A/CN.4/SER.A/1992

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1992

Volumen I

Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo cuarto período de sesiones 4 de mayo-24 de julio de 1992

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/1992

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1992

Volumen I

Actas resumidas
de las sesiones
del cuadragésimo cuarto período de sesiones
4 de mayo-24 de julio de 1992

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 1994

ADVERTENCIA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo, *Anuario... 1990*).

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;

Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario,* que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

*

* *

El presente volumen contiene las actas resumidas del 44.° período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/SR.2253-A/CN.4/SR.2294) con las correcciones comunicadas por los miembros de la Comisión y los cambios de estilo y modificaciones editoriales que se han estimado necesarios.

A/CN.4/SER.A/1992

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Número de venta: S.94.V.3 ISBN 92-1-333224-6
Edición completa de dos volúmenes: ISBN 92-1-333227-0
ISSN 0497-9885

ÍNDICE

	Página
Composición de la Comisión	vii
Mesa	vii
Programa	viii
Abreviaturas	ix
Convenciones multilaterales citadas en el presente volumen	x
Lista de documentos del 44.° período de sesiones	xiii

ACTAS RESUMIDAS
DE LAS SESIONES 2253.ª A 2294.ª

2253.ª sesión
Lunes 4 de mayo de 1992, a las 15.10 horas
Apertura del período de sesiones 1
Declaración del Presidente interino 1
Declaración del Asesor Jurídico, Representante del Secretario General 1
Elección de la Mesa 1
Aprobación del programa 2
Organización de los trabajos del período de sesiones 2

2254.ª sesión
Martes 5 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad
Décimo informe del Relator Especial
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional 3
Comité de Redacción 9
Grupo de Planificación 9

2255.ª sesión
Miércoles 6 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(continuación)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 9

2256.ª sesión
Jueves 7 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(continuación)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 15

2257.ª sesión
Viernes 8 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Organización de los trabajos del período de sesiones *(continuación)* 19
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(continuación)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 20

2258.ª sesión
Martes 12 de mayo de 1992, a las 10.00 horas
Declaración del Presidente saliente 28
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(continuación)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 29

2259.ª sesión
Miércoles 13 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(continuación)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 35

2260.ª sesión
Jueves 14 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(continuación)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 42

2261.ª sesión
Viernes 15 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(continuación)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 51

2262.ª sesión
Martes 19 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(continuación)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 57

2263.ª sesión
Miércoles 20 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(continuación)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 65

2264.ª sesión
Viernes 22 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Décimo informe del Relator Especial *(conclusión)*
Posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* 69

2265.ª sesión
Martes 26 de mayo de 1992, a las 10.00 horas
Responsabilidad de los Estados
Tercero y cuarto informe del Relator Especial
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 72

2266.ª sesión
Miércoles 27 de mayo de 1992, a las 10.00 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*

Página

Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 79

2267.ª sesión
Viernes 29 de mayo de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 88

2268.ª sesión
Martes 2 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional
Octavo informe del Relator Especial 96

2269.ª sesión
Viernes 5 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)*
Octavo informe del Relator Especial *(continuación)* 102

2270.ª sesión
Martes 9 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)*
Octavo informe del Relator Especial *(continuación)* 108

2271.ª sesión
Miércoles 10 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)*
Octavo informe del Relator Especial *(continuación)* 118

2272.ª sesión
Viernes 12 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)*
Octavo informe del Relator Especial *(continuación)* 126

2273.ª sesión
Martes 16 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)*
Octavo informe del Relator Especial *(continuación)* 130
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 133

2274.ª sesión
Miércoles 17 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 141

2275.ª sesión
Jueves 18 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 145
Cooperación con otros organismos

Página

Declaración del Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano 148

2276.ª sesión
Viernes 19 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 150
Clausura del Seminario sobre derecho internacional 157

2277.ª sesión
Martes 23 de junio de 1992, a las 10.00 horas
Visita de un miembro de la Corte Internacional de Justicia .. 158
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 158

2278.ª sesión
Viernes 26 de junio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 164

2279.ª sesión
Miércoles 1.º de julio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 175
Expresiones de condolencia al Gobierno y al pueblo de Argelia por el asesinato de su Presidente, Sr. Mohammed Boudiaf 181

2280.ª sesión
Jueves 2 de julio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 182

2281.ª sesión
Viernes 3 de julio de 1992, a las 10.10 horas
Cooperación con otros organismos *(continuación)*
Declaración de la Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica 192

2282.ª sesión
Miércoles 8 de julio de 1992, a las 10.00 horas
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(conclusión)*
Informe del Grupo de Trabajo 195

2283.ª sesión
Viernes 10 de julio de 1992, a las 10.05 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Tercero y cuarto informe del Relator Especial *(continuación)*
Artículo 5 *bis* y artículos 11 a 14 *(continuación)* 196

2284.ª sesión
Martes 14 de julio de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional 202

Página

2285.ª sesión
Miércoles 15 de julio de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* ... 211

2286.ª sesión
Jueves 16 de julio de 1992, a las 10.05 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(continuación)*
Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(continuación)* ... 217
Cooperación con otros organismos *(conclusión)*
Declaración del Observador del Comité Jurídico Interamericano ... 220

2287.ª sesión
Viernes 17 de julio de 1992, a las 10.15 horas
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(conclusión)*
Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional *(conclusión)* ... 222
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones
Capítulo IV.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional
A. Introducción ... 224
B. Examen del tema en el actual período de sesiones
1. Examen del octavo informe del Relator Especial ... 224
2. Decisiones de la Comisión ... 225
Organización de los trabajos del período de sesiones *(conclusión)* ... 226

2288.ª sesión
Lunes 20 de julio de 1992, a las 10.00 horas
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Proyectos de artículos propuestos por el Comité de Redacción
Artículo 1, párrafo 2 ... 227
Artículo 6.—Cesación del comportamiento ilícito ... 227
Artículo 6 *bis*.—Reparación ... 227
Artículo 7.—Restitución en especie ... 228
Artículo 8.—Indemnización ... 228
Artículo 10.—Satisfacción ... 228
Artículo 10 *bis*.—Seguridades y garantías de no repetición ... 228

2289.ª sesión
Lunes 20 de julio de 1992, a las 16.10 horas
Responsabilidad de los Estados *(conclusión)*
Proyectos de artículos propuestos por el Comité de Redacción *(conclusión)* ... 238
Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación
Informe del Grupo de Planificación ... 240

2290.ª sesión
Martes 21 de julio de 1992, a las 10.10 horas
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones *(continuación)*
Capítulo III.—Responsabilidad de los Estados
A. Introducción ... 244
B. Examen del tema en el actual período de sesiones
1. Observaciones sobre el tema en su conjunto 245
2. Proyectos de artículos contenidos en el informe preliminar y el segundo informe del Relator Especial ... 245
3. Los informes tercero y cuarto del Relator Especial ... 246

2291.ª sesión
Martes 21 de julio de 1992, a las 15.05 horas
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones *(continuación)*
Capítulo III.—Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
B. Examen del tema en el actual período de sesiones *(continuación)*
3. Los informes tercero y cuarto del Relator Especial *(continuación)* ... 248

2292.ª sesión
Miércoles 22 de julio de 1992, a las 10.35 horas
Otros asuntos ... 254
Fecha y lugar de celebración del 45.° período de sesiones ... 254
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones *(continuación)*
Capítulo III.—Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
B. Examen del tema en el actual período de sesiones *(continuación)*
3. Los informes tercero y cuarto del Relator Especial *(continuación)* ... 254
Capítulo II.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad
A. Introducción ... 256
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 257

2293.ª sesión
Jueves 23 de julio de 1992, a las 15.20 horas
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones *(continuación)*
Capítulo III.—Responsabilidad de los Estados *(conclusión)*
B. Examen del tema en el actual período de sesiones *(conclusión)*
3. Los informes tercero y cuarto del Relator Especial *(conclusión)* ... 257
Capítulo I.—Organización del período de sesiones
A. Composición de la Comisión ... 259
B. Mesa ... 259
C. Comité de Redacción ... 259
D. Grupo de Trabajo establecido en cumplimiento de la petición contenida en la resolución 46/54 de la Asamblea General ... 259
E. Secretaría ... 260
F. Programa ... 260
G. Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 44.° período de sesiones ... 260
H. Cuestiones sobre las cuales la Comisión tiene especial interés en conocer las opiniones de los gobiernos para la continuación de sus trabajos ... 261
Capítulo V.—Otras decisiones y conclusiones de la Comisión
A. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación ... 261
B. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ... 261
C. Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema) ... 262
D. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación
1. Planificación de las actividades ... 262
2. Programa de trabajo a largo plazo ... 262
3. Comité de Redacción ... 263
4. Informe de la Comisión a la Asamblea General ... 264

2294.ª sesión
Viernes 24 de julio de 1992, a las 10.00 horas
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones *(conclusión)*

Página

Capítulo I.—Organización del período de sesiones *(conclusión)*
H. Cuestiones sobre las cuales la Comisión tiene especial interés en conocer las opiniones de los gobiernos para la continuación de sus trabajos *(conclusión)* 264
Capítulo V.—Otras decisiones y conclusiones de la Comisión *(conclusión)*
D. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación *(conclusión)*
3. Comité de Redacción *(conclusión)* 264
5. Contribución de la Comisión al Decenio del Derecho Internacional 264
6. Posibilidad de dividir el período de sesiones anual de la Comisión en dos partes 264
7. Duración del próximo período de sesiones ... 264

Página

E. Cooperación con otros organismos 264
F. Fecha y lugar del 45.° período de sesiones 265
G. Representación en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General 265
H. Seminario sobre derecho internacional 265
Capítulo II.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad *(conclusión)*
B. Examen del tema en el actual período de sesiones *(conclusión)*
1. Examen del décimo informe del Relator Especial 265
2. Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional 269
3. Decisión de la Comisión 269
Clausura del período de sesiones 269

COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN

Nombre	*Nacionalidad*
Sr. Husain AL-BAHARNA	Bahrein
Sr. Awn AL-KHASAWNEH	Jordania
Sr. Gaetano ARANGIO-RUIZ	Italia
Sr. Julio BARBOZA	Argentina
Sr. Mohamed BENNOUNA	Marruecos
Sr. Derek William BOWETT	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
Sr. Carlos CALERO RODRIGUES	Brasil
Sr. James CRAWFORD	Australia
Sr. John de SARAM	Sri Lanka
Sr. Gudmundur EIRIKSSON	Islandia
Sr. Salifou FOMBA	Malí
Sr. Mehmet GÜNEY	Turquía
Sr. Kamil IDRIS	Sudán
Sr. Andreas J. JACOVIDES	Chipre
Sr. Peter KABATSI	Uganda
Sr. Abdul G. KOROMA	Sierra Leona
Sr. Mochtar KUSUMA-ATMADJA	Indonesia
Sr. Ahmed MAHIOU	Argelia
Sr. Vaclav MIKULKA	Checoslovaquia
Sr. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA	Gabón
Sr. Alain PELLET	Francia
Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO	India
Sr. Edilbert RAZAFINDRALAMBO	Madagascar
Sr. Patrick Lipton ROBINSON	Jamaica
Sr. Robert ROSENSTOCK	Estados Unidos de América
Sr. Jiuyong SHI	China
Sr. Alberto SZEKELY	México
Sr. Doudou THIAM	Senegal
Sr. Christian TOMUSCHAT	Alemania
Sr. Edmundo VARGAS CARREÑO	Chile
Sr. Vladlen VERESHCHETIN	Federación de Rusia
Sr. Francisco VILLAGRÁN KRAMER	Guatemala
Sr. Chusei YAMADA	Japón
Sr. Alexander YANKOV	Bulgaria

MESA

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT
Primer Vicepresidente: Sr. Carlos CALERO RODRIGUES
Segundo Vicepresidente: Sr. Andreas J. JACOVIDES
Presidente del Comité de Redacción: Sr. Alexander YANKOV
Relator: Sr. Edilbert RAZAFINDRALAMBO

El Sr. Carl-August Fleischhauer, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Vladimir S. Kotliar, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, actuó como Secretario de la Comisión y, en la ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General.

PROGRAMA

En su 2253.ª sesión, celebrada el 4 de mayo de 1992, la Comisión aprobó el siguiente programa:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Responsabilidad de los Estados.
3. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.
4. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.
5. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.
6. Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema).
7. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación.
8. Cooperación con otros organismos.
9. Fecha y lugar del 45.º período de sesiones.
10. Otros asuntos.

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Comunidad Europea
CEPA	Comisión Económica para Africa
CEPE	Comisión Económica para Europa
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ILA	Asociación de Derecho Internacional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OUA	Organización de la Unidad Africana
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

*
* *

C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I., serie A	CPJI, *Recueil des arrêts* (N.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
C.P.J.I., serie A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (N.ºs 40 a 80, a partir de 1931)

*
* *

NOTA

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

CONVENCIONES MULTILATERALES CITADAS EN EL PRESENTE VOLUMEN

	Fuente
Derechos humanos	
Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, pág. 296.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)	*Ibid.*, vol. 213, pág. 221. España, *Boletín Oficial del Estado*, N.° 243, 10 de octubre de 1979.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	*Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.88.XIV.1), pág. 18.
Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1015, pág. 266.
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	*Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.88.XIV.1), pág. 211.
Convención sobre los derechos del niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N.° 49*, resolución 44/25, anexo.
Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas	
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 162.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de marzo de 1975)	*Ibid.*, vol. 1035, pág. 191.
Medio ambiente y recursos naturales	
Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Bruselas, 29 de noviembre de 1969)	*Ibid.*, vol. 973, pág. 47.
Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 18 de diciembre de 1971)	*Ibid.*, vol. 1110, pág. 130.
Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación (Barcelona, 16 de febrero de 1976)	*Ibid.*, vol. 1102, pág. 66.

	Fuente
Derecho del mar	
Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.
Derecho aplicable en los conflictos armados	
Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 326.
Convenios de Ginebra para la protección de la víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	*Ibid.*, págs. 23 y ss.
Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1125, págs. 214 y ss., y 642 y ss., respectivamente.
Derecho de los tratados	
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	*Ibid.*, vol. 1155, pág. 443.
Estupefacientes y sustancias sicotrópicas	
Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	E/CONF.82/15 y Corr.1
Aviación civil	
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 860, pág. 123.
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)	*Ibid.*, vol. 974, pág. 198.
Responsabilidad	
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington, 29 de marzo de 1972)	*Ibid.*, vol. 961, pág. 212.
Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (Ginebra, 10 de octubre de 1989)	Publicación de las Naciones Unidas (N.° de venta: F.90.II.E.30).

Fuente

Terrorismo

Convención para la prevención y represión del terrorismo (Ginebra, 16 de noviembre de 1937)	Sociedad de las Naciones, documento C.546.M.383. 1937.V.
Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1316, pág. 131.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 44.° PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN 4/441	Programa provisional	Mimeografiado Para el programa aprobado, vease *supra*, pág viii
A/CN 4/442	Décimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr Doudou Thiam, Relator especial	Reproducido en el volumen II (primera parte)
A/CN 4/443 [y Corr 1 a 3]	Octavo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr Julio Barboza, Relator Especial	*Idem*
A/CN 4/444 y Add 1 [y Corr 1] y Add 2 y 3	Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	*Idem*
A/CN 4/L 469	Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General	Mimeografiado
A/CN 4/L 470	Informe del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional	*Idem*
A/CN 4/L 471	Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional	Reproducido en el volumen II (segunda parte), anexo
A/CN 4/L 472	Proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (segunda parte) Títulos y textos de artículos aprobados por el Comité de Redacción	Véase el acta resumida de la 2288 ª sesión (párr 5)
A/CN 4/L 473 y Rev 1	Informe del Grupo de Planificación Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comision, y su documentación	Mimeografiado
A/CN 4/L 474 y Add 1	Proyecto de informe de la CDI sobre la labor realizada en su 44 ° período de sesiones capítulo I (Organización del período de sesiones)	Mimeografiado Para el texto aprobado, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N ° 10* (A/47/10) El texto definitivo figura en el volumen II (segunda parte)
A/CN 4/L 475 y Rev 1	*Idem* capítulo II (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad)	*Idem*
A/CN 4/L 476	*Idem* capítulo IV (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	*Idem*
A/CN 4/L 477 [y Corr 1]	*Idem* capítulo V (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	*Idem*
A/CN 4/L 478 [y Corr 1] y Add 1 a 3	*Idem* capítulo III (Responsabilidad de los Estados)	*Idem*
A/CN 4/SR 2253 a A/CN 4/SR 2294	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2253 ª a 2294 ª	Mimeografiado El texto definitivo figura en el presente volumen

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DEL 44.º PERÍODO DE SESIONES

celebrado en Ginebra del 4 de mayo al 24 de julio de 1992

2253.ª SESIÓN

Lunes 4 de mayo de 1992, a las 15.10 horas

Presidente interino: Sr. Husain AL-BAHARNA

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Apertura del período de sesiones

1. El PRESIDENTE INTERINO declara abierto el 44.° período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

Declaración del Presidente interino

2. El PRESIDENTE INTERINO, hablando en nombre de la Mesa del 43.° período de sesiones, da una calurosa bienvenida a los miembros de la Comisión y señala que el bagaje intelectual de los nuevos miembros sin duda contribuirá a la eficacia de la labor de la Comisión. Está seguro de que, como siempre, el espíritu de cuerpo y la estima mutua serán uno de los rasgos distintivos de la Comisión en el quinquenio venidero. Lamentablemente, el Presidente saliente no ha podido asistir a la sesión, pero estará presente al día siguiente, en el que sin duda la Comisión le dará la oportunidad de examinar las actuaciones de la Sexta Comisión en relación con el informe de la CDI.

Declaración del Asesor Jurídico, Representante del Secretario General

3. El Sr. FLEISCHHAUER (Asesor Jurídico, Representante del Secretario General), hablando en nombre del Secretario General, da la bienvenida a los miembros de la Comisión y reitera sus felicitaciones a todos los miembros que han sido elegidos o reelegidos. Aunque en los últimos años y especialmente en los últimos meses han ocurrido muchos cambios en las Naciones Unidas, las preocupaciones fundamentales de la Organización siguen siendo las mismas. Una de ellas es el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, que la Asamblea General debe promover en virtud de lo dispuesto en el apartado *a* del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas. Evidentemente, el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación son importantes tanto desde el punto de vista del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales como del fomento de la cooperación internacional. El nuevo Secretario General tiene el firme compromiso de promover el derecho internacional y fortalecer el papel de la Organización en los asuntos internacionales. El Sr. Fleischhauer hace votos por el pleno éxito de la Comisión en las tareas que la esperan y expresa su esperanza de que el nuevo mandato de los miembros será tan fructífero como el que acaba de concluir.

Se suspende la sesión a las 15.20 horas y se reanuda a las 15.20 horas.

Elección de la Mesa

Por aclamación, el Sr. Tomuschat queda elegido Presidente.

El Sr. Tomuschat ocupa la Presidencia.

4. El PRESIDENTE da las gracias a los miembros de la Comisión por la confianza que han depositado en él y les asegura que hará todo lo posible por concluir con éxito el período de sesiones aunque le es difícil esperar logros iguales a los alcanzados en el último período de sesiones bajo el mandato de su predecesor. Al dar la bienvenida a los nuevos miembros, observa que en breve la Comisión deberá determinar nuevos temas y, sin perjuicio de seguir aplicando métodos que han resultado tan

eficaces en el pasado, tal vez desee fortalecer su capacidad de trabajo adoptando, de vez en cuando, nuevos procedimientos. Desde luego, es necesario un alto grado de flexibilidad. En particular, cuando un tema no se pueda examinar debidamente sin una cierta consideración de razones de política jurídica, la Comisión deberá estudiar los medios de obtener información que aun cuando no revista un carácter estrictamente jurídico es de interés para los temas sometidos a debate. El historial de la Comisión muestra que ésta siempre ha podido solucionar las dificultades y confía en que con la cooperación de todos los interesados seguirá logrando resultados altamente positivos.

Por aclamación, el Sr. Calero Rodrigues queda elegido primer Vicepresidente.

Por aclamación, el Sr. Jacovides queda elegido segundo Vicepresidente.

Por aclamación, el Sr. Yankov queda elegido Presidente del Comité de Redacción.

Por aclamación, el Sr. Razafindralambo queda elegido Relator.

Aprobación del programa (A/CN.4/441)

Queda aprobado el programa provisional (A/CN.4/441).

5. El PRESIDENTE dice que el orden en que se examinarán los temas del programa se acordará más adelante, a propuesta de la Mesa Ampliada. La cuestión de los nuevos temas será examinada en relación con el tema 7 (Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación).

Se suspende la sesión a las 16.00 horas y se reanuda a las 16.50 horas.

Organización de los trabajos del período de sesiones

[Tema 1 del programa]

6. El PRESIDENTE dice que la Mesa Ampliada recomienda que la Comisión examine el tema del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad el siguiente día, 5 de mayo, oportunidad en la que el Relator Especial presentará su décimo informe. El debate en sesión plenaria continuaría hasta el 13 de mayo. El examen del tema de la responsabilidad de los Estados comenzaría el 14 de mayo y, en principio, concluiría el 29 de mayo, pero de ser necesario continuaría hasta junio. El Comité de Redacción se reuniría en las tardes, a partir del 6 de mayo. El Sr. Yankov, Presidente del Comité de Redacción, celebrará las consultas sobre la composición del Comité. Los miembros del Grupo de Planificación se reunirían el 7 de mayo bajo la presidencia del Sr. Calero Rodrigues. La decisión acerca de la composición del Grupo de Planificación dependerá de la composición que se dé al Comité de Redacción.

7. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Grupo de Planificación) dice que la composición del Grupo de Planificación es abierta y todos los miembros están invitados a asistir a sus reuniones y a participar en ellas.

8. El PRESIDENTE sugiere que la petición contenida en el párrafo 6 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991, respecto a la planificación de las actividades de la Comisión y a sus métodos de trabajo, se examine en relación con el tema 7.

9. El Sr. ROSENSTOCK confía en que hasta el 13 de mayo se puedan asignar algunas mañanas al Grupo de Planificación. Considera desalentador que el examen del tema de la responsabilidad de los Estados no comience hasta el 14 de mayo.

10. El PRESIDENTE dice que la Comisión aplica un criterio flexible. De no haber oradores en la lista se podría destinar una sesión de la mañana al examen del programa del Grupo de Planificación.

11. El Sr. ROSENSTOCK dice que en un esfuerzo común se debe reservar tiempo para el Grupo de Planificación. Esta decisión no debería quedar sujeta a que haya o no oradores en la lista en una mañana determinada.

12. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Grupo de Planificación) dice que el Grupo se podría reunir al menos una tarde a la semana. Además, el tiempo asignado al Pleno que no se utilice podría destinarse al Comité de Redacción o al Grupo de Planificación, según sea necesario.

13. El Sr. ARANGIO-RUIZ señala a la atención de los miembros de la Comisión el documento ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1, en el que figuran los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Entiende que el Comité de Redacción comenzará a examinar los proyectos de artículos 6 a 10 de la segunda parte. En su calidad de Relator Especial, presentó su tercer informe[1] en el período de sesiones anterior y espera con interés las observaciones de los miembros. Confía en que el Comité de Redacción complete los artículos sobre las consecuencias jurídicas de hechos internacionalmente ilícitos, con excepción de los crímenes y de la tercera parte del proyecto, relativa a la aplicación, y que el Pleno los apruebe en primera lectura.

14. El Sr. YANKOV (Presidente del Comité de Redacción) dice que se han remitido al Comité de Redacción unos diez artículos sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y es probable que se incluyan en el programa de trabajo del Comité. Es de esperar que en el presente período de sesiones se completen los artículos pertinentes sobre la responsabilidad de los Estados y se dé comienzo a la labor sobre algunos de los proyectos de artículos relativos a la responsabilidad internacional.

15. El Sr. ARANGIO-RUIZ considera importante que uno o dos miembros de habla inglesa y uno o dos de habla francesa sean miembros regulares del Comité de Redacción. El Comité es de composición abierta, pero quie-

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/440 y Add.1; para su presentación, véase *Anuario...1991*, vol. I, 2238.ª sesión, párrs. 2 a 24.

nes no son miembros no deben utilizarlo como tribuna para discursos que habrían deseado hacer en el Pleno porque ello obstaculizaría la labor del Comité.

16. El PRESIDENTE entiende que la Comisión aprueba el plan de trabajo recomendado por la Mesa Ampliada, teniendo en cuenta la petición del Sr. Rosenstock de que se asigne tiempo suficiente al Grupo de Planificación.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 17.15 horas.

2254.ª SESIÓN

Martes 5 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

1. El PRESIDENTE señala que, en su 43.° período de sesiones, la Comisión concluyó el examen en primera lectura del proyecto de código y pidió a los gobiernos que formulasen y remitiesen sus observaciones al respecto a más tardar el 1.° de enero de 1993, de modo que no podrá iniciar la segunda lectura hasta el período de sesiones de 1993. No obstante, el tema del proyecto de código se ha incluido en el programa del actual período de sesiones en cumplimiento de la petición formulada en el párrafo 3 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991. El décimo informe (A/CN.4/442) distribuido a la Comisión trata del asunto a que se refiere dicha resolución, es decir, la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional.

2. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que su intención era someter a la Comisión un proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional, y así lo había anunciado, pero que la resolución 46/54 de la Asamblea General lo ha hecho desistir de su propósito. Así pues, ha tratado de profundizar más en el estudio de la idea misma de una jurisdicción penal internacional, recogiendo en su décimo informe algunas cuestiones ya examinadas en períodos de sesiones precedentes y abordando ya el examen de otras nuevas. La primera parte del informe está dedicada al examen de ciertas objeciones formuladas contra la creación de una jurisdicción penal internacional. El Relator Especial cita a este respecto un artículo del Sr. Bennouna, publicado en el *Annuaire français de droit international*[3], en el que menciona algunos problemas que podrían poner en duda la conveniencia de la creación de tal jurisdicción: no incumbe a la Comisión pronunciarse sobre el fundamento de una decisión en tal sentido puesto que no es ése el mandato que le ha encomendado la Asamblea General. Los partidarios y adversarios de la creación de una jurisdicción penal internacional discuten sin que ni unos ni otros logren convencerse mutuamente y, como los argumentos a favor de una u otra postura son conocidos, el Relator Especial los ha resumido brevemente. La segunda parte del informe versa sobre cuestiones más concretas, que se presentan en forma de posibles proyectos de disposiciones pero no de proyectos de artículos que la Comisión tuviera que remitir al Comité de Redacción, lo que explica el estilo un poco especial de esos textos. Además, el Relator Especial no ha querido hacer el inventario de todas las cuestiones que se plantean en esta materia, sino que se ha contentado con destacar las más importantes, cuya solución condiciona la creación de la jurisdicción prevista.

3. La primera cuestión es la del derecho aplicable, que constituye el objeto de las dos siguientes versiones:

VERSIÓN A

El tribunal aplicará el derecho internacional penal y, cuando sea procedente, el derecho interno.

VERSIÓN B

El tribunal aplicará:

***a*) los convenios internacionales, sean generales o particulares, relativos a la persecución y el castigo de los crímenes de derecho internacional;**

***b*) la costumbre internacional como prueba de una práctica aceptada como derecho;**

***c*) los principios generales de derecho penal reconocidos por las Naciones Unidas;**

***d*) las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho;**

***e*) el derecho interno, cuando sea procedente.**

---

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] « La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des États », *Annuaire français de droit international*, París, vol. XXXVI, 1990, págs. 3 y ss.

La versión A es sintética y la versión B analítica. Esta segunda versión aparece en todos los proyectos anteriores relativos a esta cuestión, salvo el proyecto preparado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953[4], en el que se inspira precisamente la versión A.

4. La segunda cuestión versa sobre la competencia del tribunal por razón de la materia, que en el último período de sesiones ya fue objeto de un largo debate entre partidarios de una competencia exclusiva y defensores de una competencia concurrente con la de los Estados[5]. El posible proyecto de disposición dice:

1. Todo Estado Parte en el presente estatuto reconoce la competencia exclusiva y obligatoria del tribunal para conocer de los crímenes siguientes:

El genocidio;

Las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos;

El *apartheid*,

El tráfico internacional de estupefacientes;

La captura de aeronaves y el secuestro de agentes diplomáticos o de personas internacionalmente protegidas.

2. El tribunal no podrá conocer de ningún crimen, distinto de los enumerados en el párrafo precedente, si no tiene atribuida competencia por el Estado o los Estados en cuyo territorio presuntamente se haya cometido el crimen y por el Estado víctima o el Estado cuyos nacionales hayan sido víctimas de ese crimen.

3. El tribunal no será competente para conocer en segunda instancia de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En lo que concierne a este problema, para el que el Relator Especial no se atreve a esperar que haya hallado una solución totalmente satisfactoria, la idea básica del proyecto de disposición es la idea, expresada en el 43.° período de sesiones, en 1991, de que ciertos crímenes, tales como el genocidio, son de tal naturaleza que no pueden dejar de corresponder a la competencia exclusiva del tribunal. Así pues, el párrafo 1 enumera varios crímenes, pero incumbirá a la Comisión señalar si esa lista debe abreviarse o alargarse. Por lo que respecta a los demás crímenes, el tribunal sólo tendría una competencia de atribución. En cuanto a la cuestión de saber cuáles son los Estados facultados para atribuir competencia al tribunal, parece difícil tanto ampliar su número hasta el infinito como prescindir de esa regla de atribución de competencia. La razón de ser del párrafo 3 estriba en que la cuestión de la competencia en segunda instancia del tribunal fue largamente debatida en el último período de sesiones[6] de la Comisión y, después, en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Ese texto, redactado en forma negativa, probablemente no es satisfactorio, pero permitirá a los miembros de la Comisión exponer su punto de vista sobre este aspecto de la cuestión.

5. El Relator Especial quizás no había planteado con la debida claridad en el último período de sesiones de la Comisión la tercera cuestión, que es la interposición de la querella ante el tribunal, al hablar de la acción pública[7], y varios miembros de la Comisión hicieron observar acertadamente que los Estados no podían ejercitar la acción pública internacional, ejercicio que incumbía solamente al Consejo de Seguridad o a un órgano del tribunal encargado de la persecución en el fuero penal.

6. El posible proyecto de disposición que propone sobre la interposición de una querella ante el tribunal dice:

1. Sólo los Estados o las organizaciones internacionales tendrán derecho a interponer una querella ante el tribunal.

2. Es indiferente que la persona física contra la que se interponga la querella haya actuado a título particular o en el desempeño de una función pública.

En realidad, la verdadera cuestión era determinar quién podría interponer una denuncia o querella ante el tribunal. A esta cuestión es preciso responder naturalmente que el ejercicio ante el tribunal de la acción penal estaría reservado a los Estados y, además, a las organizaciones internacionales. Poco importa, por otra parte, que la querella esté dirigida contra una persona física que ha actuado a título particular o si lo ha hecho en el desempeño de una función pública. Pero el Relator Especial desearía que los miembros de la Comisión le dijeran si, a su juicio, ciertas personas jurídicas de derecho interno, como las asociaciones contra el racismo o pro derechos humanos, que persiguen fines de carácter universal, podrían también interponer una querella ante el tribunal. Puntualiza, a este respecto, que en el proyecto de disposición ha evitado deliberadamente el empleo del término *saisine* (interposición de una demanda), que es un término de derecho civil.

7. Pasando a la cuarta cuestión, la de la acción de reparación, el Relator Especial propone el siguiente posible proyecto de disposición:

1. Todo Estado o toda organización internacional podrá ejercitar la acción civil para la reparación del daño causado de resultas de un crimen del que conozca el tribunal.

2. Los Estados podrán ejercitar asimismo la acción civil por cuenta de sus nacionales.

Cabe preguntarse si, además de los Estados y las organizaciones internacionales, asociaciones como las que acaba de mencionar podrían ejercitar ante el tribunal una acción de reparación de un daño moral. Cabe preguntarse asimismo cuáles serían en tal caso las relaciones entre el tribunal y la CIJ. El Estado víctima de un crimen podrá interponer querella ante el tribunal y, con motivo del conocimiento de esta causa, constituirse parte civil ante la misma jurisdicción. Pero también podría ejercitar una acción de reparación ante la CIJ en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del estatuto de la CIJ. En este supuesto, la CIJ ¿debería esperar que el tribunal penal internacional fallase sobre la naturaleza criminal del acto o podría hacer caso omiso de su existencia?

8. En cuanto a la quinta cuestión, sobre la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proce-

[4] «Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional, 27 de julio-20 de agosto de 1953» [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.° 12* (A/2545)], anexo.

[5] Para un resumen del debate, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. B, párrs. 106 y ss.

[6] *Ibid.*, párrs. 116 y ss.

[7] Véanse *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/Add.1, y *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. B, párrs. 146 y ss.

so penal, propone dos versiones de posibles proyectos de disposiciones:

VERSIÓN A

La entrega del presunto autor de un crimen a la Fiscalía del tribunal no es un acto de extradición. A los efectos de la aplicación del presente estatuto, se entiende que el Tribunal Penal Internacional es un órgano jurisdiccional común a todos los Estados Partes en el presente estatuto y que la justicia que administra no emana de un órgano jurisdiccional extranjero.

VERSIÓN B

Todo Estado Parte en el presente estatuto está obligado a entregar a la Fiscalía del tribunal, a petición de éste, a todo presunto autor de un crimen que corresponda a la competencia del tribunal.

Se ha utilizado deliberadamente la expresión «entrega de una persona» en el título de la disposición relativa a la quinta cuestión ya que no parece posible hablar de extradición en este caso. Si los Estados convienen en crear entre ellos una jurisdicción penal internacional, sería inimaginable que el tribunal sólo pudiera obtener la entrega de un acusado por la vía de la extradición.

9. En lo que se refiere a la sexta y última cuestión, relativa al principio de doble instancia, el Relator Especial señala que algunos miembros de la Comisión, poco numerosos, eran partidarios de conferir al tribunal una competencia en segunda instancia, tendencia que fue vigorosamente combatida por otros miembros, que estimaban que facultar al tribunal para reexaminar las decisiones dictadas por jurisdicciones nacionales sería atentar contra la soberanía de los Estados[8]. Tras reflexionar sobre ello, el Relator Especial ha intentado proponer una solución intermedia con el siguiente texto:

1. El tribunal conocerá en primera y única instancia de las causas criminales que correspondan a su propia competencia.

2. No obstante, para garantizar el doble grado de jurisdicción, una sala especial formada por magistrados, con exclusión de los que hayan participado en la adopción de una resolución, podrá examinar la apelación interpuesta contra ésta.

Para algunos miembros de la Comisión, el derecho del condenado a recurrir en apelación forma parte de las garantías fundamentales de los derechos humanos. Tal vez el párrafo 2 de su texto sea considerado satisfactorio por los defensores de esa tesis.

10. El Relator Especial espera que su trabajo, por imperfecto que sea, permita abrir el debate. Añade que no ha querido volver a tratar el problema del método que hay que adoptar para la creación del tribunal, por considerar que corresponde más bien a los órganos políticos que a los jurídicos. Opina que probablemente no sea suficiente que la Asamblea General adopte una resolución relativa a la creación de una jurisdicción de esta naturaleza, sino que tal resolución de la Asamblea General habrá de ser completada por un convenio al que se adherirían los Estados.

11. El PRESIDENTE da las gracias al Relator Especial por la presentación de su informe.

12. El Sr. CALERO RODRIGUES plantea una cuestión de procedimiento y advierte que el informe presentado por el Relator Especial se divide en dos partes, una que versa sobre las objeciones a la creación misma del tribunal y otra que aborda problemas más concretos, como la competencia del tribunal o la organización de su procedimiento. Si cada orador desea tratar en una sola intervención todas esas cuestiones, se corre el riesgo de que el debate se prolongue en un plano muy general, aun cuando parece haber llegado el momento de ser más concreto. Por lo tanto, propone que se proceda en primer lugar a un debate general sobre la primera parte, al que seguiría un debate sobre la segunda parte en el que los oradores se pronunciarían sobre cada uno de los problemas mencionados por el Relator Especial. Como la Comisión no tropezará este año con el problema de la falta de tiempo, será más fácil que cada uno de sus miembros, y en especial los nuevos, intervengan brevemente sobre cada cuestión y que, por otra parte, se responda a esas intervenciones. Si se aplica con flexibilidad, este método debería permitir sostener un debate fructífero.

13. El PRESIDENTE desearía conocer las reacciones de los miembros de la Comisión ante esa propuesta.

14. El Sr. ROSENSTOCK apoya la propuesta, pero desearía que algunos problemas abordados en el informe de la Comisión sobre su 42.° período de sesiones[9] vuelvan a examinarse más a fondo después del debate sobre cada una de las cuestiones.

15. El Sr. YANKOV apoya también la propuesta del Sr. Calero Rodrigues, pero desearía saber cuándo y cómo responderá el Relator Especial a las intervenciones: ¿después del examen de cada cuestión o al término del debate? Como Presidente del Comité de Redacción, señala que el método que se adopte probablemente repercutirá también en los trabajos de dicho Comité.

16. El Sr. ARANGIO-RUIZ opina que, o bien se decide adoptar simultáneamente y mediante el mismo instrumento un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el estatuto de un tribunal penal internacional, o bien se abandona la idea misma de un proyecto de código, porque si no el código sería ampliamente inoperante.

17. A su juicio, un tribunal penal internacional no atentaría contra la soberanía de los Estados en mayor medida que el sistema de la jurisdicción universal que, en la práctica, conduce a someter los nacionales de un Estado a la competencia judicial de otro Estado, sin garantía aceptable de un proceso justo. En lo que se refiere a esta cuestión, la Comisión y el órgano del que depende, la Asamblea General, juegan desde hace varios años al escondite. La Asamblea General no ha contestado nunca claramente a la Comisión cuando ésta le ha preguntado si debía abordar el problema concreto de la creación de un tribunal penal internacional y ha preferido siempre invitar a la Comisión a examinar más a fondo el tema. La Comisión, por consiguiente, no ha considerado nunca que formaba parte de su mandato examinar este problema de manera tan detenida como hubiera po-

[8] Véase nota 6 *supra*.

[9] *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. C, párrs. 116 y ss.

dido hacerlo, y el Relator Especial, por su parte, se ha limitado, para no disgustar a la Sexta Comisión o la Asamblea General, a dar algunas indicaciones sobre la materia en vez de realizar un verdadero estudio. Ahora bien, incumbe a la Comisión, integrada por juristas, decidir si el código es o no realizable sin un tribunal penal internacional. Si la Comisión estima que el código sólo es viable si va acompañado de un tribunal penal internacional, debe decirlo así a la Asamblea General y trabajar sobre el estatuto de ese órgano jurisdiccional. Si no estima posible la creación de un tribunal penal internacional, es preciso reconocer que el código es una utopía. Si la Comisión no adopta esa decisión, que le incumbe, el mismo problema volverá a surgir cada año, y cada año la misma cuestión será planteada a la Asamblea General.

18. El Sr. RAZAFINDRALAMBO apoya la propuesta del Sr. Calero Rodrigues, que corresponde a una práctica regularmente seguida por la CDI y por la Sexta Comisión y que permitirá a los nuevos miembros de la CDI expresarse más o menos largamente sobre cualquiera de las partes del informe. Ello, sin embargo, no debería ser obstáculo para que los miembros que lo deseen se pronuncien en una sola intervención sobre las dos partes del informe, quizás al final del debate.

19. El Sr. PELLET aprueba también la propuesta del Sr. Calero Rodrigues, pero teme que un exceso de flexibilidad pueda llevar a vaciarla de todo contenido.

20. Por lo que respecta a la intervención del Sr. Arangio-Ruiz, el problema planteado, que es el de la primera parte del informe, es fundamental, y no comparte el punto de vista del Relator Especial según el cual no correspondería a la Comisión juzgar acerca de su oportunidad. La Asamblea General, en sus resoluciones 45/41 de 28 de noviembre de 1990 y 46/54 de 9 de diciembre de 1991, ha pedido a la Comisión que estudie la posibilidad de crear un tribunal. Incumbe a la Comisión decir si, por lo menos en el plano jurídico, esa posibilidad existe o no.

21. El Sr. GÜNEY dice que se adhiere también a la propuesta del Sr. Calero Rodrigues.

22. El Sr. ARANGIO-RUIZ puntualiza que, si bien la primera parte del informe del Relator Especial versa efectivamente sobre la posibilidad de crear un tribunal penal internacional, él ha insistido en la cuestión de la relación misma entre el tribunal y el código, cuestión que, a su juicio, se plantea antes que todas las demás cuestiones que puede suscitar la creación de un tribunal penal internacional. La Comisión realizó una excelente labor en su período de sesiones anterior, pero optó por preguntar de nuevo a la Asamblea General acerca de la posibilidad de crear un tribunal penal internacional. Ahora bien, esa cuestión está, según él, fuera de lugar; la Comisión debe proporcionar a la Asamblea General el código que ésta le ha pedido y al mismo tiempo un estatuto del tribunal, ya que ambas cosas son indisociables.

23. El PRESIDENTE recuerda que se trata por ahora de cuestiones de método y no de fondo.

24. El Sr. VERESHCHETIN apoya la propuesta del Sr. Calero Rodrigues. Desearía saber —ya que el informe no es claro a este respecto— si la competencia del tribunal penal internacional se fundaría en el código o tendría una base más amplia; la respuesta que se dé a esta cuestión de principio será decisiva en muchos aspectos, incluido el de la creación misma del tribunal.

25. El Sr. THIAM (Relator Especial) contesta que él mismo ha planteado esta cuestión en varias ocasiones, en particular en su primer informe[10], y que la Comisión no le dio nunca una respuesta verdaderamente satisfactoria. Si se le hubiera pedido que presentase el estatuto de un tribunal con competencia para conocer de todos los crímenes internacionales, lo habría hecho. Si el tribunal sólo debe conocer de los crímenes penados en el código, su competencia será evidentemente mucho más limitada. Pero esta cuestión no ha sido zanjada.

26. El PRESIDENTE dice que éste será uno de los principales problemas que habrá que tratar en el debate general y que esa cuestión está relacionada asimismo con la interpretación de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General.

27. El Sr. MIKULKA se felicita de la propuesta del Sr. Calero Rodrigues, que daría a los nuevos miembros de la Comisión la ocasión de expresar su opinión general sobre el tema y, al mismo tiempo, permitiría organizar mejor el debate sobre las cuestiones que constituyen el objeto de la segunda parte del informe estudiado. Pero, como ha dicho el Sr. Rosenstock, la Comisión debería poder examinar también las cuestiones enunciadas en el informe de 1990 de la Comisión que se dejaron en suspenso y que sería oportuno que el Relator Especial enumerase, indicando el orden en que convendría abordar su examen.

28. El Sr. IDRIS estima interesante la propuesta del Sr. Calero Rodrigues, pero desea que la división del debate permita también un análisis del tema bajo todos sus aspectos, sin que la Comisión inicie con ello un largo debate político al estilo de la Sexta Comisión. Desea asimismo que el debate general, y después el examen punto por punto de las cuestiones estudiadas en la segunda parte del informe, no arruine las posibilidades de los actuales proyectos de disposición redactados por el Relator Especial.

29. El Sr. KABATSI estima que la Comisión tiene el deber, no de plantear cuestiones a la Asamblea General, sino de hacerle propuestas concretas, independientemente de que la Asamblea las acepte, las rechace o las modifique. Se pregunta si es verdaderamente necesario estudiar la posibilidad de crear un tribunal penal internacional. ¿No sería posible ampliar la competencia de la CIJ a fin de confiarle la aplicación del código?

30. El Sr. PELLET teme que la Comisión, si acepta la propuesta del Sr. Rosenstock en su forma modificada por el Sr. Mikulka, no se lance a un maratón interminable. Lo cierto es que la Comisión no podrá resolver definitivamente, durante el período de sesiones en curso, el problema del estatuto de la eventual jurisdicción penal internacional. Pero el debate general y el debate sobre las diferentes cuestiones expuestas en el informe objeto de

[10] *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 147, documento A/CN.4/364.

examen deberían permitir aclarar las ideas y, a partir de allí, avanzar en los trabajos.

31. El Sr. THIAM (Relator Especial) acepta la propuesta del Sr. Calero Rodrigues.

32. En cuanto al fondo, desea recordar que la Comisión manifestó ya en 1950, sin haber nunca cambiado de opinión después, que la creación de un tribunal penal internacional le parecía posible y deseable[11]. Como Relator Especial, se considera vinculado por esa opinión, a menos que la Comisión vuelva sobre ella.

33. En respuesta a la observación del Sr. Rosenstock, el Relator Especial dice que ha recogido, entre las numerosas cuestiones planteadas en el mencionado informe de 1990 de la Comisión, las ideas que parecían determinantes para la creación de un tribunal penal internacional, salvo una quizás: la de la ampliación de la competencia de la CIJ. Recuerda, a este respecto, que la Comisión no había recomendado el establecimiento de una sala de lo penal, puesto que esto requería la enmienda del estatuto de la CIJ y por consiguiente de la Carta de las Naciones Unidas[12].

34. El Relator Especial está a disposición de la Comisión y espera que le dé directrices precisas, pues sin ellas no progresará el debate. Se atreve a esperar, aunque no subestima los problemas, que surjan ideas y una voluntad de acuerdo general. En su momento, al concluir el debate del presente período de sesiones, propondrá que la Comisión constituya un grupo de trabajo sobre la cuestión estudiada, aunque existe el peligro de que un grupo de trabajo no haga sino reflejar las contradicciones de la Comisión.

35. Entretanto, el Relator Especial propone que la Comisión examine su décimo informe con arreglo al método propuesto por el Sr. Calero Rodrigues.

36. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide, según la propuesta del Sr. Calero Rodrigues, dividir en dos fases el examen del informe y dedicar primero un debate general a la primera parte del informe para celebrar después un debate especial sobre cada una de las cuestiones estudiadas en la segunda parte, en la inteligencia de que ese método se aplicará con la debida flexibilidad.

Así queda acordado.

37. El Sr. BENNOUNA toma nota con interés del informe presentado por el Relator Especial y expresa el deseo de referirse, en relación con la creación de un órgano jurisdiccional penal internacional, a algunas cuestiones previas a las que conviene dar respuesta.

38. La primera concierne a la relación entre el proyecto de código y, precisamente, la posibilidad de crear un órgano de esa naturaleza. La cuestión es fundamental y es preciso resolverla sin demora, so pena de renovar el error del decenio de 1950, es decir, mantener separados ambos temas y fracasar tanto en uno como en otro. La cuestión de la jurisdicción, en efecto, no es en definitiva sino la de la puesta en práctica del código y no existe en sí misma. Por eso lamenta que la cuestión del código y la de la jurisdicción se hayan examinado por separado —sin duda por razones de orden práctico—, aunque están íntimamente relacionadas entre sí. Lo cierto es que la Comisión, que ahora tiene que examinar la cuestión de la creación de una jurisdicción penal internacional, debe tener presentes el código y sus lagunas, al igual que los problemas metodológicos que se han planteado con ocasión de su elaboración. Ahora bien, esos dos problemas siguen en pie y condicionan cualquier avance.

