitativas en el derecho de la responsabilidad de los Estados, así como sobre el acierto o la utilidad discutibles de ocuparse de la cuestión de las contramedidas de modo distinto de las demás cuestiones tratadas en el artículo 23 del proyecto y *a fortiori* de hacerlo de manera incompatible con el derecho existente. Si las afirmaciones del Sr. Momtaz sobre el estado del derecho internacional y las contramedidas correspondieran a la realidad, el mundo sería seguramente mejor. Por desgracia, las contramedidas son necesarias a causa del estado primitivo del derecho internacional, situación que la Comisión no puede corregir con una declaración o una convención sobre la responsabilidad de los Estados.

54. El Sr. DUGARD desea saber lo que el Sr. Rosenstock entiende precisamente por «desarrollo progresivo»: ¿cree que la Comisión debería decidir ahora que cuestiones tales como la distinción entre «violación ordinaria» y «violación grave» o la de las contramedidas son hasta tal punto objeto de controversia que ello las sitúa más allá de un desarrollo progresivo aceptable del derecho y que, por consiguiente, conviene desecharlas, o bien debería examinarlas ulteriormente a fondo?

55. El Sr. ROSENSTOCK hace observar que no existe una distinción bien zanjada entre «codificación» y «desarrollo progresivo» del derecho internacional. Ahora bien, puede haber casos en los que se trata sin discusión posible de modificar las normas de derecho, de crear nuevas normas, en otras palabras, de una actividad «legislativa», actividad que no corresponde en absoluto a la Asamblea General. Sólo es posible legislar por la vía convencional.

56. El Sr. PELLET teme que el debate que acaba de comenzar parte de una base errónea y que el Sr. Rosenstock confunde dos aspectos: la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda*, por un lado, y, por otro, la distinción entre codificación y desarrollo progresivo del derecho. Ahora bien, el orador está convencido de que no es en absoluto lo mismo. Es cierto que la codificación se apoya en una *lex lata* firme y bien asentada, pero lo que es importante en la expresión «desarrollo progresivo» es el adjetivo «progresivo». En virtud de su estatuto, la Comisión está encargada de hacer una obra no sólo de codificación, sino también de desarrollo progresivo. El desarrollo progresivo se sitúa en la línea del derecho existente: no hay ruptura con éste; no lo contradice; colma sus eventuales lagunas; lo precisa. Si, por su parte, se limita a tomar nota del proyecto de artículos, la Asamblea General desempeñará igualmente su función; en el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas se prevé que hará recomendaciones para «impulsar el desarrollo progresivo del

derecho internacional y su codificación». No podrá desde luego legislar.

57. El Sr. TOMKA cree que el análisis del Sr. Rosenstock se apoya ciertamente en el estatuto de la Comisión, pero teme que, al privilegiar la forma de una declaración o de otro instrumento no obligatorio, la Comisión sacrifica algunos elementos de desarrollo progresivo del derecho. Por lo general, en los proyectos de artículos que la Comisión elabora se reserva un espacio tanto a la codificación como al desarrollo progresivo del derecho y, en el caso presente, la Comisión propone la convocación de una conferencia diplomática con la finalidad de aprobar una convención, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto.

58. El Sr. ECONOMIDES hace observar que el Sr. Pellet ha establecido una distinción muy interesante entre *lex lata* y *lex ferenda*, al poner de relieve la identidad total entre *lex lata* y codificación y al señalar que, en el caso de la *lex ferenda*, el problema consiste sencillamente en precisar las normas existentes o bien, eventualmente, en colmar las lagunas, de conformidad con las normas existentes y sin ir más allá. Por consiguiente, no existiría coincidencia entre *lex ferenda* y desarrollo progresivo. El orador considera esta interpretación como excesivamente restrictiva y la rechaza. Es posible ir más allá del derecho existente y completarlo, pero lo que no se debe hacer es elaborar normas que estén en contradicción con él.

59. El Sr. BROWNLIE dice que este debate sobre la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda* carece de objeto. Lo difícil es aplicar esta distinción cuando se plantean los problemas claves, por ejemplo el de las contramedidas.

60. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, si la CDI desea terminar su labor sobre la responsabilidad de los Estados en el presente período de sesiones, como se lo ha pedido la Sexta Comisión, es necesario proceder de la manera siguiente: primero, el Comité de Redacción debe terminar la elaboración del conjunto de los proyectos de artículos desde ahora hasta el final de la primera parte del período de sesiones. Segundo, igualmente desde ahora hasta el final de la primera parte del período de sesiones, la Comisión debe aprobar las observaciones relativas a los artículos: la Comisión recibirá en fecha muy próxima las observaciones relativas a los artículos 1 a 11 y, si lo desea, para ganar tiempo, una versión resumida de estas observaciones. En el curso de la primera semana de la segunda parte del período de sesiones se creará un grupo de trabajo encargado de analizar sistemáticamente las observaciones. Tercero, la Comisión deberá resolver los problemas de principio pendientes, que son múltiples e interconexos, tanto si se trata de problemas de principio como de problemas de fondo. Por consiguiente, sería útil aceptar la sugerencia del Sr. Pellet tendente a constituir con este objeto un grupo de trabajo que estaría encargado de llegar a soluciones aceptables. Cuarto, en el curso de la segunda parte del período de sesiones, la Comisión deberá aprobar los proyectos de artículos, acompañados de observaciones.

61. Con esta finalidad, el Relator Especial se propone presentar dentro de poco un anexo a su cuarto informe y

la Comisión podrá transmitir al Comité de Redacción los artículos de la primera parte, con excepción del artículo 23 sobre las contramedidas, completados por las sugerencias y observaciones que se hayan hecho a su respecto. Deberá examinar luego las cuestiones generales pendientes que se evocan en el informe objeto de estudio y, una vez terminado el debate, transmitir todas estas cuestiones al grupo de trabajo para que encuentre fórmulas aceptables. Teniendo en cuenta que se dispone de poco tiempo, el Relator Especial lanza a los miembros de la Comisión un llamamiento para instarles a ser tan concisos y precisos como sea posible.

62. El PRESIDENTE dice que la Comisión se pronunciará sobre el calendario propuesto a principios de la semana siguiente.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2669.ª SESIÓN

Viernes 27 de abril de 2001, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Peter KABATSI

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

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

[Tema 1 del programa]

El Sr. TOMKA (Presidente del Comité de Redacción) dice que, tras las consultas que se han celebrado, el Comité de Redacción para el tema de la responsabilidad de los Estados quedará integrado por los miembros siguientes: Sr. Crawford (Relator Especial), Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada y Sr. He (*ex officio*).

La sesión se levanta a las 10.10 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2666.ª sesión.