39. El primero de esos problemas metodológicos es el de si el código debe aplicarse al individuo y al Estado, o sólo al individuo. La Comisión decidió primero que sólo se aplicaría a los individuos, dejando en suspenso la cuestión de su aplicación a los Estados. Pero vuelve a surgir la cuestión, ya que el Estado siempre se perfila en el trasfondo de ciertos crímenes penados en el proyecto de código, como, por ejemplo, el terrorismo de Estado, la agresión, el genocidio o el colonialismo. Ahora bien, un órgano jurisdiccional cuya competencia se hiciese extensiva a los Estados no podría ser concebido de la misma forma que un órgano jurisdiccional destinado a juzgar sólo a individuos. Juzgar a un Estado no se ajusta a la misma lógica, a la misma técnica que juzgar a una persona física. La Comisión deberá resolver esta cuestión, a menos que se resigne a tropezar continuamente con ella durante el debate o a dejar que reine la ambigüedad.

40. El segundo problema metodológico concierne a la jurisdicción universal y sus relaciones con la creación de un tribunal penal internacional. La cuestión ha sido planteada ya, y el proyecto de código se ha redactado basándose en el principio de la jurisdicción universal, aunque sin perjuicio de la creación de una jurisdicción penal internacional, de suerte que algunas disposiciones del proyecto de código, válidas en el marco de la jurisdicción universal, deberán modificarse si se crea un tribunal penal internacional. Mas esas dos jurisdicciones —la jurisdicción universal y la jurisdicción de un tribunal penal internacional— ¿se excluyen mutuamente o pueden existir una junto a otra? En otras palabras, la creación de un tribunal penal internacional ¿significa el abandono del principio de la jurisdicción universal? ¿Supone que todos los Estados renuncian definitivamente a la jurisdicción? ¿O bien esos dos sistemas pueden coexistir y sólo será posible acudir al órgano jurisdiccional internacional en algunos casos, cuando el ejercicio de la jurisdicción universal plantee problemas graves? ¿No sería posible que un tribunal de un tercer país fuera competente para juzgar, llegado el caso, con una participación internacional?

41. Por otra parte, en el caso de ciertos crímenes (agresión, mercenarismo), parece inimaginable separar la inculpación del individuo y la inculpación del Estado. Sin embargo, si bien es fácil delimitar la responsabilidad de un jefe de Estado o un ministro, ¿qué ocurrirá si es un parlamento el que decide, por mayoría o por consenso y de manera anónima, si el escrutinio es secreto, atacar a otro país o financiar el terrorismo? ¿Será posible su inculpación? Cuestiones todas ellas que han sido planteadas y a las que no se ha dado ninguna respuesta.

[11] *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, pág. 379, párr. 140.

[12] *Ibid.*, párr. 145.

42. Por último, a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se opone la acción en favor del mantenimiento de la paz que, en el ámbito de las Naciones Unidas, incumbe al Consejo de Seguridad. Pero, nuevamente, la cuestión de las relaciones entre el Consejo de Seguridad y el futuro órgano jurisdiccional penal internacional no ha sido resuelta, como tampoco la de la relación entre los poderes del Consejo de Seguridad y los que se conferirían a un juez que hubiera de comprobar la existencia de una agresión, por ejemplo. Según el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad determinará la existencia de un acto de agresión. ¿Qué ocurre entonces con el juez? La cuestión se ha abordado en la Comisión, pero se dejó en suspenso a causa de su extrema dificultad. En realidad, el Consejo de Seguridad no estará obligado por el código, como tampoco está obligado por la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, sobre Definición de la agresión. El Consejo, cuando actúa, lo hace al amparo del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. La cuestión, pues, se plantea del siguiente modo: ¿cuál será la relación entre la Carta de las Naciones Unidas y el código? ¿Prevalecerá la Carta sobre el código? El problema debe estudiarse desde el punto de vista jurídico.

43. Una segunda cuestión previa que se plantea es la de si el código tendrá fuerza obligatoria para todos los Estados o sólo para los que se hayan adherido a él y, por lo tanto, si el órgano jurisdiccional penal internacional tendrá una competencia general o limitada a los Estados partes. La respuesta a esa cuestión es fundamental y no cabe esperar inspirarse a este respecto en el caso de la CIJ o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que se trata de dos sistemas totalmente diferentes que no responden a los mismos objetivos.

44. Tampoco se ha estudiado suficientemente la cuestión de las sanciones. ¿Cabe concebir un código que no establezca sanciones y, por lo tanto, un tribunal penal que creara las penas aplicables caso por caso? ¿En qué acabaría en tal caso el principio *nulla poena sine lege*? Además, un tribunal internacional difícilmente podría aplicar en este campo el derecho interno, ya que éste varía mucho de un Estado a otro, como lo demuestra el problema de la pena capital, abolida en ciertos países y mantenida en otros por razones diversas.

45. Otra cuestión es la de quién tendría derecho a someter un asunto al tribunal internacional. Se han examinado todas las posibilidades, pero el Relator Especial llega hasta el extremo de hablar de una fiscalía del tribunal internacional. En opinión del Sr. Bennouna, sería mejor evitar toda transposición de ciertos conceptos de derecho interno al derecho internacional. En el ámbito estatal, efectivamente, el ministerio fiscal representa al poder ejecutivo; habría que creer, pues, que la fiscalía del tribunal penal internacional representaría un poder ejecutivo mundial, lo que parece exagerado. Por otra parte, esa fiscalía ¿actuaría por iniciativa propia o sólo a petición de alguien y, en ese caso, de quién? La cuestión sigue en pie. La mejor solución parece ser prever una especie de acción popular en virtud de la cual cualquier Estado pudiera pedir al tribunal la incoación de un proceso y, si se hiciera extensiva a los individuos la posibilidad de interponer querella, prever un filtro para eliminar los abusos, como se ha hecho por ejemplo para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

46. Otra cuestión es la que se refiere a las atribuciones del órgano jurisdiccional internacional en materia de instrucción o investigación, que permitirían al juez instructor realizar investigaciones u obtener declaraciones de los testigos en un país determinado. Esto sin duda será muy difícil.

47. Si se crea realmente un tribunal internacional, deberá instalarse necesariamente en un país determinado y, probablemente, habrá que estudiar la cuestión de la sede del tribunal y las inmunidades relacionadas con la soberanía del Estado de sede, así como la cuestión del lugar de ejecución de las penas.

48. Pasando a examinar las consideraciones generales que constituyen el objeto de la primera parte del informe del Relator Especial, el orador señala que la creación de una jurisdicción penal internacional no ha sido decidida ni mucho menos. En su resolución 46/54, de 9 diciembre de 1991, la Asamblea General se limita a invitar a la Comisión a que estudie la posibilidad de crear tal jurisdicción. Corresponde a la Comisión responder a la cuestión fundamental de si esa jurisdicción es necesaria o no y si el código podrá o no aplicarse sin ella. No hay que olvidar tampoco que actualmente existe un orden internacional: el tribunal previsto no debe transformarlo sino más bien fundirse en él.

49. No se trata de un problema de eficiencia, como el Relator Especial parece sugerir en su informe, sino de un problema de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, entre la soberanía y el orden internacional. El principio «juzgar o conceder la extradición» ha sido generado por el orden internacional actual y modificar ese principio equivale, pues, a modificar ese orden internacional. En cuanto a la falta de objetividad de los tribunales nacionales, se trata de un riesgo real no sólo para los Estados débiles, que no siempre son capaces de contrarrestar los movimientos de ciertas organizaciones criminales, como dice el Relator Especial en el informe, sino también para los Estados fuertes, como Francia, miembro permanente del Consejo de Seguridad, donde el asunto Touvier actualmente turba, como es sabido, la opinión pública. A este respecto, insiste nuevamente en la necesidad de evitar toda comparación con la CIJ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mencionados como ejemplos en el informe, ya que la CIJ, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, fue creada después de la segunda guerra mundial, y el Tribunal Europeo se sitúa en un sistema político fuertemente integrado, lo que no sucede aún con el orden mundial. Por último, no hay que olvidar que, como ya hizo observar en el período de sesiones anterior, la creación del tribunal penal internacional repercutirá necesariamente en el orden constitucional de ciertos Estados. Estas son las cuestiones sobre las que debería reflexionar la Comisión durante sus debates y a las que no es fácil dar una respuesta. El orador se reserva el derecho de volver a tratar algunos aspectos examinados en el informe del Relator Especial, a quien felicita por su contribución a los trabajos de la Comisión.

50. El Sr. FOMBA dice que convendría que todos los documentos relativos al tema del programa que se examina se distribuyeran oportunamente a los miembros de la Comisión y, en especial, a sus nuevos miembros. Hubiera sido conveniente, en particular, que los nuevos miembros hubiesen podido examinar el informe de 1990 para formarse una primera idea de los problemas planteados por la creación de un tribunal penal internacional. Dicho esto, felicita al Relator Especial por la competencia con que expone estos problemas y propone soluciones. El Relator Especial, en particular, ha situado muy bien el problema en los planos filosófico y político, y en conjunto está de acuerdo con sus conclusiones.

51. En lo que concierne a la elección entre la jurisdicción universal y la jurisdicción institucional especial se inclina, por su parte, por la segunda solución, habida cuenta del estado actual de los conocimientos jurídicos y de las ventajas y desventajas que presentan los dos sistemas. La regla de la jurisdicción universal no es siempre satisfactoria, como lo demuestran los actuales litigios entre la Jamahiriya Arabe Libia y los Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y Francia, respectivamente. La solución de la jurisdicción institucional especial es más lógica, en primer lugar desde el punto de vista jurídico, ya que en virtud del principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* no puede haber crímenes internacionales sin penas establecidas en la ley internacional y sin un mecanismo institucional internacional de sanción, y en segundo lugar desde el punto de vista político, ya que los Estados que admiten la lógica de un código internacional deben llevarla hasta el final. La condición *sine qua non* sigue siendo evidentemente la más amplia adhesión política. Pero, en este caso, los Estados no pueden hacer oídos sordos al llamamiento de la conciencia universal.

52. El orador se limitará a esas pocas observaciones, habida cuenta del escaso tiempo de que ha dispuesto para estudiar la cuestión, pero se reserva el derecho a volver a intervenir.

Comité de Redacción

53. El PRESIDENTE anuncia que el Comité de Redacción, que presidirá el Sr. Yankov, estará integrado por los miembros siguientes: Sr. Al-Baharna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Vereshchetin y Sr. Villagrán Kramer. El Sr. Razafindralambo participa *ex officio* en su calidad de Relator de la Comisión.

54. El Sr. YANKOV (Presidente del Comité de Redacción) dice que la composición del Comité ha sido establecida de conformidad con las necesidades de la distribución geográfica y la representación de los diferentes sistemas jurídicos mundiales. Por regla general, el Comité de Redacción se reunirá dos veces por semana, los lunes y miércoles por la tarde. También podrá reunirse por la mañana si no hay oradores inscritos para la sesión plenaria.

Grupo de Planificación

55. El PRESIDENTE anuncia que el Grupo de Planificación será presidido por el Sr. Calero Rodrigues y estará integrado por los miembros siguientes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Robinson, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño y Sr. Yamada.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2255.ª SESIÓN

Miércoles 6 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El PRESIDENTE dice que, como se decidió en la sesión anterior, la Comisión se centrará en los aspectos relacionados con la primera parte del informe del Relator Especial (A/CN.4/442), dejando el examen detallado de la segunda parte hasta más avanzada la semana.

2. El Sr. VERESHCHETIN dice que la jurisdicción penal internacional puede considerarse directamente como una cuestión relacionada con la del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o como una cuestión con una dimensión más amplia que

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

comprendería la jurisdicción sobre los crímenes que en la doctrina jurídica suelen denominarse delitos de carácter internacionales. Estos delitos normalmente caen dentro de la jurisdicción nacional. Desgraciadamente, en el proyecto de código la cuestión no está totalmente aclarada. La cuestión tiene también aspectos prácticos concretos, ya que los Estados pueden ser reacios a ceder parte de sus derechos soberanos cuando se trata de un proceso penal dirigido contra sus propios ciudadanos. El recurso a la jurisdicción penal internacional debería considerarse la excepción más que la regla; además, debería referirse sobre todo a los crímenes previstos en el proyecto de código, teniendo presentes los riesgos que comportan para el orden jurídico internacional en su conjunto.

3. La responsabilidad penal internacional de los individuos con arreglo a las normas de derecho internacional es una de las formas de responsabilidad de los Estados por la comisión de un delito internacional, tema que habrá que abordar en el momento oportuno en el contexto de la responsabilidad de los Estados. Cuando se refiere a la responsabilidad de los individuos, se entiende que el proyecto de código se refiere a los crímenes en cuya comisión el Estado generalmente tiene alguna parte. Los individuos que cometen tales crímenes deben quedar sujetos a las normas de derecho internacional, aunque no sean responsables según las de derecho interno. Ahora bien, los delitos de carácter internacional, como categoría distinta de los delitos internacionales, básicamente son punibles con arreglo a las normas de derecho interno.

4. Si se establece una relación directa entre el código y la jurisdicción penal internacional, habría menos problemas que resolver, pero si el código no estuviera respaldado por un tribunal de ese carácter, perdería gran parte de su significado. Desde luego es difícil imaginar que un Estado que practique políticas de *apartheid* o genocidio o cometa violaciones masivas de los derechos humanos esté dispuesto a castigar a los autores en sus tribunales nacionales. Esto no significa que la Comisión deba esperar a que se hayan terminado los trabajos sobre el proyecto de código para estudiar los problemas que plantea por el establecimiento de un tribunal penal internacional, y en particular el derecho aplicable, las sanciones que han de imponerse y la cuestión de si la jurisdicción de ese tribunal sería exclusiva o facultativa.

5. Los delitos de carácter internacional en los que la responsabilidad corresponde a los individuos son motivo de grave preocupación para la comunidad internacional, pero reprimirlos y castigarlos requeriría en primer lugar un grado considerable de cooperación entre los Estados mediante convenciones especiales e instrumentos internacionales. La competencia del tribunal para conocer de esos delitos por norma debe ser facultativa.

6. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que considera el tribunal penal internacional como un medio de control de las acciones unilaterales por los países que tienen poderío económico y los medios necesarios para imponer su voluntad a los países pequeños. Por tanto, el objetivo del orador es evitar la posibilidad de terminar en la siguiente ecuación: un código sin tribunal o un tribunal sin código.

7. Desde el punto de vista jurídico, es peligroso relacionar el tribunal con el proyecto de código, ya que inevitablemente llevaría a la situación absurda en la que podría haber un tribunal que no tuviera estatuto y sin embargo tuviera jurisdicción, aunque sin saberse sobre qué delitos o sobre qué personas, o alternativamente, un código sin tribunal; esto simplemente serviría para inflar los capítulos de los códigos penales latinoamericanos que tratan de una serie de delitos, tales como la piratería, que caen dentro de la jurisdicción nacional dondequiera que se cometan.

8. Toda la cuestión del código y del tribunal comporta una decisión política y un elemento de oportunidad política. Ese elemento es particularmente evidente en los casos del general Noriega, de Panamá, y del Iraq. Se ha señalado en la Sexta Comisión, por ejemplo, que al hacerse más aguda la crisis del Iraq había aumentado el interés en el proyecto de código y en el tribunal.

9. Es pertinente recordar que, en el decenio de 1940, los fundadores de las Naciones Unidas estaban deseosos de disipar toda sensación de culpa derivada de la creación del Tribunal de Nuremberg por la violación del principio *nullum crimen sine lege*. Los jóvenes juristas de esa época estaban interesados en ver el establecimiento de un código y de un organismo judicial con miras a robustecer el derecho e impedir que se repitieran situaciones similares. A ese respecto, los escritos de los juristas franceses del decenio de 1940 y 1950 que aportaron una contribución significativa a la cuestión merecen consideración. Ahora bien, gradualmente se vio que toda la cuestión de crear un tribunal penal internacional era sumamente compleja, ya que involucraba la responsabilidad de los que habían adoptado decisiones políticas que violaban una norma de derecho. Toda la estructura del Estado quedaba afectada y debilitada, ya que las personas que tenían que ser castigadas eran personas que ocupaban un nivel elevado en la jerarquía del Estado. Como señaló Hans Kelsen, una característica del derecho internacional era que el Estado aplicaba las penas unilateralmente y también unilateralmente llevaba a cabo una serie de actos encaminados a reprimir cierta conducta o a establecer un sistema especial de penas. El orador piensa que no sólo en las represalias sino también en los asuntos que conciernen a jefes de Estado como el general Noriega, de Panamá, quien fue hecho prisionero por los Estados Unidos de América y trasladado a Florida para ser juzgado. Esto lo permite el derecho internacional, pero no el derecho nacional. El orador no critica al Gobierno de los Estados Unidos, pero es un caso típico de acción unilateral por una gran Potencia. Por tanto, existe una relación interesante entre el juicio de Nuremberg y el asunto de *Noriega*.

10. Cuando el Estado de Israel envió sus agentes para capturar a diversos criminales en diferentes partes del mundo y conducirlos a Israel para ser juzgados, sin las formalidades de la extradición, ninguna de las grandes Potencias alzó la voz en protesta ni, lo que es particularmente interesante, ningún miembro del Grupo de los 77 por el hecho de que pudiera haber habido alguna violación de derecho. ¿Por qué fue así? Igualmente el asunto del «*Achille Lauro*»[3] causó mucha preocupación, pero

[3] El barco italiano de pasajeros capturado el 7 de octubre de 1985 en el Mediterráneo oriental.

ningún jurista se levantó para decir que los responsables deberían ser juzgados, como en efecto deberían serlo.

11. El orador piensa también en el caso de la acción unilateral del Gobierno de los Estados Unidos cuando Libia fue objeto de represalias directas al ser bombardeada por las fuerzas armadas de los Estados Unidos la residencia privada del Jefe de Estado de Libia para darle una lección. El incidente de Lockerbie, relativo a un avión de la Pan American Airways y los agentes secretos libios, muestra que existe toda una gama de acciones de los gobiernos, así como de los criminales, que tarde o temprano dan lugar a medidas unilaterales. Por tanto, la cuestión planteada por el Relator Especial es clara: ¿deberían incluirse las políticas de las grandes Potencias y de otras Potencias, es decir, las que adopten medidas unilaterales? La máxima *nemo debet esse judex in propria causa* se aplica al derecho civil, no al derecho penal. El único criterio jurídico que cuenta es la calidad de los sistemas jurídicos de las naciones que adoptan una medida unilateral y la medida de su respeto de los principios de un juicio justo y un proceso con las debidas garantías legales. Las garantías de que gozó el general Noriega no pueden ofrecerlas todos los países y sistemas jurídicos del mundo. En algunos casos el derecho a la defensa se concede selectivamente.

12. Sobre una cuestión de terminología, observa que el Relator Especial prefiere la expresión francesa «droit international penal» en tanto que en español se suele utilizar el término «derecho penal internacional». Ahora bien, de ser necesario, los miembros de habla española de la Comisión podrían sin duda hacer la adaptación necesaria.

13. Su principal preocupación es la del tipo de tribunal que ha de establecerse. Al parecer, los nuevos acuerdos comerciales entre el Canadá y los Estados Unidos de América no sólo prevén tribunales de arbitraje para el arreglo de controversias sino que también prevén grupos. Aunque no está muy seguro del alcance exacto del concepto «panel» en derecho internacional, señala que en la resolución 44/39 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1989, sobre la responsabilidad penal internacional de las personas y entidades que participan en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes, se emplea la expresión «un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional». Además, se ha suscitado la idea de crear una sala de lo penal en la CIJ, y la misma idea se está estudiando en varios órganos regionales, tales como el Comité Jurídico Interamericano.

14. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos también han examinado cuestiones pertinentes al tema. Por ejemplo, en el asunto *Velásquez Rodríguez*[4], el Gobierno de Honduras fue acusado de graves violaciones de los derechos humanos. Al determinar la responsabilidad de los agentes públicos por la comisión de graves delitos previstos en el derecho hondureño y en el derecho internacional, y al conceder indemnización a las víctimas, la Corte mostró que los Estados estaban dispuestos, en determinadas esferas concretas, a permitir la investigación y a consentir en la imposición de penas, con independencia, en teoría, de la categoría de las personas responsables.

15. Su respuesta al mandato conferido a la Comisión es sumamente positiva y considera que el Relator Especial está avanzando en la buena dirección, es decir, hacia la creación de un tribunal penal internacional.

16. El Sr. JACOVIDES dice que el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad es importante y ha adquirido mayor significado en vista de la reciente evolución de la situación mundial. En consecuencia, debería ocupar el lugar que le corresponde en el cuerpo del derecho internacional actual. Como instrumento jurídico completo que comprenda los tres elementos esenciales, a saber, los delitos, las penas y la jurisdicción, podría y debería servir para disuadir de cualquier transgresión de sus disposiciones y para castigarla.

17. Acertadamente se ha decidido examinar las dos partes del décimo informe del Relator Especial en fases separadas que brindarán a los nuevos miembros de la Comisión la oportunidad de reflexionar sobre el tema en su conjunto. Aunque naturalmente hay margen para opiniones diferentes, debe tenerse presente que el tema no es nuevo y debe verse en la debida perspectiva. En la Comisión y en la Asamblea General se ha hecho una cantidad considerable de labor productiva y se han realizado muchos progresos. La adopción del proyecto de código en primera lectura en el anterior período de sesiones significa que la Comisión se acerca a la culminación de una importante empresa. También ha significado un gran paso adelante en el desarrollo progresivo del derecho internacional y un aspecto destacado del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional[5]. Indudablemente sería necesario, una vez que se reciban las observaciones y comentarios de los gobiernos, examinar más detenidamente algunos aspectos que requieren un nuevo examen, como se reconoce en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 43.° período de sesiones[6]. Por su parte, el orador considera que si bien el código debería ser amplio, debería procurarse que fuera escueto y que abarcara crímenes definibles jurídicamente a fin de que sea aceptable y tenga efectividad lo antes posible. Es decir, dado que se ha terminado la primera lectura no debería haber retroceso en lo que concierne al fondo del código, y la Comisión, en su nueva composición, debería avanzar y no retroceder. Mucho queda por hacer en lo que respecta tanto a los crímenes como a las penas y también en cuanto a la jurisdicción, y esta labor debería adoptar la forma de adiciones constructivas.

18. Comprende plenamente la difícil situación del Relator Especial que trata de encontrar un planteamiento adecuado a la cuestión de establecer una jurisdicción penal internacional. Durante años se ha pedido orientación a la Asamblea General sobre esa cuestión, pero hasta ahora la respuesta ha sido menos que satisfactoria, aun-

[4] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C: Resoluciones y Sentencias, N.° 4.

[5] Declarado por la Asamblea General en su resolución 44/23 de 17 de noviembre de 1989.

[6] *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. B, párr. 173.

que por razones comprensibles. Algunas delegaciones en la Asamblea General consideran que la evolución internacional justifica un planteamiento mucho más positivo, particularmente después de la guerra del Golfo y en vista de la actual situación de Libia, y se han oído varias voces influyentes que propugnan la creación de un tribunal penal internacional, por ejemplo, la del Ministro de Relaciones Exteriores de Alemania, Hans Dietrich Genscher, quien, en su discurso ante la Asamblea General en su cuadragésimo sexto período de sesiones, pidió el establecimiento de un tribunal penal internacional con jurisdicción en casos tales como los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra la paz, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra el medio ambiente, y las del Presidente de Venezuela, Carlos Andrés Pérez, y del Ministro de Relaciones Exteriores de Zimbabwe, Nathan Shamuyarira, en el contexto de la reunión cumbre del Consejo de Seguridad celebrada el 31 de enero de 1992. Pero desgraciadamente del debate en la Sexta Comisión no ha salido un mandato bien definido. La Comisión debería hacer una recomendación a la Asamblea General para que le autorizara a seguir adelante con un claro mandato para redactar el estatuto del tribunal penal internacional.

19. Se ha dicho, tanto en la Comisión como en otros órganos, que no puede haber un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad a menos que haya una jurisdicción penal internacional encargada de aplicarlo. A esa negativa doble responderá con un doble positivo: debería haber a la vez un código —en realidad la lista de crímenes ha sido ya aprobada en primera lectura— y un tribunal, así como sanciones. Estos no sólo son deseables sino factibles, si existe la voluntad política necesaria. También está de acuerdo con las observaciones hechas por el Relator Especial en respuesta a las posibles objeciones a la creación de un tribunal penal internacional. Como en toda empresa importante e innovadora, habría dificultades y problemas, pero no está por encima de la capacidad colectiva del Relator Especial y de la Comisión superar esos obstáculos.

20. El mundo atraviesa un dificilísimo período de las relaciones internacionales, con tendencia a la integración en algunas regiones, contratendencias a la desintegración en otras, y las consiguientes oportunidades y peligros. La situación exige más que nunca claridad y previsibilidad en el derecho internacional. El Sr. Bennouna ha señalado (2254.ª sesión) la necesidad de resolver la cuestión de quién podría ser juzgado en una jurisdicción penal internacional, el Estado o el individuo. En los debates iniciales sobre el tema en la Comisión hubo considerable divergencia de opiniones, pero parece haber cierto acuerdo en que la jurisdicción debería limitarse a los individuos, como transacción práctica que permitiría hacer más progresos. Ahora bien, como puede verse en el proyecto de artículo 5 (Responsabilidad de los Estados) del código, aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en 1991, la persecución penal de un individuo por un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad no exime a un Estado de responsabilidad alguna con arreglo al derecho internacional por una acción u omisión que le sea atribuible. Como se señala correctamente en el comentario, el proyecto de artículo 5 deja intacta la responsabilidad internacional del Estado. Ese aspecto cae bajo el epígrafe de la responsabilidad de los Estados, que seguirá examinándose en el momento oportuno. En el párrafo 21 del comentario al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[7] se indica también que el castigo de las personas que sean órganos del Estado ciertamente no agota el procedimiento por la responsabilidad internacional del Estado por actos internacionalmente ilícitos que le sean atribuidos en esos casos a causa de la conducta de sus órganos. Por tanto el Estado puede seguir siendo responsable y no puede eximirse de responsabilidad invocando el hecho de que los individuos que cometieron el crimen han sido juzgados o castigados. Podría obligársele a reparar los daños causados por sus agentes. Esta cuestión ofrece un nexo entre el proyecto de código y el tema de la responsabilidad de los Estados.

21. El Sr. BOWETT dice que no tendría mucho sentido disponer de un código sin un tribunal penal internacional, aunque teóricamente ese tribunal podría funcionar sin un código. Después de todo, el tribunal de Nuremberg, la CIJ y algunos tribunales nacionales no tienen códigos legales globales. Ahora bien, una acusación contra un individuo tendría que indicar un delito específico previsto en algún instrumento de derecho internacional.

22. El procedimiento penal comenzaría con una querella, presentada por un Estado o una organización internacional. Tras ello no habría automáticamente un juicio ya que tendría que establecerse un órgano independiente para decidir si las pruebas presentadas bastarían para justificar el enjuiciamiento del individuo. Habría que determinar los hechos de ese caso y precisar la naturaleza de la acusación. Si hubiera un código, habría que mencionar la disposición correspondiente; de no haberlo, el delito tendría que definirse con arreglo a los principios reconocidos de derecho internacional y esto podría resultar una tarea más difícil.

23. El informe del Relator Especial sugiere una distinción entre crímenes sobre los que habría jurisdicción exclusiva y crímenes sobre los que la jurisdicción sería puramente opcional. La primera categoría está destinada a comprender crímenes tales como el genocidio, la violación sistemática de los derechos humanos, el *apartheid*, el tráfico de drogas, la desviación por la fuerza de aviones y el secuestro de diplomáticos o personas internacionalmente protegidas. Algunos ya están previstos en convenciones que prevén la jurisdicción universal, pero hay que preguntarse si es probable que los Estados cedan su propia jurisdicción en los casos pertinentes. La jurisdicción opcional abarcaría todos los demás crímenes, pero a falta de un código sería muy difícil definir los crímenes comprendidos dentro de esa categoría.

24. También se plantea la cuestión de la naturaleza del consentimiento para la jurisdicción. El orador entiende que todas las partes aceptarían la jurisdicción exclusiva del tribunal, pero que la jurisdicción opcional estaría abierta a un Estado que sea o bien el Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito o el Estado que sea víctima, o cuyos nacionales sean víctimas del delito. Parece curioso que el Estado que tenga detenido al acusado no

[7] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 102.

figure entre los Estados que tendrían que aceptar la jurisdicción opcional, ya que, después de todo, es el Estado que tendría que entregar a la persona acusada para que sea juzgada. A su juicio, la Comisión debería tratar de lograr el sistema más flexible posible, que pueda contar con un código en que los diferentes crímenes estarían clasificados en grupos y los Estados que pasaran a ser partes en el estatuto del tribunal tendrían la libertad de aceptar su jurisdicción en relación con cada uno de los grupos indicados. Los Estados también deberían estar facultados para aceptar esa jurisdicción caso por caso.

25. Que el tribunal asuma la detención del acusado es una cuestión sencilla, ya que el proyecto de disposiciones requiere que todos los Estados partes en el estatuto entreguen al supuesto delincuente. Esto no excluye la necesidad de acuerdos detallados y complejos con el Estado correspondiente, es decir, el Estado en que funcione el tribunal, ya que la detención del acusado probablemente la harían las autoridades del Estado huésped.

26. En cuanto al propio juicio ¿quién se encargará de la acusación y quién de la defensa? ¿Tendrá el acusado el derecho a elegir su propio abogado? ¿Existirán las garantías formales de un juicio justo? Y lo que tal vez es más importante, ¿podrá el tribunal exigir a cualquier Estado parte en el estatuto que presente pruebas decisivas? ¿Habrá reglas que regulen la admisibilidad, las confesiones de los testigos, la corroboración y el uso de las pruebas? Una solución simple podría consistir en adoptar las normas de procedimiento penal del Estado en que se celebre el juicio. En caso de condena, ¿qué ley determinará las penas y dónde habrá de encarcelarse a la persona sentenciada? Cabe suponer que deberá haber algún acuerdo previo con el Estado en que se celebre el juicio. ¿Qué sucederá con las demandas civiles de indemnización? Del proyecto de código parece desprenderse que esas acciones ejercidas contra el acusado individual podrán fundarse en la lesión causada al Estado demandante o a la organización internacional o a la lesión a los nacionales del Estado querellante. El orador tiene serias dudas acerca de la conveniencia de mezclar procedimientos estrictamente penales contra personas con demandas de indemnización por daños. Para un tribunal internacional sería difícil abordar esa mezcla. Si se examina la indemnización a la víctima real, los tribunales penales conocen bien la noción de que la indemnización puede otorgarse como parte de la sanción.

27. A su modo de ver, el informe prevé un sistema de apelación de la sentencia del pleno del tribunal ante una sala. Se trata de una inversión del procedimiento normal y podría ser impracticable. En cuanto a la composición del tribunal, espera que no sea un tribunal permanente, porque sospecha que los miembros estarían subempleados durante muchos años. Además, habría que pensar en la financiación de ese órgano.

28. El décimo informe, que es creativo y estimulante, ha suscitado sus preguntas sobre la forma en que ese sistema funcionaría en la práctica. El tema encierra muchas cuestiones difíciles, y el orador confía en que la Comisión dé al Relator Especial la orientación necesaria.

29. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que el décimo informe, que se caracteriza por la gran claridad y precisión, desgraciadamente mantiene la idea de jurisdicciones paralelas, una nacional y otra internacional. El Relator Especial parece estar a favor de una jurisdicción penal internacional que sea exclusiva y opcional al mismo tiempo, algo que presupone mantener la jurisdicción nacional en algunas esferas. Es lo máximo que puede esperarse en el momento actual, ya que los Estados siguen celosos de su soberanía.

30. Personalmente prefiere una jurisdicción penal internacional, que ofrezca un mínimo de garantía de imparcialidad en los conflictos de interés entre un Estado fuerte y un Estado débil, en particular un país en desarrollo. El orador no parte de poner en duda la objetividad de la jurisdicción internacional, ya que ningún Estado cuestiona la necesidad de recurrir a tal institución. Un ejemplo es el reconocimiento general del valor del arbitraje internacional, aun cuando puedan estar en juego intereses económicos considerables e incluso la reputación de un Estado. Los problemas de soberanía planteados por la persecución penal de crímenes son complejos, pero los Estados ya han hecho concesiones en materia de soberanía, particularmente en la esfera de los derechos humanos, y hay acuerdo general en que las violaciones de los derechos humanos son crímenes internacionales. El ejemplo citado por el Relator Especial, a saber: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es pertinente, como lo es el Comité de Derechos Humanos, al que los individuos pueden presentar denuncias de violaciones de los derechos humanos cometidas por los Estados.

31. Está de acuerdo con las conclusiones contenidas en la primera parte del décimo informe. En el proyecto de código debe incluirse una jurisdicción penal internacional, pues debe recordarse que las resoluciones pertinentes de la Asamblea General siempre han relacionado el estudio de la jurisdicción internacional con la elaboración de un código. Desde el principio la Comisión ha opinado que ese instrumento debe contener una sección sobre su aplicación, ya que de otra manera carecería de contenido. En una sección de ese tipo debe figurar la institución de una jurisdicción penal internacional que, independientemente de su naturaleza, guarde relación directa con los crímenes previstos en el código.

32. El Sr. SHI dice que el informe del Relator Especial da a la Comisión abundante material de reflexión y útiles orientaciones.

33. En vista de la gravedad cada vez mayor de los crímenes internacionales y transnacionales, la cooperación internacional para prevenir y combatir la delincuencia es tal vez deseable pero no necesariamente factible. Todo intento de establecer un tribunal penal internacional tropezará con obstáculos insuperables, de los cuales el más importante es la soberanía de los Estados, fundamento mismo de la comunidad internacional. El establecimiento de un tribunal penal internacional exige que los Estados cedan parte de su soberanía, sin lo cual ese tribunal se quedaría en una institución académica. Ahora bien, en la fase actual de las relaciones internacionales, tal cesión de soberanía es virtualmente imposible. Los intentos anteriores de establecer una jurisdicción penal internacional de carácter permanente bajo los auspicios de las Naciones Unidas han terminado en fracaso, y los anteriores proyectos de estatuto de dicho tribunal se han archivado. En varias ocasiones la Comisión ha tenido que solicitar

la orientación de la Asamblea General sobre si debería elaborarse un estatuto para el tribunal penal internacional en relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La Asamblea General nunca ha respondido en términos definitivos y afirmativos. Actualmente el mandato de la Comisión sobre el tema consiste simplemente en analizar las cuestiones y explorar la posibilidad de establecer dicho tribunal u otra institución judicial penal internacional y no en elaborar un estatuto. Por consiguiente, es evidente que la Asamblea General es perfectamente consciente de las cuestiones delicadas y complejas y de los obstáculos virtualmente insuperables que plantea la creación de una jurisdicción penal internacional.

34. Se ha afirmado que el juicio de los principales criminales de guerra de la segunda guerra mundial por los Tribunales de Nuremberg y Tokio demuestra sobradamente la posibilidad de establecer tribunales internacionales especiales, pese a la fase más bien primitiva en que se encontraban las relaciones interestatales en aquella época. Ahora bien, ya no existen las condiciones para establecer tribunales especiales de esa naturaleza. La rendición incondicional de los entonces Estados enemigos y el control de esos Estados por el gobierno militar aliado les ponía a la merced de las Potencias aliadas.

35. Los miembros de la Comisión son conscientes de que si bien la responsabilidad penal se atribuye a individuos, detrás de los crímenes cometidos hay Estados y las personas responsables ocupan cargos elevados o los más elevados del Gobierno. Mucho se ha hablado de que el Jefe del Estado del Iraq debería ser juzgado por un tribunal internacional bajo la acusación de haber lanzado una guerra de agresión. ¿Cómo cabe esperar que el Iraq entregue a su propio Jefe de Estado para que lo juzgue un tribunal internacional? Una gran Potencia ha utilizado la fuerza contra un pequeño Estado a fin de detener a un funcionario de alto cargo del gobierno que supuestamente había participado en el tráfico internacional de estupefacientes. ¿Estaba justificado por el derecho internacional el uso de la fuerza contra un pequeño Estado para detener a un presunto delincuente? Debe recordarse que los círculos académicos en la posguerra criticaron a los Tribunales de Nuremberg y Tokio citando los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*.

36. También se ha afirmado que con el fin de la guerra fría el concepto de soberanía estaba desapareciendo y que la situación estaba madura para establecer un tribunal penal internacional. Ahora bien, las relaciones internacionales siguen siendo inestables y las crisis regionales y los conflictos armados están aumentando. Las viejas alianzas pueden sustituirse por otras nuevas y por otra parte se están acumulando las tensiones internacionales. Dadas estas circunstancias, interesa a los Estados, grandes y pequeños, fuertes y débiles, ricos y pobres, desarrollar relaciones de amistad y cooperar en todas las esferas de la vida internacional sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y los demás principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas. Toda cesión de soberanía por parte de los Estados pequeños o medianos puede ser aprovechada por unas pocas grandes Potencias.

37. A riesgo de hacer una declaración política, el orador agrega que el derecho nunca puede separarse de la política, ya que el derecho siempre está al servicio de algo. El orador no cree en el derecho por el derecho. La decisión recientemente adoptada en el asunto de *Lockerbie* por la CIJ ciertamente no es un ejemplo de derecho por el derecho, se esté de acuerdo o no con esa decisión[8].

38. El Sr. ROSENSTOCK dice que impugna la opinión de que el derecho aplicado en los juicios de Nuremberg fue en cierto modo *ex post facto*. Eso parecería desconocer los acontecimientos ocurridos en la Liga de las Naciones entre las guerras. Nadie tenía ninguna duda en el momento de lanzar una guerra de agresión de que la comunidad internacional ya había adoptado una posición sobre el carácter criminal de iniciar esa guerra. El acta de la sesión no debería causar la impresión de que toda la Comisión comparte la opinión anteriormente expresada sobre los juicios de Nuremberg.

Se levanta la sesión a las 12.20 horas.

---

[8] *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne* c. *Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1991, C.I.J. Recueil 1992*, pág. 3. La Corte dijo que «las circunstancias del caso no son como para exigir el ejercicio de su poder para indicar medidas provisionales en virtud del artículo 41 del Estatuto».

2256.ª SESIÓN

Jueves 7 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

---

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, observando que el décimo informe sobre el tema (A/CN.4/442) constituye la continuación de los informes anteriores y de la primera parte de los trabajos de la Comisión que en 1991 concluyeron con la aprobación en primera lectura de los artículos 1 a 26, considera justificado que el elemento normativo del proyecto de código se acompañe de un elemento institucional. En cambio, no está tan seguro de que el examen de propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional, según los términos empleados por la resolución 46/54 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991, corresponda a la lógica del código de crímenes, en el sentido que se le daba hasta 1990. En efecto, una de dos: o se trata de una cuestión que afecta a la razón de ser de una jurisdicción internacional, en cuyo caso las objeciones mencionadas en el informe tendrían sentido, o bien se trata de una cuestión de mero carácter técnico. En este último caso, el problema no se plantea: el establecimiento de una jurisdicción internacional encargada de aplicar el código es simplemente una cuestión concreta que puede solucionarse conforme a los textos normativos pertinentes, pues sus bases teóricas han quedado ya establecidas. Ahora bien, según parece, las objeciones mencionadas en el informe ponen en duda precisamente esas bases, lo que es sorprendente si se considera que la Comisión ya las aprobó en esencia en primera lectura.

2. El Sr. Pambou-Tchivounda agrega que en los últimos años la situación internacional ha puesto de manifiesto la necesidad de mecanismos que aseguren la primacía del derecho en las relaciones internacionales y que la actualidad muestra una tendencia a reducir el ámbito de las soberanías, noción sobre la cual se centra la mayor parte de las objeciones enunciadas en el décimo informe. En casi todos los foros internacionales voces autorizadas abogan por la constitución de grandes comunidades, sea cual fuere su nombre —comunidad o confederación— o, por lo demás, su suerte. Así pues, el problema de una limitación de las soberanías no se plantea sólo a propósito de la creación de una jurisdicción internacional para la represión de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por otra parte, el ideal democrático reviste cada vez más un carácter universal y no se puede a la vez aspirar a un orden interior observante de la ley y permitir a los Estados eludir la norma del derecho en su comportamiento externo. Es evidente que en definitiva el concepto de paz y seguridad internacional, concepto que se ha codificado, por una parte, y, por la otra, el concepto de paz y seguridad de la humanidad, que es un concepto en vías de codificación, concluirán por unirse. Todo lo que se haga en nombre de la humanidad —ámbito al que corresponden el proyecto de código y la idea de una jurisdicción penal internacional— es valedero también para los Estados. La jurisdicción penal internacional será la manifestación concreta del código de crímenes. Esa jurisdicción es, pues, necesaria y será un nuevo eslabón en la cadena de los mecanismos disuasivos y represivos en vigor en el plano internacional.

3. El Sr. IDRIS dice que en el desarrollo progresivo del derecho internacional o en su codificación es imposible que el clima general de las relaciones internacionales no se tenga en cuenta, por circunscrito que sea el tema que se examina. Ahora bien, a ese respecto se observa ahora una crisis extremadamente grave y compleja, que en la esfera económica se manifiesta por el aumento de la pobreza, de la cesantía y de la deuda internacional, la caída de los precios de los productos básicos y la imposición de barreras proteccionistas. Este estado de cosas, que desvanece toda esperanza de un mundo mejor para los pobres, puede tener por consecuencia, en el plano político, un período de inestabilidad y desequilibrio mundial propicio a conflictos de dimensiones apocalípticas. En el plano jurídico, las consecuencias podrían ser una politización extremada del derecho internacional y, por lo tanto, una lentitud en el proceso de su codificación. Este es el contexto en el que se debe examinar la cuestión de la creación de una jurisdicción penal internacional, objeto ya de un dilatado debate en varios foros y que la Comisión debe analizar ahora en sus diversos aspectos a fin de lograr un entendimiento que permita continuar los trabajos en la materia. Se debe reconocer asimismo que la voluntad política de los gobiernos es un factor esencial sin el cual ningún resultado concreto será posible.

4. En su opinión, el tribunal y el código son indisolubles. Si el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad llega a ver la luz, su autoridad dependerá fundamentalmente de que exista un mecanismo de aplicación, de preferencia un tribunal penal internacional. El principio de la jurisdicción universal no es una solución satisfactoria, por ser un principio controvertido, por sus debilidades inherentes y, por último, por ser políticamente difícil que un tribunal nacional dicte sentencia sobre la acción de un gobierno extranjero. En cambio, la creación de una jurisdicción objetiva e imparcial contribuiría al desarrollo del derecho internacional penal y a la uniformidad de las sanciones aplicables a los crímenes internacionales, en interés de todas las naciones. Ello permitiría asimismo colmar ciertos vacíos en las normas de procedimiento y en las políticas de extradición en el plano nacional.

5. Sin embargo, todavía no se han solucionado otras cuestiones complejas, como la composición del tribunal internacional, su procedimiento y la modalidad de ejecución de las penas. Por último, en lo que respecta al procedimiento para presentar reclamaciones, al igual que el Sr. Bowett (2255.ª sesión), el Sr. Idris considera que un órgano independiente debería estar facultado para examinar todos los elementos de un asunto antes de que se someta al tribunal.

6. El Sr. ROSENSTOCK opina también que si el código no ha de ser letra muerta, sus disposiciones deben ser aplicadas por un tribunal penal internacional. Pero la Comisión también debe admitir que la creación de ese tribunal no depende necesariamente de la existencia de un código. A los efectos de determinar la competencia *ratione materiae* del tribunal se podrían utilizar como base otras convenciones, como por ejemplo la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio o

el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, siempre que en ellas se hayan solucionado ciertos problemas de carácter técnico. De ese modo se podría poner término al juego del escondite entre la Comisión y la Asamblea General, como lo ha calificado el Sr. Arangio-Ruiz (2254.ª sesión).

7. Sin embargo, el Sr. Rosenstock no está de acuerdo con todas las observaciones formuladas por el Relator Especial en la primera parte de su informe. En particular, no ve la razón por la cual las presiones ejercidas contra un Estado para que no entregue a un delincuente a la justicia serían menores si no se trata ya de otorgar su extradición, sino de ponerlo a la disposición de un tribunal internacional. Evidentemente, para que todas las objeciones a la creación de una jurisdicción internacional desaparezcan es necesario solucionar varios problemas. Pero la Comisión deberá hacer un esfuerzo al respecto para que la Asamblea General adopte una decisión sobre esta cuestión tan importante.

8. En cuanto a la organización de los trabajos, el Sr. Rosenstock reafirma su apoyo a la proposición del Sr. Calero Rodrigues (2254.ª sesión) que permitiría que la Comisión, en un esfuerzo extraordinario y con la ayuda de la secretaría, concluyese su labor en su 45.° período de sesiones. La Comisión podría comenzar examinando algunas de las cuestiones planteadas en la segunda parte del informe. Mientras tanto, el Relator Especial, junto con la secretaría, podría elaborar una lista de cuestiones que si bien no figuran en su informe han surgido durante el debate o se han mencionado en el informe de la Comisión sobre su 42.° período de sesiones[3]. Mediante esta reflexión metódica, la Comisión podría tal vez esclarecer y/o eliminar suficientes obstáculos a la creación de un tribunal internacional para que la Asamblea General de un modo u otro adopte la decisión o reconozca la impotencia de la comunidad internacional por su falta de voluntad política para decidir sobre el asunto.

9. Por último, el Sr. Rosenstock aclara que sus expresiones de la víspera en relación con el proceso de Nuremberg no son en absoluto contradictorias con las del Sr. Shi sobre el carácter muy especial de la situación en 1945 y la necesidad de que el precedente de Nuremberg se sitúe en ese contexto.

10. El Sr. MIKULKA observa que en su resolución 46/54 la Asamblea General invita a la Comisión a que examine la idea de un tribunal penal internacional no en términos abstractos sino en el marco del proyecto de código y con miras a su aplicación, y a este respecto teme que ciertas proposiciones del Relator Especial, sobre todo las relativas al derecho aplicable, hagan a la Comisión rebasar el ámbito de su mandato. En lo que respecta a la aplicación de los artículos aprobados en primera lectura, el Sr. Mikulka hace una distinción entre los crímenes cometidos por personas con el consentimiento de un Estado o por orden de éste, lo que compromete la responsabilidad de ese Estado, por una parte, y, por la otra, los crímenes extremadamente graves cometidos por personas en su propio nombre, los cuales suelen ser objeto de convenciones internacionales especiales. La represión de ambas categorías de crímenes requiere tal vez el empleo de medios diferentes. En cuanto a la primera categoría, la única experiencia internacional que se podría tener en cuenta es la de los tribunales de Nuremberg y de Tokio. La represión de los demás crímenes internacionales tiene su fundamento en el principio de la competencia universal.

11. La solución que se dé al problema de las penas dependerá del mecanismo de aplicación que se elija. Si se adopta una competencia universal, se podrían tomar como modelo los regímenes de penas que figuran en los textos del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, la Convención internacional contra la toma de rehenes o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en los cuales los Estados se comprometen a castigar los delitos tipificados en esos instrumentos con penas adecuadas a su gravedad. Ese sistema introduce un factor de unificación respetando a la vez la diversidad de las penas en el derecho interno. En cambio, si la aplicación del código o de una parte de sus disposiciones quedara entregada a una jurisdicción penal internacional, un sistema único de penas, establecido en el proyecto de código, sería indispensable.

12. Al establecer un mecanismo de aplicación del código, la Comisión debe tener en cuenta también que ya existen mecanismos en varias convenciones para la represión de ciertas categorías de crímenes internacionales, evitando toda contradicción. El Sr. Mikulka, movido por estas reflexiones, hace suya la opinión expresada por algunos miembros de la Comisión en el 43.° período de sesiones en cuanto a la posibilidad de combinar el sistema de competencia universal y la creación de un tribunal penal internacional. El tribunal conocería de los crímenes en los cuales no se puede enjuiciar al autor sin haber emitido juicio acerca del acto de un Estado en el plano internacional: la agresión, la amenaza de agresión, la intervención, la dominación colonial y el *apartheid*. Los crímenes enunciados en los demás artículos del proyecto de código serían de la competencia de los tribunales nacionales y, por lo tanto, de la competencia universal. En su opinión, la competencia obligatoria del tribunal —delimitada en la forma señalada— tendría que quedar establecida *ipso facto* en su estatuto y debería ser exclusiva.

13. Sea cual fuere la solución que se adopte en cuanto al crimen de agresión y a la obligación que podría tener el tribunal de aceptar la decisión del Consejo de Seguridad, la Comisión no debe afectar el equilibrio de competencias que la Carta de las Naciones Unidas establece en la esfera de la paz y la seguridad internacionales.

14. En el último período de sesiones de la Asamblea General, la idea de crear una jurisdicción penal internacional recibió un valioso apoyo. En los años venideros se verá si se trata de una reacción pasajera a una determinada crisis o una tendencia más permanente. Pero la Comisión no debe perder la oportunidad de aportar sus materiales a la construcción común.

15. El Sr. FOMBA, observando que en el informe de la Comisión sobre su 42.° período de sesiones[4] se enun-

[3] *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), cap II, secc. C, párrs. 117 a 157.

[4] *Ibid.*

cian unas 40 cuestiones, pide que se ordenen en una lista y se presenten a la Comisión para iniciar, sobre la base de cuestiones concretas, un verdadero debate en el que se expresen u opongan distintos puntos de vista.

16. El Sr. VARGAS CARREÑO subraya que la mera definición de ciertos crímenes en el código, que entrañará la incorporación de esas figuras en el derecho interno y permitirá su aplicación por las jurisdicciones nacionales, es ya una contribución notable a la labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho.

17. Si la tendencia de mayoría es a la creación de un tribunal penal internacional, que por su parte apoya, la Comisión deberá adoptar un enfoque pragmático y no perder de vista algunas limitaciones inevitables. Por ejemplo, al menos en lo que respecta a ciertos crímenes, como el tráfico ilícito de estupefacientes o el secuestro de diplomáticos, los Estados no están dispuestos a renunciar al ejercicio de su soberanía y la competencia del tribunal penal internacional sólo podría ser de carácter subsidiario. Asimismo, se debe excluir de la competencia del tribunal el conocimiento de los recursos de revisión o de apelación de las decisiones de los tribunales nacionales, y el sometimiento de asuntos a su conocimiento no puede quedar condicionado al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, pues ambas jurisdicciones serían totalmente diferentes.

18. Otra limitación dimana de ciertos acuerdos regionales, cuyo objetivo es sancionar las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y que disponen de sus propios mecanismos de aplicación, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por último, no debe olvidarse la primacía constitucional de la Carta de las Naciones Unidas enunciada en su Artículo 103, en virtud de la cual y por aplicación de los Artículos 25 y 39, los Estados están obligados a aceptar la decisión del Consejo de Seguridad sobre la existencia de un acto de agresión.

19. El Sr. KUSUMA-ATMADJA lamenta que en las definiciones dadas por el proyecto de código no se haga ninguna distinción entre los crímenes cuyo autor está vinculado a un Estado y los crímenes cuyo autor actúa por su propia cuenta. A esto se debe que la soberanía nacional sea un obstáculo a la aplicación del código y a la acción del tribunal penal internacional, aun cuando ambas instituciones se consideran aconsejables. Por consiguiente, sugiere que el código se divida en dos partes.

20. En lo que respecta a los crímenes de la primera parte (Agresión, amenaza de agresión, genocidio y crímenes de guerra), el tribunal penal internacional tendría una competencia concurrente con la del Consejo de Seguridad, si bien la competencia del Consejo sería de carácter primario en razón de su capacidad para adoptar medidas de urgencia. En esos casos, la competencia del tribunal sería sólo de carácter facultativo y su objetivo el de castigar al autor del crimen.

21. En lo que respecta a los crímenes de la segunda parte, el tribunal tendría una competencia concurrente con la de los tribunales nacionales; la de éstos sería de carácter primario y la del tribunal, de carácter subsidiario pero obligatorio. Esta categoría de crímenes abarcaría el reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, el terrorismo internacional, el tráfico ilícito de estupefacientes y los daños intencionales y graves al medio ambiente. Sin embargo, se plantea todavía un problema en ciertos casos en los que el límite no es claro, como el *apartheid* y las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos.

22. En cuanto al código, si se entiende como un conjunto de disposiciones que forman un todo coherente, al estilo de los códigos de los países de tradición romanista, es de temer que su elaboración sea laboriosa. En cambio, si se entiende como un cuerpo de normas que definen la competencia en razón de la materia, cabe observar que esas normas existen ya en ciertas convenciones, tratados y otros instrumentos internacionales y bastaría agruparlas y codificarlas.

23. De no hacerse la distinción entre ambas categorías de crímenes, el problema de la soberanía nacional no podrá dejar de plantearse en el caso de los crímenes en los que el autor, en razón de sus propias funciones, está indisolublemente vinculado al Estado.

24. El Sr. Kusuma-Atmadja considera que en realidad la Comisión no necesita limitarse a mantener la lista de crímenes enunciados: podría muy bien agregar otros. Por su parte, teniendo en cuenta la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, ampliaría el ámbito de los daños intencionales y graves al medio ambiente para que abarque el caso de la explotación por un Estado de recursos situados en su territorio cuando esa explotación se haga de manera que cause grave daño a otro Estado. Ciertamente, un hecho de esa naturaleza es de la responsabilidad del Estado, aun cuando el autor sea un particular o una persona jurídica. Es más, es muy difícil que este tipo de problema se solucione en un marco bilateral, pues el Estado de que se trata probablemente hará caso omiso de las protestas del Estado vecino perjudicado. A esos «crímenes tecnológicos», el Sr. Kusuma-Atmadja desea agregar la utilización indiscriminada de la biotécnica. En efecto, no sería una hipótesis de ciencia-ficción imaginar que un científico de un Estado moderno recurra a la manipulación genética modificando el comportamiento de animales para que después causen daños en un Estado vecino. Ese acto sería el acto de una persona y estaría sujeto en primer término a la jurisdicción del Estado de que se trata; pero si éste no adopta ninguna medida, el acto debería quedar sometido a la jurisdicción concurrente de un tribunal penal internacional.

25. Además del razonamiento inductivo propio del derecho romano, que parte de los conceptos, y de la tradición empírica del *common law*, que parte de los hechos, existe también la tradición asiática, para la cual el derecho y la justicia no son un ejercicio lógico sino el instrumento de un equilibrio ideal que debe alcanzarse. En esta materia, la Comisión tiene una ocasión privilegiada de combinar esas tres tradiciones jurídicas.

26. El Sr. PELLET, refiriéndose al mandato dado a la Comisión por la Asamblea General en su resolución 46/54, dice que en primer término, a diferencia del Relator Especial, le parece que la Comisión no ha señalado con suficiente precisión su posición de que la creación de un tribunal penal internacional es una cuestión posible y aconsejable. Aunque así sea su convicción, la Co-

misión no ha logrado todavía convencer a la Asamblea General, que sigue interrogándose e interrogando a la Comisión.

27. En segundo término, la Asamblea deja una vez más la iniciativa a la Comisión al pedirle indicaciones para que, a su vez, pueda impartir orientación a la Comisión. De hecho, la Asamblea General se niega a hacer frente a sus responsabilidades. En esas circunstancias, la Comisión debería adoptar una posición firme e informar a la Asamblea que, al no disponer de sus instrucciones, no cree poder proseguir el examen del tema. Otra solución sería que de una vez por todas la Comisión comience a elaborar el estatuto de una jurisdicción penal internacional, en el supuesto de que esté facultada para ello en virtud del párrafo 1 del artículo 18 de su estatuto, lo cual parece dudoso. El Sr. Pellet prefiere la primera solución pues la Comisión no podría seguir avanzando a oscuras. Al igual que otros oradores, considera que la Comisión o bien hace frente a sus responsabilidades o bien trata de obligar a la Asamblea General a que haga frente a las suyas ayudando al Relator Especial a redactar en términos muy firmes el capítulo del informe relativo al tema.

28. Así pues, son muchas sus vacilaciones en participar en un debate general que, por lo demás, en la primera parte del informe que se examina apenas se esboza.

29. En lo que respecta a la relación entre el código y el tribunal, como ya se ha señalado, es posible concebir un tribunal sin código o un código sin tribunal. Es más, es perfectamente concebible que no haya ni código ni tribunal. Por su parte, es partidario del código y del tribunal. Pero, a diferencia de algunos miembros de la Comisión la necesidad de que se complementen no le parece un principio lógico y, al contrario, considera que código y tribunal son cuestiones separadas.

30. En lo que respecta al código, el Sr. Pellet opina que el proyecto presentado a la Asamblea General es deficiente desde dos puntos de vista: por no decir lo suficiente y por decir demasiado. El código no dice lo suficiente puesto que el régimen aplicable a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se trata de una manera demasiado vaga para que pueda influir realmente en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. El código dice demasiado, en primer término porque la lista de crímenes es muy larga —lo que resta a su carácter de crímenes especialmente odiosos— y, en segundo término, porque al definir esos crímenes se emplean una vez más elementos que son discutibles e inaceptables para ciertos Estados y que proceden de instrumentos de un carácter muy diferente. Una lista breve y clara de crímenes de excepcional gravedad, acompañada de las precisiones necesarias sobre el régimen jurídico aplicable, habría sido suficiente.

31. El Sr. Pellet es, pues, partidario de un código pero no del proyecto de código en su forma actual. Si el tribunal previsto ha de estar subordinado al código, le será difícil aceptarlo. Sin embargo, no es insensible al argumento expuesto por el Sr. Mikulka y reconoce que en la resolución 46/54 de la Asamblea General las cuestiones del tribunal y el código están vinculadas. Pero, en el ejercicio de su competencia, nada obsta a que la Comisión exprese una opinión contraria.

32. Independientemente de los argumentos esgrimidos, un código sin tribunal no sería inútil: un código aceptable en cuanto al fondo bien podría ser aplicado por los tribunales nacionales y ser un faro orientador. Tampoco sería inútil un tribunal sin código: como ya se ha señalado, algunas convenciones establecen el régimen jurídico aplicable a crímenes como el genocidio o el *apartheid* y el tribunal penal internacional podría aplicar ese régimen al menos a los Estados partes y también dictar sentencia sobre la base de los principios generales del derecho y la costumbre internacionales.

33. De hecho, el verdadero problema parece ser el de la competencia del tribunal. Como ya se ha recordado, detrás de las personas que el tribunal deberá juzgar está la sombra del Estado. Lo que es cierto respecto de muchos crímenes es cierto, *a fortiori*, respecto de los «verdaderos» crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: ¿cabe pensar que la agresión, el genocidio, el régimen de *apartheid*, el mantenimiento por la fuerza de la dominación colonial, la utilización sistemática de la tortura como forma de gobierno sean el acto de individuos aislados? Ahora bien, las cosas hay que verlas como son. En esos casos, el Estado no colaborará a su propio proceso entregando a sus nacionales o pidiendo que sean juzgados. Sólo la derrota del Estado agresor, la erradicación del régimen de *apartheid*, por ejemplo, darán cabida a la acción efectiva de una jurisdicción internacional. Estos casos serán de rara ocurrencia y es dudoso que una jurisdicción permanente sea indispensable ya que siempre se podrá recurrir a órganos *ad hoc*, semejantes al tribunal de Nuremberg.

34. Pero el tribunal previsto podría cumplir otras finalidades. Desde el punto de vista jurídico, el Sr. Pellet comparte la indignación suscitada por el secuestro, juicio y condena de un jefe de Estado extranjero —el general Noriega— por una gran Potencia. De haber existido un tribunal penal internacional, la situación habría sido tal vez muy diferente. Asimismo, la existencia de un tribunal penal internacional habría dado una salida honorable a Libia en el asunto de *Lockerbie*. Francia tal vez podría exorcizar a sus viejos demonios de la segunda guerra mundial si tuviera la posibilidad de remitir a un tribunal de esa naturaleza a los Touvier y otros colaboradores.

35. Pero para que un tribunal penal internacional sea útil se debe abandonar el esquema que se está perfilando y no seguir soñando con una especie de tribunal de Nuremberg de carácter permanente. Es preferible orientarse a la creación de un tribunal al cual los Estados puedan entregar, conforme a modalidades *ad hoc*, a sus propios nacionales y, con acuerdo del Estado del que sean nacionales, a los extranjeros responsables de crímenes a los que se aplique normalmente el principio de la competencia universal. Este sería un enfoque razonable, lo que ya es suficiente, y la única manera de progresar.

36. Por último, el Sr. Pellet observa que en su resolución 46/54 la Asamblea General no ha pedido a la Comisión que elabore un proyecto de instrumento constitutivo de un tribunal penal internacional, sino que examine propuestas para el establecimiento de este tribunal o de algún otro mecanismo procesal internacional. Ahora bien, las propuestas con ese fin hechas a la CDI y a la Sexta Comisión no son numerosas. La Comisión, que no tiene

problemas de tiempo en el actual período de sesiones, podría, pues, como ha sugerido el Sr. Rosenstock, establecer un grupo de trabajo para que, en conjunto con el Relator Especial, enuncie sistemáticamente las posibles propuestas, sin limitarse a las normas estatutarias de la jurisdicción penal internacional que se ha previsto. Desde luego, las posibles propuestas son muchas. Por ejemplo, cabe concebir la presencia de observadores —en su caso, con un papel activo— en los procesos que se lleven a cabo ante las jurisdicciones nacionales. Esa medida no habría sido inútil en el proceso contra el general Noriega y no lo sería tampoco en el caso de que Libia decida enjuiciar a sus nacionales acusados de terrorismo. También se puede concebir una jurisdicción penal internacional que se limite a establecer el derecho aplicable quedando los procesos y las sentencias a cargo de los tribunales nacionales, lo cual permitiría solucionar ciertos problemas prácticos y preservar la sacrosanta soberanía nacional. Es concebible, asimismo, la creación de varias jurisdicciones internacionales especializadas o bien el recurso a la CIJ para que emita una opinión consultiva que, en su caso, sería de carácter obligatorio. En cambio, si se atiene al modelo de Nuremberg, la Comisión no logrará grandes resultados.

37. El Sr. CRAWFORD declara estar ahora a favor de la idea de una jurisdicción penal internacional, a la que antes se oponía. Pero esa jurisdicción todavía no se ha definido.

38. En primer término, cabe observar que la Comisión ha decidido, con toda razón, que esta jurisdicción no tendría competencia respecto de los Estados. Se ha recordado también que normalmente la competencia en materia penal es precisamente de los Estados; en efecto, los Estados disponen de mecanismos constitucionales o de otra índole que garantizan el respeto de la legalidad en la investigación y tramitación del proceso. Ahora bien, en este caso, las tradiciones jurídicas varían considerablemente según los distintos países y es inútil tratar de elaborar un código de procedimiento penal internacional sobre la base de esas tradiciones diferentes.

39. Por su parte, un tribunal penal internacional debe ser, antes que nada, un organismo auxiliar. Desde luego, no podría tener competencia de carácter obligatorio dado que lógicamente no es de suponer que los Estados acepten de antemano su autoridad. La competencia tampoco debería ser de carácter exclusivo y los tribunales nacionales deberían mantener sus atribuciones en lo que respecta a hechos o situaciones previstos en su legislación interna.

40. No por ello la jurisdicción penal internacional sería menos útil: de todas formas, sirve para evitar el problema de la retroactividad y para juzgar con toda serenidad a los agentes del Estado autores de crímenes de Estado.

41. El hecho de que se pueda tener un código sin tribunal o un tribunal sin código dependerá del tipo de código de que se trate. Por su definición o sus características, los crímenes previstos en el actual proyecto apuntan a personas que han actuado en calidad de agentes del Estado. La agresión, la amenaza de agresión, el *apartheid* o el terrorismo internacional suponen la actuación de los agentes del Estado, por muy paradójica que sea en el último caso. La dominación colonial y otras formas de dominación extranjera, el genocidio, las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos son crímenes típicos de agentes del Estado. Por su definición, la intervención extranjera está vinculada a la acción de los Estados. En cambio, esto no siempre es efectivo en los casos de reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios ni de daños intencionales y graves al medio ambiente. El único crimen que por sus características no está vinculado a la acción de los Estados es el tráfico de estupefacientes. De hecho, ese crimen no tiene cabida en el código y se ha agregado sólo para satisfacer el deseo de ciertos Estados víctimas de ese tráfico, temerosos de que afecte la integridad de su sistema de justicia penal. Pero habría otras maneras de prestarles ayuda: por ejemplo, sometiendo el conocimiento de esos crímenes a un tribunal regional.

42. Cuando un tribunal de un Estado determinado se propone enjuiciar a un individuo implicado en crímenes de Estado, se plantea un problema de legitimidad. Para evitar toda crítica en cuanto a una «justicia de vencedores», como en el proceso de Nuremberg, o una «justicia de víctimas» —conceptos ambos igualmente odiosos— la mejor solución no es un tribunal de carácter permanente sino un mecanismo jurisdiccional. En la Comisión existe un clima favorable a la reflexión en ese sentido.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2257.ª SESIÓN

Viernes 8 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

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

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE dice que la organización tradicional de los trabajos de la Comisión prevé semanalmente cuatro sesiones plenarias que se celebran por la mañana y cuatro sesiones de los órganos auxiliares que se cele-

* Reanudación de los trabajos de la 2253.ª sesión.

bran por la tarde. Como es habitual, la Comisión podrá celebrar diez sesiones durante la última semana del período de sesiones, y al Seminario sobre derecho internacional se le proporcionarán los servicios que requiera. Si no hay objeciones, considerará que la organización de los trabajos propuesta goza de la aprobación de la Comisión.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

2. El Sr. GÜNEY encomia al Relator Especial por su décimo informe (A/CN.4/442), que responde con espíritu de pragmatismo y avenencia a un tema complejo.

3. Refiriéndose a la primera parte del informe, señala que, a falta de una petición concreta de la Asamblea General de que se adopte una decisión sobre la cuestión, la idea de establecer un tribunal penal internacional parece prematura. La Comisión tiene que pronunciarse no sobre la conveniencia sino sobre la viabilidad de establecer ese tribunal u otro mecanismo internacional, y seguidamente debe expresar su posición dentro de los límites de sus funciones de asesoramiento.

4. Dadas las conocidas reservas de los Estados frente a un mecanismo internacional con jurisdicción exclusiva u opcional, la Comisión debe prestar atención no sólo a las consecuencias jurídicas sino también a las políticas. Recientes iniciativas de muchos Estados han reflejado la necesidad de trabajar en pro de la creación de una jurisdicción internacional, pero subsisten las dudas acerca de su viabilidad, dado que los crímenes previstos caen ya dentro de las normas imperativas de derecho internacional, las normas generales de derecho internacional o las normas establecidas en tratados multilaterales ampliamente aceptados que, en vista de la cooperación limitada en lo que respecta a la extradición de los acusados, dejan a las instituciones y a los tribunales nacionales la tarea de proceder contra los delincuentes y castigarlos. Pese al riesgo que supone modificar los actuales procedimientos internacionales, cada vez se ha dejado sentir más la falta de un sistema que sustituya al actual. Una relación directa entre el tribunal y el código no facilitaría más la tarea. Ya hay varios tribunales que funcionan sin un código. En la fase actual, el planteamiento más realista y el más concorde con las realidades de la comunidad internacional sería que la Comisión explorara la posibilidad de un procedimiento judicial penal especial.

5. El Sr. MAHIOU, refiriéndose a la cuestión de una posible relación entre el código y el tribunal penal internacional, dice que existen varias opciones pero que algunas son mejores que otras. Un código solo es ciertamente inconcebible, ya que a falta de un tribunal sería ineficaz, porque no habría manera de aplicar sus disposiciones. Y a la inversa, un tribunal penal internacional sin un código significaría que algunos crímenes serían condenados por la conciencia internacional, pero que no habría manera de castigarlos por falta de normas o definiciones universalmente aceptables de esos delitos. Establecer separadamente un tribunal penal internacional y un código parecería absurdo, ya que evidentemente deben estar relacionados entre sí. Es de esperar que, tras los debates de la Comisión, se haga patente la naturaleza de esa relación entre ambos y puedan enviarse recomendaciones a la Asamblea General. Es hora de que la Comisión adopte una clara posición en sus recomendaciones.

6. Importa no confundir la cuestión de la conveniencia con la de la viabilidad de un tribunal penal internacional. Cierto que la Asamblea General encargó a la Comisión que examinara la cuestión de la viabilidad, pero separar ambos conceptos es difícil. Ya en 1950 la Asamblea General pidió a la Comisión que adoptara una posición clara sobre ambas cuestiones y la Comisión decidió que establecer un tribunal era conveniente y factible[3].

7. El Sr. Bennouna (2254.ª sesión) advirtió a la Comisión del peligro de una repercusión excesiva del derecho interno. En realidad es importante tener presente que ningún derecho interno es perfecto y que, por ende, sería tanto más difícil lograr un resultado universalmente satisfactorio por medio de un mecanismo internacional. La Comisión debe encontrar soluciones cuando pueda, pero también debe pedir a la Asamblea General y a los Estados que adopten posiciones sobre los problemas que rebasan el mandato de la Comisión.

8. Apoya la sugerencia hecha por varios otros miembros de establecer un grupo de trabajo para ayudar al Relator Especial a redactar la lista de los problemas que plantea la creación de ese tribunal, junto con un elenco de las posibles soluciones, y a redactar recomendaciones a la Asamblea General que sirvan de orientación para adoptar una decisión.

9. El Sr. AL-BAHARNA dice que es partidario de que el tribunal penal internacional vaya acompañado de un código penal, porque ninguno de los dos podría funcionar sin el otro. Ya dio a conocer su posición en anteriores declaraciones y, por tanto, se limitará a abordar las cuestiones básicas planteadas en el excelente informe del Relator Especial.

10. En la primera parte del décimo informe, el Relator Especial en primer lugar responde a la objeción a un tribunal internacional sobre la base de que el actual sistema de procedimientos internacionales fundados en la jurisdicción universal ha venido funcionando satisfactoriamente. Aunque el argumento de que tanto el juicio como la sentencia del acusado puedan resultar afectados por presiones internas es correcto, debe destacarse que el sistema de jurisdicción universal ha dado resultados que de

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Véase 2254.ª sesión, nota 11.

hecho distan mucho de ser satisfactorios. Los Estados a menudo no han efectuado ni siquiera investigaciones preliminares, particularmente en los casos en que el delito tenía un fuerte carácter político.

11. En segundo lugar, el Relator Especial responde a la afirmación de que un tribunal penal internacional podría politizarse. El orador está personalmente de acuerdo e incluso argüiría que la politización a nivel nacional puede ser mucho mayor que a nivel internacional.

12. En tercer lugar, el Relator Especial responde a las objeciones basadas en la complejidad de los problemas planteados, y en efecto, los debates de la Sexta Comisión parecen destacar el hecho de que deben superarse muchos obstáculos jurídicos y políticos antes de que el tribunal pueda ser realidad. Cierto que los Estados tendrían que ponerse de acuerdo entre otras cosas sobre la jurisdicción, las normas de procedimiento, la prueba y las sanciones, pero, como se señala en el informe, esas cuestiones no son más complejas que las encontradas por los Estados al establecer otros órganos judiciales internacionales. Además, en el párrafo 3 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991, se autoriza a la Comisión a seguir examinando las cuestiones relativas al establecimiento de un tribunal penal internacional. En vista de ese mandato, la Comisión no debería dejar de abordar todas las cuestiones, porque perdería la oportunidad de elaborar el estatuto del tribunal propuesto. Además, sería una pena inhibirse ante la tarea de elaborar un proyecto de código cuando en la Comisión está empezando a surgir lentamente un consenso al respecto. Por tanto, como primera medida para superar la divergencia de opiniones, la Comisión debería adoptar propuestas específicas sobre las diversas cuestiones a ese respecto, a fin de formar una base para el debate.

13. En cuanto al argumento según el cual un tribunal internacional sería menos capaz de garantizar la protección de los derechos humanos que un tribunal nacional, que está obligado por las disposiciones constitucionales de derecho interno que rigen esos derechos, el orador concuerda con el Relator Especial en que la situación internacional parece apuntar justo a la conclusión opuesta.

14. En la segunda parte del informe, que contiene proyectos de disposición sobre varios temas, se examinan dos variantes para el derecho que ha de aplicar el tribunal internacional penal[4]. La primera utiliza una fórmula genérica y la segunda un método enumerativo. Dado que la fórmula genérica, a saber, derecho internacional penal, no es un término técnico que tenga un significado y contenido fijos, es inadecuado en el sentido en que se emplea en el párrafo 2 del comentario. Por tanto, el orador no es partidario de la variante A. La variante B sería aceptable si se modificara para reflejar las funciones y propósitos de un tribunal penal internacional. En su estado actual su forma y contenido son defectuosos. Habría que determinar la función de ese artículo y si prescribe las fuentes «oficiales» de derecho. Cabe suponer que indica las fuentes «materiales» que rigen la jurisdicción penal internacional, en cuyo caso el artículo no debería seguir el modelo del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que se refiere a las controversias interestatales, sino que debería reflejar la función de la corte, que es juzgar a individuos, grupos y Estados. La diferencia de funciones de la CIJ y del Tribunal Penal Internacional deberían tenerse presentes al formular la disposición sobre el derecho que éste ha de aplicar. El propio Relator Especial parece haber tenido en cuenta ese hecho, ya que afirma que, por regla general, los principios relativos a los derechos humanos fundamentales son indudablemente aplicables en derecho penal internacional. Si esto es así, ¿por qué los principios relativos a los derechos humanos no se incluyen en el derecho que ha de aplicar el tribunal? Evidentemente, las fuentes materiales de derecho enumeradas en el proyecto de artículo son incompletas.

15. Los apartados *a*, *b* y *c* de la variante B son aceptables en principio, pero en lo fundamental las fórmulas se basan en el artículo 38 del estatuto de la CIJ. Sería mejor adoptar una versión más sencilla que diga lo siguiente: «*a*) convenciones internacionales; *b*) costumbre internacional; *c*) principios generales del derecho reconocidos por los Estados». El apartado *d* suscita algunas reservas. En primer lugar, las decisiones judiciales y la doctrina de la jurisprudencia altamente calificada no pueden agruparse y, en segundo lugar, la caracterización de las decisiones judiciales como medio auxiliar para determinar las normas de derecho se presta a críticas. En vez de ello, la Comisión podría adoptar la expresión «decisiones judiciales», simplemente. El apartado *e* requiere más reflexión.

16. El posible proyecto de disposición sobre la jurisdicción *ratione materiae*[5] difiere sustancialmente del presentado en el noveno informe[6]. En tanto que en el noveno informe el Relator Especial propone la jurisdicción opcional, en el décimo propone un régimen dual de jurisdicción obligatoria y opcional. Aunque tal vez conviniera conferir la jurisdicción obligatoria al tribunal con respecto a los crímenes enumerados en el párrafo 1, duda de que sea factible en la actualidad. La jurisdicción del tribunal sería no sólo obligatoria sino exclusiva, limitación que pondría las cosas peor. Prefiere con mucho la versión contenida en el noveno informe, que confiere al tribunal la jurisdicción opcional. El párrafo 2 a su vez prevé la jurisdicción opcional para los delitos distintos de los mencionados en el párrafo 1, pero esa solución tal vez no sea factible. Incluso el párrafo 3 del nuevo proyecto, que excluye la apelación de las decisiones de los tribunales nacionales, se presta a la crítica ya que priva al tribunal de un papel internacional. Cabe concebir que el tribunal desempeñe un papel cuando se impugnen las sanciones impuestas por un tribunal penal. Cabe recordar que el párrafo 4 del artículo jurisdiccional en el noveno informe de hecho había previsto ese supuesto[7].

17. La redacción del párrafo 1 del posible proyecto de disposición sobre la interposición de una querella ante el tribunal[8] es una notable mejora al proyecto propuesto en el informe anterior, pero el orador aún tiene algunas reservas. Primero, la palabra «querella» tal vez no sea la

[4] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 3.

[5] *Ibid.*, párr. 4.

[6] Véase *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/435/Add.1, párr. [40].

[7] *Ibid.*

[8] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 6.

más adecuada, ya que tiene más de un significado. Por tanto, la Comisión podría examinar la posibilidad de utilizar un término más adecuado que reflejara exactamente el sentido deseado por el Relator Especial. En cualquier caso, hay que modificar las palabras «ante el tribunal». Si la cuestión se somete al tribunal en la fase de reclamación y, por tanto, se adopta la decisión de someter al acusado a juicio, la integridad y la independencia del tribunal se verían comprometidas. Por tanto, debería sustituirse la palabra «tribunal» por las palabras «autoridad fiscal competente». Sin perjuicio de esas observaciones, no está totalmente a favor de conferir el derecho a la acusación exclusivamente al órgano fiscal. Dentro del esquema de la jurisdicción universal, los Estados actualmente tienen derecho a incoar un procedimiento con respecto a los delitos internacionales y cualquier posible derogación requeriría una cláusula de salvaguardia. Evidentemente, la Comisión debería reexaminar el proyecto de disposición.

18. Le complace la idea de que a las organizaciones de derechos humanos se les permita someter reclamaciones al tribunal, pero debería tratarse con sumo cuidado. Sólo a aquellas organizaciones de derechos humanos cuya labor ha recibido el aplauso de la comunidad internacional debería permitírseles someter reclamaciones o ejercer acciones. Está de acuerdo con el párrafo 2 del proyecto de disposición en el sentido de que es indiferente que el individuo contra el cual se dirija una reclamación haya actuado en calidad de particular o de persona investida de un cargo oficial.

19. El principio general en que se basa el posible proyecto de disposición sobre la acción de reparación[9], a saber, que las víctimas de un delito, ya sean Estados o individuos, deben ser indemnizadas por los daños sufridos a causa del delito de que conozca el tribunal, merece su apoyo, pero antes hay que resolver algunas cuestiones fundamentales. Por ejemplo, ¿cuáles son el significado, alcance y función de la reparación prevista? ¿Cómo ha de determinarse y a quién se pagaría? Una cuestión aún más fundamental es la de si la función primaria del tribunal propuesto no debería hacer justicia penal, y si a la cuestión de la reparación no debería dársele importancia secundaria o ser tramitada cuasi judicialmente por una comisión que actúe de órgano auxiliar del sistema judicial.

20. La variante B del posible proyecto de disposición sobre la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal[10] es tal vez preferible, ya que impone al Estado la obligación legal de entregar al presunto autor, en tanto que la variante A describe simplemente el carácter jurídico de la entrega del presunto delincuente al tribunal. Imponer una obligación en ese contexto no sólo ofrece la ventaja de una mayor precisión, sino que facilita la tarea a aquellos Estados en que han de concluirse los procedimientos judiciales internos antes de que pueda efectuarse esa entrega. Por otra parte, a muchos Estados les plantea dificultades el cumplir una obligación no calificada. La Comisión tendrá que proceder con cuidado al ponderar todas las consecuencias de la disposición propuesta.

21. En cuanto al principio de «doble instancia»[11], el concepto de apelación es ciertamente un derecho humano fundamental y el tribunal propuesto debería tener un procedimiento de apelación, pero el sistema de casación esbozado en el comentario tal vez no sea totalmente adecuado para un sistema de justicia penal internacional. En cuanto al párrafo 2 del proyecto de disposición, una referencia superficial al principio de doble audiencia es insuficiente; el proyecto de estatuto debería establecer un conjunto detallado de normas sobre el sistema de apelación.

22. Por último, desea agradecer al Relator Especial la rapidez con que ha presentado los posibles proyectos de disposiciones sobre el tribunal penal internacional propuesto, impulsando así a la respuesta de la Comisión a la invitación formulada por la Asamblea General en el párrafo 3 de su resolución 46/54.

23. El Sr. de SARAM, refiriéndose a la cuestión general de la conveniencia y posibilidad, o de lo contrario, de la creación de una jurisdicción penal internacional, dice que aprecia las cuestiones planteadas por el Relator Especial en cuanto al enfoque general que se debería adoptar sobre la creación de una jurisdicción internacional. Como se ha observado, todavía existen dificultades sustanciales sobre la cuestión del proyecto de código de crímenes y la de una jurisdicción penal internacional. También todavía existe una ausencia de directrices claras de la Sexta Comisión. La resolución 46/54 de la Asamblea General permite a la CDI examinar si un tribunal penal internacional, en el completo sentido del término «tribunal» o en forma alternativa, un proceso más modesto: «otro mecanismo procesal internacional», sería o no realizable y, en las circunstancias, el medio más apropiado. Es cierto que existen muchas dificultades en la creación de una jurisdicción penal internacional. Sin embargo, en el pasado ha habido otras ocasiones en que la CDI y otros órganos jurídicos han superado parecidas dificultades. Así pues, tener la esperanza de encontrar soluciones apropiadas y aceptadas por todos en algunos aspectos que ahora parecen presentar dificultades tan extraordinarias no es en realidad ser superidealista. Sin duda hay que enfrentar las dificultades, pero teniendo en cuenta los requisitos obvios de consenso en los procedimientos de la Comisión y la importancia de asegurar la más completa adhesión gubernamental a las recomendaciones de la Comisión, no sería realista para los que están a favor de la creación de una jurisdicción penal internacional tener ambiciones exageradas. Por eso, hablar de la creación de un tribunal penal internacional, en el sentido de un órgano establecido en forma permanente, al estilo de la CIJ, a la luz de los debates en la CDI y en la Sexta Comisión, parece irreal. Una forma más modesta podría ser más apropiada, por ejemplo la creación, tal vez mediante una convención internacional, de un tribunal *ad hoc*, que se reuniría según un procedimiento que excluiría un uso irrazonable y, más importante aún, proveería salvaguardias que los Estados tendrían en cuenta como apropiadas

[9] *Ibid.*, párr. 7.

[10] *Ibid.*, párr. 8.

[11] *Ibid.*, párr. 9.

y aceptables desde el punto de vista de las consideraciones debidas a su soberanía.

24. Es inevitable, sin embargo, que de vez en cuando se produzcan hechos internacionales de una enormidad y magnitud que impacten y despierten la conciencia mundial. Una creciente conciencia mundial en la esfera del medio ambiente se ha producido en los últimos años. Quizás es tiempo de que la Comisión comience a concentrarse más bien en la posibilidad de crear una jurisdicción penal internacional, en una manera aceptable para todos los países, que en los problemas que presenta su establecimiento. Parece improbable que el tema de una jurisdicción penal internacional simplemente desaparezca.

25. Podría argüirse con cierta medida de justificación que la existencia de un mecanismo procesal penal internacional serviría en cierto grado como disuasivo a un comportamiento criminal internacional.

26. Existen, sin embargo, ciertos aspectos que habría que examinar detenidamente, sea que el tribunal se prevea como un órgano establecido en forma permanente o una institución *ad hoc* más modesta. Estos incluyen la cuestión del papel del Consejo de Seguridad según la Carta de las Naciones Unidas. También está la cuestión de, en el caso de que la creación de una jurisdicción penal internacional llegara a ser realidad, si debería haber alguna limitación en el alcance de tal jurisdicción. Pudiera suceder que para asegurar el consenso necesario y la más amplia adhesión posible hubiera que limitar tal jurisdicción a los crímenes definidos en el proyecto de código.

27. En cuanto a los métodos de trabajo de la Comisión en su actual período de sesiones, debería quizás señalarse que una serie de asuntos mencionados en el debate también podrían haber sido examinados en la CDI, en la Sexta Comisión y en otros comités jurídicos entre los años 1950 y 1953.

28. El debate en la Sexta Comisión el año anterior puede que no haya sido tan completo y detallado como debería haberlo sido. Sería útil quizás tanto para la propia CDI como para la Sexta Comisión (y asegurarse de que todos están en el mismo «nivel de conocimiento» y en la misma «onda» cuando se examinen particularmente los asuntos más específicos y técnicos) si se hiciera un cuadro comparativo de las disposiciones de algunos de los principales estatutos y proyectos de estatutos de jurisdicciones penales internacionales. Semejante cuadro, por lo menos, sería bastante informativo para muchos delegados en la Sexta Comisión, y sería interesante ver cómo algunos de los asuntos mencionados en los debates han sido ya tratados en otros estatutos y proyectos de estatutos. Los debates de la Comisión a comienzos de los años 50 sugieren que existían entonces siete de tales estatutos. Actualmente existen más y, por supuesto, habría que seleccionarlos.

29. El Sr. YAMADA dice que un mecanismo internacional, que comporte tal vez la creación de un tribunal penal internacional, es esencial para proceder directamente contra los autores de actos tales como la agresión. Apoya los argumentos formulados por el Relator Especial en su décimo informe contra las objeciones surgidas en la Asamblea General frente al posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Cuando participó en los dos últimos períodos de sesiones de la Sexta Comisión tuvo la impresión de que los representantes tenían unas ideas un tanto confusas acerca de la naturaleza del tribunal que estaban examinando y, por tanto, tendían a limitarse a generalidades. Incluso entre los partidarios de establecer un tribunal penal internacional, muchos adoptaron una actitud cautelosa y expresaron reservas. A fin de obtener orientación política de la Asamblea General, la Comisión debería brindarle una imagen más clara de las cuestiones planteadas; por ejemplo, podría preparar un cuadro en el que se mostraran las principales opciones con sus principales ventajas e inconvenientes.

30. Sin perder de vista la última meta de la comunidad internacional que consiste en definir los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y establecer un mecanismo que tenga jurisdicción para proceder contra los autores de esos crímenes y castigarlos, la Comisión debería actuar con prudencia y optar por una solución que tenga posibilidades de obtener amplia aceptación en el mundo contemporáneo. Evidentemente, la comunidad internacional, por el momento, tendrá que contar con las instituciones nacionales en lo que respecta a la mayoría de las funciones ejecutivas, a saber: efectuar investigaciones, reunir pruebas, detener a los delincuentes, etc. También podrá verse obligada a depender de los tribunales nacionales para muchas de las funciones judiciales del sistema propuesto. Por tanto, la Comisión debería examinar la cuestión de la asistencia del auxilio judicial de las instituciones nacionales.

31. Coincide en que debería insistirse en llegar a un concepto de tribunal penal internacional que sea factible y viable en el mundo contemporáneo. En particular, acepta la sugerencia del Sr. Bowett (2255.ª sesión) de que cada fase sucesiva del procedimiento penal se examine separadamente. Análogamente, el Sr. Pellet (2256.ª sesión) tiene razón en que, al menos teóricamente, el proyecto de código y el establecimiento del tribunal penal internacional no tienen que ligarse entre sí y que, a los efectos de la presente labor, tal vez convendría tratar de separar ambas cuestiones. No obstante, hay que tener en cuenta que para muchos representantes en la Asamblea General ambas cuestiones están íntimamente ligadas. En cuanto a los métodos de trabajo de la Comisión, apoya la sugerencia del Relator Especial (2254.ª sesión) de que se cree un grupo de trabajo para ayudarlo.

32. El Sr. YANKOV, señalando que una petición concreta de la Asamblea General a la Comisión contenida en el párrafo 3 de la resolución 46/54 se produce rara vez, dice que el informe de la Comisión sobre la cuestión de la jurisdicción penal internacional debería dividirse en dos partes, a saber: la primera analítica y la segunda con propuestas para la creación de un tribunal penal internacional u otro mecanismo judicial penal internacional. Naturalmente, el informe no debe dejar de reflejar las dudas y las reservas acerca de las propuestas relativas al establecimiento de un tribunal, pero ciertamente habrá que formular propuestas.

33. Tanto en la CDI como en la Sexta Comisión hasta ahora han surgido tres tendencias principales. La primera es una actitud claramente afirmativa en favor de establecer un mecanismo judicial internacional para los delitos

enumerados en el código, quedando entendido que la jurisdicción penal internacional se limitaría a las personas que cometieran esos delitos. La opinión opuesta es que la creación de un tribunal penal internacional no es factible, en gran parte porque ningún Estado estará dispuesto a ceder su jurisdicción en cuestiones penales. Una tercera actitud, que cabría calificar de escéptica, consiste en aceptar el principio general de un órgano penal internacional pero subrayando al mismo tiempo la gran complejidad del tema. Personalmente, le resulta difícil elegir de forma tajante entre esas tres posiciones. Las dificultades planteadas son enormes, pero no deberían considerarse insuperables, aun cuando no podrían pasarse por alto ciertas objeciones y habría que tener en cuenta la realidad internacional vigente.

34. Varios miembros de la Comisión se han referido al Tribunal de Nuremberg y a su estatuto[12], pero parte del estatuto consistía en lo que podría calificarse de minicódigo de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, así como de crímenes de guerra. Lo mismo sucede en cierta medida con la Convención europea sobre derechos humanos, que es también un producto híbrido, ya que una parte contiene las normas de derecho material y la otra tiene el carácter de código. Pese a los numerosos ejemplos de nacionalismo persistente o de nuevo cuño, hay una creciente conciencia de la necesidad de continencia mutua en materia de soberanía a fin de afianzar el orden jurídico en todo el mundo. La comunidad internacional está avanzando hacia la interdependencia, la cooperación y la adopción de valores comunes. El estatuto del Tribunal de Nuremberg demuestra la enorme importancia concedida a la opinión pública mundial ya en agosto de 1945. ¿Por qué el siglo XXI no estaría dispuesto a sacar adelante la creación de una institución con funciones judiciales en materia de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad?

35. Está de acuerdo en que sin un mecanismo judicial internacional el código tendría como máximo valor declaratorio. La eficacia tanto del código como del tribunal penal internacional dependería de que estén íntimamente relacionados entre sí, de ser posible en forma de un instrumento único que conste de dos partes: una con las normas materiales y otra con las normas de procedimiento que han de aplicarse. Así, el código y el estatuto del tribunal constituirían un único instrumento. Es importante también que los Estados reconozcan ampliamente el tribunal y acepten consensualmente su jurisdicción.

36. A su juicio, es factible prever un tribunal penal internacional con jurisdicción sobre los crímenes enumerados en el código, pero al determinar el ámbito de aplicación del código y el ámbito de competencia del tribunal se requieren prudencia y realismo. En lo que respecta a la jurisdicción del tribunal *ratione materiae*, la Comisión debería individualizar los distintos tipos de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y en particular una categoría que abarcaría los delitos cometidos por los individuos que actúen en nombre de un Estado, teniendo en cuenta los criterios establecidos en los artículos 2 y 3 del proyecto de código adoptados en primera lectura. Todos los intentos de clasificar los delitos previstos en el código también requieren gran circunspección, ya que toda clasificación depende de las circunstancias de cada caso: por ejemplo, en el tráfico de estupefacientes pueden estar implicados individuos o entidades además del elemento de la responsabilidad del Estado. Lo mismo puede suceder con la contratación, utilización y financiación e instrucción de mercenarios. En cambio, algunos crímenes, tales como la agresión o la amenaza de agresión, o la dominación colonial, a primera vista involucran la responsabilidad del individuo que actúa en nombre del Estado, así como la responsabilidad internacional del propio Estado. Por tanto, se plantea la cuestión de si debería haber dos mecanismos judiciales diferentes para conocer de las dos categorías. Ahora bien, esa cuestión es de tal complejidad que requiere mucho mayor reflexión.

37. Debería haber una estrecha relación entre el tribunal penal internacional y las jurisdicciones nacionales, y el primero debería aprovechar la práctica nacional existente. No debería tener jurisdicción exclusiva y, cuando corresponda, debería aplicarse la norma del agotamiento de los recursos internos.

38. En lo que respecta al dilema entre la jurisdicción opcional y la jurisdicción obligatoria, en la fase actual sería preferible restringir el ámbito de la jurisdicción opcional, especialmente dado que el artículo 36 del estatuto de la CIJ frecuentemente se ha utilizado como cláusula de escape y dado que las múltiples reservas al párrafo 2 del artículo, relativo a la jurisdicción obligatoria, han tenido virtualmente por efecto anular su aplicación.

39. El Sr. Bennouna (2254.ª sesión) tiene razón al decir que debería examinarse cuidadosamente la relación entre el tribunal y el Consejo de Seguridad, particularmente en cuanto a los Artículos 24 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas. A su juicio, el tribunal penal internacional no debería actuar de tribunal de apelación de las sentencias de los tribunales nacionales, pero podría preverse un procedimiento de apelación dentro del propio tribunal.

40. Por último, apoya la propuesta de establecer un grupo de trabajo para analizar el informe del Relator Especial y el debate del presente período de sesiones con miras a redactar propuestas concretas. El grupo de trabajo podría estudiar la compilación de una lista de los instrumentos internacionales pertinentes que ofrecerían la base jurídica para las normas de fondo y, en cierta medida, las normas de procedimiento.

41. El Sr. VERESHCHETIN pregunta si en la Comisión se ha llegado a un consenso en lo que respecta a excluir a los Estados de la jurisdicción penal internacional. ¿Hubo un debate amplio de la cuestión antes de que se adoptara una decisión en ese sentido? Su impresión en general es que el llamado debate en la Comisión suele adoptar la forma de una serie de monólogos con poco intercambio de opiniones.

42. El PRESIDENTE dice que ciertamente la cuestión se ha examinado con gran detenimiento y que se ha decidido limitar el examen a la jurisdicción sobre los individuos por el momento, quedando entendido que la Comi-

[12] Estatuto anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 285).

sión podría volver al tema de la jurisdicción sobre los Estados en una fase ulterior.

43. El Sr. KOROMA y el Sr. SZEKELY dicen que están de acuerdo con el Sr. Vereshchetin en que es necesario un mayor diálogo en los debates de la Comisión sobre temas tan importantes como el que se examina.

44. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que hace mucho que lamenta la falta de un auténtico debate en las deliberaciones de la Comisión, pero señala que no siempre ha sido así.

45. El Sr. PELLET dice que está de acuerdo en principio con aquellos miembros que han abogado por un diálogo oficioso. También está de acuerdo en que el Relator Especial de vez en cuando resuma el debate.

46. Refiriéndose a la segunda parte del informe del Relator Especial, dice que el concepto de tribunal penal internacional en sí mismo es aceptable, aun cuando él es muy escéptico acerca del valor de toda esta tarea. Tal tribunal no parece responder a las necesidades de la sociedad internacional contemporánea, que requiere instituciones más flexibles que estén en consonancia con la realidad.

47. El término francés «droit pénal international» debería ciertamente sustituirse por «droit international pénal», ya que éste destaca el carácter esencialmente internacional de las normas que han de aplicarse, pero no está totalmente seguro de que la noción englobada por cada una de esas fórmulas esté suficientemente asentada como para enunciarla en términos tan concisos como los utilizados en la variante A del proyecto de disposición propuesto por el Relator Especial sobre el derecho que ha de aplicarse. La variante B, que adopta el método enumerativo, sigue de cerca el modelo del artículo 38 del estatuto de la CIJ, pero se pregunta si es apropiada para un tribunal penal internacional, ya que las funciones de las dos jurisdicciones son diferentes y el artículo 38 tiene defectos reconocidos.

48. Al indicar el origen de las normas aplicables, como es aconsejable a su juicio, no debería olvidarse que en este caso se trata no de resolver controversias entre Estados sino de juzgar a individuos acusados de delitos internacionales. Por consiguiente, si se acepta el marco general del artículo 38, hay que tener gran cuidado en adaptarlo lo más posible a los fines de la labor que está realizando la Comisión y redactar la lista contenida en el posible proyecto de disposición en términos más específicos. Hablando en general, las normas que ha de aplicar el tribunal penal internacional podrían ser de tres tipos: primero, las normas aplicables a la definición de los delitos de que se sospecha al acusado; segundo, las normas destinadas a proteger los derechos humanos de que debe gozar el acusado; y tercero, las normas que regulan la celebración del juicio. Partiendo de esta base sugiere que la cláusula preliminar de la variante B se redacte en los siguientes términos: «El tribunal, que estará encargado de juzgar a los acusados que le sean entregados por delitos calificados de tales por el derecho internacional, aplicará, respetando debidamente los derechos de la defensa:» y a continuación la lista de las distintas fuentes del derecho.

49. Aunque no le complace plenamente la lista prevista en la variante B, está dispuesto a aceptar el principio. Concretamente, está de acuerdo en que el tribunal debería aplicar las convenciones internacionales, como se prevé en el apartado *a*, pero le preocupa la referencia relativa a la persecución y prevención de «delitos» previstos por el derecho internacional, cosa que podría alentar al tribunal a proceder por analogía. Sería mejor que las convenciones internacionales sean pertinentes al objeto del juicio y aplicables a los delitos de que se acusa al inculpado, como se prevé en el proyecto de estatuto del tribunal penal internacional preparado por la Asociación de Derecho Internacional. Está de acuerdo también en que el tribunal penal internacional debería aplicar la costumbre internacional, según lo previsto en el apartado *b*, pero se pregunta por qué el Relator Especial ha omitido el adjetivo «general» que en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 38 del estatuto de la CIJ acertadamente figura después de la palabra «práctica». En efecto, el tribunal debería aplicar los principios generales de derecho penal, según lo previsto en el apartado *c*, pero al orador le sorprende la inclusión de las palabras «reconocidos por las Naciones Unidas». Los principios generales de derecho penal son principios comunes a todos los Estados y son esenciales para garantizar que la celebración del juicio sea justa y humana. En su opinión, los derechos internos deben ser pertinentes en cuanto principios comunes a los diferentes Estados y sólo en cuanto tales.

50. No entiende por qué en la variante B se ha incluido el apartado *e*. Como opinó la CPJI en una máxima famosa: «Desde el punto de vista del derecho internacional y del Tribunal que es su órgano, los derechos internos son simplemente hechos...»[13]. A su juicio, no incumbe a un tribunal internacional aplicar las normas de derecho interno en cuanto tales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ciertamente no lo hace; simplemente asegura que el derecho interno esté en consonancia con los principios internacionales establecidos en la correspondiente convención sobre derechos humanos. No hay motivo para que no rija lo mismo en el caso de un tribunal penal internacional.

51. No tiene objeciones a que se incluyan en el apartado *d* las decisiones judiciales y la doctrina, aunque debería haberse utilizado el texto exacto del artículo 38 del estatuto de la CIJ, que es plenamente satisfactorio; de no hacerlo, en el informe debería figurar una explicación por haberse apartado de ese texto. Ahora bien, algo falta en esa disposición, ya que el artículo 38 se remonta a hace mucho tiempo y posiblemente estaba anticuado ya al redactarse. En particular, el papel de las resoluciones de las organizaciones internacionales y, sobre todo, de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no puede ignorarse. No obstante, las funciones del tribunal propuesto y del Consejo de Seguridad son diferentes. Incluso si el Consejo de Seguridad no calificara de agresión un determinado incidente de acción armada, ello no significaría necesariamente que, en términos jurídicos, no habría acto de agresión. Debería procurarse que el funcionamiento del tribunal no se viera paralizado a causa de una crisis política del Consejo de

[13] *Affaire relative a certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond), C.P.J.I., serie A*, N.° 7, 1926, pág. 19.

Seguridad. Por otra parte, sería escandaloso que algunos Estados, aun cuando fueran agresores, pudieran escudarse tras el veto. El tribunal no debería ser limitado por alguna obligación de ceder ante una decisión negativa del Consejo de Seguridad. Ahora bien, si el Consejo de Seguridad llegara a una decisión positiva, habría una fuerte presunción de que su resolución fuera vinculante para el tribunal, ya que el Consejo de Seguridad tiene la facultad de determinación en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por otra parte, esa resolución no debería considerarse como la verdad revelada en términos jurídicos y el tribunal debería siempre comprobar por sí mismo que una decisión del Consejo de Seguridad es jurídicamente correcta.

52. Le causa gravísima preocupación la posición adoptada por la CIJ en su orden de 14 de abril de 1992 relativa al asunto de *Lockerbie*[14]. Si la entiende correctamente, el tribunal declaró que, considerando que las resoluciones del Consejo de Seguridad gozaban de la fuerza jurídica superior que les confiere el Artículo 103 de la Carta, el tribunal no podía sino que inclinarse. Esto parece ser una negativa de la Corte a desempeñar sus propias funciones. Evidentemente, en la inmensa mayoría de los casos se reconocería la fuerza jurídicamente vinculante de las decisiones del Consejo de Seguridad, pero esas decisiones al menos no deben ser contrarias a las normas de *jus cogens* y ciertamente no deberían ser contrarias a la propia Carta de las Naciones Unidas, que es claramente superior a cualquier decisión del Consejo de Seguridad. La cuestión requiere un examen detenido, particularmente en lo que respecta al asunto de *Lockerbie*. El orador tiene un grandísimo respeto por la CIJ, pero algunos aspectos de su jurisprudencia se prestan a la crítica.

53. El asunto de *Lockerbie* muestra también que hay un gran riesgo de que el problema de las relaciones entre el tribunal penal internacional y el Consejo de Seguridad pueda ir más allá y se plantee en relación no sólo con el delito de agresión sino también con otras cuestiones. Las autoridades libias no sólo fueron declaradas responsables de un acto de agresión, sino que fueron acusadas de una forma de terrorismo, tal vez terrorismo de Estado.

54. Las resoluciones de la propia Asamblea General podrían ser de gran pertinencia para el futuro tribunal penal internacional. Por ejemplo, el artículo 18 del proyecto de código, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 43.° período de sesiones en 1991, acertadamente calificó de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad el mantenimiento por la fuerza de la dominación colonial, lo que inevitablemente presupone que la Asamblea General tendría una voz importante a la hora de definir qué constituye situación colonial. Por lo tanto, en esa esfera la Asamblea General goza de una importantísima facultad de determinación. La cuestión es en qué medida el futuro tribunal estará obligado por una determinación de que una situación constituye o no situación colonial. Es un problema muy complicado para el que no tiene respuesta. La Comisión debería reflexionar sobre la posición de las resoluciones de las organizaciones internacionales, y en particular del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General, en la enumeración del proyecto de disposición propuesto.

55. Es importante tener presente, primero, que esas resoluciones pueden ser de importancia decisiva para calificar un delito y, segundo, que ni el Consejo de Seguridad ni la Asamblea General pueden hacer simplemente lo que quieran, y si sus decisiones han de seguirse, en el caso de una simple recomendación, hay que pensar en su fuerza jurídica. En una organización internacional *de jure* como las Naciones Unidas, esos órganos están obligados a respetar ciertas normas de derecho, sea como fuere las normas de *jus cogens* y de la propia Carta de las Naciones Unidas, y el tribunal penal internacional, como la CIJ, debería comprobar por sí mismo que es ése en realidad el caso.

56. En principio no se opone a la presencia de grados diferenciados de jurisdicción según la naturaleza del delito de que se trate, pero abriga graves dudas acerca del valor de la lista de delitos que figura en el párrafo 1 del posible proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal por razón de la materia[15]. El tráfico internacional ilícito de estupefacientes, la captura de aeronaves y el secuestro de diplomáticos no son cuestiones que puedan resolverse debidamente mediante la jurisdicción exclusiva del tribunal. También es un poco escéptico acerca de las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos. Por otra parte, es sorprendente que en la lista no se mencionen la agresión ni la amenaza de agresión ni tampoco la intervención. Por consiguiente, debería haber un principio definidor, a saber, que los delitos deben ser excepcionalmente graves, fundamentales y verdaderamente perjudiciales para la dignidad de toda la humanidad si han de figurar en la lista de delitos sobre los que la jurisdicción del tribunal sería obligatoria. Es decir, cuando detrás del acusado de hecho se está juzgando al Estado, sería razonable prever la jurisdicción obligatoria del tribunal. Naturalmente, esto no se aplica al secuestro de diplomáticos ni al tráfico internacional ilícito de estupefacientes, que habitualmente son el resultado de un acto no del Estado sino de particulares. Por consiguiente, para que el tribunal tenga jurisdicción obligatoria, los delitos deben ser delitos en que esté implicado el Estado. En esos casos es inútil esperar que el Estado se juzgue a sí mismo y, por tanto, es deseable que se establezca un tribunal internacional.

57. El párrafo 2 del posible proyecto de disposición parece también plantear cuestiones complejas. Se ha sugerido que el Relator Especial ha pensado en una especie de cláusula optativa, comparable a la del párrafo 2 del artículo 36 del estatuto de la CIJ, pero ello no resulta inmediatamente evidente de los términos del párrafo 2 del proyecto de disposición. Es perfectamente posible prever una cláusula optativa, ¿pero cómo podría someterse un caso al tribunal si no hay obligación de hacerlo? ¿Podría lograrse eso sometiendo la cuestión o entregando a un individuo al tribunal o bien aceptando la jurisdicción obligatoria del tribunal por adelantado? Se trata de dos planteamientos muy diferentes, tan diferentes como someter un caso a la CIJ previo acuerdo o hacerlo en base

[14] Véase 2255.ª sesión, nota 8.

[15] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 4.

al párrafo 2 del artículo 36 de su estatuto. La cuestión requiere aclaración.

58. Independientemente de que la jurisdicción sea obligatoria u optativa, es necesario determinar quién podría incoar un procedimiento contra un individuo ante el tribunal. Es sorprendente que el párrafo 1 del proyecto de disposición, a diferencia del párrafo 2, no indique el Estado o Estados que pueden hacerlo. A este respecto, parece haber una desacertada falta de simetría entre ambos párrafos.

59. A su juicio, la sociedad internacional no está lista para una *actio popularis*, incluso para los delitos más graves, ya que ello abriría la vía a todo tipo de excesos. Si fuera de otra forma, tanto Saddam Hussein como George Bush podrían muy bien tener que haber comparecido ante el tribunal penal internacional, lo cual no parece ni razonable ni deseable. Por consiguiente, mantiene la opinión de que sólo el Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito debería poder incoar una causa, e incluso esto es ir demasiado lejos. Además, sería aconsejable prever algún medio de disuadir a los Estados de apoderarse de personas en contra del derecho internacional, a fin de evitar la proliferación de casos tales como los de Eichmann, Barbie y Noriega; por muy repulsivos que esos individuos puedan ser, su detención no honró a los Estados que la practicaron y deberían adoptarse medidas frente a tales excesos.

60. En principio está de acuerdo con el párrafo 3 del proyecto de disposición, pero quedan por examinar aspectos importantes de la jurisdicción, tales como la jurisdicción *ratione personae*, que se ha tratado sólo desde el ángulo limitado de la jurisdicción *ratione loci*, y también la jurisdicción *ratione temporis*.

61. No está de acuerdo con el Sr. Crawford (2256.ª sesión) acerca de la retroactividad de las normas de Nuremberg. Aun cuando el Tribunal de Nuremberg se estableció después de que se cometieran los crímenes que juzgó, las normas aplicadas estaban vigentes antes de su creación. En esto concuerda con el Sr. Rosenstock (2255.ª sesión). También considera que debía incluirse una norma sobre la *compétence de la compétence* en el estatuto del tribunal propuesto, así como algún mecanismo para impedir las peticiones frívolas, que podrían ser muy perjudiciales para el tribunal propuesto.

62. Es necesario seguir estudiando otras posibilidades utilizando también la imaginación para responder a las necesidades reales de la comunidad internacional.

63. El Sr. THIAM (Relator Especial) indica que, como se desprende de sus informes anteriores, ya ha tratado la mayoría de las cuestiones planteadas por el Sr. Pellet. Insta a los miembros a centrarse en los aspectos prácticos de la cuestión más que en los aspectos académicos.

64. El Sr. KOROMA dice que, al elaborar el proyecto de código, la Comisión debería limitarse por el momento a la jurisdicción sobre los individuos, pero que a la larga la cuestión de la jurisdicción sobre los Estados aún está abierta a debate.

65. El Sr. AL-BAHARNA dice que parece que el Sr. Vereshchetin ha deducido de su declaración que él (el Sr. Al-Baharna) opina que puede acusarse a los Estados ante el tribunal penal internacional. En realidad, él se ha referido a la redacción del párrafo 1 del posible proyecto de disposición sobre la interposición de una querella ante el tribunal, que dice que «Sólo los Estados o las organizaciones internacionales tendrán derecho a interponer una querella ante el tribunal».

66. Haciendo una aclaración relativa a una observación del Sr. Pellet, a los efectos del apartado *c* de la variante B del posible proyecto de disposición sobre el derecho aplicable, el orador prefiere la formulación más simple que figura en el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 38 del estatuto de la CIJ, en el que se afirman los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas, a condición de sustituir «naciones civilizadas» por «Estados», ya que la expresión «naciones civilizadas» queda ahora un poco anticuada.

67. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que debe señalar que muchas de las cuestiones planteadas por el Sr. Pellet se refieren a la parte segunda de su informe, sobre la cual aún tiene que presentar sus observaciones adicionales a la Comisión durante el debate.

68. El Sr. BENNOUNA dice que desea hacer sólo dos observaciones preliminares relativas a la primera parte del informe del Relator Especial. En primer lugar, los conceptos de jurisdicción universal y de tribunal penal internacional no son incompatibles, y en segundo, la comunidad internacional necesita claramente una jurisdicción que pueda utilizar en caso de necesidad, como puede deducirse de las recientes dificultades surgidas en relación con los sospechosos en la explosión del avión de pasajeros de Pan American Airways en Lockerbie, en Escocia. Lo que se requiere es un sistema muy flexible que pueda utilizar las normas aplicables tomadas de una convención internacional o incluso del derecho nacional y que tenga en cuenta el interés de los Estados en el principio de soberanía.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2258.ª SESIÓN

Martes 12 de mayo de 1992, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Declaración del Presidente saliente

1. El PRESIDENTE SALIENTE da las gracias a todos los miembros de la Comisión, así como a la secretaría, que se han preocupado por su suerte durante los graves acontecimientos que tuvieron lugar en su país. Expresa asimismo su reconocimiento al Sr. Al-Baharna por haber desempeñado las funciones de Presidente en la sesión de apertura del 43.° período de sesiones de la Comisión y, a su vez, da la bienvenida a los nuevos miembros de la Comisión.

2. El Presidente saliente dice que, habiendo tenido el honor de representar a la Comisión en el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General y de presentar a la Sexta Comisión el informe de la CDI sobre la labor de su 43.° período de sesiones[1], aprovechó la oportunidad para dar una visión general acerca del estado de adelanto de los trabajos sobre las diferentes cuestiones cuyo estudio se ha encomendado a la Comisión. Los resultados logrados en su 43.° período de sesiones impresionaron favorablemente a la Asamblea General, la cual, en su resolución 46/54 de 9 de diciembre de 1991, ha expresado su reconocimiento, en particular, por la conclusión del texto final del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y de la aprobación provisional del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La Asamblea ha aprobado también la recomendación de la Comisión de que se concluya una convención sobre la base del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. En su resolución 46/55 de 9 de diciembre de 1991, la Asamblea General decidió incluir en el programa provisional de su cuadragésimo séptimo período de sesiones un tema titulado «Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes» y establecer un grupo de trabajo para que examine tanto las cuestiones de fondo suscitadas por el proyecto de artículos como la cuestión de la convocación de una conferencia internacional, que se celebraría en 1994 o posteriormente, para concluir esa convención. En su resolución 46/54, la Asamblea invitó a la Comisión a que al proseguir sus trabajos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad siguiera examinando el tema relativo a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional, a fin de que la Asamblea pudiera impartir orientación al respecto. En la misma resolución, la Asamblea señaló a los gobiernos la importancia de presentar sus comentarios y observaciones por escrito sobre el proyecto de código y el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación a más tardar el 1.° de enero de 1993.

3. Por otra parte, la Asamblea General ha reconocido el papel que desempeña la Comisión en el cumplimiento de los objetivos del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional[2]. El Presidente saliente opina que la Comisión, en su calidad de principal órgano responsable de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional, debe desempeñar un papel de primer plano en la concepción y ejecución de las actividades propias del Decenio. En particular, habida cuenta de la importancia que el tema reviste para la comunidad internacional, de los cambios operados en las relaciones internacionales y de la necesidad de establecer un «nuevo orden internacional», la Comisión debería ocuparse de examinar un tema determinado como una contribución al fortalecimiento del derecho internacional en la sociedad actual. Por su parte considera que ese tema podría ser la aplicación del derecho humanitario internacional a las fuerzas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. En efecto, aunque el papel que desempeñan esas fuerzas es de carácter cada vez más universal, el derecho humanitario en cuanto tal no se aplica a sus actividades. La Comisión podría examinar a fondo esta cuestión por conducto de un grupo de trabajo que se encargue, entre otras cosas, de analizar la documentación relativa al Decenio y de asegurar el enlace con los gobiernos, las organizaciones internacionales y regionales, las organizaciones no gubernamentales y los demás organismos que participen en el Decenio, a fin de conocer sus opiniones en la materia.

4. La Asamblea General ha expresado su reconocimiento por las medidas adoptadas por la CDI a fin de mejorar sus procedimientos y métodos de trabajo y le ha pedido que examine detenidamente la planificación de sus actividades y su programa durante el mandato de sus miembros, así como sus métodos de trabajo en todos sus aspectos, incluida la posibilidad de dividir su período de sesiones anual en dos partes. También le ha pedido que siga ocupándose en particular de que, en su informe anual, se indiquen en cada tema las cuestiones concretas respecto de las cuales revestiría particular interés para la continuación de sus trabajos que los gobiernos expresaran sus opiniones, en la Sexta Comisión o por escrito.

5. La Comisión, en el marco de su política tradicional de cooperación con otros organismos jurídicos, se hizo representar por el Sr. Pellet en el período de sesiones del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, celebrado en Estrasburgo. Por su parte, el Presidente saliente participó en el 31.° período de sesiones del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, celebrado en Islamabad (Pakistán); el Comité acogió con satisfacción el informe de la Comisión y sus debates versaron sobre el proyecto de código y el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua relativo a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En febrero de 1991, algunos miembros de la Comisión participaron, a título personal, en una reunión muy fructífera relativa al proyecto de código organizada por el Instituto Internacional de Estudios Superiores en Ciencias Penales, que se llevó a cabo en Courmayeur (Italia).

6. Por último, el Presidente saliente da las gracias a los miembros de la Comisión y a su secretaría por su apoyo constante y por la confianza con que lo han honrado.

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión, párrs. 4 y ss.

[2] Véase 2255.ª sesión, nota 5.

Felicita al Sr. Tomuschat por su elección de Presidente de la Comisión y les expresa tanto a él como a los demás miembros de la Mesa sus votos de éxito en el desempeño de sus funciones.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[3] *(continuación)* (A/CN.4/442[4], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

7. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que el debate en curso pone en evidencia una cuestión fundamental: la relación entre la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión de la Asamblea General. A este respecto, es forzoso comprobar que de los debates de la Sexta Comisión sobre el tema que se examina la CDI no ha podido obtener ninguna directriz de política ni tampoco por lo demás de la resolución 46/54 de la Asamblea General. Ello obstaculiza su labor de codificación dado que el tema está en una encrucijada en la que derecho y política se mezclan y que muchas de las posibles opciones son de carácter político o, al menos, de principio. Como nada presagia que esta situación cambie en el futuro, la Comisión deberá asumir su responsabilidad formulando una proposición concreta y audaz pero no por ello utópica, y presentarla a la Asamblea General para su aprobación o rechazo.

8. Por de pronto, se plantea la cuestión de la utilidad de una jurisdicción penal internacional. Por su parte, tiene el convencimiento de que una jurisdicción de este tipo contribuiría a fortalecer el sistema de arreglo pacífico de controversias establecido por la Carta de las Naciones Unidas. En efecto, esa solución permitiría dejar a salvo la susceptibilidad de los Estados sin que por ello se sacrifique la justicia y, por lo tanto, reduciría las fricciones entre los países y las amenazas contra la paz y la seguridad internacionales. El actual régimen de competencia universal dista mucho de ser satisfactorio, pues la ausencia de un orden de prioridad favorece los conflictos de jurisdicción y la simultaneidad de las acciones, en perjuicio de la justicia.

9. Se ha señalado que una jurisdicción penal internacional atentaría contra la soberanía nacional. Evidentemente, no cabe subestimar el principio del respeto de la soberanía nacional. Pero el Sr. Al-Khasawneh no ve por qué un Estado aceptaría la competencia universal y, por ejemplo, se negaría a entregar a sus nacionales a un tribunal internacional.

10. La acción de una jurisdicción penal internacional tendría un efecto beneficioso en el desarrollo del derecho internacional penal, siempre y cuando no esté condicionada a un determinado acontecimiento. No es necesario que esta jurisdicción sea de carácter permanente ni que esté dotada de una secretaría permanente. Pero tampoco podría ser una jurisdicción «durmiente» a la que sólo se recurra por razones de oportunismo político.

11. Por el momento, la Comisión podría explorar todas las posibilidades, incluido el recurso a la CIJ, o aun el establecimiento de grupos de observadores de carácter internacional. Pero, a su juicio, en última instancia el objetivo ha de ser el establecimiento de un tribunal penal internacional dotado de una existencia propia y de una doble competencia, que tendría carácter exclusivo respecto de los crímenes más graves contra la paz y la seguridad de la humanidad y carácter facultativo respecto de los demás crímenes.

12. El Sr. THIAM (Relator Especial), resumiendo el debate sobre la primera parte de su décimo informe, dice que en realidad tiene la impresión de que se trata de una segunda lectura anticipada del proyecto de código. No porque no exista ninguna relación entre el establecimiento de una jurisdicción penal internacional y el proyecto de código, sino porque el problema de esa relación se plantea en la segunda parte de su informe.

13. En esta etapa, la Comisión debe dar respuesta a una simple cuestión: ¿es posible establecer un tribunal penal internacional? A este respecto, el debate pone de manifiesto tres tendencias.

14. Una gran mayoría de los miembros de la Comisión, si bien con diferencias de matiz como las expresadas por los Srs. Al-Khasawneh, Bowett, Crawford, Jacovides, Pambou-Tchivounda, Razafindralambo y Rosenstock, está a favor del establecimiento de una jurisdicción penal internacional y sobre la base de ejemplos tan diversos como el proceso contra el general Noriega en los Estados Unidos de América, la guerra del golfo Pérsico, los atentados contra algunas aeronaves en los que se señala a Libia con el dedo, o aun el asunto Touvier en Francia, argumenta que la inexistencia de una jurisdicción penal internacional lleva a los Estados a adoptar ciertas medidas unilaterales que son inaceptables. Esta situación, además de que sólo favorece a los Estados más fuertes, entrañaría una denegación de justicia en el caso de que un Estado, o uno de sus tribunales, se muestre reacio a hacer justicia porque está implicado uno de sus nacionales. Una jurisdicción penal internacional llenaría este vacío.

15. La segunda tendencia está representada por los miembros de la Comisión que, teniendo en cuenta las dificultades de carácter político y técnico que entrañaría el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, prefieren que la Comisión se oriente hacia un mecanismo más flexible y compatible con la soberanía de los Estados. En ese sentido, se han hecho algunas proposiciones. Por ejemplo, el Sr. Pellet (2256.ª sesión) sugiere la participación activa de observadores en los procesos entablados ante las jurisdicciones nacionales, o bien la posibilidad de solicitar una opinión consultiva a la CIJ. Pero, a juicio del Relator Especial, esas proposiciones no son realmente eficaces. En efecto, en principio, los procesos son públicos y abiertos a todo observador interesa-

[3] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[4] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

do, y un mecanismo compuesto de observadores únicamente no parecería, pues, aportar ninguna innovación fundamental. Por otra parte, la opinión consultiva solicitada a la CIJ no constituiría el mecanismo procesal al que se refiere la resolución 46/54 de la Asamblea General. Se han hecho otras proposiciones más concretas pero que deben ser examinadas a fondo. El Sr. de Saram (2257.ª sesión) ha propuesto el establecimiento de un tribunal *ad hoc*. El Relator Especial experimenta cierta desconfianza respecto de los tales tribunales al estilo del Tribunal de Nuremberg, que se establecen después de cometidos los hechos delictivos. ¿Acaso lo que el Sr. de Saram tiene en mente es más bien una institución semejante a la CPJI? Pero, si se ha de elegir a los jueces de una lista y determinar el derecho aplicable, ¿no se estaría así en la esfera del arbitraje más que en la del derecho internacional penal? No obstante, esta proposición merece ser examinada y formulada en términos más precisos.

16. Otros miembros de la Comisión, que también pueden considerarse dentro de esta tendencia, se han limitado a enunciar las dificultades de carácter político y técnico inherentes al establecimiento de una jurisdicción penal internacional, sin proponer ninguna solución. De las dificultades políticas, se considera que la soberanía de los Estados es uno de los obstáculos principales, casi insuperable. El Relator Especial duda de que esto sea así en el mundo actual, en el que la integración política —que entraña renunciar al ejercicio de ciertas competencias nacionales— gana terreno principalmente en Europa y se perfila en otras regiones, por ejemplo en Africa. La Comisión no debe ignorar esa tendencia. En cuanto a las dificultades de carácter técnico, por ejemplo, el Sr. Bennouna (2254.ª sesión) ha señalado que la responsabilidad penal es exclusivamente personal y que a veces es difícil determinar la responsabilidad de gobernantes o parlamentarios. Cabe oponer a este argumento que la responsabilidad de los miembros de un gobierno es colectiva, solución que, por lo demás, adoptó el Tribunal de Nuremberg al acoger la teoría de la conspiración. Si un ministro no está de acuerdo con una decisión del gobierno, puede renunciar. Si no lo hace, es porque respalda esa decisión. En cuanto a la responsabilidad de los miembros de un parlamento, cabe observar que en él los debates son públicos y también las votaciones. No hay, pues, opacidad en ninguna de ambas instituciones. Por lo demás, existe una jurisprudencia edificante al respecto en relación con los tribunales, órganos opacos por excelencia puesto que sus deliberaciones son privadas. Por ejemplo, ha habido una sentencia británica que declara que los miembros de un tribunal podrían ser enjuiciados por un crimen contra la humanidad si su decisión constituye un hecho ilícito, esto es, un acto criminal, o si aplican una ley injusta, o una ley justa de manera injusta, y establece que el interés superior de la justicia tiene primacía sobre el principio del acuerdo y el voto secretos cuando mediante ellos se cometa un crimen y se deba determinar la responsabilidad de cada uno de los miembros que han concurrido en la decisión. En esas circunstancias, el Relator Especial no considera que el secreto sea un argumento que el autor de un acto criminal pueda invocar para eludir la justicia.

17. En relación con la agresión, el Sr. Bennouna (2254.ª sesión) ha planteado también el problema de las competencias respectivas del Consejo de Seguridad y el futuro tribunal penal internacional. El propio Relator Especial había mencionado esa cuestión hace algunos años, señalando que ella sólo se plantearía si el tribunal penal internacional adoptara una posición contraria a la del Consejo de Seguridad. Si el Consejo no emite ningún pronunciamiento —lo que no es ninguna hipótesis extravagante dado que se trata de un órgano político y diplomático—, el tribunal penal internacional podrá adoptar la decisión que estime conveniente. Si un miembro permanente del Consejo de Seguridad pone su veto, esta «no decisión» no podría ser obligatoria para la comunidad internacional en su conjunto y, por consiguiente, tampoco lo sería para el tribunal penal internacional. Por último, si el Consejo de Seguridad emite un pronunciamiento, el tribunal penal internacional deberá examinar la oportunidad de la decisión que le incumbe adoptar para que no esté en contradicción manifiesta con el Consejo de Seguridad y se evite así todo conflicto entre el Estado reclamante y el Estado enjuiciado. En efecto, si el Consejo de Seguridad determina la existencia de un acto de agresión y si el tribunal penal internacional llega a la conclusión contraria, surgiría un conflicto entre el Estado reclamante y el Estado enjuiciado en cuanto el primero se ampararía en la decisión del Consejo de Seguridad que el segundo rechazaría. Lo mismo puede decirse en el caso contrario. Evidentemente, el problema es difícil e incumbe a la Comisión la búsqueda de una solución en conciencia. Esta es la razón por la cual el Relator Especial no ha incluido el crimen de agresión en la esfera de la competencia exclusiva del tribunal penal internacional.

18. La tercera tendencia, representada por el Sr. Shi (2255.ª sesión) y tan respetable como las dos primeras, está a favor del mantenimiento del *statu quo*.

19. En resumidas cuentas, a excepción de la cuestión de la soberanía nacional, cuya solución dependerá de la voluntad política de los Estados, todas las demás cuestiones se reducen a dificultades exclusivamente técnicas que no son insuperables. Una clara voluntad política bastaría, pues, para que la Comisión avanzara en sus trabajos.

20. Por último, el Relator Especial recuerda que ya en 1950 la Comisión había nombrado a dos relatores para analizar las ventajas y los inconvenientes del establecimiento de un tribunal penal internacional y, tras examinar ambos informes, se había manifestado en favor de dicho establecimiento[5]. Naturalmente, transcurridos cuarenta años la Comisión puede cambiar de opinión, pero entonces debe señalar los motivos. Ahora bien, a su juicio, la evolución de la situación internacional no parece justificar ese cambio. De mantener su posición, la Comisión debe poner término a un debate que ahora no tiene sentido y proseguir sus trabajos. Con este fin, puede nombrar un grupo de trabajo, como ya se ha propuesto, encomendándole la elaboración de un proyecto para su presentación a la Asamblea General o, de considerarse prematura esta solución, puede seguir examinando en sesión plenaria todos los aspectos de esa cuestión. Si se opta por nombrar un grupo de trabajo, habida cuenta de que, a excepción de uno o dos, todos los miembros de la

[5] Véase 2254.ª sesión, nota 4.

Comisión son partidarios del establecimiento de un tribunal penal internacional, a juicio del Relator Especial, el grupo debería hacer un recuento de todos los argumentos en favor del tribunal y elaborar un documento en ese sentido que refleje el consenso general.

21. El Sr. ROSENSTOCK dice que, no habiendo emitido ninguna opinión categórica sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional, es extraño que se lo incluya entre sus partidarios. Aunque el Relator Especial tiene derecho a formular sus impresiones sobre el debate a que ha dado lugar esa cuestión, su declaración no debe considerarse como un resumen que sea aprobado por todos los miembros de la Comisión.

22. El PRESIDENTE dice que las observaciones de los relatores especiales son sólo de carácter personal y subjetivo.

23. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que nunca ha dicho nada que sea obligatorio para los miembros de la Comisión. También puede equivocarse; siempre es difícil presentar una síntesis en la que todos estén de acuerdo. Si bien no se le escapa que el Sr. Rosenstock ha sido siempre muy reservado en lo que respecta al establecimiento de un tribunal penal internacional, no pierde las esperanzas de que cambie de opinión.

24. El Sr. ARANGIO-RUIZ sigue siendo de opinión de que el código y el tribunal deben adoptarse simultáneamente y que no puede haber código sin tribunal. Sin embargo, no está seguro, como parece sugerir el Relator Especial, de que la Comisión se deba limitar a presentar a la Asamblea General una lista de los argumentos en favor del establecimiento de un tribunal penal internacional. También debería examinar hasta qué punto —en el supuesto de que lo sea— este tribunal es realmente necesario o indispensable para la debida aplicación del código, hacer un estudio comparado acerca de la situación resultante con o sin tribunal, y examinar las posibilidades de coexistencia de la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales, teniendo en cuenta todas las soluciones posibles, algunas de las cuales ya han sido mencionadas, especialmente por el Sr. Bowett (2255.ª sesión).

25. El Sr. KOROMA comparte la opinión del Sr. Arangio-Ruiz.

26. El Sr. SZEKELY hace suya la proposición del Sr. Arangio-Ruiz. Sobre la base de este estudio comparado, la Comisión podría adoptar una decisión definitiva en favor o en contra del establecimiento de un tribunal penal internacional, decisión que permitiría a la Asamblea General impartir orientación al respecto, según los términos de su resolución 46/54.

27. El Sr. THIAM (Relator Especial) hace notar que la cuestión de la relación entre el código y la jurisdicción penal internacional se trata en la segunda parte de su informe, por lo que los miembros de la Comisión podrán referirse a ella más adelante. En atención a lo expresado por el Sr. Arangio-Ruiz, aclara que no era su propósito decir que la Comisión no presentara a la Asamblea General los argumentos en contra del establecimiento de un tribunal penal internacional, sino que, como la mayoría de los miembros está a favor, la Comisión debía fijar su posición y no limitarse a señalar las diferentes opiniones expresadas.

28. El PRESIDENTE dice que la proposición del Sr. Koroma relativa a la aplicación del derecho humanitario a las fuerzas de mantenimiento de la paz es muy útil y el grupo de planificación debería examinarla sin dilaciones.

29. Desea precisar que la continuación del debate versará sobre la segunda parte del informe del Relator Especial y, en particular, sobre las cuestiones del derecho aplicable y de la competencia[6].

30. El Presidente, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, dice que, a su juicio, el tribunal no debería ser un elemento de gobierno mundial sino un servicio que se ofrece a los Estados y, en todo lo posible, su competencia debería ser, pues, de carácter facultativo. En efecto, sería prácticamente imposible que los tribunales nacionales se vieran privados de una jurisdicción de la que ya están dotados en virtud de ciertas convenciones en vigor y del derecho internacional general. Ello no significa que los tribunales nacionales puedan conocer de todos los crímenes enunciados en el código puesto que, sin perjuicio de la evolución del derecho en vigor, su competencia estará sujeta siempre a dos limitaciones: la inmunidad de los dirigentes de los demás Estados y el efecto relativo de los tratados internacionales.

31. En su opinión, el tribunal podría funcionar como una institución *ad hoc* y el problema de la atribución de competencia se solucionaría mediante una regla clásica, esto es, la de que el Estado, en relación con sus propios nacionales, puede renunciar al ejercicio de su jurisdicción —en este caso, en favor del tribunal penal internacional— siempre que el asunto revista un elemento internacional.

32. En cambio, tratándose de extranjeros, se deberían modificar profundamente las reglas clásicas sobre la división de jurisdicción —por ejemplo, la extradición— ya que no debe perderse de vista el hecho de que el tribunal estará dedicado a juzgar crímenes que repugnan a la conciencia de la humanidad. Así pues, no debería ser necesario pedir el consentimiento del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen, so pena de eximir de toda responsabilidad a las personas que cometen atrocidades en su propio país y, por ejemplo, de renunciar a castigar los crímenes de *apartheid* o genocidio cometidos contra una minoría nacional de un Estado. En consecuencia, el sistema que se conciba no podría estar basado en las reglas clásicas del derecho penal internacional. Respecto de ciertos crímenes, existiría una competencia de oficio, aunque no necesariamente de carácter exclusivo. En tal caso, el ejercicio de la acción penal dependería fundamentalmente del ministerio público adjunto al tribunal internacional. Para fortalecer a una autoridad internacional intrínsecamente débil respecto de personas dotadas de autoridad como gobernantes o parlamentarios se podría recurrir a diversos mecanismos: por ejemplo, que a solicitud de al menos tres Estados, el ministerio público pertinente esté obligado a examinar el asunto y, en su

[6] Para el texto de los posibles proyectos de disposiciones, véase 2254.ª sesión, párrs. 3 y 4.

caso, a redactar el acta de acusación. Otra posibilidad sería que un comité de la Asamblea General integrado por 15 miembros elegidos conforme a la norma habitual de la distribución geográfica adopte, por mayoría de dos tercios, la decisión de enjuiciar, en cuyo caso el ministerio público reuniría los antecedentes para determinar la oportunidad en que se deba someter el asunto al conocimiento del tribunal.

33. En otras situaciones, por aplicación de las reglas ordinarias en materia de competencia, en principio bastaría que el Estado víctima atribuya competencia al tribunal. Pero se podrían presentar ciertas dificultades de índole práctica. Por ejemplo, para levantar la inmunidad de los individuos de que se trate, no bastaría la acción del Estado víctima. Asimismo, en el caso de un conflicto latente entre dos Estados, en el que una de las partes califique ciertos actos como agresión o intervención, sería difícil que un ministerio público internacional encontrara el fundamento jurídico para su actuación; también en esta situación se requeriría una intervención de la comunidad internacional, en su caso, por conducto de un comité como el que se ha señalado.

34. Pasando a referirse a la cuestión del derecho aplicable, dice que en lo relativo al derecho sustancial, el tribunal se regiría por la norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. En principio, una condena sólo puede basarse en el derecho escrito, aun cuando no se puede excluir totalmente la posibilidad de aplicar sanciones penales en virtud del derecho consuetudinario y de los principios generales del derecho. En materia de procedimiento habría mucha más flexibilidad. En consecuencia, no está seguro de que el derecho aplicable se pueda resumir en una cláusula única. A este respecto, la variante A del posible proyecto de disposición corre el riesgo de dar la impresión de que el tribunal sólo podría aplicar «el» derecho internacional penal, entendido como un derecho universalmente aplicable, en circunstancias que la aplicación de ese derecho dependerá del estado de ratificación de las convenciones en la materia. En cuanto a la variante B, es dudoso que se deba seguir tan fielmente el artículo 38 del estatuto de la CIJ dado que no incumbe al tribunal penal internacional emitir opinión sobre las relaciones entre los Estados sino sancionar a los individuos en nombre de la comunidad internacional. En consecuencia, el tribunal deberá aplicar todas las normas que imponen a las personas un determinado comportamiento, por una parte, y, por la otra, las normas que señalan las modalidades de procesamiento judicial en caso de infracción al derecho sustantivo. El tribunal penal internacional podrá tener en cuenta las normas generales del derecho internacional, pero sólo como una cuestión complementaria.

35. El apartado *a* de la variante B parece no dar cabida al derecho sustantivo, ya que su texto menciona los convenios relativos al procesamiento y a la represión de los crímenes, esto es, a cuestiones de procedimiento. En cambio, el apartado *c* se refiere sólo al derecho penal, concepto que se entiende normalmente en oposición a las normas de procedimiento. Aprueba la referencia al derecho interno, puesto que, básicamente, un individuo sólo puede ser enjuiciado si ha violado una norma que para él es obligatoria, esto es, una norma de derecho interno, la cual, en su caso, podrá estar basada en el derecho internacional cuando sea un instrumento para su aplicación. En estas circunstancias, el derecho interno no es un mero hecho sino la base jurídica indispensable para que exista la acción penal.

36. Habida cuenta de que es difícil encontrar respuesta adecuada a las numerosas cuestiones que se plantean, el Presidente aprueba la idea de nombrar un grupo de trabajo y, además, propone invitar a los participantes en el Seminario sobre derecho internacional a que se reúnan en grupos pequeños para examinar ciertos temas.

37. El Sr. KOROMA observa que todo Estado tiene la obligación de respetar las garantías constitucionales de que disfrutan sus nacionales en el caso de que adopte una decisión acerca de su suerte y, en particular, de que los ponga a disposición de otra autoridad.

38. El PRESIDENTE está de acuerdo en que el Estado que renuncia a ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales está obligado a respetar todas las garantías previstas en el derecho interno y el derecho internacional.

39. El Sr. CALERO RODRIGUES opina, al igual que el Relator Especial, que se debe mantener la expresión «droit international pénal» en francés, «criminal international law» en inglés y «derecho internacional penal» en español para que esta nueva disciplina del derecho se diferencie del derecho penal internacional tradicional, que trata sólo de la aplicación del derecho penal en el plano internacional. Como es evidente que el estatuto del tribunal deberá señalar el derecho aplicable, desde el principio conviene evitar una definición tan sintética y global como la de la variante A que, en definitiva, atribuiría al tribunal una competencia demasiado amplia. En cuanto a la definición analítica y enumerativa de la variante B, el Sr. Calero Rodrigues, al igual que otros oradores, lamenta que ese texto sea idéntico al del artículo 38 del estatuto de la CIJ. Le parece que el único rasgo original de este artículo, esto es, la referencia al derecho interno en el apartado *e*, no es muy feliz ya que su aplicación concreta sería difícil. Además de que en este caso el derecho interno no sería sino el reflejo del derecho internacional, la disposición constituiría una fuente de incertidumbre y confusión.

40. En lo que respecta a los apartados inspirados en el texto del artículo 38 del estatuto de la CIJ, a su juicio, se debe tratar una vez más la cuestión fundamental de la relación entre el código y el tribunal. El código, que en resumidas cuentas está codificando el derecho sustantivo, debe definir los crímenes, establecer las penas y señalar el mecanismo judicial para su aplicación. El tribunal, por su parte, tiene la función primordial de aplicar el código, y esto debe quedar claramente establecido. Si algunos crímenes de los que el tribunal puede tener conocimiento no figuran en el código, su estatuto deberá mencionar, además del código, los instrumentos que definen esos actos. En lo que respecta a la competencia, el instrumento constitutivo del tribunal, de carácter exclusivamente procesal, deberá señalar, no la lista de crímenes sino la lista de textos de derecho sustantivo que tipifican esos crímenes. El Sr. Calero Rodrigues duda de que el apartado *b* sea oportuno ya que en el derecho penal las normas deben ser de una precisión y claridad particulares que no son habituales en la costumbre. En lo que respecta al apartado *c*, si bien reconoce que los principios generales

permiten aclarar la aplicación del derecho, no está convencido de que sea útil esta cláusula que, a su juicio, es incompleta e innecesaria. En lo que respecta al apartado *d*, opina, al igual que ciertos autores, que no corresponde al tribunal aplicar las decisiones judiciales y la doctrina de la jurisprudencia altamente calificada de los diferentes países, aunque puede recurrir a ellas para determinar e interpretar las normas de derecho. Por otra parte, la disposición le parece inútil.

41. Al pasar a la cuestión de la competencia del tribunal penal internacional, a la que ya se ha referido someramente, dice que de ningún modo podría tener carácter facultativo y que tampoco cabe atribuir una competencia *ad hoc*. Los Estados partes en el instrumento constitutivo estarán obligados a reconocer la competencia del tribunal respecto de los crímenes definidos como tales en los instrumentos que se mencionen en su estatuto. En la esfera penal, las normas son de derecho estricto y, si los Estados no están dispuestos a aceptar esa situación, no deben hacerse partes en el estatuto del tribunal ni en el código. Esta posición entraña sus riesgos, ya que puede alejar toda posibilidad de que se cree un tribunal penal internacional. Pero es preferible no tener tribunal que tener una apariencia de jurisdicción. El Sr. Calero Rodrigues, que es contrario al sistema de competencia facultativa, no puede, pues, hacer suyo el párrafo 2 del proyecto de disposición sobre la competencia. Tampoco puede aceptar el párrafo 3 por considerar que la cuestión de la apelación de las decisiones dictadas por las jurisdicciones nacionales no debería ser mencionada. Por último, considera que el tribunal debe tener competencia obligatoria respecto de los crímenes que hayan sido cometidos por individuos y que estén calificados como crímenes de derecho internacional en los instrumentos internacionales mencionados en el estatuto del tribunal, en el entendimiento de que el código será el principal instrumento de derecho sustantivo. Las disposiciones de procedimiento deben figurar en el estatuto.

42. El Sr. MIKULKA, remitiéndose a la afirmación del Relator Especial de que no existe diferencia entre las variantes A y B del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable, desea referirse a la variante B, cuyo texto merece observaciones más detalladas. En el apartado *a* no hay una referencia expresa al código en cuanto fuente principal de derecho sustantivo. Es cierto que del comentario del Relator Especial se desprende que el código, si se aprueba, será uno de los convenios internacionales a los que se refiere este apartado. Pero aun en este caso, la referencia al código tendría su razón de ser ya que permitiría comprender mejor las dos posibles dimensiones de la jurisdicción penal internacional que, en primer lugar, sería un mecanismo de aplicación del código propiamente tal pero, además, un mecanismo más complejo y más ambicioso. Por otra parte, esa referencia facilitaría el examen del problema a la Asamblea General al darle una clara posibilidad de elegir entre dos soluciones. Aunque no desea formular observaciones sobre la expresión «reconocidos por las Naciones Unidas», que figura en el apartado *c*, pues comparte plenamente las ya señaladas, observa, a su vez, que la variante B ha sido concebida a semejanza del artículo 38 del estatuto de la CIJ. Ahora bien, se pregunta si en esta disposición tiene realmente cabida esa analogía, ya que a la CIJ incumbe el conocimiento de las controversias entre Estados y a la jurisdicción prevista el conocimiento de crímenes cometidos por individuos. El Sr. Mikulka, teniendo presente la norma *nullum crimen sine lege*, sugiere que el texto del proyecto de disposición se limite a los tres primeros apartados, tanto más cuanto que cabe dudar del carácter exhaustivo de la lista de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho. A este respecto, el Sr. Pellet (2257.ª sesión) ha mencionado el problema que plantean las resoluciones de la Asamblea General. Pero ¿acaso las propias decisiones del Consejo de Seguridad no serían también un medio auxiliar para determinar las normas de derecho? Tal vez sea conveniente que el apartado *d* sencillamente se elimine. El apartado *e* podría suscitar ciertos problemas y, si su texto se lee a la luz del artículo 2 del proyecto de código, podría dar lugar a incertidumbres. En este caso, lo mejor sería también que se eliminara.

43. Al pasar a referirse al proyecto de disposición sobre la competencia, el Sr. Mikulka opina que el párrafo 1 plantea numerosas cuestiones y, en particular, observa que en él no se hace mención de los crímenes como la agresión, la amenaza de agresión, la intervención o el colonialismo, los que, en general, por ser el hecho de agentes o representantes de los Estados, lógicamente deberían quedar comprendidos en el ámbito de la competencia de una jurisdicción internacional ya sea de carácter permanente o *ad hoc*. En su opinión, desde el punto de vista técnico, la Comisión debería señalar a la Asamblea General que, a su juicio, la competencia respecto de este tipo de crímenes incumbe a una jurisdicción penal internacional. Por su parte, la Asamblea General decidiría si esa solución es o no políticamente aceptable. Según observa el Sr. Mikulka, el párrafo 1 propuesto por el Relator Especial enumera los crímenes respecto de los cuales la competencia del tribunal sería de carácter facultativo o complementario. En efecto, se trata de crímenes que, en virtud de convenios especiales, en gran medida quedan comprendidos en el ámbito de la competencia universal y nada justificaría que se privara a los tribunales nacionales de la competencia de juzgarlos. La atribución de competencia a la jurisdicción penal internacional debería ser de carácter específico y estar justificada por circunstancias excepcionales. En cuanto al párrafo 3, el Sr. Mikulka comparte la idea de que el tribunal no debería constituir una instancia de apelación de las decisiones dictadas por las jurisdicciones nacionales, pero se pregunta si expresarlo es necesario dado que, evidentemente, el tribunal no podría cumplir dicha función de no haber una disposición en este sentido.

44. El Sr. IDRIS teme que la variante A del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable esté redactada en términos muy generales y no permita solucionar los problemas en la materia, ya que el desarrollo del derecho penal internacional no es homogéneo. En efecto, ese texto se inspira en un proyecto que data de 1953[7] y los últimos cuarenta años se caracterizan por los importantes cambios ocurridos en las relaciones internacionales, a los que ya se refirió al hacer uso de la palabra sobre la primera parte del informe que se examina (2256.ª sesión). En cambio, la variante B está redactada utilizando un método enumerativo, principio que es menos criticable

[7] Véase nota 5 *supra*.

porque se sigue en todos los proyectos anteriores relativos al establecimiento de una jurisdicción penal internacional, a excepción del que preparó la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de las Naciones Unidas. Así, en contra de lo que opina el Relator Especial, no le parece que ambos textos tengan el mismo sentido; a su juicio, ellos difieren tanto en la forma como en el fondo.

45. El Relator Especial propone un doble régimen de competencia, exclusiva y facultativa: los Estados que se adhirieran al estatuto del futuro tribunal reconocerían su competencia exclusiva respecto de ciertos crímenes, caracterizados por su particular gravedad y el considerable sufrimiento que causan a la humanidad y, respecto de los demás crímenes, atribuirían al tribunal una competencia facultativa. El Sr. Idris reconoce que la Comisión no debe mostrarse demasiado ambiciosa y está seguro de que el Relator Especial ha buscado un equilibrio entre la tendencia a la competencia exclusiva y la tendencia a la aplicación normal del derecho en la materia. Pero todavía no se han solucionado ciertos problemas. En primer término, las realidades internacionales, el buen sentido y la sabiduría aconsejan no dejar de lado la norma de la atribución de competencia. En segundo término, ¿cómo hacer la diferenciación entre ambos grupos de crímenes? El primer grupo se enumeraría en una lista y, por lo tanto, quedaría comprendido en el ámbito de la competencia obligatoria del tribunal, y el segundo, en el ámbito de su competencia facultativa. No cabe olvidar que las consecuencias jurídicas de los crímenes de este segundo grupo pueden ser tan graves como las del primero. En tercer término, ¿quién decidirá que un crimen corresponde a la esfera de la competencia obligatoria o de la competencia facultativa? ¿El Estado interesado, un órgano del tribunal, el propio tribunal? En cuarto término, aun en el supuesto de la competencia facultativa, es posible que los Estados interesados sean cuatro: el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen, el Estado víctima o del cual sean nacionales las víctimas del crimen de que se trate, el Estado del cual sea nacional el autor del crimen y el Estado en cuyo territorio se encuentre el autor del crimen. Esto tiene sus repercusiones, dado que, por ejemplo, en el caso de este último Estado, la decisión de entregar o de no entregar al autor del crimen puede entrañar la de reconocer o no reconocer la competencia del tribunal. Ahora bien, el Sr. Idris observa que el texto propuesto por el Relator Especial hace referencia únicamente a los Estados en cuyo territorio se presume que se cometió el delito o los Estados que son víctimas. Es efectivo que si la competencia del tribunal queda sujeta a la decisión de un número muy grande de Estados se corre el peligro de crear obstáculos de carácter procesal; pero la reducción del número de Estados también puede dar lugar a problemas de carácter práctico.

46. Tal vez sea aconsejable señalar que la competencia del tribunal se aplica a todos los crímenes comprendidos en el ámbito del código, sobre todo si se considera, como es su opinión, que no puede haber código sin tribunal. El método contrario, que consiste en limitar la competencia del tribunal a ciertos crímenes, con exclusión de otros, podría debilitar la acción del sistema judicial en su conjunto y obstaculizar el desarrollo de los principios básicos del derecho penal internacional.

47. El Sr. BOWETT recuerda que anteriormente ha manifestado (2255.ª sesión) que es preferible un sistema en el que el tribunal esté vinculado al código, el que, de ese modo, sería la fuente del derecho aplicable. De optarse por otra solución, esto es, un tribunal que funcione sin código, se inclinaría por la variante B del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable, pero limitada a los apartados *a*, *b* y *c*, y sin la referencia a que los principios generales del derecho penal sean «reconocidos por las Naciones Unidas». Las fuentes del derecho señaladas en los apartados *d* y *e* son de carácter subsidiario y, por lo demás, parecerían inútiles dado que la costumbre internacional o los principios generales de derecho penal permiten recurrir a ellas.

48. El Sr. Bowett espera que la Comisión invite al Relator Especial a que prosiga el examen de la competencia del tribunal *ratione materiae* sobre la base, al menos hasta que la Asamblea General señale a la Comisión cuál es su preferencia, de los dos principios siguientes: o bien un régimen de competencia exclusiva del tribunal respecto de ciertos crímenes, sin perjuicio de mantener una competencia facultativa respecto de los demás crímenes de que trata el código, o bien —idea que el Sr. Bowett apoya— un régimen de competencia puramente facultativa, en el que los Estados puedan señalar libremente los crímenes del código que queden comprendidos en el ámbito de esta competencia. Los Estados deberían dar a conocer su decisión ya sea al firmar el instrumento por el que se aprueba el estatuto del tribunal o en un momento ulterior, según sea necesario.

49. Se plantea, asimismo, la cuestión de saber en cada caso determinado cuáles son los Estados obligados a reconocer la competencia del tribunal: ¿el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen, el Estado del cual es nacional el acusado o bien el Estado víctima del crimen o del cual son nacionales las víctimas del crimen? Por otra parte, ¿es necesario el consentimiento de uno o más de esos Estados para que el tribunal ejerza esta competencia? Se trata de una cuestión difícil de la cual se tendrá que ocupar la Comisión. Por su parte, el Sr. Bowett opina que el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto autor del crimen debería estar obligado a entregarlo a las autoridades competentes, obligación que se aplicaría a todos los Estados partes en el estatuto del tribunal.

50. Al referirse a la hipótesis de que el órgano político pertinente de las Naciones Unidas haya determinado ya —antes que el tribunal— que un Estado ha cometido un hecho ilícito, por ejemplo, agresión, genocidio o *apartheid*, el Sr. Bowett se pregunta acerca de las consecuencias que esa determinación tendría en el funcionamiento de una jurisdicción penal internacional e invita a que se haga una distinción entre los diferentes órganos a los que incumbiría decidir en la materia. Por su parte, al igual que el Sr. Pellet (2257.ª sesión) y el Relator Especial, opina que si el Consejo de Seguridad no adopta ninguna decisión, el tribunal, en su calidad de órgano judicial, queda en libertad de actuar. Pero si el Consejo llega a la conclusión de que se ha infringido el derecho internacional, ¿qué consecuencias tiene esa decisión en la competencia del tribunal? Una posibilidad es que el tribunal esté obligado a atenerse a la decisión del Consejo de Seguridad, pues se supone que todos los órganos de las Na-

ciones Unidas actúan en armonía; es más, no sería necesario que el tribunal hiciera el análisis de hechos que son complejos para llegar a la misma conclusión que el Consejo. Pero se pueden oponer argumentos igualmente convincentes en contra de la obligación del tribunal de atenerse a la decisión del Consejo de Seguridad. En principio, no le parece aconsejable que un tribunal quede vinculado por una decisión que dimana de una instancia política. Sin embargo, la decisión del Consejo de Seguridad abarcaría sólo la responsabilidad del Estado de que se trate y nada diría en lo que respecta a la responsabilidad de las personas, de la que incumbe al tribunal ocuparse en forma exclusiva. Evidentemente, si el órgano que determina que se ha cometido un crimen de *apartheid* o de agresión es la Asamblea General, la situación es clara en cuanto no se aplicaría el Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas. En ese caso, la opinión de la Asamblea General sólo sería un elemento de prueba entre tantos otros que el tribunal debería tener en cuenta, pero no sería vinculante.

51. El Sr. THIAM (Relator Especial) observa que en la variante B del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable, las palabras «reconocidos por las Naciones Unidas» que figuran en el apartado *c* se deberían sustituir por las palabras «reconocidos por las naciones».

52. El Sr. AL-BAHARNA preferiría que se diga «los Estados» y no «las naciones».

53. El Sr. YANKOV recuerda el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que, en su caso, podría servir de modelo al Relator Especial.

54. El Sr. THIAM (Relator Especial) señala que en la versión inglesa del apartado *a* de la variante B, la palabra «prevention» debería sustituirse por un término más exacto.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2259.ª SESIÓN

Miércoles 13 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El PRESIDENTE dice que la Comisión continuará su debate acerca de la segunda parte del informe del Relator Especial (A/CN.4/442) examinando primeramente el derecho aplicable y la competencia y, a continuación, la reclamación ante el tribunal y la acción de reparación[3].

2. El Sr. YANKOV dice que se deben señalar muy claramente las fuentes del derecho penal internacional que ha de aplicar el propuesto tribunal penal internacional. Esas fuentes se dividen en dos categorías principales, de las cuales la primera corresponde a la jurisdicción transnacional *ratione personae*, que generalmente queda comprendida en el ámbito de la competencia de los Estados. En estos casos, los presuntos criminales son individuos y la mayoría de las fuentes se encuentran en la jurisprudencia del derecho penal interno, dado que todavía no existe un cuerpo suficiente de jurisprudencia de los tribunales internacionales que sirva de orientación. La otra fuente principal corresponde a los tratados y las convenciones internacionales y, en cierta medida, al derecho internacional consuetudinario.

3. La primera cuestión que se plantea es hasta qué punto el artículo 38 del estatuto de la CIJ es aplicable a un tribunal penal internacional. Es importante determinar en qué medida el posible proyecto de disposición sobre el derecho aplicable, y en especial la variante B, está en consonancia con la forma y el contenido de ese artículo. En la esfera del derecho penal internacional, el proceso de interacción entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario parece ser menos dinámico que en otras esferas del derecho internacional. En los tiempos actuales, las nuevas normas y los nuevos principios surgen fundamentalmente del derecho convencional. Sin embargo, a veces esas normas y esos principios tienen su origen en la legislación promulgada por los Estados, lo cual favorece una mayor armonización y unificación del derecho penal.

4. En lo que respecta a la variante A, sería conveniente que se hiciera una referencia específica al estatuto del tribunal y a las convenciones internacionales aplicables. Un problema complejo que todavía no se soluciona es el del carácter jurídico de las obligaciones que contraerían en virtud del código los Estados que lo han ratificado pero que no son partes en las convenciones pertinentes.

---

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los posibles proyectos de disposiciones, véase 2254.ª sesión, párrs. 3, 4, 6 y 7.

5. Por su parte, prefiere la variante B y considera que el apartado *b* debe figurar en el proyecto de disposición aun cuando la costumbre desempeña un papel más bien limitado en el derecho penal internacional. En cambio, se debe suprimir o modificar sustancialmente el apartado *c*, haciendo referencia tal vez a «los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». El apartado *d*, tal como está redactado, quizás induzca a error pues se puede entender referido ya sea a las decisiones judiciales de los tribunales nacionales o bien a las de los tribunales internacionales. En lo que respecta al apartado *e*, el derecho interno, en cuanto tal, no podría considerarse como derecho aplicable por una jurisdicción penal internacional, salvo que las partes en un caso determinado manifestasen expresamente su consentimiento al respecto en el acuerdo por el cual deciden someter el asunto ante el tribunal.

6. Otra importante cuestión es la relación entre el código y el estatuto del tribunal, por una parte, y, por la otra, los instrumentos internacionales específicos como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Sería útil que el Relator Especial prestara especial atención a esta cuestión.

7. El Sr. Yankov está de acuerdo en que debe haber una disposición sobre la competencia del tribunal *ratione personae*, sobre todo para señalar que la competencia se refiere a los individuos independientemente de que sean funcionarios públicos o particulares. Tal vez se pudiera incluir inmediatamente antes del proyecto de disposición sobre la competencia *ratione materiae*. En lo que respecta a los crímenes enumerados en esta última disposición, se pregunta por qué no se incluye la agresión, si bien observa que también se omiten otros crímenes mencionados en el proyecto de código. Es necesario un enfoque moderado y realista del ámbito de la competencia, y la de carácter facultativo no debería ser más amplia que la obligatoria. Si así fuere, el código tal vez no pase de ser una declaración. Por último, la norma enunciada en el párrafo 3 del posible proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal por razón de la materia respecto de las apelaciones es aun en el mejor de los casos de dudosa conveniencia, pero en la presente etapa tal vez sea prudente mantener la formulación del Relator Especial.

8. En lo que respecta a la cuestión del derecho a interponer una querella ante el tribunal, el posible proyecto de disposición le parece muy restrictivo. Tal vez sea preferible un enfoque algo más liberal que el del párrafo 2.

9. El Sr. SHI dice que sus dudas acerca de la viabilidad del establecimiento de un tribunal penal internacional en el estado actual de desarrollo de las relaciones entre los Estados no significan en modo alguno que se oponga a un análisis más a fondo de todas las cuestiones relacionadas con ese tribunal. Por el contrario, ese análisis amplio permitirá a la Comisión cumplir el mandato que le ha encomendado la Asamblea General en su resolución 46/54 de 9 de diciembre de 1991. En repetidas oportunidades, el Relator Especial ha dejado en claro que sus posibles proyectos de disposiciones no han sido concebidos como parte de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional puesto que, de todas maneras, eso no es lo que la Asamblea General ha encomendado a la Comisión.

10. En relación con el derecho aplicable, no hay ninguna diferencia de fondo entre las variantes A y B presentadas por el Relator Especial. Sin embargo, ninguna de ellas es satisfactoria. Primeramente, el derecho penal internacional, entendido en el sentido de lo que el Relator Especial califica como «derecho internacional penal», no constituye una esfera del derecho internacional, ni tampoco una disciplina y ni siquiera un concepto universalmente reconocido. Un sistema de derecho penal internacional tendría que abarcar tres elementos indispensables, a saber, un código penal internacional, una jurisdicción penal internacional y un mecanismo para la aplicación y ejecución de las penas. El Sr. Shi comparte la opinión expresada por otros miembros en cuanto a que un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad tendría escasa importancia sin el respaldo de una jurisdicción penal internacional. Desde luego, el código podría ser aplicado por los tribunales nacionales, pero ello daría lugar a una jurisprudencia contradictoria y, por lo tanto, el código sería menos eficaz. Por otra parte, el establecimiento de una jurisdicción penal internacional dista mucho de ser una cuestión razonable en la etapa actual de desarrollo de las relaciones internacionales; aunque la «guerra fría» ha terminado, probablemente la política de poder seguirá determinando las relaciones internacionales y es difícil que los Estados estén dispuestos a hacer las concesiones necesarias en la esfera de su soberanía para que ese tribunal pueda funcionar. Aunque no cree que, en definitiva, el proyecto de código pase a ser una convención internacional de carácter obligatorio, dado que para muchos miembros no es hora todavía de hablar de un derecho penal internacional en un sentido pleno, sigue abrigando la esperanza de lograr un resultado satisfactorio.

11. En relación con la variante B del proyecto de disposición, considera que el derecho penal internacional debe tener sus propias características; sus fuentes no pueden ser iguales a las del derecho internacional tradicional. Por ejemplo, si el tribunal aplicase la costumbre, así como los principios generales de derecho penal y los medios auxiliares para determinar las normas de derecho, sus poderes discrecionales serían demasiado amplios y en nada contribuirían a garantizar su imparcialidad, prestigio y objetividad. Es cierto que el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admite la posibilidad de que en los juicios penales se apliquen los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, pero no parece prudente aplicar ese concepto en el contexto del estatuto de un tribunal penal internacional. Antes bien, el principio rector debería ser el de la precisión, en consonancia con la norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; en otros términos, un convenio debe enunciar la definición exacta de los crímenes de que se trata y las penas aplicables. Si bien los Tribunales de Nuremberg y de Tokio aplicaron la costumbre y los principios generales del derecho, esos tribunales fueron creados para hacer frente a una situación muy excepcional. Por consiguiente, el Sr. Shi está de acuerdo en que las fuentes del derecho que ha de aplicar el tribunal penal internacional sean exclusivamente los tratados y los convenios internacionales.

12. En materia de competencia del tribunal, el Relator Especial prevé un doble régimen, de competencia exclusiva, por una parte, y, por la otra, de competencia facultativa. El hecho de que un Estado sea parte en el estatuto de un tribunal no significa que automáticamente atribuya competencia al tribunal. El Sr. Shi está de acuerdo con la disposición del artículo 26 del proyecto de estatuto revisado de 1953, sobre atribución de competencia[4]. En lo que respecta al párrafo 1 de la disposición sobre competencia del tribunal por razón de la materia, señala que los crímenes de genocidio, violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos y el *apartheid* sólo pueden ser cometidos por Estados, mientras que el tráfico internacional ilícito de estupefacientes, la captura de aeronaves y el secuestro de diplomáticos generalmente son cometidos por individuos. En cuanto a la primera categoría de crímenes y salvo que existan circunstancias especiales como las de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, sería imposible pedir que un Estado entregue al tribunal penal internacional, para que sea juzgada, a la persona presuntamente responsable, sobre todo si esa persona ocupa un alto cargo de gobierno. En esos casos, la única manera de detener al presunto delincuente será recurrir al uso de la fuerza armada contra el Estado de que se trate, y entonces no podrá evitarse el sufrimiento de la población de ese Estado. Por otra parte, de establecerse la competencia exclusiva sugerida por el Relator Especial, muchos Estados serán reacios a hacerse partes en el estatuto del tribunal. En cuanto a la segunda categoría, esto es, los crímenes en los que el Estado no está involucrado, la cooperación internacional en sus diversas formas, como la Interpol, los tratados de extradición, los tratados de asistencia en la esfera judicial y la jurisdicción universal, son importantes medios de prevención. De ser insuficiente la cooperación en esta esfera, un esfuerzo conjunto de los Estados permitiría mejorarla; es más fácil solucionar estos obstáculos que los inherentes al establecimiento de un tribunal penal internacional.

13. El Sr. Shi está plenamente de acuerdo con el párrafo 3 del proyecto de disposición, ya que sin duda la mayoría de los Estados no acepta la idea de un tribunal internacional que tenga competencia en materia de apelación de las decisiones dictadas por sus propios tribunales nacionales y cualquier sistema que entrañe someter esas decisiones al conocimiento del tribunal internacional sería considerado como violación manifiesta de la soberanía.

14. En cuanto al principio de la doble instancia, está de acuerdo en que un tribunal penal internacional debe funcionar como tribunal de primera instancia y como tribunal de apelación. Según se ha sugerido, sería conveniente que una sala del tribunal conociera de los asuntos en primera instancia y que el tribunal en pleno conociera de la apelación.

15. El Sr. MAHIOU, antes de referirse a los dos proyectos de disposición, desea hacer un comentario preliminar. Observa que al referirse al proyecto de código aprobado en primera lectura por la Comisión en su 43.° período de sesiones, en 1991, el Sr. Pellet (2257.ª sesión) habla del código «de ustedes», el proyecto «de ustedes» y el código que «ustedes» han aprobado. Estas expresiones le causan una cierta perplejidad dado que todo proyecto es aprobado por la Comisión en su conjunto, en una decisión de consenso. Puede que ese consenso sea imperfecto, pero tal vez la imperfección sea propia de la naturaleza de todo consenso. Al aprobar en primera lectura el proyecto de código —que, evidentemente, suscitó reacciones diferentes—, la Comisión ha hecho un esfuerzo colectivo. Por ello, le cuesta comprender que alguien niegue la paternidad del código, aun cuando se trate de una paternidad en cierto modo putativa.

16. En cuanto a la disposición propuesta por el Relator Especial sobre el derecho que ha de aplicar el tribunal penal internacional, considera que la variante A debería ampliarse de manera considerable y que la variante B suscita ciertas objeciones y comentarios, lo que ciertamente desea el Relator Especial. La parte más importante de la variante B es su apartado *a*, relativo a los convenios internacionales que son, con mucho, las fuentes más importantes del derecho internacional; toda otra fuente es de carácter secundario. A este respecto, se pregunta si no se debería hacer una diferenciación en las fuentes con arreglo al tipo de normas de que se trate. Por ejemplo, la diferenciación que a veces se hace entre normas de comportamiento y normas de prevención tiene tal vez más importancia en el derecho internacional que en el derecho interno. Las normas de comportamiento son las que determinan que un acto u omisión se califique de crimen. En su opinión, toda calificación de este tipo debe estar basada en los convenios internacionales y quizás también en los principios generales del derecho, pero existen serias dudas acerca de la costumbre. A este respecto, el Sr. Shi ha mencionado el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual parece desprenderse que, en la esfera de los derechos humanos, el fundamento para calificar de crimen un acto es el derecho internacional en general. Sin embargo, llama especialmente la atención el hecho de que el artículo 15 no haga ninguna referencia a la costumbre como fuente de derecho, de lo cual, por su parte, sólo puede deducir que la intención no era hacer de la norma consuetudinaria una base para la calificación de un acto como crimen. Si esto es así tratándose de los derechos humanos, ¿podría acaso utilizarse una norma consuetudinaria tratándose de infracciones infinitamente más graves como los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad?

17. La situación es diferente tratándose de las normas de prevención —esto es, las normas que enuncian los requisitos para el ejercicio de la acción y la aplicación de las sanciones—, dado que esas normas son principalmente de carácter procesal. Si esas normas no dimanan de los convenios internacionales o de los principios generales del derecho, se podrán deducir de la costumbre y, en ciertos casos, quizás también del derecho interno. Para determinarlas se podrá recurrir también a medios auxiliares como las decisiones judiciales y aun la doctrina.

18. El proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal *ratione materiae* es el más complejo y difícil de todos y puede decirse que refleja todas las dificultades que se plantean tanto en el derecho internacional en general como en el proyecto de código en particular: la soberanía de los Estados y las cuestiones de competencia obligatoria, competencia facultativa, competencia exclu-

[4] Véase 2254.ª sesión, nota 4.

siva y competencia concurrente. Se plantea asimismo otro problema, el de los Estados interesados en el castigo del crimen, que pueden ser al menos cuatro. En consecuencia, no es en absoluto claro que se logre una solución generalmente satisfactoria.

19. Una dificultad es la relación entre el código y el tribunal, en la medida en que el primero puede influir en el segundo y viceversa. Si el código se limitara a algunos crímenes particularmente graves —por su parte, prefiere este enfoque—, lo lógico sería optar por la competencia exclusiva del tribunal penal internacional. Sin embargo, el problema es llegar a acuerdo sobre la lista de los crímenes que quedarían comprendidos en el ámbito de esa jurisdicción exclusiva. Por otra parte, si el código hubiera de abarcar muchos crímenes, algunos de los cuales son ya de la competencia de los tribunales nacionales, no ve cómo se podría establecer una competencia obligatoria o exclusiva y, en cambio, considera que se debería optar por la jurisdicción concurrente. Por ejemplo, suponiendo que se dote al tribunal de competencia para conocer de los casos de tráfico ilícito de estupefacientes, se necesitaría un verdadero ejército de magistrados para juzgar a miles de personas que son buscadas por ese crimen en todo el mundo. En otros términos, dificultades prácticas se oponen a la inclusión de ciertos crímenes en el proyecto de código.

20. Una sugerencia, si bien algo simplista y que no lo satisface ni en el plano intelectual ni en el jurídico, es la de que el tribunal tenga competencia respecto de cualquier crimen que un Estado someta a su conocimiento en virtud de un convenio internacional. En tal caso, el proyecto de código especificaría, en relación con cada uno de los crímenes en él mencionados, si el tribunal penal internacional tiene o no competencia. De ese modo no sería necesario buscar una solución global de principio a la cuestión de la competencia, que además de problemática tal vez sea imposible en esta etapa. No cabe enredarse en una cuestión de principio cuya solución no es nada fácil. De acogerse su sugerencia, incumbiría a los Estados decidir cuál es la esfera de competencia del tribunal y si desean o no hacer uso de los instrumentos de que disponen.

21. El Sr. PELLET, refiriéndose a la primera cuestión planteada por el Sr. Mahiou, dice que si el argumento de éste se hubiera llevado a su conclusión lógica, los miembros de la Comisión habrían quedado en una posición insostenible y tal vez se habría debido votar. Sería mejor reconocer el hecho de que un miembro pueda oponerse a un instrumento aprobado por la Comisión pero no a que se remita ese instrumento a la Asamblea General. Reitera que no está en favor del proyecto de código en la forma en que se ha aprobado.

22. En respuesta a una solicitud del Sr. VERESHCHETIN, el Sr. MAHIOU repite la proposición que ha formulado sobre la competencia del tribunal.

23. El Sr. RAZAFINDRALAMBO pide al Sr. Vereshchetin que se remita a las actas, que reflejan correctamente tanto las opiniones como las sugerencias formuladas en el curso del debate. A su juicio, es de lamentar que en su décimo informe el Relator Especial no haya resumido, aunque sea brevemente, los anteriores debates sobre las cuestiones que la Comisión tiene ahora ante sí. Naturalmente, aunque no se puede evitar que surjan nuevas cuestiones como consecuencia de las opiniones expresadas en la Sexta Comisión y de la presencia en la CDI de muchos nuevos miembros, de todos modos, en aras de un posible progreso, es aconsejable no repetir cuestiones ya tratadas. Casi todos los miembros han acogido favorablemente el enfoque del Relator Especial que vincula el proyecto de código y el futuro tribunal. Por ello, los posibles proyectos de disposiciones sobre el derecho aplicable y sobre la competencia del tribunal *ratione materiae*, aunque son diferentes, se deben considerar estrechamente vinculados. En su opinión, la variante A del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable es insuficiente, tanto en la forma como en el fondo, y puede dar lugar a interpretaciones contradictorias. La variante B es más apropiada, pero la expresión «crímenes de derecho internacional» que figura en el apartado *a* se debería sustituir por la de «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad».

24. Al igual que el Sr. Yankov y el Sr. Calero Rodrigues (2258.ª sesión), duda de que sea conveniente la referencia a la «costumbre internacional» en el apartado *b*. En el derecho penal no existe casi ninguna costumbre internacional que no se refleje en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos[5], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Convenios de Ginebra de 1949 así como los protocolos facultativos pertinentes. Por consiguiente, no le parece que la costumbre internacional deba ser un elemento específico del derecho aplicable.

25. Una objeción análoga puede hacerse al apartado *c*. La mayoría de los principios generales de derecho penal reconocidos por los Estados se enuncian ya en el derecho convencional actual, con inclusión, entre otros textos, de la primera parte del propio proyecto de código. Ese apartado se debería modificar para que diga así: «Los principios generales del derecho, en particular, del derecho penal y del derecho procesal penal reconocidos por los Estados».

26. El apartado *d* no plantea dificultades; en cambio, en el apartado *e* no cabe la referencia al derecho interno, que se debería eliminar. El proyecto de código de 1953 preveía un sistema completamente diferente y no debe ser un modelo en el presente caso.

27. En lo que respecta a la competencia *ratione materiae*, la sugerencia de que los crímenes se dividan en dos categorías —la primera, los crímenes respecto de los cuales el tribunal tendría competencia exclusiva y la segunda, los crímenes respecto de los cuales su competencia sería facultativa— es discutible ya que no parecen haberse utilizado criterios objetivos para incluir los crímenes en esas categorías. Por ejemplo, la primera categoría, si bien abarca el tráfico internacional ilícito de estupefacientes, la captura de aeronaves y el secuestro de diplomáticos, no abarca crímenes tan graves como la agresión. La sugerencia de que la categoría de los crímenes se determine en función de que haya o no participa-

[5] Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

ción del Estado es ingeniosa pero difícilmente aceptable para un gran número de Estados. El sistema que tal vez logre una más amplia aceptación sería el de exigir la atribución de competencia en el caso de todos los crímenes en los que esté involucrada la responsabilidad del Estado, directa o indirectamente. Como se ha propuesto en la Sexta Comisión, se podría establecer un mecanismo por el cual los Estados reconozcan la competencia exclusiva y obligatoria del tribunal respecto de ciertos crímenes previstos en el código, que los propios Estados determinarían a la luz de sus intereses. Así, la disposición del párrafo 1 se aplicaría sólo a crímenes como el genocidio y el *apartheid* que, en virtud de las convenciones internacionales en vigor, están comprendidos en el ámbito de la jurisdicción nacional. El párrafo 3 del proyecto de disposición merece su aprobación ya que, al declarar que el tribunal no constituye una instancia de apelación de las decisiones dictadas por las jurisdicciones nacionales, esa disposición refleja la opinión prácticamente unánime tanto de la CDI como de la Sexta Comisión. Por último, a su juicio, se debería elaborar un cuadro que refleje las cuestiones fundamentales en las que existe un cierto acuerdo. Ese cuadro, que tal vez podría encomendarse a un grupo de trabajo especial nombrado con ese fin, sería de gran utilidad para que la Asamblea General pudiera impartir orientación más detallada a la Comisión.

28. El Sr. ROSENSTOCK agradece al Relator Especial su útil informe, que ilustra las cuestiones que la Comisión debe abordar. Es de esperar que el Relator Especial y el grupo de trabajo que lo ayuda puedan elaborar una lista de cuestiones fundamentales y esbozar en términos generales su contenido. La Comisión debe examinar la posibilidad de establecer tribunales *ad hoc*, que funcionen cuando sea necesario. En lo que respecta a la segunda parte del informe, espera con interés las opiniones del grupo de trabajo. No es necesario que el sistema elaborado sea perfecto para suministrar a la Asamblea General las bases que le permitan adoptar una decisión en cuanto al establecimiento de algún tipo de jurisdicción penal internacional. Basta plantear todas las cuestiones pertinentes en forma clara y hacer algunas sugerencias para dar a la Asamblea General una cierta orientación.

29. En lo que respecta al derecho aplicable, se pregunta si existe la suficiente claridad en cuanto al contenido del derecho penal internacional o de la costumbre internacional pertinente. El Sr. Yankov tiene razón al decir que probablemente se desarrollará un cuerpo de normas consuetudinarias. Un nuevo enfoque, de carácter neutro en cuanto a la exclusión o inclusión de la costumbre, evitaría quizás los peligros que, en opinión del Sr. Calero Rodrigues (2258.ª sesión) y de otros miembros entre los que se cuenta, plantea la costumbre internacional y dejaría abierta la posibilidad de un desarrollo futuro. En cuanto al apartado *d* de la variante B, se pregunta si esa disposición se refiere a las decisiones de fondo o sólo a las de carácter procesal y qué cabida tendría el principio *non bis in idem*.

30. El apartado *e* se refiere al derecho interno y, por su parte, comprende la posición de quienes advierten el peligro de mezclar ambos sistemas, pero si no se hace referencia al derecho interno o no se lo incorpora en cierto modo, se dejaría un gran vacío. El derecho interno es un supuesto necesario para la debida aplicación de algunos instrumentos, entre otros, la Convención internacional contra la toma de rehenes, y la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. El grupo de trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de tomar «atajos» viables utilizando lo que ya existe, aunque sea en un contexto diferente. Algunos aspectos del enfoque adoptado en 1953 u otro método novedoso quizás ayuden a solucionar un problema que, de lo contrario, será muy arduo y complejo.

31. Una manera de abordar la cuestión del derecho aplicable sería enumerar las convenciones internacionales aplicables, con inclusión del propio código, ya sea desde que se adopte inicialmente o desde que haya sido ampliamente ratificado.

32. En lo que respecta al proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal por razón de la materia, la idea de una competencia exclusiva en ciertos tipos de casos tiene un interés manifiesto. Sin embargo, esa idea no tuvo una acogida favorable en la mayoría de los representantes que la examinaron en la Asamblea General. La solución propuesta por el Sr. Mahiou puede que tampoco sea la mejor. La Comisión tal vez desee presentar a la Asamblea General diversas posibilidades, una de las cuales sería un sistema de competencia completamente facultativo. Si la Comisión sugiere que el único enfoque posible es la competencia exclusiva, la Asamblea General lo rechazará de inmediato.

33. Por otra parte, el proyecto de código tampoco define apropiadamente el concepto fundamental de las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos. Es de esperar que, a su debido tiempo, esta cuestión se trate en el comentario. En lo que respecta a la captura de aeronaves y el secuestro de diplomáticos, dado que las convenciones relativas a la protección de los diplomáticos y a la toma de rehenes están contenidas en instrumentos separados, tal vez no sea conveniente mezclar estas cuestiones. Un hecho todavía más importante es el siguiente: incluir el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y no el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil pondría a la Comisión en la situación absurda de elaborar un régimen que no pudo aplicarse en el caso del vuelo 103 de la línea aérea Pan Am. Por otra parte, cabe preguntarse si es útil que el *apartheid* y el colonialismo se incluyan en el código y si hay algún aspecto de cualquiera de estas cuestiones que no esté debidamente comprendido o que no pueda quedar comprendido en los crímenes de violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos y de uso de la fuerza. Un lenguaje más neutral y menos anacrónico contribuiría a despolitizar la situación.

34. La Comisión, ya sea que opte por la competencia exclusiva o por la competencia concurrente, deberá determinar cuántos son los Estados que deben prestar su consentimiento. ¿Es necesario el consentimiento de cualquier otro Estado que no sea el Estado en el que se encuentra el acusado? ¿Se puede dar por sentado el consentimiento de todos los Estados que sean partes en el estatuto? Si se requiriera el consentimiento de todos los Estados víctimas, éstos serían unos 30 ó 40 en el caso

del vuelo 103 de la línea aérea Pan Am. Si el código exigiera el consentimiento del Estado del cual sea nacional el acusado, se apartaría de las prácticas en materia de extradición. Por ejemplo, si un ciudadano de los Estados Unidos de América viaja a Italia para asaltar un banco y huye luego a Suiza, y suponiendo, a los efectos del razonamiento, que Italia no tiene tratado de extradición con los Estados Unidos pero sí con Suiza, nadie consideraría pertinente preguntar a los Estados Unidos si cabe otorgar la extradición a Italia de ese ciudadano estadounidense. El argumento de que se requiere el consentimiento del Estado de la nacionalidad refleja un interés por politizar el sistema. La Comisión, en cuanto sostiene que el Estado de la nacionalidad debe dar su visto bueno, aun cuando el crimen no se haya cometido en ese Estado y la persona no se encuentre en su territorio, parece indicar, como bien podría ser el caso, que la comunidad internacional no está preparada todavía para establecer un tribunal penal internacional.

35. Otra cuestión es la relación entre el Consejo de Seguridad y la jurisdicción penal internacional. A este respecto, no puede dejar de contestar a las críticas expresadas sobre la reciente decisión y el razonamiento de la CIJ en los asuntos de Libia[6]. En el sistema de las Naciones Unidas la revisión judicial no existe. La CIJ no tenía otra posibilidad que remitirse a la decisión del Consejo de Seguridad. El hecho de que en los casos de que se trata no tuviera ninguna razón para no hacerlo, no es pertinente.

36. El Sr. Rosenstock está de acuerdo con el Sr. Bowett (2258.ª sesión) en que si el Consejo de Seguridad determina la existencia de una agresión, esa decisión es obligatoria para el tribunal sin perjuicio, evidentemente, de que la determinación de la responsabilidad individual sea una cuestión separada. Una hipótesis más difícil es la de que, por 8 votos contra 7, el Consejo de Seguridad decida no adoptar una resolución sobre la existencia de un acto de agresión. En estas circunstancias, ¿puede el tribunal determinar libremente que existe agresión y es aceptable que tenga esa facultad? ¿Qué ocurriría si el Consejo de Seguridad adoptase esa resolución por 14 votos contra uno, el que fuera de un miembro permanente? También en ese caso el Consejo de Seguridad habría determinado que el acto de agresión no existe. ¿Es razonable suponer que en el marco del mismo sistema el tribunal pueda llegar a una conclusión diferente? ¿En qué medida es tolerable que dos órganos de un sistema lleguen a conclusiones diferentes? El desconocimiento de la opinión del Consejo de Seguridad sobre cuestiones como la agresión entrañaría un grave peligro para la estabilidad del sistema internacional en su conjunto.

37. El Sr. VERESHCHETIN, refiriéndose a la observación del Sr. Razafindralambo, dice que hasta ahora se han distribuido sólo dos actas en inglés y una en ruso. En estas circunstancias, es de temer que toda interrogante acerca de las proposiciones orales presentadas en el presente período de sesiones deba aplazarse hasta el siguiente. ¿Cuál es el método que debe adoptar la Comisión? Si de lo que se trata es sencillamente de escuchar una tras otra las opiniones de los miembros sin que se hagan preguntas, se reciban aclaraciones o se trate de llegar a un acuerdo, el sistema actual es adecuado. Sin embargo, se pregunta si ésa no es la razón, al menos en parte, de la lentitud con que se avanza en ciertos temas importantes. Con todo el debido respeto al Sr. Razafindralambo, no le parece que pueda seguir su consejo.

38. En lo que respecta al derecho aplicable, considera preferible la variante B y no tiene inconveniente en que ese texto siga fielmente al del artículo 38 del estatuto de la CIJ. Existe consenso en cuanto a que las decisiones de un futuro tribunal deben basarse principalmente en el derecho internacional y el artículo 38 enuncia las principales fuentes de ese derecho. Por consiguiente, al menos en principio, el enfoque del Relator Especial sería adecuado. Es de celebrar que el apartado *a* de la variante B se refiera a los «crímenes de derecho internacional» y no a los «crímenes de derecho penal internacional». En su país, al igual que en el del Sr. Shi, no se considera que el derecho penal internacional sea una disciplina actual del derecho internacional.

39. Los apartados *b* y *c*, en su forma oralmente enmendada por el Relator Especial, no suscitan ninguna dificultad. Puede aceptar, asimismo, los apartados *d* y *e*, habida cuenta de la referencia condicional hecha en el apartado *d* a su carácter de «medio auxiliar» y del empleo en el apartado *e* de la expresión «cuando sea procedente»; de más está decir que al aplicar el derecho interno, lo que sin duda deberá hacer en materia de penas el tribunal, deberá basarse en el derecho internacional.

40. En lo que respecta a la competencia del tribunal *ratione materiae*, sigue opinando que el proyecto de código y el futuro tribunal están vinculados entre sí. Una vez que el código entre en vigor, el tribunal se ocupará principalmente de los crímenes definidos en ese texto. Lamentablemente, en su forma actual, el proyecto de código no hace una clara diferenciación entre los crímenes internacionales y los crímenes de carácter internacional. A este respecto, se pregunta si en lugar de un solo proyecto de disposición en la materia, la Comisión tal vez pueda elaborar dos: el primero se referiría a la competencia del tribunal en las etapas iniciales de su establecimiento, antes de que se adopte un código, y el segundo se referiría al código una vez aprobado como texto de derecho internacional. Con arreglo al primer proyecto de disposición, de carácter más modesto, la competencia del tribunal se limitaría a los crímenes reconocidos como tales en virtud de convenios internacionales en vigor; el tribunal sería una garantía adicional de que esos crímenes no quedaran sin castigo. Con arreglo al segundo proyecto, el tribunal tendría competencia obligatoria respecto de los crímenes definidos en el código. Esa solución, si bien difiere ligeramente de la que había propuesto con anterioridad (2255.ª sesión), le parece apropiada a la luz de los comentarios hechos por otros miembros en el curso del debate.

41. Como una sugerencia de carácter más general, tal vez sea útil que se elabore un documento señalando las cuestiones en las que los miembros tengan posiciones análogas o al menos razonablemente semejantes. Por ejemplo, todos parecen estar de acuerdo en que la competencia del tribunal *ratione personae* debe limitarse a los individuos. Muchos miembros preferirían que su

[6] Véase 2255.ª sesión, nota 8.

competencia *ratione materiae* se limitara, al menos en un comienzo, a los crímenes de carácter internacional reconocidos ya como tales en virtud de convenios internacionales en vigor y, al parecer, muchos miembros consideran útil que se incluya una lista de los convenios pertinentes. También parece existir un cierto grado de acuerdo en cuanto a que si bien indudablemente el código y el tribunal están vinculados, en la presente etapa ambas cuestiones se podrían examinar de manera paralela y hasta cierto punto separada. Algunos miembros opinan que la competencia del tribunal *ratione materiae* podría ampliarse en una etapa ulterior, siempre y cuando los Estados así lo deseen y se haya aprobado el código. Aunque no pretende que en la Comisión haya unanimidad sobre todas o casi todas estas cuestiones, a su juicio, en el presente período de sesiones se debería hacer un esfuerzo por elaborar la lista de los puntos de acuerdo en colaboración quizás con el grupo de trabajo establecido para ayudar al Relator Especial. A este respecto, se pregunta si al final del período de sesiones se pueden destinar uno o dos días a un examen ulterior del tema. Además de otras cosas, esa lista facilitaría la preparación del informe del Relator de la Comisión sobre la labor realizada en el período de sesiones.

42. Por último, se debería pedir a la Secretaría que en el período de sesiones siguiente suministre a la Comisión un cuadro comparativo de las proposiciones ya formuladas en relación con ciertos aspectos de un tribunal penal internacional, como el derecho aplicable, la competencia del tribunal *ratione materiae*, las penas y otras cuestiones. Sería muy útil que los miembros de la Comisión conocieran las opiniones expresadas en estas materias por quienes los han precedido, con inclusión de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de las Naciones Unidas, de 1953, y de diversas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales así como de algunos autores.

43. El PRESIDENTE asegura al Sr. Vereshchetin que al formular preguntas actúa totalmente conforme al reglamento y la práctica de la Comisión. Por su parte, no está de acuerdo con las observaciones del Sr. Razafindralambo, pues es útil que se pidan aclaraciones si la intervención de un orador plantea ciertos interrogantes.

44. En lo que respecta al calendario, si la Comisión no ha concluido el examen de los temas, podrá examinar el informe. En todo caso, la Comisión deberá examinar el informe del grupo de trabajo que ayuda al Relator Especial. A su juicio, al menos dos semanas más de junio o julio se deberían asignar al examen de la cuestión de un tribunal penal internacional. Dado que todavía hay muchas incertidumbres, no se ha podido preparar el calendario exacto de todo el período de sesiones. En cuanto a la segunda sugerencia, la secretaría podría proporcionar el texto de las proposiciones formuladas por órganos intergubernamentales y grupos privados, y el grupo de trabajo tendría ante sí las más importantes.

45. El Sr. CRAWFORD dice que se debe asignar prioridad a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, que ha dado lugar al debate, y al tema de la responsabilidad de los Estados, aun cuando ello signifique que el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional no se examine en absoluto en el presente período de sesiones.

46. El Sr. YAMADA, refiriéndose al derecho que ha de aplicar un tribunal penal internacional, dice que si bien no hay diferencias sustantivas entre las variantes A y B del posible proyecto de disposición, le parece preferible la variante B por ser de carácter más específico. Sin embargo, le preocupa la amplitud de las fuentes del derecho penal aplicable en el caso de que se aprueben todas las categorías mencionadas en la variante B. La idea del Relator Especial es que el tribunal no se ocupe sólo de la represión penal, sino también de la reparación de los perjuicios causados a la víctima de un acto criminal y, por esa razón, tal vez ha ampliado las fuentes del derecho aplicable. Por su parte, se referirá a la cuestión de la reparación en el momento oportuno del debate, pero si la Comisión admite esta doble función del tribunal, se deberían aplicar dos tipos de normas diferentes.

47. Evidentemente, la observancia de la norma *nulla poena sine lege* es necesaria. El artículo 38 del estatuto de la CIJ no puede considerarse un precedente: el ámbito de las fuentes del derecho aplicable debe ser más restringido. En su opinión, el derecho aplicable para la represión de estos crímenes se encuentra en los convenios internacionales mencionados en el apartado *a* de la variante B. Los demás apartados señalan sólo algunos medios auxiliares para la interpretación y determinación del derecho penal internacional existente.

48. Una garantía de juicio equitativo es la clara definición de las normas de procedimiento penal. Pero, como a este respecto el derecho internacional es insuficiente, las normas de procedimiento deberían incluirse en el estatuto del tribunal.

49. El establecimiento de la competencia exclusiva y obligatoria respecto de los crímenes internacionales más graves es, en definitiva, la meta de la comunidad internacional, pero, por su parte, duda de que ello sea aceptable para la mayoría de los Estados. Estos podrán aceptarla quizás respecto de crímenes como el genocidio y el *apartheid*, y algunos Estados débiles quizás respecto del tráfico internacional ilícito de estupefacientes. Sin embargo, en un gran número de Estados la represión de este crimen mediante mecanismos nacionales es ahora eficaz. En su país, la mayoría de los procesos por tráfico de estupefacientes guardan relación con el tráfico internacional. En la esfera de la asistencia judicial, el Japón tiene excelentes acuerdos con varios países de Asia y con el Canadá y los Estados Unidos de América. China, Indonesia, Singapur, Malasia y, en particular, Tailandia aplican severas penas en los casos de delitos relacionados con estupefacientes y están logrando éxito en su lucha contra el tráfico. El Japón desearía mantener su competencia nacional y le sería difícil reconocer la competencia exclusiva y obligatoria del tribunal internacional dado que podría poner en peligro el ordenamiento jurídico actual. En su opinión, un sistema de jurisdicción facultativa y de consentimiento específico de los Estados sería lo más práctico.

50. El Sr. KOROMA, refiriéndose a una observación del Sr. Yankov, se pregunta por qué ha hecho una remisión al derecho consuetudinario en la definición de los crímenes. Por su parte, el Sr. Vereshchetin ha señalado

que el proyecto de código no hace ninguna diferencia entre crimen internacional y crimen de carácter internacional, pero ¿qué interés tendría hacer esa diferenciación? Según entiende, el Sr. Vereshchetin está en favor de una competencia obligatoria respecto de los crímenes de carácter internacional.

51. El Sr. VERESHCHETIN dice que se deben diferenciar dos categorías de crímenes. La primera es la de los crímenes internacionales, especialmente los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en los que siempre está involucrada la responsabilidad de los Estados. La segunda es la de los crímenes que contienen elementos internacionales —a los que llama crímenes de carácter internacional— que normalmente no están vinculados a la acción política de los Estados. En esta categoría incluye a todos los crímenes que se definen en convenios específicos en vigor, por ejemplo, el tráfico de estupefacientes, la captura de aeronaves o el terrorismo internacional. Si la Comisión deseara hacer una diferenciación entre la competencia respecto de los crímenes internacionales y la competencia respecto de los crímenes de carácter internacional, tropezaría con el problema de que el código todavía no se ha aprobado. Por consiguiente, la Comisión no debe esperar a que se solucionen los problemas relacionados con el código, sino que debe examinar la cuestión de la competencia respecto de los crímenes de carácter internacional tal como se definen en los convenios internacionales en vigor. Así, el tribunal tendría competencia obligatoria respecto de los crímenes internacionales y competencia facultativa respecto de los crímenes de carácter internacional. De ese modo se complementarían los procedimientos de enjuiciamiento existentes en determinados convenios vigentes. Lo importante es que en ningún caso los crímenes queden sin castigo.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2260.ª SESIÓN

Jueves 14 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que las cuestiones del derecho aplicable y de la competencia *ratione materiae* del tribunal, con las que se inicia la segunda parte del informe en examen (A/CN.4/442), están íntimamente ligadas con la función jurisdiccional del mecanismo de aplicación del código, aun cuando ese mecanismo pueda tener que aplicar también otras convenciones, presentes o futuras.

2. La idea de realizar la paz por el derecho en las relaciones internacionales, tan presente en las mentes durante el período de entreguerras, se haría así realidad, expresando la supremacía de la jurisdicción que ha de crearse por medio de la imposibilidad de recurrir contra sus decisiones. Por tanto, esas decisiones serían actos de enorme importancia, que no podrían emanar de un mecanismo cualquiera. Decidir, en base al derecho, del destino de quienquiera que haya transgredido en forma manifiesta la moral y el derecho internacional es una obra de salubridad pública, pero cuya realización dependerá de la calidad de los medios utilizados, y de ahí la necesidad de definir rigurosamente la materia del mal que ha de conjurarse y las reglas que han de aplicarse para conseguirlo.

3. En su décimo informe, el Relator Especial propone dos variantes de un posible proyecto de disposición sobre el derecho aplicable[3], la primera basada en una visión sintética y la segunda dotada de una estructura más descriptiva. El Sr. Pambou-Tchivounda no se detendrá en estos textos, que ya han sido objeto de múltiples intervenciones. Por otra parte, a su juicio, se trata menos de elegir entre una de las dos variantes que de formar con ellas una sola disposición, cuya introducción estaría constituida por la variante A, en tanto que la variante B, que pone al código como fuente primaria de las normas aplicables, aportaría los elementos constitutivos. El texto diría lo siguiente: «La corte (o el tribunal) aplicará el derecho internacional penal resultante del código de crímenes, las convenciones, la costumbre, los principios generales, las decisiones judiciales y la doctrina y, cuando corresponda, del derecho interno».

4. La lista de las fuentes de derecho aplicable ha sido ampliamente criticada tanto respecto del principio en que se basa como respecto de su contenido, y acertadamente se han indicado las lagunas de ese texto, en el que no

---

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 3.

aparecen ni las resoluciones de la Asamblea General ni las decisiones del Consejo de Seguridad. Pero cuando se habla de hacer desaparecer de él la costumbre, las decisiones judiciales, la doctrina y sobre todo el derecho interno, el Sr. Pambou-Tchivounda tiene dudas. Esta enumeración tiene un efecto de amalgama que parece ir en contra de la regla *nullum crimen sine lege*. Pero no hay que olvidar que en este décimo informe, la noción de derecho aplicable se refiere a la vez al derecho material y al derecho procesal o judicial. La relación consagra una concepción general de la noción de derecho aplicable, como lo demuestra la mención de los principios generales de derecho penal.

5. Sería un error no reconocer una finalidad idéntica a la función de la costumbre internacional y del derecho interno. Ello equivaldría atentar contra la especificidad de la función del juez penal, quien tiene que imponer una pena a uno o varios individuos considerados culpables. El derecho interno, como la costumbre, puede desempeñar a este respecto una función esencial, pero no para calificar el hecho punible, sino para determinar las responsabilidades y fijar la pena. Elegidos en función de su experiencia, los miembros del tribunal se inspirarán, aunque sólo sea inconscientemente, en el sistema jurídico en que se han formado.

6. Por lo que se refiere a la competencia, el posible proyecto de disposición[4] se inspira en el principio de la dualidad de normas: en el párrafo 1 se da amplia cabida al principio de una norma general y obligatoria, en tanto que en el párrafo 2 se consagra el principio de la norma facultativa o derogatoria. Pero, al establecerse esta dualidad, la competencia del tribunal, es decir su aptitud para desempeñar la misión de salubridad pública que será su razón de ser, parece abandonada a la libre voluntad de los Estados y en particular del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen. Hay en este artículo como un doble vicio de construcción, en el plano jurídico y en el plano lógico; jurídicamente, porque no hay que confundir el conocimiento de una causa con la competencia del tribunal (el párrafo 2 parece hacer más hincapié en el conocimiento de la causa que en la competencia), y lógicamente, porque la cuestión de la competencia se plantea antes que la del conocimiento de la causa. En efecto, la cuestión de la competencia depende de la naturaleza del hecho punible. Así pues, ¿cómo admitir que la competencia de un tribunal penal esté sujeta exclusivamente a la voluntad de un Estado quien podría, en cualquier momento, reexaminar tal opción? El sistema propuesto tiene aquí una fragilidad que habrá que remediar antes de progresar en el estudio de la cuestión de la competencia. Al hacerlo, se advertirá la necesidad de relativizar, o incluso abandonar, el principio mismo de la dualidad de normas, para preguntarse si el código puede prestarse a un tratamiento discriminatorio en su aplicación.

7. En su opinión, el código serviría de punto de partida, haciéndose mención expresa de ello y consagrando la competencia exclusiva del tribunal o del mecanismo jurídico en razón de los crímenes definidos en el código. Desde esta perspectiva, la enumeración del párrafo 1 pierde sentido. Vincular la autoridad del tribunal a la actitud de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad ante una situación de hecho en la que las Naciones Unidas no puede sancionar a los autores sin exponerse al riesgo de autodestruirse equivaldría a denegar al tribunal la naturaleza de institución independiente del sistema de las Naciones Unidas, encargada de salvaguardar el orden público internacional.

8. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que en el apartado *c* de la variante B del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable hay que sustituir las palabras «los principios generales de derecho penal reconocidos por las Naciones Unidas» por las palabras «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones en conjunto», como en el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER se refiere a un intercambio de opiniones con juristas de América Latina sobre la creación de un tribunal internacional, en el que los participantes se preguntaron si, en el supuesto de que en los años 70 u 80 hubiera existido una jurisdicción penal internacional, los acontecimientos que se han producido en el mundo habrían seguido el curso que tomaron. Por ejemplo, en los años 90, en el supuesto de que la derrota del Iraq hubiera sido total o de que este país se hubiera rendido sin condiciones, como las Potencias del Eje en 1945, los países que participaron en la operación «Tempestad del desierto» ¿habrían creado un tribunal del mismo tipo que el de Nuremberg?, y, en caso afirmativo, ¿cuál habría sido el derecho aplicable? En efecto, se admite que si la experiencia de Nuremberg fue plenamente positiva en el plano político, no dio plena satisfacción en el plano jurídico. Por tanto, la comunidad internacional desea desde entonces la creación de una jurisdicción que impida a los vencedores obrar unilateralmente y que haga que los vencidos no sean siempre los únicos en ser juzgados.

10. En la situación actual, si en vez de limitarse a la agresión se entra en esferas de infracciones como el tráfico de estupefacientes o la contratación de mercenarios, se observa que no es tan difícil crear un tribunal internacional. En ese sentido, la agresión y la intervención deberían dejar de acaparar la atención de los juristas.

11. Ahora bien, en lo que respecta a la agresión, procede examinar una cuestión previa importante: la de la calificación del crimen por el Consejo de Seguridad. A este respecto, la doctrina ha demostrado suficientemente que es el Estado el calificado de agresor y no un individuo, y que el Consejo de Seguridad, cuando utiliza los poderes que le confiere el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo para imponer sanciones o para decidir una acción colectiva contra un Estado, lo hace tras apreciar la conducta de ese Estado. Ahora bien, la calificación de agresor dada a un Estado por el Consejo de Seguridad, o por el órgano competente de una organización regional que actúe en virtud del Capítulo VIII de la Carta, puede tener consecuencias ante un tribunal, ya sea nacional o internacional. Por tanto, sería interesante reflexionar sobre las repercusiones que tendría la existencia de un tribunal internacional en esta función de calificación del Consejo de Seguridad; el Consejo tendrá entonces que apreciar la naturaleza de la agresión y el alcance judicial de su decisión.

[4] *Ibid.*, párr. 4.

12. Refiriéndose a la competencia del tribunal, el Sr. Villagrán Kramer, tras decir que en cuanto jurista se inclina por la competencia obligatoria, pero que desde el punto de vista político comprende las ventajas de la competencia facultativa, plantea a la Comisión el problema siguiente: ¿qué sucedería si el autor de un crimen internacional que sea nacional de un Estado no parte en el instrumento que cree la jurisdicción penal internacional pidiera ser entregado a esa jurisdicción por falta de confianza en la imparcialidad de la justicia de su país?

13. El debate sobre el derecho aplicable ha sido muy útil. Cuando la Comisión se dispone a renovar el derecho, importa superar definitivamente las nociones vigentes cuando se creó la CPJI y aprovechar la lección de las investigaciones y de la reflexión jurídica sobre el derecho aplicable por los tribunales internacionales. En lo que respecta a los tratados y los principios generales de derecho, no puede haber desacuerdo entre los miembros de la Comisión: el derecho positivo consagrado en los tratados evidentemente es aplicable aquí, así como los principios clásicos del derecho penal, tales como el principio del respeto de las garantías del procedimiento. En lo que respecta al derecho interno, es perfectamente lógico pensar que los miembros de un tribunal internacional no dejarán de buscar en él los principios generales de derecho penal que sean aplicables y esta relación con el derecho interno no debe inquietar a la Comisión. Además, el tribunal podría tener que aplicar el derecho interno en caso de infracciones conexas, cometidas en relación con crímenes que pertenezcan expresamente a su competencia y que caigan dentro del ámbito del derecho internacional. En lo que respecta a la costumbre, el Sr. Villagrán Kramer piensa, como el Sr. Calero Rodrigues (2258.ª sesión), que los juristas han demostrado que no desempeñaba el papel que se creía y que es inútil insistir demasiado en esta fuente del derecho. En lo que respecta a las decisiones judiciales y a la doctrina, el orador comparte las opiniones ya expresadas.

14. Pasando a la cuestión de los crímenes enumerados en el posible proyecto de disposición relativo a la competencia, el Sr. Villagrán Kramer, recordando la tendencia de las Naciones Unidas a adoptar una convención especial para cada tipo de crimen, señala que siempre los autores de esos instrumentos se preguntan si el crimen examinado pertenece al mismo tiempo al derecho interno y al derecho internacional, y siempre dejan la puerta abierta a la aplicación de su texto por un tribunal internacional. Esto no impide, sino todo lo contrario, que el instrumento por el que se cree la jurisdicción penal internacional precise de una manera u otra los crímenes cuyos presuntos autores serán entregados a esa jurisdicción, ya estén previstos o no esos crímenes por una convención internacional. Según el Relator Especial, esto es indispensable.

15. Por último, el Sr. Villagrán Kramer pide aclaraciones sobre la misión que se confiaría al grupo de trabajo que se piensa crear. Cualquiera que sea esa misión, el orador considera esencial que se someta a la Asamblea General un texto, si no definitivo al menos muy adelantado, en el que se indiquen claramente las características generales de la jurisdicción penal internacional prevista y en el que se precisen los crímenes que serían de su competencia.

16. El PRESIDENTE responde que el mandato del grupo de trabajo se definirá cuidadosamente.

17. El Sr. ROBINSON dice que el derecho aplicable depende de la cuestión de saber si la jurisdicción prevista basará su competencia en un instrumento como el código. En caso afirmativo, el derecho aplicable será el definido por ese instrumento, aunque no sea inútil completarlo con el derecho internacional consuetudinario, a condición de que éste no sea incompatible con el instrumento mencionado. El artículo 293 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, por ejemplo, dispone que el tribunal competente «aplicará la presente Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella».

18. Ahora bien, el tribunal deberá evidentemente aplicar los dos sectores del derecho internacional: el derecho convencional, es decir, las convenciones internacionales aplicables, y en particular, pero sin limitarse a, las convenciones internacionales relativas a los crímenes de derecho internacional; y el derecho internacional consuetudinario surgido de la práctica de los Estados y aplicable al caso, no para identificar los hechos sino que para otros fines. Por tanto, el Sr. Robinson desea que el texto que se acepte finalmente comporte estos dos elementos.

19. Refiriéndose a la variante A del proyecto de disposición, el Sr. Robinson considera que la expresión *international criminal law*, aunque habitual en las Naciones Unidas y en otros organismos, es exagerada para una rama del derecho que aún está en embrión. En efecto, el tribunal penal internacional estará llamado a aplicar el derecho internacional constituido pura y simplemente por el derecho convencional y el derecho internacional consuetudinario.

20. Al Sr. Robinson no le satisface tampoco la mención del «derecho interno», en la medida en que este asunto plantea cuestiones doctrinales, incluso metafísicas, sobre la naturaleza monista o dualista del derecho internacional. Si el tribunal en estudio aplica el derecho interno, lo hará habida cuenta del derecho internacional y no como rama autónoma del derecho. Por tanto, el Sr. Robinson propone modificar como sigue la variante A: «El tribunal aplicará el derecho internacional constituido por las convenciones internacionales y la costumbre internacional como prueba de una práctica aceptada como derecho».

21. Pasando a la variante B, dice que aunque a su juicio las fuentes del derecho aplicable se reducen a las convenciones internacionales y a la costumbre internacional, prefiere que se vaya de lo general a lo particular. A propósito del apartado *a*, el tribunal aplicará evidentemente las convenciones internacionales, pero ¿aplicará solamente los convenios relativos al procesamiento y la represión de los crímenes de derecho internacional? El tribunal, para adoptar decisiones, puede que tenga que basarse también, y no necesariamente de forma indirecta, en convenciones relativas a otras materias e incluso podría ser que las conclusiones sacadas del análisis de esas convenciones representen un elemento importante de su motivación. Por tanto, bastaría con decir que el tribunal aplicará los convenios internacionales.

22. En lo que respecta al apartado *b*, contrariamente a otros miembros de la Comisión, no le atormenta la idea de que el tribunal aplique la costumbre internacional. Es cierto que, como ya se ha dicho, el derecho penal requiere certidumbre y disposiciones escritas expresas, sin duda porque la libertad del individuo está en juego, pero a este respecto dos observaciones se imponen: primera, cualquiera que sea el régimen que se establezca para el tribunal, se invocará poco el derecho consuetudinario para calificar los crímenes internacionales ya que, al menos en la mayoría de los casos, los elementos constitutivos de esos crímenes estarán definidos en el código o en las convenciones internacionales. Esto no significa que la costumbre quede descartada, sino que no desempeñará una función tan importante como algunos parecen pensar. Segundo, parece difícil admitir que la costumbre internacional como prueba de una práctica aceptada como derecho sea una fuente de normas menos sólida en derecho internacional penal que en las demás ramas del derecho. Tal vez esto es más difícil de precisar. Pero esto no tiene nada que ver con la cuestión fundamental de saber si debe ser aplicable. Además, el Sr. Robinson piensa que la aplicación del derecho consuetudinario permitirá a menudo invocar normas que pueden proteger al acusado.

23. En cuanto al apartado *c*, ya se trate de la fórmula propuesta por el Relator Especial: «los principios generales del derecho penal reconocidos por las Naciones Unidas», o su versión modificada: «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones en conjunto», a juicio del Sr. Robinson es incongruente: los principios generales del derecho penal reconocidos por la comunidad internacional, por ejemplo el principio *nullum crimen sine lege*, son simplemente reglas de derecho internacional consuetudinario.

24. El Sr. Robinson está de acuerdo con los miembros de la Comisión que desean suprimir el apartado *d*. Ya ha dicho por qué a su juicio el apartado *e* también debería desaparecer. Por tanto, propone reajustar como sigue la variante B:

«El tribunal aplicará:

»a) las convenciones internacionales;

»b) la costumbre internacional como prueba de una práctica aceptada como derecho.»

25. En lo que respecta a la competencia, el Sr. Robinson es partidario de un régimen de competencia obligatoria y exclusiva para todos los crímenes internacionales más graves. Por competencia obligatoria, en contraposición con la competencia facultativa, el Sr. Robinson entiende que si un Estado acepta el estatuto del tribunal penal internacional, aceptará con ello su competencia sobre esos crímenes. Por competencia exclusiva, entiende que el tribunal penal internacional, y sólo él, será competente en virtud de su estatuto sobre los crímenes que se enumeren en éste. La competencia exclusiva se contrapone a la competencia concurrente, en virtud de la cual el tribunal y los Estados tendrían competencia sobre ciertos crímenes en virtud del estatuto. Así concebida, la competencia obligatoria y exclusiva representa el ideal que ha de alcanzarse. Pero si la realidad política no lo permite, el Sr. Robinson se contentará con un régimen en el que el tribunal ejerza una competencia obligatoria y exclusiva sobre ciertos crímenes bien determinados, en tanto que la competencia sobre los demás crímenes quedaría subordinada al consentimiento de los Estados interesados tras aceptar el estatuto del tribunal.

26. Sea como fuere, el Sr. Robinson no es partidario de un régimen de competencia concurrente, en el sentido de que el tribunal y los Estados tendrían competencia sobre los mismos crímenes, o incluso en el sentido de que con respecto a un crimen determinado, el Estado tendría competencia para proceder a la investigación y la instrucción, y el tribunal para procesar al presunto delincuente. Tal régimen no haría más que sembrar la confusión, sin preservar por ello la soberanía nacional. Por tanto, al Sr. Robinson le complace que el Relator Especial no haya propuesto nada de ese tipo, aunque el párrafo 2 del proyecto de disposición no sea totalmente claro sobre este punto.

27. En lo que respecta a la lista de crímenes enumerados en el párrafo 1 del proyecto de disposición sobre la competencia, el Sr. Robinson habría preferido que fuera más larga.

28. El Sr. Robinson se pregunta también cómo conciliar la competencia del tribunal penal internacional con la competencia que numerosas convenciones internacionales vigentes reconocen a los Estados partes, particularmente en materia de extradición y asistencia judicial. ¿Cómo podría exonerarse a las partes en esas convenciones de sus obligaciones convencionales? Por ejemplo, de los cinco crímenes enumerados en el párrafo 1, cuatro son también objeto de convenciones que dan a los Estados, tomados individualmente, el derecho de juzgar a sus autores. Por tanto, se plantea la cuestión de la aplicación de tratados decisivos relativos a la misma materia, que se tratan en el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. ¿El régimen del tribunal penal internacional tendrá primacía sobre los regímenes convencionales? ¿Los Estados partes en esas convenciones desearán renunciar a sus derechos en materia de competencia en beneficio del tribunal penal internacional? Los instrumentos sobre la represión de un crimen internacional disponen en principio que un Estado parte que sea competente para juzgar ese crimen está facultado a solicitar la extradición del autor del crimen si no procede contra él el Estado en cuyo territorio se encuentra. Evidentemente, un régimen que imponga al Estado en cuyo territorio se encuentra el autor del crimen la obligación de entregarlo a un tribunal penal internacional y de conferir a éste competencia para juzgarlo no sería compatible con el derecho de otros Estados partes competentes en el caso a solicitar su extradición para juzgarlo en su territorio. ¿Cae esta situación dentro del ámbito del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados? Los tratados que establecen un sistema de procedimiento judicial y de represión para los crímenes internacionales, ¿puede considerarse que se refieren a la misma materia que un tratado por el que se crea un tribunal penal internacional? Evidentemente, en el instrumento por el que se cree el tribunal podría establecerse una disposición según la cual el nuevo régimen convencional establecido tiene primacía, en lo que respecta a los Estados partes en las dos categorías de tratados, sobre los numerosos tratados relativos a la represión de los crímenes internacionales. Pero tal actitud no sería procedente, ya que lo que está en causa no es el régimen establecido por

esos tratados en su totalidad sino solamente los elementos de esos instrumentos que conciernen al procesamiento y la extradición de los autores de esos crímenes.

29. En este momento no se puede responder a todas esas preguntas, pero es evidente que habrá que conciliar el nuevo régimen con el régimen establecido por numerosas convenciones internacionales, tanto más cuanto que, cualquiera que sea el sistema que se adopte para la calificación de los crímenes sobre los que el tribunal internacional tendrá competencia, más de la mitad de esos crímenes estarán tomados de las convenciones internacionales vigentes.

30. Pasando al párrafo 2 del proyecto de disposición, el Sr. Robinson dice que convendría ahondar el examen de los criterios que han de adoptarse para determinar los Estados que estarán facultados para atribuir competencia al tribunal (competencia facultativa). Tal como está redactado, ese párrafo parece enunciar dos criterios acumulativos: primero, el criterio del Estado en cuyo territorio se cometa el crimen, y segundo, el criterio del Estado víctima del crimen o cuyos nacionales sean víctimas del crimen. Parece que es preciso satisfacer estos dos criterios antes de poder atribuir competencia al tribunal. Tradicionalmente, un Estado parte en una convención internacional para la represión de un crimen era competente sobre el crimen cuando éste había sido cometido en su territorio o cuando el autor se encontraba en su territorio. El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil nunca han ido más lejos. En cambio, las convenciones ulteriores prevén que todo Estado parte que haya demostrado su competencia respecto del crimen, basándose en el fundamento que sea, está facultado para ejercer su competencia en materia penal frente al autor del crimen, es decir, para juzgarlo.

31. El Sr. Robinson dice que ha comenzado por interrogarse sobre el fundamento del carácter acumulativo de los dos criterios enunciados en el párrafo 2, preguntándose si no podrían considerarse como criterios distintos, aplicables alternativamente. Pero, tras reflexionar, considera que la actitud del Relator Especial es prudente. En efecto, le parece acertado que el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen y el Estado víctima tengan ambos voz en la atribución de competencia al tribunal. Además, al Sr. Robinson le costaría aceptar como criterio único el criterio del Estado víctima, que no ha sido incluido en las convenciones internacionales anteriores. Se trata de una noción difícil y que se presta a ciertos abusos. Exigir que la atribución de competencia al tribunal se subordine a este último criterio y al del Estado territorial es una buena actitud, y el Sr. Robinson se pregunta si no habría que incluir también el criterio del Estado en que se encuentra el presunto autor del crimen.

32. Por último, aunque sea tal vez prematuro examinar los medios de conciliar la competencia del tribunal penal internacional con la del Consejo de Seguridad en materia de agresión, el Sr. Robinson considera interesante la distinción formulada por el Sr. Bowett (2258.ª sesión) y asumida por el Sr. Villagrán Kramer, entre las determinaciones hechas por el Consejo de Seguridad, que están necesariamente ligadas al comportamiento de los Estados, y las decisiones del tribunal, que conciernen a los individuos. Agrega que aceptará con satisfacción toda solución que tenga en cuenta las realidades políticas al tiempo que garantice la independencia, el prestigio y la respetabilidad del tribunal.

33. El Sr. FOMBA considera que la respuesta a la cuestión del derecho aplicable y de la competencia aplicable del tribunal penal internacional depende de la interpretación que se dé al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Las consecuencias difieren, según que la interpretación sea amplia o estricta.

34. Una interpretación estricta de esta máxima autoriza a ver detrás de la palabra *lex* el derecho formal y, por tanto, escrito. La aplicación de esta máxima al derecho internacional penal, y por tanto al tribunal penal internacional, requeriría pues que los crímenes y las penas estén previstos en el derecho escrito, en este caso, en el código. Es decir, al estar definidos en el código los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el tribunal no tendría que aplicar más que el código. Esto tiene la ventaja de reducir el cuerpo de normas aplicables y de limitarlo bien. En cambio, tomada en sentido amplio, la palabra *lex* puede tomarse como derecho en general, escrito o no. En este caso, el cuerpo de normas no es sencillo: es complejo y difícil de precisar con rigor y, por consiguiente, el tribunal podría aplicar diversas categorías de derecho. Dado el carácter estricto del derecho penal, sea nacional o internacional, tal solución le parece inoperante y debe descartarse.

35. Análogamente, una interpretación estricta de la misma máxima lleva a la conclusión de que el tribunal no debe tener competencia más que sobre los crímenes definidos en el código, y que esta competencia debe ser exclusiva y obligatoria. Ahora bien, no hay unanimidad ni sobre la lista de los crímenes contenidos en el código, ni sobre su régimen jurídico, ni sobre la delicada cuestión de la cesión de la competencia soberana de los Estados en materia penal.

36. Dadas estas circunstancias, ¿hay que aceptar la lógica implacable de la máxima proponiendo que el tribunal aplique «el código, todo el código y nada más que el código», de manera exclusiva y obligatoria? En este caso, ¿no habrá que revisar el código a fin de atenuar su rigor, en particular reduciendo la lista de los crímenes al menor denominador común posible?, y sobre todo, ¿cómo obtener la adhesión obligatoria de los Estados?

37. ¿No sería mejor salir de este razonamiento y proceder con más modestia, pero con mayor realismo, preconizando soluciones flexibles que, sin perder de vista el porvenir, tengan en cuenta la realidad política actual y ofrezcan alguna posibilidad de garantizar un mínimo de eficacia en la represión de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad? Al no haber agotado la reflexión sobre la materia, si es que fuera posible hacerlo, el Sr. Fomba no puede aportar una respuesta perfectamente satisfactoria a estas preguntas. Pero apoya las prudentes propuestas hechas por algunos miembros de la Comisión y en particular por el Sr. Mahiou (2259.ª sesión).

38. El Sr. KOROMA dice que no comprende bien lo que piensa el Sr. Robinson al hablar de un conflicto entre

ciertos instrumentos internacionales vigentes y el código. Es cierto que importa conciliar esos diversos instrumentos y la Comisión, por otra parte, ya ha abordado ese problema al examinar el proyecto de código en primera lectura. Pero queda por saber cómo conseguirlo. El Sr. Koroma señala que, para la definición de la agresión que figura en el párrafo 2 del artículo 15 del proyecto de código, la Comisión se ha inspirado en la propia Carta de las Naciones Unidas, así como en otros instrumentos y resoluciones de la Asamblea General. El orador recuerda también que el Tribunal de Nuremberg aplicó todos los instrumentos internacionales de la época, y que aquellos que comparecieron ante él sabían que sus actividades eran ilegales en virtud de esos instrumentos. El propio proyecto de código constituye, a su juicio, una forma de conciliación entre los diferentes instrumentos existentes en la materia y el riesgo de conflicto no le parece real.

39. El Sr. Koroma desearía también aclaraciones sobre la cuestión planteada por el Sr. Villagrán Kramer, de las relaciones entre el futuro tribunal penal internacional y el Consejo de Seguridad, habida cuenta de la última resolución adoptada por el Consejo de Seguridad respecto a Libia[5]. En efecto, en tanto que se supone que el Consejo debe juzgar únicamente la conducta de los Estados, en este caso ha pedido a un Estado que entregue a dos de sus nacionales para que sean juzgados, lo que, según la hipótesis aceptada hasta ahora, pertenecería precisamente a la competencia del tribunal.

40. El Sr. ROBINSON dice que, cualquiera que sea la solución que elija la Comisión, incluso si todas las disposiciones de los diversos instrumentos internacionales vigentes se incorporan en el código de forma que éste constituya la fuente del derecho aplicable, puede haber conflicto, no tanto desde el punto de vista del acusado como desde el punto de vista del Estado que considere tener derecho a proceder contra esa persona. En efecto, todos los Estados partes en estos instrumentos, aparte del Estado que haya entregado a dicha persona al tribunal internacional, tendrán derecho, en virtud de esos mismos instrumentos, a pedir la extradición de esa persona para juzgarla. Ahí es donde está el conflicto, y es la razón por la que el orador ha sugerido agregar al proyecto de código una disposición en virtud de la cual el nuevo instrumento tendrá primacía sobre los demás tratados internacionales. Que el orador sepa, este problema nunca ha sido examinado a fondo ni por la CDI ni por la Sexta Comisión de la Asamblea General, y convendría que la CDI lo estudiara si verdaderamente quiere hacer una labor útil.

41. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que, en el caso de los crímenes como la agresión o el *apartheid*, el Consejo de Seguridad juzga en efecto la conducta de un Estado e impone, por tanto, sanciones a ese Estado, pero en el caso de ciertos crímenes, las medidas adoptadas se dirigen esencialmente contra individuos. A su juicio, las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en caso de agresión no deberían limitar la acción del tribunal. Al contrario, dado que las decisiones del Consejo tienen fuerza obligatoria para el tribunal, éste deberá juzgar a los responsables del crimen. Por lo que respecta a la resolución relativa a Libia, a su juicio, el Consejo de Seguridad en este caso no ha juzgado la conducta de un Estado, sino que ha adoptado una decisión respecto a un acto de terrorismo que, por su misma naturaleza, es necesariamente imputable a individuos, lo que no quiere decir que esa decisión no haya estado motivada por el hecho de que la situación podía conducir a un conflicto internacional. Cabe recordar también que en otros casos, como el del Irán, el hecho de que el Consejo de Seguridad haya adoptado medidas no ha impedido a otros órganos examinar la cuestión. Por último, ninguna disposición de la Carta de las Naciones Unidas puede interpretarse como obstáculo a la acción de un tribunal, incluso después de la intervención del Consejo de Seguridad.

42. El Sr. CRAWFORD piensa que ninguna disposición agregada al código podrá eliminar el riesgo de conflicto con los instrumentos vigentes, ya que no vincularía a los Estados partes en esos instrumentos. Además, esos Estados gozarían de competencia universal en virtud de dichos instrumentos. Se trata de un problema grave que no será fácil de resolver.

43. El Sr. ROBINSON precisa que su propuesta consiste en indicar expresamente que el código tiene primacía sobre los demás instrumentos en lo que respecta a los Estados que son partes tanto en el nuevo instrumento como en las convenciones internacionales vigentes.

Se suspende la sesión a las 11.30 horas y se reanuda a las 12.00 horas.

44. El Sr. CRAWFORD entiende que el Relator Especial ha dividido a los miembros de la Comisión en dos campos: los que están a favor de la creación de un tribunal penal internacional y los que están en contra. Personalmente se pone en la categoría de los primeros, pero esto no significa que no desee tener más información sobre lo que será este tribunal y sobre lo que hará.

45. En cuanto a la cuestión del derecho aplicable, el Sr. Crawford piensa, como el Sr. Pellet (2257.ª sesión) y el Sr. Yankov (2259.ª sesión), que es indispensable especificar los crímenes que caerán dentro de la competencia del tribunal, independientemente de toda referencia al derecho general o al derecho internacional penal. Comprende que la propuesta de mencionar el derecho interno haya suscitado objeciones, pero esto le parece inevitable. Quizás, si se quiere dar cierta flexibilidad al mecanismo que se establezca, será preciso prever que el tribunal pueda aplicar ciertos elementos del derecho interno en cuanto tales.

46. El fondo del debate lo constituye la cuestión de la competencia *ratione materiae*. Ahora bien, el proyecto de disposición redactado sobre este punto, a su juicio, es insatisfactorio e inaplicable. El primer problema reside en la elección de los crímenes sobre los que el tribunal tendrá competencia exclusiva y obligatoria. En primer lugar, este texto va en contra de las demás convenciones internacionales pertinentes, tales como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, que prevé la competencia universal. En segundo lugar, algunos de los crímenes enumerados pertenecen a aquellos respecto de los cuales no convendría el recurso a una jurisdicción internacional. Tal es el caso de la agresión y

[5] Resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad, de 31 de marzo de 1992.

sobre todo el tráfico internacional ilícito de estupefacientes, ya que ante los tribunales nacionales se plantean muchos más asuntos de este tipo en un mes que en toda la historia de la justicia internacional. Por otra parte, se habla de la captura de aeronaves pero no de su destrucción; del secuestro de diplomáticos pero no de su asesinato. En el caso de los diplomáticos, el hecho de conceder competencia exclusiva al tribunal internacional sería incompatible con la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, en virtud de la cual son los tribunales nacionales quienes deben proceder. Sea como fuere, dada la situación actual o incluso futura de las relaciones internacionales, es imposible concebir un tribunal penal internacional que esté dotado de competencia exclusiva y obligatoria sobre una gama tan amplia de crímenes, independientemente de todos los mecanismos de procedimiento penal existentes. Algunos miembros de la Comisión, como el Sr. Shi (2259.ª sesión), llegan incluso a criticar la idea misma de tal tribunal, porque se encontraría ante el dilema siguiente: o bien los acusados habrían cometido el crimen a título personal, y por tanto bastaría con que fueran juzgados por los tribunales de su país, o bien los habrían cometido en nombre del Estado, y éste ciertamente no aceptaría que fueran juzgados por un tribunal internacional. Estos argumentos le hacen pensar al Sr. Crawford que aunque el tribunal pueda ser útil, ciertamente no podrá tener competencia exclusiva y obligatoria. Por tanto, el párrafo 1 del proyecto de disposición sobre la competencia es inaceptable.

47. El régimen de competencia facultativa es una solución más fácil de prever, a condición de precisar todos sus aspectos. En ese supuesto el tribunal sería competente en casos bien concretos y conforme a las disposiciones de los instrumentos internacionales que los propios Estados están dispuestos a aceptar. Sin embargo, el párrafo 2 del proyecto de disposición, en primer lugar, no trata de la competencia *ratione materiae* en cuanto tal, sino del requisito previo necesario para tal competencia. En segundo lugar, no establece expresamente una relación con el código o con los instrumentos vigentes, de forma que un Estado podría imponer al mecanismo penal internacional la obligación de juzgar a un individuo por cualquier delito. En tercer lugar, se hace demasiado hincapié en el consentimiento del Estado víctima, que tal vez no sea necesariamente el más adecuado para pronunciarse sobre la competencia de un tribunal, sin contar con que esta solución no puede preverse en el caso de las violaciones masivas. En cuarto lugar, no se habla del Estado de nacionalidad, en tanto que ese consentimiento es esencial en el caso de los países en que la competencia penal esté íntimamente ligada con la nacionalidad. Por último, esta disposición da a un Estado el derecho de someter un asunto al tribunal sin estar sujeto a un mecanismo de control, lo que es discutible.

48. Por otra parte, el Sr. Crawford también considera inútil el párrafo 3. Dado que la competencia de apelación sólo existe si se prevé expresamente, no hay razón para precisar que está excluida.

49. El Sr. GÜNEY dice que la competencia del tribunal y la competencia en materia de acción penal son las dos primeras cuestiones que plantea la creación de un tribunal penal, que, como ha señalado el Relator Especial, obtiene el apoyo de la mayoría de los miembros de la Comisión. A su juicio, esta jurisdicción sólo debería utilizarse de forma específica, para conocer de crímenes particularmente graves y odiosos.

50. En cuanto al derecho aplicable, la variante B propuesta por el Relator Especial puede servir de base de trabajo. Según ese texto, el tribunal aplicaría en particular las convenciones internacionales relacionadas con la persecución y represión de los crímenes de derecho internacional, los principios generales de derecho penal reconocidos por las Naciones Unidas y las normas aplicables en materia de procedimiento. En lo que respecta a la costumbre internacional, el Sr. Güney opina que es mejor no mencionarla, como ha sugerido el Sr. Rosenstock (2259.ª sesión). Tampoco le parece útil mencionar las decisiones judiciales y la doctrina como medio de determinación de las normas de derecho.

51. En lo que respecta a la cuestión de la competencia *ratione materiae*, el Sr. Güney no ve la necesidad de una lista de crímenes. A propósito del párrafo 2 del proyecto de disposición sobre este punto, piensa que no hay que limitar al Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen a la obligación de entregar el autor al tribunal. Esta obligación debe extenderse a todas las partes en el estatuto del tribunal. Por último, el tribunal no debe estar vinculado por las decisiones de un órgano político que no conciernen más que a las relaciones interestatales.

52. El Sr. de SARAM, refiriéndose al examen del Relator Especial de las tendencias surgidas del debate de la Comisión sobre la cuestión general de la conveniencia y posibilidad de la creación de un tribunal penal internacional o de una jurisdicción procesal penal internacional, dice que dado que la Comisión procede por consenso y que es deseable obtener la adhesión más amplia posible de los Estados, la creación de un mecanismo procesal penal de carácter internacional, prevista como una de las opciones posibles en la resolución 46/54 de la Asamblea General, sería preferible a la de un tribunal permanente, que algunos oradores favorecen. A su juicio, el curso más realista y, por consiguiente, más apropiado sería un tribunal *ad hoc*, no un órgano permanente, sino que uno que se estableciera mediante una convención y que se reuniera cuando fuere necesario, según un procedimiento en general aceptable, que evitara un uso irrazonable y fuera también sensible a las grandes preocupaciones de los Estados en materia de soberanía. Esto sería una primera etapa en un proceso largo y gradual de establecimiento de una jurisdicción penal internacional, que tendría la ventaja de no perturbar el sistema existente, basado en gran parte en la eficacia de los ordenamientos jurídicos nacionales y en una red de convenciones que fijan las reglas de la extradición. Aunque le parece prematuro que en el presente período de sesiones se trate de llegar a una conclusión definitiva sobre la cuestión de un estatuto permanente, o de lo contrario, gran parte del trabajo preparatorio para la elaboración de un estatuto apropiado para el tribunal, con disposiciones alternativas en caso necesario para un órgano con carácter permanente u otro *ad hoc* que se reuniera cuando fuera necesario, la Comisión podría comenzarlo en el actual período de sesiones junto con el estudio de muchas otras cuestiones relacionadas, como las planteadas por el Relator Espe-

cial en la segunda parte de su informe, cuestiones que deberían ser resueltas de una manera aceptable en general, si un tribunal penal internacional o una jurisdicción procesal penal internacional alguna vez llega a ser realidad.

53. El establecimiento de un grupo de trabajo para el trabajo de detalle necesario y la preparación de un informe y recomendaciones a la Comisión es un curso muy apropiado. Sería extremadamente útil para la CDI y ulteriormente para la Sexta Comisión y contribuiría a ordenar el debate y a evitar repeticiones si el grupo de trabajo y la secretaría pudieran hacer un cuadro comparativo de las disposiciones de los principales estatutos y proyectos de estatutos existentes, aunque por supuesto habrá que hacer cierta selección para reunir los más apropiados. También sería útil, aunque tal vez no sea posible en el presente período de sesiones, que el grupo de trabajo y la secretaría prepararan notas explicativas, en forma resumida y enumerativa, que indiquen las principales posiciones que se han manifestado en anteriores discusiones de las Naciones Unidas sobre las distintas disposiciones. Como ya ha señalado el Sr. de Saram, muchas de las observaciones hechas en el actual período de sesiones recuerdan declaraciones ya formuladas ante la CDI y la Sexta Comisión en 1990 y 1991, y aun antes, más de un cuarto de siglo atrás, entre 1950 y 1953, cuando se contempló la creación de un tribunal penal internacional en aplicación del artículo VI de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Este cuadro comparativo, aun cuando su preparación llevaría tiempo y trabajo, serviría como documento de referencia duradero y fácilmente accesible, que en particular ayudaría a poner en el mismo nivel de conocimiento en el debate a todas las delegaciones ante la Sexta Comisión, y de esta manera en una posición de participar totalmente en las resoluciones de importantes cuestiones.

54. Una atención particular debe darse en el grupo de trabajo a la delicada y difícil cuestión de los procedimientos por los cuales se convocará a un tribunal *ad hoc* de vez en cuando, para evitar un uso irrazonable y para estipular salvaguardias adecuadas con respecto a las comprensibles sensibilidades de todos los Estados en cuanto a sus soberanías. Habrá que examinar también la igualmente difícil y delicada cuestión de cómo acomodar las funciones del Consejo de Seguridad según la Carta de las Naciones Unidas, tales como sobre la cuestión de los delitos en la esfera de la paz y la seguridad y los procedimientos por los cuales estos delitos puedan ser presentados a una jurisdicción procesal penal internacional.

55. En el curso del trabajo de la Comisión sobre el derecho sustantivo que se ha de aplicar y sobre la competencia gran importancia habría que darle a una mayor precisión del lenguaje que se empleará en las disposiciones. En efecto, cuando las disposiciones aprobadas en primera lectura se comuniquen a los gobiernos, éstos no dejarán de someterlas a juristas con una extensa experiencia en la defensa penal y en la técnica del derecho penal, y para quienes la precisión de los términos es primordial.

56. Guiado por este criterio de precisión, el Sr. de Saram piensa que, tanto para la competencia como para la ley aplicable, la Comisión no podría dejar de prestar una seria consideración a la opinión de que los crímenes de que se ocupará la jurisdicción procesal penal internacional y el derecho aplicable por esa jurisdicción serán solamente los definidos y estipulados en el código y, adicionalmente, en instrumentos tales como las convenciones complementarias al código que puedan concluir los Estados de vez en cuando para incluir uno o varios crímenes adicionales en la jurisdicción del tribunal penal internacional. La sugerencia de que la jurisdicción procesal penal internacional incluya solamente, o que quizás también incluya, crímenes definidos y calificados en determinadas convenciones, para ser enumerados apropiadamente, a primera vista parece atractiva porque puede evitar algunos de los problemas que surjan al considerar la cuestión de los delitos de que se ocupará la jurisdicción. Pero a su juicio, existe una dificultad que hace menos atractiva esa sugerencia, a saber, que a menos que se concluya una convención específicamente con el propósito de colocar un crimen o crímenes dentro de la jurisdicción procesal penal internacional, hay una posibilidad muy real de que los términos aprobados en una convención no sean tan precisos como deberían ser para alcanzar ese extraordinario grado de precisión requerido en el derecho penal.

57. En conclusión, dice que una discusión más detallada y las respuestas a las muchas preguntas planteadas se facilitarían enormemente con el informe del grupo de trabajo y todavía más con el cuadro comparativo que espera que se prepare.

58. El PRESIDENTE asegura al Sr. de Saram que su propuesta se tendrá en consideración.

59. El Sr. SZEKELY dice que la variante B del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable debe tener preferencia, y desde luego él propone, por un método analítico, revisar este proyecto que debería enunciar como fuente principal del derecho internacional penal los diferentes instrumentos jurídicos internacionales que tipifican los delitos. A este respecto, aunque le parece fácilmente aceptable el apartado *a*, estima que las convenciones internacionales para la persecución judicial y la represión de los crímenes de derecho internacional no son las únicas pertinentes. Hay otras convenciones internacionales, relativas a los derechos humanos, al derecho a la vida, o relativas a la tortura o a la esclavitud, que constituyen fuentes de normas internacionales aplicables. Por tanto, considera necesario agregar después del apartado *a* un apartado en el que se mencionen otras convenciones internacionales generales o especiales que definen determinados crímenes.

60. Tras enunciar las fuentes principales de derecho en los primeros dos apartados, el tercer apartado enumeraría las fuentes subsidiarias aptas para facilitar la aplicación e interpretación de las fuentes principales. Este tercer apartado podría inspirarse en el artículo 38 del estatuto de la CIJ y mencionar en primer lugar ciertas convenciones internacionales, generales o especiales, como la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados u otros instrumentos como los Principios de cooperación internacional sobre la búsqueda, detención, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad[6]. A continuación se inclui-

[6] Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973.

rían los cuatro últimos apartados de la variante B, que tratan respectivamente de la costumbre internacional como prueba de una práctica aceptada como derecho, los principios generales de derecho, y en particular del derecho penal, las decisiones judiciales y la doctrina de publicistas de mayor competencia de las distintas naciones y, por último, cuando corresponda, el derecho interno.

61. El Sr. Szekely, para no repetir lo dicho por los oradores precedentes, aborda la cuestión de la competencia *ratione materiae* desde el punto de vista de la filosofía jurídica más que desde una perspectiva técnica. También se encuentra ante un dilema entre sus inclinaciones de jurista internacional y la necesidad de concebir un mecanismo jurídicamente viable. Por tanto, estima que conviene equilibrar los dos tipos de ambiciones posibles: por una parte, el deseo, tal vez ilusorio, de que la comunidad internacional acepte el reconocimiento de una competencia obligatoria y exclusiva al futuro tribunal y, por otra parte, el establecimiento de un mecanismo facultativo y, por tanto, frágil, ya que algunos Estados serían partes en él en tanto que otros se atendrían a la competencia universal, y que en suma sería una consagración *de facto* y *de jure* de la desigualdad de los sujetos de tal justicia, sometidos en definitiva únicamente a la voluntad política de los Estados.

62. Más concretamente, el Sr. Szekely piensa, como algunos oradores que le han precedido, que en el instrumento por el que se cree el tribunal debería figurar la lista de los instrumentos que definen los crímenes que caen dentro de su competencia, y en primer lugar de ellos el código. No obstante, se inquieta del destino que se reservará al tráfico internacional ilícito de estupefacientes, no sólo porque el tribunal no podría juzgar los miles de delitos cometidos en esta esfera, sino también porque el código podría estar a este respecto en contradicción con la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

63. El proyecto de disposición sobre la competencia no satisface al Sr. Szekely, quien se pregunta qué sería de una justicia que diera competencia al tribunal para el genocidio pero no para los crímenes de guerra, para el secuestro de diplomáticos pero no para el terrorismo contra víctimas inocentes, para el tráfico internacional ilícito de estupefacientes pero no para la agresión en forma de colonialismo e intervención. El resultado sería una pulverización de la justicia penal universal.

64. El Sr. Szekely es partidario de un tribunal que tenga competencia sobre todos los crímenes de derecho internacional. A su juicio, tal debería ser el tenor de toda recomendación a la Asamblea General.

65. El Sr. KABATSI dice que si se quieren reprimir los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad hay que crear un mecanismo jurisdiccional penal que aplique el derecho internacional penal conocido, a saber, esencialmente el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En cambio, prever que tal jurisdicción aplique el derecho interno no sería realista, salvo cuando el derecho interno no es más que la transposición del derecho internacional. En efecto, un tribunal penal internacional no puede conocer de hecho todos los derechos internos, y su tarea sería, por consiguiente, incómoda tanto para buscar el derecho interno pertinente como para aplicarlo. Dado que la variante A del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable le parece demasiado imprecisa, el Sr. Kabatsi da preferencia a la variante B, pero espera que sus apartados *b* y *e* se supriman, puesto que no parecen responder a los principios pertinentes de derecho penal.

66. Por lo que respecta al carácter obligatorio facultativo de la competencia del tribunal, el Sr. Kabatsi piensa que esto dependerá de la naturaleza de la jurisdicción que desee la comunidad internacional. Un mecanismo pesado y rígido correría el riesgo de no poder evolucionar. Un mecanismo demasiado ligero sería difícil de concebir y no tendría la autoridad necesaria. Por tanto, el Sr. Kabatsi estima que el tribunal penal internacional debería tener una competencia obligatoria pero no necesariamente exclusiva, y que tal vez sería prudente esperar un poco para poder crear un mecanismo fuerte en vez de un mecanismo anémico que no resolvería los problemas existentes. Por ejemplo, un tribunal de competencia facultativa no habría permitido salir del atasco en el asunto *Lockerbie* entre los Estados Unidos de América y Libia. La comunidad internacional debe poder fiarse de la jurisdicción penal internacional para eliminar los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2261.ª SESIÓN

Viernes 15 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El Sr. KUSUMA-ATMADJA, refiriéndose a las dudas expresadas en la última sesión por el Sr. Crawford, dice que la renuencia a institucionalizar el uso de la fuerza —sentimiento que comparte plenamente— no tiene por qué ser incompatible con la idea de definir condiciones en las que, de ser necesario, se pueda recurrir al uso de la fuerza.

2. En lo que respecta al posible proyecto de disposición sobre el derecho aplicable[3], recuerda la sugerencia que ha hecho para que se haga una distinción entre los actos criminales cometidos por individuos en nombre del Estado y los cometidos por individuos en su propio nombre. En lo que respecta a los crímenes comprendidos en la primera de esas categorías, la cuestión de la soberanía es un verdadero obstáculo; no está de acuerdo con el argumento de que, en estos casos, invocar la soberanía nacional refleja tan sólo la falta de voluntad política. En cambio, la soberanía no es pertinente cuando se trata de actos cometidos en nombre propio. El orador no tiene dificultades en aceptar los apartados *a* y *b* de la variante B, pero considera que en el apartado *c* la referencia hecha a los principios generales de derecho penal es muy restrictiva; en ciertos casos dudosos, como los que entrañan negligencia culpable, tal vez no esté claro si su ámbito es el del derecho civil o el del derecho penal. El apartado *c* debería decir «los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones», pues en este contexto el término «naciones» es preferible al de «Estados». Los apartados *d* y *e* son aceptables habida cuenta de la condición restrictiva de «medio auxiliar» que figura en el apartado *d* y de la expresión «cuando sea procedente» que figura en el apartado *e*; en cuanto a este último, desea señalar que en ciertos aspectos el derecho interno quizá está más adelantado que el derecho internacional. En efecto, en ciertos casos, el derecho internacional no es claro o ni siquiera existe.

3. En cuanto a la competencia del tribunal *ratione materiae*[4], considera que el tribunal debe tener competencia exclusiva y obligatoria respecto de la primera categoría de crímenes y concurrente respecto de la segunda. Cuando se trate de cuestiones que estén regidas por un convenio especial, ya sea de carácter universal o regional, la competencia del tribunal debería ser facultativa. Este principio es importante si se considera el nivel actual de integración que existe en la comunidad internacional.

4. En relación con las observaciones hechas en sesiones anteriores por el Sr. Villagrán Kramer (2255.ª sesión), el Sr. Robinson (2260.ª sesión) y el Sr. de Saram (2257.ª sesión), dice que, en su opinión, el mecanismo procesal internacional que se establezca para la represión de los crímenes comprendidos en la primera categoría no debe ser ni un tribunal permanente ni una sala en lo penal de la CIJ —aun en el caso de que se pudiera introducir en el estatuto de la CIJ una enmienda a fin de establecer esa sala—, sino, más bien, un tribunal *ad hoc* establecido en virtud de un tratado y vinculado al sistema de acción en casos de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión previsto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, con arreglo al cual la responsabilidad por esa acción incumbe al Consejo de Seguridad. Más adelante se deberá examinar atentamente cuál sería la etapa precisa del sistema previsto en el Capítulo VII en la que entraría en juego el tribunal internacional.

5. El Sr. KOROMA dice que, de haber estado presente cuando la Comisión inició los debates, habría sugerido que la cuestión de la conveniencia del establecimiento de un tribunal penal internacional se examinara sólo una vez establecidas ciertas conclusiones en cuanto a los aspectos técnicos del problema, como el derecho aplicable y la competencia del tribunal. Ese enfoque parece más lógico y sugiere que se adopte en el informe de la Comisión sobre el examen del tema en su actual período de sesiones.

6. En lo que respecta al derecho aplicable, subraya la necesidad de una definición con arreglo a criterios estrictos de precisión, con miras no sólo a salvaguardar los derechos del acusado sino también a asegurar que no queden sin castigo algunos crímenes graves. En cuanto a la variante B del posible proyecto de disposición sobre el derecho aplicable, el hecho de que los convenios internacionales, con inclusión del propio proyecto de código, serán, sin duda, el principal derecho aplicable no impide recurrir a la costumbre internacional, sobre todo en el caso de nuevos crímenes no tipificados todavía en ningún convenio. Pero de ninguna manera podrá permitirse que los autores de esos crímenes se defiendan invocando la falta de claridad del derecho simplemente porque no existe todavía un convenio internacional que sea aplicable. Desde luego, los casos en los que se aplique la costumbre internacional deberán ser muy limitados, pero no cabe olvidar que los tribunales de Nuremberg y de Tokio debieron basarse en el derecho consuetudinario. En ciertas situaciones, quizás sea necesario considerar como parte del derecho consuetudinario las decisiones de la Asamblea General, especialmente las aprobadas por unanimidad o por una mayoría abrumadora de la comunidad internacional en la que estén representadas todas las regiones geográficas. Una resolución aprobada por unanimidad satisfaría el criterio de aplicación de la costumbre internacional «como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho», enunciado en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 38 del estatuto de la CIJ, así como el del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que define una norma imperativa de derecho internacional general *(jus cogens)* como una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

7. Como los principios generales de derecho penal, a los que se refiere el apartado *c* del proyecto de disposición, se pueden mencionar los de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* y *non bis in idem*, todos los cuales son principios fundamentales que el tribunal debe aplicar. Las decisiones judiciales a que se refiere el apartado *d* desempeñan también una importante función y sin duda serán un medio auxiliar para determinar las normas

[3] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 3.

[4] *Ibid.*, párr. 4.

de derecho. Por último, le parece apropiado que entre las fuentes del derecho se incluya el derecho interno, cuando corresponda. A este respecto, hace suya la opinión expresada por el Relator Especial en el comentario. La disposición relativa al derecho aplicable permitirá asegurar la mayor flexibilidad posible del sistema y, al mismo tiempo, garantizar plenamente los derechos del acusado. Desea señalar a la atención de los miembros el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que

Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

8. La competencia del tribunal debe quedar determinada por el código. Como la idea es que el proyecto de código se limite a los crímenes más graves, esto es, la agresión, el genocidio y las violaciones masivas de los derechos humanos, con inclusión del *apartheid*, desde un primer momento los Estados deberán tener la posibilidad de someter cualquiera de esos crímenes al conocimiento del tribunal. De ese modo, los Estados dispondrán de un tribunal al que recurrir para el enjuiciamiento de crímenes muy graves y, si el tribunal se hace respetar en razón de su imparcialidad y objetividad, muchos casos más se someterán a su conocimiento. La competencia debe ser facultativa porque si es obligatoria el tribunal no tendría ningún interés para los Estados.

9. Una determinación hecha por el Consejo de Seguridad no exime a los individuos de su responsabilidad personal. El tribunal debe tener la posibilidad de establecer si se han violado los Convenios de Ginebra y de enjuiciar a los individuos en razón de su responsabilidad personal, aun en el caso de que el Consejo de Seguridad determine que un acto no constituye agresión. Así, las decisiones del Consejo de Seguridad no deben ser necesariamente obligatorias para el tribunal, ya que están en juego su objetividad e imparcialidad. Aunque el Consejo de Seguridad llegue a la conclusión de que un acto no constituye agresión, ello no significa que ese acto no sea un crimen con arreglo a los Convenios de Ginebra.

10. El Sr. ROBINSON desea aclarar que su proposición (2260.ª sesión) de que se elimine la referencia a las decisiones judiciales hecha en el apartado *d* y al derecho interno hecha en el apartado *e* de la variante B no significa que el tribunal no pueda invocar esas decisiones o ese derecho. Se trata sólo de que no se mencionan como derecho aplicable. En el desempeño de sus funciones, el tribunal podrá remitirse a esas fuentes del derecho y, de hecho, es necesario que lo haga.

11. El PRESIDENTE dice que evidentemente esta cuestión debe ser examinada por el grupo de trabajo y el pleno.

12. El Sr. ROSENSTOCK dice que, según entiende, el Sr. Koroma opina que el tribunal puede conocer de un caso de agresión siempre que el Consejo de Seguridad determine que se ha cometido ese tipo de acto, pero que, si el Consejo no llega a esa conclusión, nada obsta a que el tribunal enjuicie a los individuos por la comisión de otros crímenes que se definan ya sea en el proyecto de código o bien en otros convenios. De ser así, está totalmente de acuerdo con el razonamiento del Sr. Koroma.

13. El Sr. PELLET dice que se opone a una vinculación entre el tribunal y el código y le sorprende que ninguno de los miembros de la Comisión partidarios de esa vinculación haya propuesto algo que parece evidente: que el tribunal aplique el código.

14. Está en desacuerdo con los miembros de la Comisión que rechazan la costumbre internacional y, a título de ejemplo, se remite a la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*. Aunque las modalidades de este instrumento son inaceptables para muchos Estados, existe un consenso general en cuanto a que el *apartheid* es un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Como Sudáfrica no es parte en esta Convención, si algún día se decidiera enjuiciar a los responsables del *apartheid*, el Sr. Pellet se pregunta cuál sería el tribunal competente. Si la Comisión eliminara la costumbre del derecho aplicable por el tribunal, éste no tendría la posibilidad de adoptar ninguna decisión sobre una cuestión como la señalada.

15. En cuanto al apartado *d* de la variante B sobre el posible proyecto de disposición sobre el derecho aplicable, no le parece que se deba eliminar la referencia a «las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones» que, por estar tomada del artículo 38 del estatuto de la CIJ, puede legítimamente figurar en la disposición. Lo importante no es el hecho de que se apliquen en sí las decisiones judiciales o la doctrina altamente calificada, sino sólo que se usen como un «medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho», según se señala al final del apartado *d*.

16. En cuanto al apartado *e*, el tribunal tendrá que referirse a las disposiciones del derecho interno, pero no le incumbe aplicar esas disposiciones. La Comisión no debe señalar que un tribunal internacional puede aplicar el derecho interno sino aclarar que se trata de casos sometidos al conocimiento del tribunal. Quizás el tribunal deba aplicar el derecho interno como derecho sustantivo pero no como derecho formal. Sin embargo, el informe sólo enumera las fuentes formales del derecho.

17. En lo que respecta a la relación entre el Consejo de Seguridad y el tribunal, varios miembros han señalado que incumbe al Consejo pronunciarse sobre actos cometidos por Estados y que, en cambio, el tribunal debe juzgar actos cometidos por individuos. Sin embargo, eso no satisface la duda de si el tribunal está obligado a ceñirse a la determinación hecha por el Consejo de Seguridad. Por ejemplo, ¿obliga al tribunal la decisión del Consejo sobre una persona acusada de ordenar que se cometa un acto de agresión o de participar en ese acto? No es fácil separar los actos de los Estados de los actos de las personas. El tribunal debe asegurarse, pues, de que el Consejo de Seguridad actúe con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas y al derecho internacional. Así, aun cuando el Consejo de Seguridad no llegue a la conclusión de que existe agresión, esa decisión no es obligatoria para el tribunal. Esto quizás no sea del agrado de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, con inclusión de Francia, pero el Sr. Pellet mantiene su posición.

18. Por último, en aras de la exactitud, dice que en el texto francés la expresión empleada debe ser «cour criminelle internationale» y no «cour pénale internationale»

para subrayar la gravedad de los crímenes de que se trata.

19. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que, a su juicio, tal vez sea necesario que el código haga una distinción entre crímenes y delitos y desea conocer la opinión al respecto del Sr. Arangio-Ruiz.

20. El orador comparte el comentario hecho el día anterior por el Sr. Robinson (2260.ª sesión) en cuanto a la utilidad de que el tribunal aplique el derecho interno. En lo tocante a la relación entre el Consejo de Seguridad y el tribunal respecto de la cuestión de la agresión, sugiere que la Comisión aplace el debate y que tenga presentes las decisiones de la CIJ en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*[5], en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua* c. *Estados Unidos de América)*[6], así como en los dos asuntos recientes planteados por Libia en relación con la bomba puesta en el avión que cayó en Lockerbie[7].

21. El PRESIDENTE recuerda que el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se denominaba inicialmente proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero que ese nombre se cambió para subrayar el carácter particularmente odioso de los actos de que trata dicho proyecto.

22. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que no le parece satisfactoria ninguna de las dos variantes del posible proyecto de disposición sobre el derecho aplicable. En particular, objeta el uso en ambas de la expresión «cuando sea procedente», institución típica del arbitraje comercial internacional en el que, por voluntad de las partes, se dota a los árbitros de las más amplias facultades para determinar sus fuentes del derecho. Además, la variante B está redactada en términos muy semejantes a los del estatuto de la CIJ, que son inapropiados tratándose de un tribunal penal internacional. En este caso, lo importante es que el código enuncie claramente las normas que debe aplicar el tribunal. También es fundamental que el convenio por el cual se adopte el código contenga una disposición que obligue a todo Estado parte a incorporar en su propio ordenamiento jurídico las disposiciones del código. Todo Estado que no cumpla esa obligación estaría infringiendo el convenio.

23. En cuanto a la relación entre el Consejo de Seguridad y el tribunal penal internacional, considera que el tribunal no debería estar obligado a respetar cualquier decisión del Consejo. Sin embargo, en razón de la complejidad y de los alcances tan amplios de esta cuestión, tal vez se requiera un informe *ad hoc* del Relator Especial.

24. Le sorprende que el Sr. Villagrán Kramer desee conocer su opinión acerca de las expresiones «crímenes» y «delitos», ya que no es especialista en este aspecto particular. Sin embargo, en la medida en que existe una relación con el tema de la responsabilidad de los Estados, le parece que en el contexto del proyecto de artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales)[8] de este tema es aconsejable dejar de lado por el momento los crímenes. En cualquier caso, cada vez está más convencido de que, de hecho, los crímenes son sólo una forma más grave de delito. En el contexto del proyecto de artículo 19, cualquier distinción entre crímenes y delitos se refería sólo a las consecuencias, aunque en la etapa actual no puede sugerir exactamente qué forma deba adoptar esa distinción. En cambio, el presente proyecto de código es un código de crímenes y, en cuanto tal, no hay cabida en él para los delitos.

25. El Sr. CALERO RODRIGUES desea que el Sr. Koroma confirme que lo que ha propuesto es, efectivamente, que el tribunal penal internacional pueda basarse en las resoluciones de la Asamblea General cuando ellas determinen que un comportamiento constituye un crimen, aunque ese crimen no esté reconocido como tal en ningún instrumento internacional. El Sr. Koroma ¿está sugiriendo también que si no encuentra ninguna disposición jurídica que le permita calificar como crimen un determinado acto en circunstancias de que está convencido de que se trata de un crimen, de todos modos el tribunal podría sancionar al individuo de que se trate? De ser así, parecería que se dota al tribunal penal internacional de poderes muy excepcionales.

26. El Sr. KOROMA dice que, en su opinión, si resoluciones reiteradas de la Asamblea General reflejan la *opinio juris* de la comunidad internacional, el tribunal puede utilizar esas resoluciones como medio auxiliar para aplicar el derecho. Dicho de otro modo, al referirse a las resoluciones no lo hace en forma aislada sino en el contexto general del derecho internacional consuetudinario.

27. Por otra parte, considera que de cometerse una infracción grave no prevista por ningún texto de derecho específico, habida cuenta de lo que personalmente denominaría el *common law* internacional, el tribunal no debe permitir que esa infracción quede impune.

28. El Sr. CRAWFORD dice que no puede aceptar la proposición de que el código se invoque para acusar a criminales por delitos que serían tales con arreglo a un *common law* de la humanidad que no se ha definido todavía. Cuando se trata de un tribunal penal internacional, la definición y la precisión de las normas son indispensables. El postulado de que no existen lagunas en el derecho internacional no basta para satisfacer el principio *nullum crimen sine lege*, por cuanto ambos operan a niveles diferentes.

29. El Sr. YAMADA dice que no tiene dificultades en aceptar el posible proyecto de disposición sobre la interposición de una querella ante el tribunal[9]. Sin embargo, como ha señalado el Relator Especial, la Comisión debería examinar la cuestión de qué organizaciones internacionales estarían facultadas para presentar reclamaciones ante el tribunal. A este respecto, observa que en virtud

[5] *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 3.

[6] *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 14.

[7] Véase 2255.ª sesión, nota 8.

[8] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

[9] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 6.

del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas y del artículo 65 del estatuto de la CIJ, las organizaciones que pueden ser autorizadas para solicitar la opinión consultiva de la Corte son los órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados. Sin embargo, en el caso específico del tribunal penal internacional, desea sugerir que se amplíe ese ámbito para incluir a otras organizaciones intergubernamentales de carácter internacional o regional, como la OEA, la OUA y probablemente también el CICR, cuya función es aplicar el derecho humanitario contenido en los Convenios de Ginebra de 1949. En cambio, no es partidario de que se incluya a organizaciones no gubernamentales, ya que sería difícil hacer una distinción entre las que son aceptables y las que no lo son. El grupo de trabajo tal vez desee examinar más detalladamente esta cuestión y presentar una proposición que defina en términos apropiados qué organizaciones estarían autorizadas para someter una reclamación al tribunal.

30. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que de los debates sobre el ejercicio de la acción penal realizados por la Comisión en su 43.° período de sesiones[10] se desprende que hay una diferencia entre el ejercicio oficial de esa acción y el hecho de someter un asunto al conocimiento del tribunal. En general, se consideraba que el ejercicio oficial de la acción penal debe ser prerrogativa de un órgano público especial —un tipo de ministerio público— que esté vinculado al tribunal y, probablemente, sujeto a su supervisión. En cambio, el derecho de someter asuntos para su posible enjuiciamiento incumbiría a los Estados y quizás también a ciertas organizaciones.

31. El Sr. Calero Rodrigues observa que en su décimo informe el Relator Especial utiliza la palabra «querella», que aparece en algunos textos de derechos humanos y otros documentos. Aunque no le complace del todo, y dado que no se ha encontrado una mejor, tal vez debería utilizarse hasta que, más adelante, se adopte una más apropiada.

32. El hecho de que los Estados puedan someter asuntos al tribunal penal internacional o al ministerio público es algo tan evidente que no suscita mayor controversia. En cambio, es importante decidir si ese derecho se reconoce a otras entidades, como las organizaciones no gubernamentales. Por su parte, considera que sí y que el proyecto de disposición sobre la querella debe señalar esa circunstancia. Desde luego, el hecho de que un Estado o una organización sugieran la iniciación de un proceso no significa que el tribunal deba examinar el asunto; incumbe únicamente al Fiscal decidir si se somete o no oficialmente el asunto al conocimiento del tribunal.

33. Si bien es cierto que el proyecto de disposición se refiere a las organizaciones internacionales, no comprende por qué razón la FAO o la UNESCO, por ejemplo, deberían tener derecho a someter un asunto al tribunal cuando en realidad ese derecho se ha otorgado ya a todos y cada uno de los Estados miembros de esas organizaciones.

34. Se ha sugerido que ciertas organizaciones nacionales de carácter humanitario también deberían estar habilitadas para someter un asunto al tribunal. Por su parte, no está seguro de que sea una buena idea, habida cuenta de los problemas que sin duda surgirían. Tampoco está seguro de que el CICR, que ha sido mencionado en este contexto, desee tener esa facultad. En su opinión, lo más conveniente sería que por ahora el derecho a someter asuntos al tribunal penal internacional se limitase a los Estados y a las organizaciones no gubernamentales.

35. El Sr. YANKOV, observando que según el segundo párrafo del artículo 20 del capítulo III del proyecto de estatuto adoptado por la Asociación Internacional de Derecho Penal en 1928[11], la acción penal internacional podría ser ejercida por cualquier Estado, se pregunta qué significa exactamente esto. En su informe, el Relator Especial identifica al menos cuatro grupos de Estados, pero en el comentario tal vez se debería aclarar si el ejercicio de la acción penal es un derecho que se aplica a los cuatro grupos. De ser así, la situación podría ser bastante difícil en el caso de un tratado multilateral que requiera de todos los Estados partes una declaración de reconocimiento de la competencia.

36. La referencia a las organizaciones internacionales que se hace en el párrafo 1 del posible proyecto de disposición podría aplicarse tanto a las organizaciones intergubernamentales —ya sean regionales o internacionales— como a las organizaciones no gubernamentales y probablemente también a entidades como la Comunidad Europea. Evidentemente, habría una posible duplicación en el caso de que el derecho a someter asuntos al tribunal incumba no sólo a las organizaciones intergubernamentales sino también a sus Estados miembros. Por su parte, no tiene respuesta a ese problema, que merece un examen especial.

37. En lo que respecta a la referencia hecha al CICR, entiende que la práctica del CICR siempre ha sido la de no involucrarse en las controversias y, por lo tanto, duda de que esté interesado en ejercer la acción penal.

38. La cuestión del ejercicio de la acción se plantea asimismo en relación con la separación de poderes entre el Consejo de Seguridad y el tribunal penal internacional, especialmente en el caso de la agresión, problema que se planteará una y otra vez. A este respecto, se limita a señalar que aun en el caso de que se apliquen sanciones con arreglo a los Artículos 41 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas, dado que la finalidad de esas sanciones es asegurar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en ellas no se prevé ninguna medida para el castigo de los autores de un acto de agresión o sus participantes.

39. El orador está de acuerdo con la substancia del párrafo 2 del proyecto de disposición, pero sugiere que se redacte en términos más positivos de modo de señalar que la querella se dirige contra las personas naturales, independientemente de su rango o posición.

[10] Para un resumen del debate, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. B.

[11] El texto revisado en 1946 se reproduce en: Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, memorando del Secretario General (N.° de venta: 1949.V.8), pág. 80, anexo 7.

40. El Sr. IDRIS dice que si sólo los Estados y las organizaciones internacionales tienen derecho a someter una reclamación al tribunal y si la querella del Estado perjudicado es necesaria para el ejercicio de la acción penal, el tribunal no podrá ejercer una acción por su propio derecho. Esta situación es muy distinta de la que existe en los tribunales nacionales, en que la acción incumbe al ministerio público.

41. El orador se pregunta cuáles son los motivos por los cuales el ejercicio de la acción se limita a los Estados y a las organizaciones internacionales y qué sucedería si, por razones políticas, ninguno de ellos desea presentar una reclamación aun cuando se haya cometido un crimen internacional y se haya establecido debidamente la existencia de perjuicios. También cabría preguntarse por qué se niega a ciertas personas jurídicas de derecho interno o que poseen carácter internacional o universal el derecho a interponer una querella ante el tribunal.

42. El párrafo 2 del posible proyecto de disposición señala que es indiferente que el individuo contra el cual se interponga una querella haya actuado en calidad de particular o de persona investida de un cargo oficial. Habida cuenta de la gravedad de los crímenes de que se trata, no es posible que las personas con poder de mando puedan invocar el ejercicio de funciones oficiales para eximirse de responsabilidad, principio claramente establecido por el Tribunal de Nuremberg.

43. El Sr. Idris se pregunta asimismo qué sucedería en el caso de que hubiera daños accesorios, como violaciones de los derechos humanos, como consecuencia de actos cometidos por un Estado o un grupo de Estados contra otro Estado en nombre de la legalidad internacional.

44. El Sr. CRAWFORD dice que el derecho a ejercer una acción formal ante el tribunal incumbe normalmente a un funcionario público que, por ejemplo, en el caso de su país es el Fiscal General. Ese funcionario está autorizado para decidir, sobre la base de las pruebas presentadas, si cabe o no ejercer la acción. Sin embargo, está de acuerdo con la opinión de que, al menos en las primeras etapas de la existencia del tribunal, el ministerio público no debería estar facultado para adoptar unilateralmente esa decisión. En su opinión, el derecho a someter una reclamación al tribunal debe limitarse a los Estados partes en su estatuto, habida cuenta especialmente del elevado costo de ese proceso, como ha podido verse, por ejemplo, en los juicios entablados en Australia con arreglo a la legislación interna sobre crímenes de guerra, que han costado millones de dólares.

45. Al mismo tiempo, no ve ninguna razón por la cual una organización no gubernamental u otra organización pertinente no pueda señalar a la atención del ministerio público pruebas en apoyo de una posible querella. Nada justifica que esa función quede limitada a las autoridades de los Estados partes. Tal como está redactado, el proyecto de disposición sobre interposición de una querella ante el tribunal no hace ninguna distinción entre los diferentes aspectos del procedimiento de reclamación.

46. El Sr. ROBINSON no está seguro de que el contenido del posible proyecto de disposición deba ser totalmente sustantivo o si, según corresponda, deba contener también algunas normas de procedimiento relativas a las querellas. En particular, le parece necesario aclarar el papel del ministerio público.

47. El párrafo 1 del proyecto de disposición plantea la cuestión de las condiciones para que los Estados y las organizaciones internacionales tengan derecho a interponer una querella ante el tribunal. En su opinión, el Sr. Crawford opina con razón que este derecho incumbe exclusivamente a los Estados partes en el estatuto del tribunal y, por su parte, no ve qué papel podrían desempeñar las organizaciones internacionales si no fueran partes por derecho propio.

48. El Sr. Robinson se pregunta si el párrafo 2 es pertinente en el contexto en el que está ubicado, dado que su carácter parece más sustantivo que procesal, pero no tiene dificultades en aceptar su contenido.

49. El PRESIDENTE dice que la estructura del procedimiento de interposición de querellas deba ser quizás bastante compleja, especialmente en cuanto a la apelación, y a este respecto observa que en las Naciones Unidas existe un organismo encargado de revisar las decisiones del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas[12] que tal vez pueda utilizarse como modelo para el procedimiento de apelación ante el tribunal.

50. El Sr. MIKULKA dice que el proyecto de disposición sobre la interposición de una querella reviste dos aspectos, el primero, de carácter «activo», en cuanto se refiere al derecho a interponer una querella ante el tribunal, y el segundo, «pasivo», en cuanto se refiere al sujeto contra el cual se dirige la querella. Tal vez sea mejor que ambos aspectos se traten en disposiciones separadas.

51. El orador está de acuerdo con el Sr. Yankov en que el estatuto del tribunal debe contener una disposición sobre la competencia *ratione personae* que señale claramente que el tribunal es competente para conocer de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cometidos por individuos, independientemente de que actúen o no en el ejercicio de funciones oficiales. Esa norma podría redactarse sobre la base del párrafo 2 del proyecto de disposición sobre la interposición de una querella.

52. El párrafo 1 de ese proyecto de disposición es fundamental y, por su parte, está de acuerdo con los partidarios de una competencia exclusiva y obligatoria del tribunal respecto de crímenes como la agresión, la amenaza de agresión, la intervención y la dominación colonial. No puede compartir la opinión de que, en esos casos, el número de Estados que tenga derecho a interponer una querella ante el tribunal sea ilimitado y de que también disfruten de ese derecho las organizaciones internacionales, dado que éstas no desempeñan ningún papel en el ámbito de la competencia universal. Si se les asignara ese papel, la coexistencia entre el mecanismo procesal internacional y la competencia universal establecida ya en muchos convenios internacionales sería muy difícil. En su opinión, los Estados no estarían muy dispuestos a aceptar la competencia del tribunal si las organizaciones

[12] Comité de Peticiones de Revisión de los Fallos del Tribunal Administrativo.

internacionales también tuvieran derecho a participar en un mecanismo al que no tienen acceso en el derecho interno. En particular, no es evidente que una organización internacional pueda cumplir con algunas de las obligaciones que se establecerían, como por ejemplo la de entregar a los sospechosos.

53. La excepción al respecto sería el Consejo de Seguridad, único órgano internacional competente para determinar la existencia de un acto de agresión o de cualquier otro acto de uso de la fuerza en contravención con la Carta de las Naciones Unidas y para adoptar cualquier medida necesaria para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por consiguiente, el Consejo de Seguridad debería tener derecho a interponer una querella ante el tribunal.

54. Es difícil aceptar la idea de que cualquier Estado disfrute de ese derecho, salvo que exista una vinculación específica entre el Estado interesado y el presunto criminal. El criterio de la nacionalidad o del Estado perjudicado, esto es, el Estado cuyos nacionales han sido víctimas del crimen de que se trate, no son elementos satisfactorios para determinar esa vinculación. En su opinión, el derecho a interponer una querella ante el tribunal debe limitarse al Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente. Esta norma debería aplicarse tanto en el caso de la competencia exclusiva como en el de la competencia facultativa del tribunal.

55. El Sr. RAZAFINDRALAMBO desearía saber si el costo que entraña el proceso es la única razón por la cual el Sr. Crawford considera que el derecho a interponer una querella ante el tribunal debe limitarse a los Estados partes en su estatuto.

56. La falta de un elemento que vincule los dos párrafos del proyecto de disposición sobre la interposición de una querella es un motivo de preocupación para el Sr. Robinson, pero en su informe el Relator Especial parece solucionar directamente esta cuestión. En el régimen previsto por el Relator Especial, el mecanismo aplicado tendría dos caras, la primera de las cuales sería la interposición de una querella ante el tribunal, y la segunda, el ejercicio de la acción pública en el plano internacional. Este sería, pues, el vínculo orgánico entre ambos párrafos del proyecto de disposición.

57. El Sr. CRAWFORD dice que la única persona que podría someter un asunto al conocimiento del tribunal es el «procurador general» o cualquier otro funcionario público análogo del Estado interesado. Sin embargo, la búsqueda de los criminales no es de la responsabilidad de ese funcionario, al menos en las etapas iniciales de la existencia del tribunal. El derecho a someter al tribunal una reclamación que, previa investigación, permita al procurador general el ejercicio de la acción es un derecho que debe corresponder sólo a los Estados partes en el estatuto del tribunal, pero no cabe limitar el derecho de otros Estados o de una organización internacional a señalar a la atención del procurador general determinadas pruebas relacionadas con un crimen previsto en el código, a fin de ayudarlo a desempeñar sus funciones.

58. El orador tiene algunas dudas en cuanto a la sugerencia del Sr. Mikulka de que el Consejo de Seguridad tenga derecho a ejercer la acción, dado que la decisión del Consejo podría entenderse como una decisión sobre las cuestiones de fondo del proceso. Sin embargo, se debe seguir examinando esa sugerencia.

59. El Sr. VERESHCHETIN dice que, en su opinión, el posible proyecto de disposición del Relator Especial se encamina más bien a enunciar ciertos principios básicos y no un procedimiento concreto, cuestión que se debería examinar más detalladamente en una etapa ulterior.

60. El título del proyecto de disposición, «Interposición de una querella ante el tribunal», tal vez plantee ciertos problemas, al menos en el texto inglés, y quizá convendría modificarlo para que diga así: «Sometimiento de asuntos al conocimiento del tribunal».

61. En el párrafo 1 del proyecto de disposición se debería también hacer referencia a las organizaciones intergubernamentales y, por su parte, comparte más bien la opinión de que debe haber un cierto límite a las categorías de organizaciones autorizadas para recurrir al tribunal. Como ha sugerido el Sr. Mikulka, quizá ese derecho deba quedar limitado al Consejo de Seguridad.

62. Por otra parte, está de acuerdo en que los dos párrafos del proyecto de disposición se separen y en que se dé al párrafo 2 una nueva ubicación, dado que su contenido es la competencia *ratione personae*.

63. El Sr. ROBINSON opina que el debate sobre los aspectos de procedimiento es necesario para que la Comisión logre una formulación definitiva de ambos párrafos del proyecto de disposición sobre la interposición de una querella. Observa que parece haber divergencias de opinión en cuanto a las etapas procesales que han de seguirse, por ejemplo, en lo que respecta al sometimiento al tribunal de una querella. El posible proyecto de disposición, tal como está redactado, tiende a silenciar el papel del ministerio público en ese proceso y nada de lo señalado en el informe del Relator Especial es motivo suficiente para que no se incluya un párrafo específico relativo a ese papel.

64. Para determinar las circunstancias que autoricen a los Estados a interponer una querella ante el tribunal, se debe establecer su *locus standi*. El Sr. Robinson opina que el derecho a ejercer la acción debe limitarse a los Estados que han reconocido el estatuto del tribunal, y que existe una necesaria relación entre el párrafo 1 de esta disposición y la variante B del proyecto de disposición sobre la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal[13]. Una de las categorías de Estados facultados para someter una querella al tribunal debería ser al menos la que se menciona en la variante B de dicho proyecto de disposición, esto es, los Estados en los que se encuentre el presunto autor.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

[13] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 8.

2262.ª SESIÓN

Martes 19 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER señala que el párrafo 3 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991, abre a la CDI una gama de posibilidades mucho más amplias que la creación de un tribunal *stricto sensu*: el uso del término «mecanismo» es prueba de ello. Por tanto, es indispensable un esfuerzo de reflexión para tratar de ir más allá de los conceptos habituales de derecho penal de tradición romanista o anglosajona. Ahora bien, el proceso penal o «juicio», concebido como una dialéctica entre, por una parte, la acusación que actúa en nombre del Estado y del interés colectivo y, por otra, la defensa de un acusado, no es la única fórmula posible. En otras partes del mundo hay otro sistema que permite a cualquier interesado presentar ante el Procurador General de la nación una acción llamada «denuncia» que, a diferencia de una querella, no supone necesariamente la acusación del denunciado.

2. Cierto que a escala internacional no puede privarse a los Estados, principales sujetos de derecho internacional, de su derecho de acusación, que es propio del proceso penal, optando por un proceso centralizador del derecho internacional que, por otra parte, no daría necesariamente los mejores resultados. Por esta razón, el Sr. Villagrán Kramer se congratula de la redacción del párrafo 1 del posible proyecto de disposición sobre interposición de una querella ante el tribunal[3], y de la flexibilidad con que ese texto prevé un sistema para someter asuntos al tribunal, al que tienen acceso tanto los Estados como las organizaciones internacionales. Habría que admitir que las Naciones Unidas, la más vital de las organizaciones internacionales, puedan presentar una querella al tribunal, pero sin conferirle la exclusividad de este poder. El Sr. Villagrán Kramer excluye la idea de que pueda existir un procurador de las Naciones Unidas; sin embargo, la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas podría elaborar, bajo la dirección del Asesor Jurídico, una célula integrada por juristas de diferentes nacionalidades que desempeñaría, al menos durante algunos años, una función de asistencia con miras a una acusación.

3. Si los Estados conservan el derecho de proceder contra el autor de un crimen en el marco de un proceso entendido en el sentido clásico del término, tal vez habría que reservar para el acusado nacional de un país que no haya aceptado la competencia del tribunal internacional la posibilidad de ser juzgado por éste si lo desea. En efecto, una persona acusada de un crimen odioso puede temer que se violen las garantías fundamentales de la defensa en caso de juicio en su propio país y en este supuesto un mecanismo jurisdiccional de carácter internacional adquiere pleno interés. En términos generales, el Sr. Villagrán Kramer llega a la conclusión de que hay que mantener el tenor del proyecto de disposición, a saber: la posibilidad de que los Estados y las organizaciones internacionales, y en particular las Naciones Unidas, presenten una querella al tribunal.

4. El Sr. KABATSI considera satisfactorio el párrafo 1 de este proyecto de disposición, que no impide que los agravios de los organismos nacionales o regionales que estén destinados, por ejemplo, a velar por el respeto de los derechos humanos sean asumidos por los Estados o las organizaciones internacionales que están legitimados para someter asuntos al tribunal. Este mecanismo permitirá filtrar las querellas y no abrumar al tribunal, ya que en cada agravio alegado los Estados o las organizaciones internacionales apreciarán la oportunidad de someterlo al tribunal.

5. El Sr. Kabatsi expresa también su acuerdo con el párrafo 2, aunque, por tratarse de una disposición de fondo, tal vez esté fuera de lugar en un texto relativo al procedimiento.

6. El Sr. FOMBA en primer lugar señala que el problema planteado por el párrafo 2 del posible proyecto de disposición no concierne directamente al conocimiento de las reclamaciones por el tribunal y que la regla de que es indiferente la calidad oficial del autor presunto de un crimen está consagrada por textos de valor jurídico diferente, como los Principios de Nuremberg[4], adoptados por la Comisión en 1950, o el artículo 3 del proyecto de código aprobado por la Comisión en primera lectura.

7. Queda la cuestión fundamental, a saber, la conveniencia de idear un sistema de presentación de reclamaciones «abierto» o «cerrado», en el entendimiento de que cada una de estas soluciones tiene sus ventajas y desventajas. Optar por un sistema cerrado significaría que los

---

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 6.

[4] Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45.

beneficiarios del derecho de interponer querellas se limitarían a algunos sujetos de derecho internacional y que no se concedería ese derecho a otros posibles beneficiarios, más o menos asimilables a los primeros. Tal limitación debe apreciarse desde un punto de vista jurídico y práctico a la vez. Inversamente puede abrirse la lista de los titulares del derecho a someter asuntos, solución que tal vez parecería más democrática, pero cuya validez jurídica y práctica tiene también que demostrarse.

8. Así pues, ¿a qué sistema corresponde el párrafo 1 del proyecto de disposición?, y, sobre todo, ¿es suficiente ese texto? La claridad de su redacción no agota todas las cuestiones. Por ejemplo, ¿los Estados facultados para actuar deberán ser partes en el código y en el estatuto, y, en caso afirmativo, debe entenderse que esto se aplica a todos los Estados partes en el código y en el estatuto o solamente a algunos? En cuanto a las organizaciones internacionales, ¿se tratará de las organizaciones de alcance universal o de alcance regional? También cabe preguntarse, como el Relator Especial, si el derecho de someter asuntos debe concederse a las personas jurídicas de derecho interno, como las asociaciones de lucha contra el racismo o de protección de los derechos humanos. Para responder a estas preguntas sería útil remitirse a los debates de 1991 de la Sexta Comisión y a los trabajos de los dos últimos períodos de sesiones de la CDI.

9. Durante los debates de la Sexta Comisión en 1991[5], se hicieron cuatro grandes tipos de propuestas: *a*) reservar el derecho de someter asuntos a los Estados, y en particular a los Estados partes en el estatuto del tribunal, con el criterio complementario de que exista un nexo entre el Estado que presenta la querella y el crimen correspondiente; *b*) reservar este derecho a los Estados y a los particulares; *c*) descartar las organizaciones internacionales por el hecho de que no podrían adherirse al estatuto; *d*) prever un órgano independiente —procurador, ministerio público, fiscalía— a cuya atención remitirían el asunto los Estados partes en el estatuto y que sería el único competente para someter el asunto al tribunal.

10. Durante el 42.° período de sesiones de la Comisión, en 1990[6], se señalaron seis categorías posibles de sujetos de derecho: *a)* todos los Estados; *b*) todos los Estados partes en el estatuto del tribunal; *c*) todo Estado que tenga un interés en el asunto en función de los cuatro criterios clásicos de la competencia territorial y personal; *d*) las organizaciones internacionales de carácter universal o regional; *e*) las organizaciones no gubernamentales; *f*) los particulares. La CDI aceptó además dos restricciones posibles al derecho de someter asuntos: la necesidad de requerir el consentimiento de todos los Estados que tengan un interés en el asunto y la necesidad de requerir la autorización de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

11. En el curso del 43.° período de sesiones de la Comisión, en 1991[7], en los debates que partieron del distingo entre «ejercer una acción penal» y «señalar un asunto a la atención del tribunal», se expresaron tres grandes tendencias. En primer lugar se propuso un sistema internacional en el que órganos distintos tuvieran competencia para iniciar el procedimiento contra los autores de crímenes internacionales; el papel de los Estados se limitaba a señalar a la atención del tribunal los crímenes y los autores presuntos, así como la posibilidad de entablar una acción, y la acusación quedaba reservada al ministerio público adjunto al tribunal. También se propuso una solución consistente en conceder el derecho de someter asuntos a entidades distintas de los Estados, tales como las organizaciones no gubernamentales o intergubernamentales, o incluso los particulares, a fin de facilitar la represión de los crímenes contra el medio ambiente, así como los crímenes de guerra y otras violaciones de los derechos humanos, para los que la intervención de las organizaciones humanitarias podría ser útil. Por último, se propuso conferir el derecho de someter asuntos al tribunal, no sólo a los Estados, sino también a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, así como a los movimientos de liberación nacional reconocidos por las Naciones Unidas, basándose en que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no pueden cometerse sin la ayuda o el consentimiento de un Estado.

12. Ante la multiplicidad de puntos de vista, el Sr. Fomba se limitará a algunas observaciones generales. Como se dice en el informe de la Comisión sobre su 42.° período de sesiones[8], la elección está relacionada con la cuestión de saber hasta qué punto conviene limitar el derecho de acceso al tribunal. Por tanto, importa hacerse una idea exacta de la naturaleza de las relaciones jurídicas de que se trata. Ahora bien, si la naturaleza de las relaciones jurídicas es clara en tanto se trata de relaciones entre los individuos y la comunidad internacional, la noción misma de comunidad internacional no se presta a una definición jurídica rigurosa. Según que se considere la comunidad de los sujetos originarios o de los sujetos no originarios del derecho internacional, y según que se acepte una concepción jurídica o política de esa comunidad, la elección no será la misma. Además, la comunidad internacional, al no ser sujeto de derecho internacional, no podrá actuar por sí misma y deberá remitirse a sus miembros o representantes, es decir, si se tiene en cuenta la comunidad internacional tomada en sentido jurídico estricto, a los Estados partes en el código y en el estatuto del tribunal. Pero también se podría, considerando a la comunidad internacional en su dimensión sociológica, asignar al derecho de someter asuntos una finalidad de denuncia pública y sistemática de los criminales. En ese caso habría que asegurarse de la posibilidad práctica de tal solución, por ejemplo remitiéndose al derecho internacional general de los derechos humanos y haciendo balance de la actividad de los órganos convencionales en la materia.

13. El Sr. de SARAM, refiriéndose al asunto de las querellas, señala que los sistemas nacionales de derecho

[5] Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.469), secc. C.

[6] Para un resumen del debate, véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), cap. II, párrs. 135 y ss.

[7] Para un resumen del debate, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV.

[8] Véase nota 6 *supra*.

penal prevén cierto número de procedimientos de información e investigación previa entre el momento en que un delito se denuncia al órgano público competente y el procesamiento del sospechoso. En el caso de crímenes menores, los procedimientos de revisión preliminares son relativamente breves y simples. En el caso de crímenes más graves son más largos y elaborados; en algunos países, ante un tribunal penal *a quo* en un proceso a menudo llamado *non-summary proceedings*, que tiene propósitos similares, pero no necesariamente en todas sus modalidades, a las actuaciones ante un «gran jurado» en otros países.

14. Así, una de las cuestiones que habría que considerar es cuáles son los procedimientos de revisión preliminares en el caso de un tribunal penal internacional y en qué etapa deben interponerse. Al respecto, el análisis comparado de otros estatutos y proyectos de estatuto podría ilustrar a la Comisión, porque algunos de estos textos contienen disposiciones detalladas en tanto que otros son relativamente sencillos. Como ejemplo de disposición sencilla, puede referirse en particular a las siguientes disposiciones de la Convención para la creación de una corte penal internacional[9], adoptada en Ginebra en 1937 y que nunca entró en vigor:

[...] toda Alta Parte Contratante en la presente Convención tiene la facultad de entregar al acusado al tribunal [penal internacional] en vez de hacerlo juzgar por sus propias jurisdicciones. (Art. 2, párr. 1.)

La Alta Parte Contratante que utilice la facultad de entregar a un acusado al tribunal para que lo juzgue informará de ello al Presidente por mediación del Secretario. (Art. 23.)

El tribunal toma conocimiento de una causa por el hecho de que una Alta Parte Contratante le entregue al acusado. (Art. 25, párr. 1.)

15. La cuestión de cuáles deberían ser los procedimientos de revisión apropiados y en qué etapa deben interponerse es una de las cuestiones fundamentales y posiblemente con relaciones recíprocas que el Sr. de Saram estima deberían ser examinadas en forma colectiva y resolverse apropiadamente. Emergen las siguientes preguntas: el tribunal ¿debe ser un tribunal permanente o más bien un tribunal cuyo estatuto se establezca por una convención, pero que existiría y se convocaría mediante un procedimiento que tenga salvaguardias contra un uso irrazonable y para la protección de la soberanía de los Estados? ¿Cómo conciliar las responsabilidades que se confiarían al tribunal penal internacional respecto a los individuos con las responsabilidades, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, del Consejo de Seguridad respecto a los Estados? ¿Se limitará la competencia del tribunal a los crímenes definidos en el código o se ampliará más allá de los límites del código? En un caso determinado, ¿cuáles serán las relaciones entre la competencia del tribunal y la competencia efectiva de los tribunales nacionales? Está también, por supuesto, la cuestión general que gravita sobre las consideraciones de la Comisión de todo el tema de un tribunal penal internacional; a saber, si sería más realista y por lo tanto más apropiado que la Comisión, en vista de las circunstancias, no fuera tan ambiciosa sino que más bien se contentara con menos al tratar de asuntos tan fundamentales como difíciles.

16. Uno de los problemas más delicados es el de las entidades que tendrían acceso directo al tribunal penal internacional. Obviamente, habría que incluir a los Estados partes en la convención constitutiva del tribunal penal internacional, así como a los Estados que fueran partes en ella en forma *ad hoc*, con el propósito de presentar un determinado caso al tribunal, como es posible hacerlo similarmente según el estatuto de la CIJ. Pero ¿deberían también tener acceso directo al tribunal otras entidades, y si así fuera, cuáles serían? Si la Comisión tuviera que considerar esta cuestión en forma abstracta, no habría mucha dificultad en encontrar respuestas en general aceptables y él mismo, considerándola en forma abstracta, contestaría que, por razones humanitarias y por la creciente y bienvenida corriente de conocimiento mundial, en caso de un crimen internacional el directo acceso a la corte debería ser lo más amplio y abierto posible. Sin embargo, tal respuesta no tomaría en cuenta las realidades y no sería posible proponer un curso practicable en el mundo real; y así sea una respuesta satisfactoria, por muy idealista que sea. La Comisión inevitablemente tiene que ver las cosas en el contexto de la realidad; y la Comisión está también, por supuesto, bastante, si no completamente, en el dominio del desarrollo progresivo.

17. Sin embargo, espera que con el tiempo sea posible encontrar por consenso, de consuno con la Sexta Comisión, soluciones generalmente aceptables a todas las cuestiones esenciales que se plantean, a fin de que la jurisdicción penal internacional pueda hacerse realidad.

18. El Sr. de Saram señala que el Sr. Koroma (2261.ª sesión) dijo que algunos miembros de la Comisión parecían conceder demasiada importancia a la necesidad de precisión del derecho penal. El Sr. de Saram cree ser uno de esos miembros a los que se refirió el Sr. Koroma. Es cierto que esa exigencia no debe ir en contra del objetivo buscado, cual es la creación, si fuera posible, de una jurisdicción de proceso penal internacional. Pero no puede olvidarse que el derecho penal, sobre todo cuando se trata de elaborar un código de crímenes y el estatuto de un tribunal, posee características propias. Insistir en la exigencia de precisión cuando se legisla en materia de derecho penal no es ser insensible ante la suerte del inocente en beneficio del culpable. Al contrario, una ley redactada con minuciosidad garantiza que el culpable sea debidamente entregado a los tribunales e impide acusar al inocente. Muchos criminales quedan en libertad por falta de precisión del legislador. Lo que más desea el autor de un crimen es una ley de términos imprecisos, que le permita esperar la absolución por una cuestión de derecho. Por otra parte, hay muchos casos de personas que se encuentran físicamente en la periferia de la criminalidad sin ser plenamente responsables. Por esta razón, al final del decenio de 1940, la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas confió sus archivos al Secretario General, limitando severamente el acceso a los mismos, a fin de que las personas que se encontraban físicamente en proximidad del lugar en que se cometió un delito pero que no participaron en el mismo no pudieran ser identificadas y aun menos acusadas como criminales de guerra. La presunción de inocencia, la carga de la prueba exigida para eliminar esa presun-

[9] Sociedad de las Naciones, documento C.547(1).M.384(1). 1937.V, reproducido en: Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, memorando del Secretario General (N.° de venta: 1949.V.8), pág. 94, anexo 8.

ción, las garantías consagradas en las reglas de práctica de la prueba y las reglas de procedimiento hacen del derecho penal una esfera sumamente especializada.

19. El Sr. ROSENSTOCK insiste en la gravedad de los problemas prácticos en juego, en la posibilidad de simplificar los datos de algunos de esos problemas y en la idea de que son los Estados partes en el estatuto del tribunal y tal vez en algunos casos el Consejo de Seguridad quienes deberán ejercitar la acción penal. El grupo de trabajo propuesto deberá hacer una lista de los problemas mencionados por el Sr. Bowett (2258.ª sesión) en su primera intervención, así como los que acaba de mencionar el Sr. de Saram, a fin de que la Asamblea General tenga una idea precisa de las cuestiones que hay que resolver. También debería tratar de reducir algunas de las cuestiones a lo esencial y prever mecanismos de jurisdicción internacional más modestos. A este respecto hay que reconocer que, aun en el agitado mundo contemporáneo, los procesos por agresión son muy raros. No es un azar que, incluso prescindiendo del papel desempeñado por el derecho de veto, el Consejo de Seguridad sólo en rarísimas ocasiones haya determinado la existencia de agresión. Lo dicho por el Sr. Mikulka (2261.ª sesión) sobre las atribuciones fundamentales del Consejo en tales casos ha sido bastante acertado y razonable. En teoría es fácil criticar esta proposición, pero en la práctica es difícil concebir una que pueda ser ampliamente aceptada.

20. Con excepción del Consejo de Seguridad, en este tipo de circunstancias ni las organizaciones internacionales ni las organizaciones no gubernamentales, ni siquiera el CICR, deberían poder ejercitar la acción penal. Naturalmente, si el CICR manifiesta interés en tal función habría que reexaminar la cuestión habida cuenta de las responsabilidades especiales que le han sido conferidas. En cambio, parece razonable conceder la legitimación activa a todo Estado parte en el estatuto del tribunal. La idea consagrada en el artículo 35 del estatuto de la CIJ, a saber: la posibilidad de autorizar en determinadas condiciones a un Estado que no sea parte en el estatuto a recurrir a sus servicios, también merece examen. Si la Comisión, siguiendo el ejemplo de los sistemas de tradición romanista, prevé una institución independiente facultada para iniciar el procedimiento no dejaría de encontrar todo tipo de problemas. ¿Tendría esta institución carácter permanente, con el riesgo de comportar gastos considerables, o temporal? ¿Los Estados estarían dispuestos a concederle la función importante de que las instituciones correspondientes gozan en los países de tradición romanista? Tal vez sería mejor seguir el ejemplo del *common law* y ver en la institución del fiscal no una entidad casi independiente que parte en busca de la verdad, sino el adversario que se compromete a presentar un aspecto de la causa y la verdad surge de la presentación contradictoria de los hechos. Incumbirá al grupo de trabajo estudiar el problema en profundidad.

21. El Sr. Rosenstock piensa, como el Sr. Crawford (2261.ª sesión), que todo Estado y toda organización internacional deberían tener libertad para facilitar las informaciones necesarias para el examen de la querella. Queda el problema de la solicitud de informaciones, que no se comunicaría necesariamente a todos los Estados que poseyeran elementos de prueba.

22. Por otra parte, el Sr. Rosenstock se opone a la idea de una acción de reparación, ya que no puede sino aumentar la confusión.

23. El Sr. Rosenstock aprueba en general los posibles proyectos de disposiciones sobre la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal[10]. Tal vez es útil que los Estados distingan entre la extradición y la entrega del acusado al tribunal. Esto suprimiría el riesgo de que un Estado invocara la imposibilidad de conceder la extradición de sus nacionales. No obstante, no pueden ignorarse algunos elementos del derecho tradicional en materia de extradición, que protegen tanto los derechos humanos como la autoridad y los intereses del Estado territorial.

24. Por último, el Sr. Rosenstock estima que al planificar los trabajos del período de sesiones habría que prestar particularmente atención no sólo a la necesidad de progresar en el estudio de la responsabilidad de los Estados sino también en el del tema en examen.

25. El Sr. GÜNEY dice que hay que determinar las condiciones del ejercicio de la acción pública. ¿A quién debe concederse el derecho de someter asuntos al tribunal? Según el Sr. Güney este derecho debe corresponder a los Estados: el Estado lesionado, el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen, el Estado del que es nacional el autor presunto del crimen y el Estado en cuyo territorio se encuentra el acusado. El Sr. Güney piensa también que, con excepción del Consejo de Seguridad, las organizaciones internacionales no tienen que intervenir a este respecto, ni las organizaciones no gubernamentales ni las personas morales de derecho interno que persiguen fines de carácter universal, a las que el Relator Especial hace alusión en su informe.

26. El Sr. KOROMA dice que la cuestión de saber quién puede someter una causa al tribunal es importante por varias razones. En primer lugar, la Comisión se ocupa en este tema de crímenes graves —la agresión, el genocidio, las violaciones masivas de los derechos humanos— de que pueden ser víctimas los nacionales de numerosos Estados y todos los miembros de la Comisión opinan que este tipo de crímenes interesa a toda la comunidad internacional. Dadas estas condiciones, ¿cabe contemplar que sólo el Estado lesionado o el Estado cuyos nacionales han sido víctimas del crimen estén facultados para someter una causa al tribunal? O bien, dado que está en juego el interés de toda la comunidad internacional, ¿debe ésta tener ese poder, representada por las Naciones Unidas, que es garante del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales? También hay que preguntarse si podría otorgarse a la comunidad internacional, considerada desde la perspectiva sociológica, la posibilidad de ejercer una *actio popularis* o una acción de grupo *(class action)*.

27. Por otra parte, importa prevenir todo abuso del proceso judicial con fines políticos o con fines de propaganda, y de ahí la necesidad de ejercer cierto control sobre ese proceso, velando al mismo tiempo por que los autores de los crímenes sean efectivamente entregados a la justicia. Según el Sr. Koroma, ese control deberá ejer-

[10] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 8.

cerse en la fase de acusación. Pero ¿quién se pronunciará sobre el fundamento de la acusación? El Sr. Koroma no ve otro órgano que el propio tribunal.

28. Para los crímenes más graves, como la agresión y el genocidio, la Comisión ha pensado en la posibilidad de dotar al tribunal de competencia obligatoria, en cuyo caso la querella sería interpuesta ante el tribunal cuando hubiera una alegación fundada de comisión de crimen grave. Cabe concebir que en los demás casos el tribunal conocería de los asuntos por atribución de competencia por los Estados partes en su estatuto.

29. Refiriéndose al párrafo 1 del proyecto de disposición sobre la interposición de una querella ante el tribunal, el Sr. Koroma dice que el grupo de trabajo tendrá que precisar los Estados a que se refiere: ¿el Estado lesionado, el Estado de que es nacional el acusado, el Estado en cuyo territorio se ha descubierto al acusado o el conjunto de Estados que integran la comunidad internacional y que resultan lesionados por un acto de agresión? El Relator Especial dice en su comentario:

> Es evidente que ningún Estado, en particular, podría ejercer directamente un poder que corresponde sólo al tribunal o a una autoridad encargada de la acción pública internacional. Pero es evidente también que todo Estado afectado por una infracción internacional puede interponer una querella ante el tribunal.

En ausencia de esta segunda oración, el Sr. Koroma se habría preguntado si el Estado lesionado estaría facultado, como debiera estarlo, para someter un asunto al tribunal en caso de que el Consejo de Seguridad no determinara la existencia de una agresión de que haya sido víctima.

30. La cuestión de saber si las organizaciones internacionales deben estar autorizadas a someter un asunto al tribunal ha suscitado varias observaciones. Se ha dicho que las Naciones Unidas, como entidad que representa oficialmente a la comunidad internacional, las organizaciones regionales y otras organizaciones intergubernamentales, o incluso algunas organizaciones no gubernamentales, como el CICR, deberían tener esa facultad. Por su parte, el Sr. Koroma piensa que sería prudente, al menos en una primera fase, limitar la atribución de esa facultad a los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Si ulteriormente se observa que las Naciones Unidas pueden considerarse en algunos casos sujeto de derecho internacional tal vez podrá concedérseles esta facultad.

31. Contrariamente al Sr. Rosenstock y al Sr. Mikulka (2261.ª sesión), el Sr. Koroma abriga dudas sobre la conveniencia de reconocer esa facultad al Consejo de Seguridad. Ciertamente se admite que el Consejo de Seguridad garantiza el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; pero sucede que, por una u otra razón, no está a la altura de esa tarea. No hay que olvidar tampoco el derecho de veto, que permitiría a los Estados que lo tienen impedir que el Consejo presentara un asunto al tribunal. El Sr. Koroma piensa además que, si el Consejo de Seguridad determinara la existencia de un acto de agresión, sería difícil para el tribunal ir en contra de esa determinación, dada la importancia que tienen las decisiones del Consejo. Varios miembros de la Comisión han dicho que esas decisiones no vincularían al tribunal. Pero a la comunidad internacional le resultaría difícil aceptar que el tribunal adopte una dirección opuesta a la del Consejo de Seguridad. Para prevenir tal eventualidad y no comprometer la acción de la justicia, lo mejor sería dejar al Consejo de Seguridad fuera de esta acción. Por último, el Sr. Koroma piensa que la facultad de someter asuntos al tribunal no debería extenderse al CICR, tal como está actualmente constituido y aunque sea garante del derecho humanitario internacional.

32. El párrafo 2 del proyecto de disposición, que no hace más que repetir una disposición del proyecto de código, es superfluo.

33. Respondiendo al Sr. de Saram, el Sr. Koroma dice que la Comisión debe guardarse de que parece favorecer a los presuntos autores de crímenes muy graves, pero en efecto no hay que perder de vista la necesidad de definir con precisión los crímenes.

34. El Sr. ROBINSON considera sorprendente, incluso inquietante, la idea del Sr. Mikulka (2261.ª sesión) de facultar a un órgano como el Consejo de Seguridad, cuya toma de decisiones está erizada de escollos, a someter asuntos al tribunal. ¿Qué sucedería, por ejemplo, si el Consejo sometiera al tribunal un caso de agresión y ulteriormente adoptara en el mismo caso una decisión contraria a la del tribunal?

35. El Sr. THIAM (Relator Especial), resumiendo el debate sobre el derecho aplicable y la competencia *ratione materiae* del tribunal, se congratula del deseo de la Comisión de avanzar en la búsqueda de soluciones a los problemas relacionados con la creación de una jurisdicción penal internacional o de otro mecanismo jurisdiccional de carácter internacional. Repite que en su informe no ha querido plantear todos los problemas ni proponer soluciones o esbozos de soluciones. Deseaba suscitar un debate tan amplio y profundo como fuera posible, y a este respecto se considera satisfecho.

36. Refiriéndose al derecho aplicable[11], la primera cuestión planteada ha sido la de saber si ese derecho debe limitarse al código. Si el Relator Especial no ha querido limitar así el derecho aplicable en esta fase es en primer lugar porque el código sólo se encuentra en la fase de proyecto y en segundo lugar porque no se refiere más que a determinadas categorías de crímenes internacionales: los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, es decir, los crímenes más graves. El Relator Especial ha deseado proceder en la cuestión con prudencia y no demostrar un excesivo optimismo. Por ejemplo, ¿no ha dicho el Sr. Shi (2259.ª sesión) que hay pocas probabilidades de que el código llegue un día a ser instrumento aplicable? Por tanto, el Relator Especial ha preferido mencionar las convenciones en general. Si el código un día reviste la forma de una convención, entrará en esta categoría de las fuentes de derecho. Si no, el tribunal penal internacional podrá prescindir del código y seguirá siendo una institución aceptable para la comunidad internacional.

37. El Relator Especial observa que la variante B del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable es la que ha merecido el favor de la Comisión, aunque acompañada de algunas críticas. La primera crítica, de pura

[11] *Ibid.*, párr. 3.

forma, se refiere al hecho de que haya tomado como modelo el artículo 38 del estatuto de la CIJ. El Relator Especial señala que esto sólo es parcialmente exacto y que se encuentran fórmulas análogas en varios otros proyectos de convención relativos a la creación de una jurisdicción penal, algunos anteriores a la creación de las Naciones Unidas. Por ejemplo, el artículo 18 del proyecto de convención relativo a la creación de un tribunal de las Naciones Unidas para los crímenes de guerra, de 30 de septiembre de 1944, dice:

Artículo 18

El Tribunal aplicará:

a) Las convenciones y tratados internacionales generales declaratorios de las leyes de guerra, y las convenciones y tratados particulares que establezcan las leyes de guerra entre sus signatarios;

b) Las costumbres internacionales de la guerra, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) Los principios de derecho internacional derivados de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública;

d) Los principios de derecho penal generalmente reconocidos por las naciones civilizadas;

e) Las decisiones judiciales como medio auxiliar de determinación de las reglas del derecho de la guerra[12].

Otro ejemplo es el artículo 23 del proyecto de estatuto del tribunal penal internacional redactado en 1927 y después revisado por la Asociación de Derecho Internacional, que dice:

Artículo 23.— Derecho aplicable

El Tribunal aplicará:

1. Los tratados, convenciones y declaraciones internacionales, ya sean generales o especiales, reconocidos por los Estados en litigio;

2. La costumbre internacional como prueba de una costumbre general que se acepta que tiene fuerza de ley;

3. Los principios generales de derecho público o internacional reconocidos por las naciones civilizadas;

4. Las decisiones judiciales como medios auxiliares de determinar las reglas de derecho.

Además, puede citarse la doctrina de los publicistas más calificados.

[...][13].

38. El Relator Especial tampoco acepta la segunda crítica, que es de fondo, según la cual en el presente caso no cabría inspirarse en el artículo 38 del estatuto de la CIJ. A su juicio, no hay separación entre el derecho aplicable por una jurisdicción penal, como el tribunal internacional en examen, y el derecho aplicable por una jurisdicción como la CIJ.

39. En cuanto a los elementos enumerados en la variante B del proyecto de disposición, el Relator Especial observa que han suscitado muchas controversias. En general, los miembros de la Comisión se han declarado a favor de mencionar las convenciones internacionales, a reserva de su contenido. Es cierto que todas las convenciones internacionales no pueden servir de base para una inculpación penal, en la medida en que no son universalmente aceptadas. Por ejemplo, si el *apartheid* se ha inscrito, tras largos debates, entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no es en virtud de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, sino en base a las reglas imperativas de derecho internacional.

40. La costumbre ha sido el elemento más debatido, y algunos han ido hasta a decir que el principio *nullum crimen sine lege* excluye toda posibilidad de basar una inculpación penal en la costumbre. A este respecto, el Relator Especial se permite recordar que el proyecto de código se refiere a diferentes categorías de crímenes, entre ellos los crímenes de guerra. Ahora bien, en el caso de los crímenes de guerra, la costumbre es inseparable de su definición. Por otra parte, el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 se refiere expresamente a los «usos establecidos», es decir, a la costumbre. Y en el comentario al párrafo 2 de ese artículo se precisa que

[...] a pesar del aumento considerable de las cuestiones abarcadas por el derecho de los conflictos armados, y a pesar de su codificación detallada, no es posible considerar que una codificación esté completa en un momento determinado[14].

El Relator Especial considera que es imposible separar la costumbre del derecho aplicable, sobre todo en derecho internacional, que es esencialmente consuetudinario.

41. Refiriéndose a los principios generales de derecho penal reconocidos por las naciones, el Relator Especial señala que, desde las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, tal disposición, análoga a la cláusula de Martens[15], reaparece en todos los instrumentos de codificación pertinentes. Por tanto, no cabe ignorarla.

42. En cuanto a la jurisprudencia, es fuente de derecho en muchos sistemas jurídicos y particularmente ocupa un lugar destacado en los países de *common law*, en los que el juez es creador de derecho.

43. En lo que respecta al derecho interno, el Relator Especial subraya que el principio generalmente aceptado en la cuestión en examen es el de la atribución de competencia. El tribunal penal internacional no puede conocer de un asunto sin que los Estados interesados, es decir, el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen, el Estado víctima, el Estado del que es nacional el presunto autor del crimen y el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto autor del crimen, le hayan reconocido competente. Ahora bien, no cabe excluir la hipótesis de que uno de esos Estados subordine la atribución de competencia al tribunal a que se aplique su derecho interno, naturalmente a condición de que tal derecho no esté en contradicción con los principios generales de derecho penal. Parece difícil creer que el tribunal penal internacional no sea nunca llamado a aplicar el derecho

[12] Sociedad de las Naciones, documento ... (véase nota 9 *supra*), pág. 123, anexo 10.

[13] *Ibid.*, pág. 71, anexo 4.

[14] CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 38 y 39.

[15] Enunciada en el preámbulo del Convenio de La Haya de 1907 y reproducida en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 1, párr. 2).

interno en un caso determinado, aunque evidentemente tenga que aplicar en primer lugar el derecho internacional.

44. Respondiendo a la observación del Sr. Mikulka, según el cual, en virtud del artículo 2 del proyecto de código, la calificación de un crimen internacional como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es independiente del derecho interno, el Relator Especial señala que esto no impedirá al tribunal penal internacional aplicar el derecho interno en lo que concierne a otros aspectos de la acción.

45. Refiriéndose a la competencia del tribunal, el Relator Especial precisa no haber hablado de la competencia *ratione personae*, quedando entendido por el momento que «el tribunal juzga a individuos», como se previó concretamente en el período de sesiones precedente en un posible proyecto de disposición[16]. En este mismo texto propone que el tribunal resuelva sobre cualquier cuestión que se suscite con respecto a su propia competencia.

46. El Relator Especial señala que, salvo raras excepciones, los miembros de la Comisión se han pronunciado a favor de la regla de atribución de competencia, estimando que el tribunal no puede conocer de un asunto si los Estados interesados no le atribuyen competencia. Recuerda que el proyecto de disposición correspondiente[17] fue considerado demasiado rígido por algunos, que temían que ningún asunto se sometiera jamás al tribunal si su competencia no se sometía a esta regla. Por esta razón ha presentado en el actual período de sesiones una solución intermedia que prevé la competencia exclusiva para algunos crímenes. Esta fórmula ha suscitado también encendidas críticas, y el Relator Especial expresa la esperanza de que el grupo de trabajo encuentre una solución que merezca el asentimiento de todos.

47. El Relator Especial señala que se le ha reprochado no haber indicado un criterio para distribuir los crímenes en dos categorías, según que caigan o no dentro de la competencia exclusiva del tribunal. Es cierto que no ha incluido la agresión en la categoría de los crímenes que pertenecen a la competencia exclusiva, habida cuenta de las competencias en la materia del Consejo de Seguridad, que no pueden olvidarse. No obstante, recuerda que en el precedente período de sesiones propuso un proyecto de disposición[18] según el cual los Estados que desearan presentar una querella por agresión deberían pasar el filtro del Consejo de Seguridad y que esa propuesta fue rechazada. Por tanto, espera las directrices de la Comisión sobre esta cuestión. Ahora bien, para él es poco edificante el debate que acaba de celebrarse y en el que han surgido opiniones contradictorias.

48. El caso del genocidio no ofrece dificultades, ya que la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio es ampliamente aceptada. El *apartheid* se cita sobre todo para recordarlo, ya que está en vías de desaparición; pero no puede jurarse que no reaparecerá en alguna parte del mundo, en otras formas. En cuanto al tráfico internacional ilícito de estupefacientes, se trata efectivamente de un crimen contra la humanidad que preocupa primordialmente a la comunidad internacional, y fue precisamente a propósito de este crimen que la Asamblea General pidió a la Comisión que examinara la cuestión de una jurisdicción penal internacional. Huelga decir que aquí sólo se trata del tráfico en gran escala.

49. La lista de crímenes sobre los que el tribunal tendría competencia exclusiva y obligatoria no es definitiva: puede reducirse o ampliarse.

50. El Relator Especial no ignora haber propuesto una competencia de dos naturalezas: una exclusiva y otra facultativa, pero ha querido mostrar prudencia, ya que en el anterior período de sesiones se rechazó su propuesta de competencia exclusivamente facultativa, en tanto que en el período de sesiones en curso parece admitirse este principio.

51. El Relator Especial es consciente de que el propuesto grupo de trabajo tendrá una tarea sumamente difícil, ya que deberá proponer soluciones flexibles y viables partiendo de un debate en el que se manifiestan puntos de vista opuestos.

52. El Sr. MIKULKA, respondiendo a los comentarios del Sr. Koroma y el Sr. Robinson sobre su propuesta de dar al Consejo de Seguridad el derecho de someter al tribunal una reclamación por un crimen de agresión, dice que una decisión del Consejo —el cual, es preciso recordarlo, juzga la conducta de Estados y no la de individuos— no impediría al tribunal pronunciarse sobre la culpabilidad de un individuo por su participación en el acto de agresión cometido por el Estado. Por otra parte, la cuestión de saber en qué medida el Consejo de Seguridad podría quedar vinculado por una decisión del tribunal es puramente académica. Resulta difícil concebir que el Consejo presente primero al tribunal una reclamación por agresión contra el representante de un Estado y sólo entonces califique el acto de ese Estado conforme a la decisión del tribunal. En efecto, el Consejo de Seguridad debe pronunciarse rápidamente en caso de agresión y no puede esperar el término de un procedimiento difícil y complicado ante el tribunal penal. Es cierto que la acción del Consejo puede verse paralizada por el derecho de veto, pero el Sr. Mikulka duda de que ese argumento baste para no dar al Consejo de Seguridad la posibilidad de presentar una querella ante el tribunal.

53. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen de la segunda parte del informe del Relator Especial y, para ganar tiempo, a expresarse simultáneamente sobre los tres puntos que quedan por estudiar, a saber, los procedimientos para la reparación, la entrega al tribunal de una persona y el principio de doble instancia[19].

54. El Sr. CALERO RODRIGUES recuerda que, en el precedente período de sesiones de la Comisión, la cuestión de la reparación sólo se abordó fortuitamente, con ocasión del examen de la cuestión de la confiscación total o parcial de bienes robados o mal adquiridos. Por otra parte, cabe preguntarse si es necesario debatir esta

[16] Véase *Anuario... 1991*, vol. I, 2207.ª sesión, párr. 3.

[17] *Ibid.*

[18] *Ibid.*

[19] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párrs. 7 a 9.

cuestión, y el Sr. Calero Rodrigues tiende a pensar, como el Sr. Rosenstock, que ya hay bastantes problemas que resolver además de éste. No obstante, si la Comisión desea debatirlo, se plantea la cuestión de saber si el tribunal penal internacional será competente en la materia y, en caso negativo, cuáles serán los tribunales ante los que podrá presentarse la demanda de reparación. ¿Serían los tribunales nacionales? En todo caso no sería la CIJ, que difícilmente puede conocer de una acción intentada por un individuo. En estas condiciones, parece preferible dejar la cuestión de lado por el momento.

55. En cuanto a la cuestión de la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal, es evidente que el presunto autor de un delito debe ser entregado al tribunal si debe ser juzgado por dicho delito. Como dice el Relator Especial en su informe, no hay ninguna diferencia de fondo entre las variantes A y B propuestas para el proyecto de disposición sobre este punto. No obstante, la variante B parece más clara y eventualmente, aunque esto no sea verdaderamente necesario, se podría incluir en ella la idea, expresada en la variante A, de que la entrega del presunto autor de un crimen a la fiscalía del tribunal no es un acto de extradición.

56. En cuanto al proyecto de disposición relativo al principio de la doble instancia de jurisdicción, el Sr. Calero Rodrigues, sin estar seguro de que el derecho de apelación forme parte de las garantías fundamentales de la persona humana, considera legítimo mantener este principio en un sistema de justicia penal internacional. Por otra parte, aprueba el párrafo 2 del posible proyecto de disposición, si significa que el tribunal estará integrado por varias salas y que la decisión adoptada por una de esas salas podría revisarse, ya sea por otra sala, ya sea por el tribunal en pleno. No obstante, importa ser precisos, dado que el examen de una apelación no comporta necesariamente un reexamen de todo el asunto y puede limitarse a la cuestión de la conformidad de la decisión de primera instancia con el derecho. Este sistema, que es el del recurso de casación previsto en el derecho francés, sería tal vez más fácil de aceptar.

57. El Sr. CRAWFORD piensa, como el Sr. Rosenstock y el Sr. Calero Rodrigues, que las disposiciones sobre la reparación de perjuicios no deben figurar en el proyecto de código.

58. En lo que respecta al posible proyecto de disposición sobre la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal, el orador suscribe en principio las observaciones del Sr. Calero Rodrigues. Está seguro de que los Estados partes deberían estar obligados a entregar al tribunal cualquier persona que sea objeto de un procedimiento penal. Pero no basta con decir que «la entrega... no es un acto de extradición»; habría que desarrollar la idea en la variante A o detallar más la variante B. El Sr. Crawford espera que el sistema procesal que se establezca prevea garantías especiales que hagan inútil la investigación preliminar normalmente requerida en los procedimientos de extradición, pero todo dependerá de la disposición general que se adopte sobre la cuestión de la entrega del acusado al tribunal.

59. En lo que respecta al principio de la doble instancia de jurisdicción, el Sr. Crawford reconoce que habría que prever un sistema de apelación. No obstante, habría que precisar en qué consistirá exactamente esa apelación en el marco de un proyecto de código muy detallado, que por el momento no existe.

60. El Sr. YAMADA no entiende bien cómo la demanda de reparación puede unirse a la acción penal, dado que en el Japón hay una distribución estricta de funciones entre los tribunales penales y los civiles. Esto no significa que se oponga a ese sistema, que existe y funciona en otros países, como Francia, pero, a su juicio, la función de un tribunal internacional debe ser esencialmente castigar a los autores de los crímenes internacionales, y sería imprudente ampliar sus funciones más allá del ámbito penal.

61. Antes de pasar a examinar el posible proyecto de disposición sobre la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal, el Sr. Yamada vuelve sobre la cuestión de la interposición de una querella ante el tribunal, a cuyo respecto al parecer se ha formado cierta confusión, debido a que el debate no se basaba en una concepción común de las fases del procedimiento penal. Por su parte, considera que este proyecto de disposición[20] se refiere al conocimiento de los asuntos por el tribunal y no al procedimiento seguido por éste. Es normal a este respecto que todo Estado que haya aceptado la competencia del tribunal pueda denunciar un crimen ante él, estén o no involucrados en dicho crimen los nacionales de ese Estado y haya sido o no cometido en su territorio. Algunas organizaciones intergubernamentales podrían también tener esa facultad cuando los Estados vacilen en ejercerla por motivos políticos. Tras la interposición de una querella, sin embargo, la fase siguiente es la de la iniciación del procedimiento contra la persona denunciada, y la cuestión que se plantea es la de saber cuál es la autoridad que se encargará de proceder contra ella. En las variantes A y B del proyecto de disposición sobre la entrega de una persona al tribunal, el Relator Especial menciona la «fiscalía del tribunal», lo que quiere decir al parecer que la autoridad encargada de proceder formará parte del tribunal internacional. Ahora bien, no conviene olvidar que el procedimiento penal varía mucho según los países. En Francia, por ejemplo, la instrucción de una causa corresponde al poder judicial; en los países angloamericanos y en el Japón corresponde al poder ejecutivo. ¿Será esa fiscalía independiente del tribunal lo que podría contribuir a garantizar la neutralidad de esta última? Sea como fuere, la cuestión de la organización de esa fiscalía merecería ser examinada más a fondo.

62. Por otra parte, el Sr. Yamada aprueba la idea de que la entrega del presunto autor de un crimen no deba considerarse un acto de extradición. Prefiere la variante B del proyecto de disposición sobre este punto, pero piensa que habría que indicar expresamente que un Estado que haya aceptado la competencia del tribunal con respecto a un crimen determinado debe entregarle a todo autor presunto de ese crimen que se descubra en territorios sujetos a su jurisdicción. Por último, para evitar

[20] *Ibid.*, párr. 6.

errores judiciales, habría que prever la posibilidad de que los Estados presten asistencia de diversas formas: informes, investigaciones, obtención de pruebas y deposiciones de los testigos. Las restantes fases del procedimiento podrán examinarse ulteriormente.

63. El Sr. YANKOV piensa que en esta etapa de los trabajos del proyecto de código, la cuestión de la reparación puede plantear aún más problemas, y que tal vez sería mejor examinar simplemente la demanda de reparación como una opción o una posibilidad. Observa también que el posible proyecto de disposición no menciona la regla del agotamiento de los recursos internos. Por otra parte, señala a la atención del Relator Especial el hecho de que el apartado *d* del párrafo 2 del artículo 36 del estatuto de la CIJ, mencionado en el informe, se refiere a la reparación por violación de una obligación internacional por un Estado y no por un individuo, y que, por tanto, a la CIJ no puede someterse un asunto en base a este artículo.

64. En cuanto al proyecto de disposición sobre la entrega al tribunal de una persona, el Sr. Yankov prefiere la variante B. La idea de que la entrega al tribunal del presunto autor de un delito no es un acto de extradición estaría mejor en el comentario al artículo que en el propio artículo.

65. En cuanto al principio de la doble instancia de jurisdicción, tal vez sería útil que el propuesto grupo de trabajo examinara los medios de prever una sala u otra instancia de apelación, a fin de prever todas las garantías de un proceso equitativo, y el Sr. Yankov sugiere que, para garantizar este principio, esa instancia de apelación esté facultada a tomar en consideración todos los hechos, pruebas y otros elementos pertinentes que puedan contribuir al pronunciamiento de una decisión final.

66. El PRESIDENTE observa que la mayoría de los miembros de la Comisión están a favor de crear un grupo de trabajo encargado de examinar y analizar las principales cuestiones que el informe de la CDI sobre su 43.° período de sesiones[21] planteaba con respecto a la creación de una jurisdicción penal internacional o de otro mecanismo jurisdiccional de carácter internacional, según los términos empleados en la resolución 46/54 de la Asamblea General. Este grupo de trabajo tendrá también en cuenta todos los puntos estudiados por el Relator Especial en sus informes noveno[22] y décimo, así como por la Comisión, en sus períodos de sesiones 43.° y 44.°, y deberá formular recomendaciones concretas sobre las diversas cuestiones que analice en el marco de su mandato. El grupo de trabajo estará presidido por el Sr. Koroma y estará integrado por los miembros siguientes: Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Crawford, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Mikulka, Sr. Pellet, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. de Saram, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, y el Sr. Thiam, en su calidad de Relator Especial, participará *ex officio*.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

[21] Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV.

[22] Véase *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/435 y Add.1.

2263.ª SESIÓN

Miércoles 20 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El PRESIDENTE invita a que se formulen comentarios sobre los posibles proyectos de disposiciones presentados en el décimo informe del Relator Especial (A/CN.4/442) sobre los procedimientos respecto de reparación, entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal, y el tribunal y el principio de la doble instancia[3].

2. El Sr. GÜNEY dice que el proyecto de disposición sobre la acción de reparación está en consonancia con los principios generales en materia de reparación y, tal como está redactado, es satisfactorio. En la medida en que el derecho internacional refleja el derecho interno, la acción de reparación podrá entablarse separada o bien juntamente con la acción penal. Sin embargo, las organizaciones internacionales sólo deberían disfrutar de este derecho cuando sean víctimas de un crimen.

3. La obligación de entregar al tribunal al acusado que sea objeto de un procesamiento penal debe aplicarse a todos los Estados partes en el estatuto del tribunal desde la fecha de su adhesión a él, norma que se enuncia efectivamente en la variante B de la disposición propuesta por el Relator Especial. Es evidente que la entrega al tribunal del acusado no es una extradición y en esta cuestión concreta la variante A del proyecto de disposición es, pues, innecesaria.

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párrs. 7, 8 y 9.

4. El principio del derecho de apelación, denominado en el informe «principio de doble instancia», aunque es una garantía fundamental en todo proceso penal internacional, entrañaría una tramitación dilatada y compleja. Por ello, el Sr. Güney se pregunta si no se puede examinar la posibilidad de un tribunal de apelación o bien de un sistema interno de apelación que esté a cargo de jueces que no hayan participado en la decisión apelada. El sistema existente en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales que sólo permite el examen de las cuestiones de derecho y no de las de hecho no tiene cabida en un tribunal penal internacional.

5. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que el Consejo de Seguridad siempre tendrá la posibilidad de ejercer una acción ante el tribunal penal internacional por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas; el ejemplo más apropiado a este respecto es la opinión consultiva solicitada a la CIJ en el asunto relativo a la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*[4]. Lo importante no es que se amplíen las atribuciones y funciones del Consejo de Seguridad sino que se examinen los medios que, en el marco de los mecanismos existentes, le permitan adoptar medidas para la aplicación de cualquiera de sus decisiones.

6. La acción de reparación o la demanda civil de indemnización pueden plantearse como cuestiones preliminares —antes del fallo en lo penal del asunto— o *a posteriori*. En consecuencia, su enfoque ha de ser lo más flexible posible de modo que el tribunal pueda decidir esas cuestiones a la luz de los principios generales de derecho pertinentes.

7. En cuanto a la cuestión de si un mismo tribunal debe conocer de los aspectos civiles y penales de un asunto, considera conveniente que se dé esa posibilidad al tribunal penal internacional, habida cuenta especialmente de su relación con el principio de la doble instancia.

8. En su opinión, se deben explorar otras posibilidades tanto en lo que respecta a la responsabilidad civil como al conocimiento de las apelaciones, y se pregunta si la CIJ no podría desempeñar un papel a este respecto. El grupo de trabajo que ha de nombrar la Comisión debería examinar también la relación que existe entre los aspectos civiles de un asunto criminal y la apelación contra la sentencia.

9. La finalidad de un proceso penal es la de enjuiciar a los delincuentes. En consecuencia, la institución de la extradición no debería tener cabida en este contexto, en particular porque no favorece los intereses de la comunidad internacional.

10. El Sr. SZEKELY dice que si el tribunal penal internacional ha de juzgar sólo a los individuos, no le parece conveniente que en el estatuto se incluya un artículo sobre la reparación. Todas las cuestiones relativas a este asunto deberían ser de la responsabilidad de otro órgano judicial, como la CIJ. De ese modo, el tribunal penal internacional se ocuparía del derecho penal y de la represión en el verdadero sentido del término.

11. Las dos variantes del proyecto de disposición sobre entrega de una persona al tribunal no sólo no se excluyen sino que se complementan. En su opinión, dado que el texto de esas disposiciones es claro, ambas deberían figurar en el estatuto del tribunal. La variante A es importante en razón de las reformas que deberán introducirse en las legislaciones internas para la aplicación del estatuto del tribunal; esto es especialmente valedero en el caso de la extradición y de que el Estado involucrado no sea parte en el estatuto del tribunal. La variante A facilitaría asimismo la aplicación de muchos tratados de extradición en vigor entre los Estados y de ciertos tratados de asistencia mutua en la esfera judicial, sobre todo en lo penal.

12. En cuanto al principio de doble instancia, conviene invertir su formulación de modo que el conocimiento de los asuntos en primera instancia se entregue a una sala del tribunal y la apelación al tribunal en pleno.

13. El Sr. ROBINSON duda de que la cuestión de la acción de reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de un crimen del que esté conociendo el tribunal esté comprendida en el mandato que la Asamblea General ha encomendado a la Comisión. El contenido de ese mandato es la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional. Sea cual fuere el significado de esos diferentes conceptos, todos tienen la misma finalidad, esto es, el castigo de los culpables, lo que no guarda relación con la acción de reparación, para la cual ya existe un foro.

14. La Comisión tal vez desee pedir a la Asamblea General instrucciones acerca de si debe examinar la cuestión de la reparación. En caso afirmativo, una de las cuestiones que plantea el párrafo 2 del posible proyecto de disposición es la de si, habida cuenta de la norma consuetudinaria sobre agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, un nacional de un Estado estaría obligado a agotar esos recursos para que su Estado tenga derecho a plantear al tribunal una acción de reparación.

15. En cuanto a la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal, le parece preferible la variante B del proyecto de disposición. De ser necesario —personalmente no cree que lo sea—, la declaración de que la entrega al tribunal de una persona no constituye extradición se podría incorporar en la variante B. El proyecto de disposición nada dice acerca de si un Estado que entrega al tribunal a una persona tiene derecho a poner en marcha un procedimiento interno para determinar si se cumplen o no sus propias normas en materia de protección de los derechos humanos u otras normas. Tal como está redactada la disposición, cuando un delincuente se encuentra en el territorio de un Estado determinado, ese Estado está obligado a entregarlo al tribunal. Esta norma parece contrastar con la posición adoptada en diversos convenios internacionales para la prevención y la represión de determinados crímenes. A diferencia de los Estados partes en el estatuto del tribunal, los Estados partes en esos convenios tienen un margen más amplio en cuanto les incumbe decidir acerca de la extradición; si, por razones de derecho interno, el Es-

[4] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174.

tado parte decide no otorgar la extradición, está obligado a someter el asunto a la autoridad competente para que enjuicie a la persona. La situación prevista en el proyecto de disposición parece, pues, diferente, quizás con toda razón.

16. La condición para que nazca la obligación del Estado de entregar al tribunal a una persona le plantea grandes dificultades. Esa persona es el presunto autor de un crimen que corresponda a la competencia del Estado. Esto se aparta notablemente de los convenios internacionales existentes que imponen la obligación al Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto delincuente. La jurisdicción de un Estado no termina necesariamente donde termina su territorio. Para poner freno a los tentáculos jurisdiccionales en ciertos Estados y a su secuela de incursiones injustificadas en el territorio de otros Estados, es necesario que esa obligación, al igual que en la mayoría de los tratados de extradición, se imponga al Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto delincuente.

17. La «doble instancia» que, en un primer momento, le pareció referida al principio *non bis in idem*, no es clara. Sería mejor que en vez de utilizar tales etiquetas se explicara exactamente cuál es su significado. Parecería que en este caso de lo que se trata es del derecho de un acusado a una segunda vista o apelación de la causa, aun cuando en muchos ordenamientos jurídicos la apelación no se considera como una vista de la causa.

18. El Sr. KOROMA dice que el Relator Especial ha recordado a los miembros de la Comisión que en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales la acción de reparación puede plantearse en el marco del proceso penal. Es más, algunos de los sistemas jurídicos que originalmente no admitían la posibilidad de que la acción de reparación se planteara en el proceso penal se han hecho ahora eco de esta idea para asegurar que la víctima obtenga reparación del causante del daño.

19. Esto es especialmente valedero en el caso de las violaciones graves y masivas de los derechos humanos que causan perjuicios graves a las personas. Por su parte, considera que se debe estudiar seriamente la posibilidad de incluir en el estatuto del tribunal una disposición sobre indemnización a las víctimas de crímenes y no comprende bien por qué una disposición de esta naturaleza desalentaría a los Estados impidiendo su adhesión al estatuto del tribunal. Por otra parte, no le parece justificada la intervención de la CIJ dado que, si esas reclamaciones se sometieran a su conocimiento, la Corte debería evaluar de nuevo todas las pruebas ya examinadas por el tribunal penal internacional. Es más, ambos órganos podrían llegar a conclusiones diferentes. En su opinión, lo mejor sería evitar todo posible conflicto facultando al tribunal penal internacional para examinar ambos aspectos de la cuestión, a saber, la sanción y la reparación.

20. La entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal es el paso lógico tras la determinación del derecho aplicable y de la cuestión de la jurisdicción. El proyecto de disposición tiene la ventaja de evitar el complejo proceso de la extradición. Con arreglo a la variante B, todo Estado parte estaría obligado a entregar al acusado al tribunal, a solicitud de éste. Sin embargo, al mismo tiempo se debe asegurar la observancia de los principios fundamentales de la justicia y el respeto de los derechos humanos básicos del acusado. En especial, confía en que el principio de la entrega del acusado sea un factor de disuasión contra el secuestro ilícito en el territorio de otro Estado de un presunto delincuente ya que, en ese caso, evidentemente las condiciones de la entrega serían contrarias a las disposiciones de su estatuto. El orador confía asimismo en que no haya entregas ilegales de personas, como parece haber sucedido en un asunto que se está juzgando actualmente.

21. El posible proyecto de disposición sobre la apelación o la «doble instancia» debe tener cabida en el estatuto del tribunal. El derecho a apelar es un derecho humano básico consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Incumbirá al tribunal en pleno o a una sala integrada por jueces que no hayan participado en el fallo inicial decidir acerca de la apelación, la cual podrá versar sobre cuestiones de hecho o de derecho o sobre el contenido de la decisión. Sin embargo, la integración efectiva del tribunal se deberá determinar a la luz de la gravedad del caso.

22. Algunos miembros de la Comisión han sugerido que a los efectos de la demanda de reparación primero se deben agotar los recursos de la jurisdicción interna. Por su parte, no comprende qué razones hay para ello y agradecería una aclaración.

23. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que ambos párrafos del proyecto de disposición sobre la acción de reparación parten de la base de que el proceso entablado ante el tribunal penal internacional por la comisión de un crimen se dirija contra un individuo, el que sería personalmente responsable del pago de los perjuicios causados. Sin embargo, el Relator Especial no parece tener en cuenta el caso en que la acción civil se dirija también contra el instigador o cómplice del crimen, como puede ocurrir tratándose de la agresión, el genocidio y otros crímenes contra la humanidad, con inclusión de los crímenes de guerra, en los que se podría perseguir la responsabilidad civil del Estado. Una situación semejante existe en el caso de las personas jurídicas de derecho público por cuenta de las cuales se comete un crimen de derecho común.

24. El problema que plantean esos casos es de gran importancia práctica, ya que desde el punto de vista financiero sólo los Estados están en condiciones de indemnizar el daño sustancial causado al Estado víctima. La solución quizás se encuentre en el artículo 5 del proyecto de código, que enuncia el principio de la responsabilidad del Estado por un acto o una omisión que le sea atribuible. En virtud de una demanda civil de indemnización, los Estados podrían encontrarse involucrados en un proceso seguido ante el tribunal penal internacional, situación que tal vez no están dispuestos a aceptar. Por otra parte, si la demanda civil fuera de la competencia exclusiva de la CIJ, las personas que desean obtener reparación no tendrían absolutamente ningún recurso en el caso de que, por razones políticas o de otra índole, el Estado del cual son nacionales decida no entablar la acción. En consecuencia, se inclina a pensar que tienen cierto fundamento quienes prefieren que la cuestión de la reparación no figure en ninguna disposición específica del

proyecto de código. De no existir esa disposición, el tribunal tendrá amplias facultades para aplicar libremente los principios generales del derecho.

25. De las dos variantes del proyecto de disposición sobre entrega al tribunal de una persona, prefiere la variante B, que es a la vez simple y completa. La variante A más bien parece una definición, lo que no tiene cabida en el contexto de un código penal.

26. El proyecto de disposición sobre el tribunal y el principio de doble instancia parte de la base de que el derecho a que un asunto sea examinado sucesivamente por dos instancias judiciales es inherente a la debida administración de justicia. Desde luego, ese principio, que es valedero en el ámbito de los procedimientos civiles y penales, tiene sus límites. La doble instancia no existe en los asuntos de menor importancia, pero los más graves se someten a juicio por jurado tanto en la primera instancia como en la instancia de apelación; esto ocurre en el derecho penal francés y en muchos otros países, especialmente en Africa, en los que existen mecanismos similares. Este sistema tiene la ventaja de que la administración de justicia es ejercida efectivamente por el pueblo, representado por el jurado. En cambio, evidentemente la situación es distinta si los árbitros finales de un asunto son un tribunal de casación o un tribunal supremo, dado que esos tribunales sólo están facultados para examinar la conformidad de un asunto con el derecho y no las cuestiones de hecho.

27. No todos los ordenamientos jurídicos reconocen en términos absolutos el principio de la doble instancia. Sin embargo, de lo que se trata es de salvaguardar el principio general del derecho penal internacional enunciado en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual

> Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

En su opinión, el Relator Especial tiene razón en cuanto opina que el proyecto de código debe incluir una disposición especial relativa al principio de la doble instancia.

28. Desde luego, el principio deberá aplicarse con arreglo a los criterios rigurosos enunciados en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, dado que la disposición no tendría ningún sentido si no intervinieran dos instancias judiciales. En un sistema de este tipo, el conocimiento de un asunto en primera instancia debe estar a cargo de jueces auxiliares o asociados y el conocimiento de la apelación del tribunal en pleno integrado exclusivamente por jueces titulares. Un sistema en el que jueces de igual nivel jerárquico estuvieran llamados a examinar las decisiones de sus pares se podría considerar como una burla a la justicia en cuanto pone en duda la calificación de los jueces de primera instancia y, en definitiva, la credibilidad de los fallos del propio tribunal penal internacional.

29. El Sr. VERESHCHETIN recuerda que el Sr. Koroma ha preguntado, con razón, que por qué la víctima de un crimen no debería obtener reparación del culpable. Sin embargo, el hecho de que algunos miembros de la Comisión consideren que el proyecto no debe contener una disposición específica sobre reparación no significa necesariamente que no deba haber reparación; de lo que se trata es de determinar cómo se hace la reparación. Los asuntos sometidos al tribunal penal internacional probablemente entrañarán daños de tal magnitud que ni una persona natural ni un grupo de personas naturales estarán en condiciones de cumplir el fallo si el tribunal acoge la demanda. Por esta razón, algunos miembros de la Comisión, entre los que se cuenta, prefieren no tratar esta cuestión, ya que entraría en juego todo el problema de la responsabilidad de los Estados. La reparación es una cuestión importante y compleja que se debería tratar separadamente.

30. El Sr. ROBINSON dice que el Sr. Koroma ha planteado también la cuestión de si cabe aplicar determinados procedimientos del derecho interno antes de la entrega al tribunal penal internacional de un sospechoso. Tal como está redactado, el proyecto de disposición obliga al Estado a entregar al sospechoso desde el momento en que la persona se encuentra en el territorio de ese Estado. No habría ninguna justificación para que un Estado se oponga a esa disposición alegando el incumplimiento de ciertos requisitos establecidos en su derecho penal nacional. En consecuencia, los Estados deben reflexionar seriamente acerca de si pueden aceptar la disposición tal como está redactada. De considerarlo conveniente, la Comisión podría introducir modificaciones en la disposición para reflejar ciertas características del derecho interno, pero, por su parte, no le parece que sea una buena idea.

31. En relación con el párrafo 2 del proyecto de disposición sobre reparación se ha planteado la cuestión del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna y el Sr. Koroma pregunta si ella no se plantearía también en relación con la acción penal. En respuesta a esa pregunta, señala simplemente que la norma consuetudinaria sobre la protección diplomática de los nacionales de un Estado no se aplica en materia penal.

32. El Sr. FOMBA está de acuerdo con el Relator Especial en que todo perjuicio sufrido como consecuencia de un acto criminal debe dar lugar a reparación, pero el problema que se plantea es el de determinar si la acción de reparación debe entablarse ante un tribunal penal internacional o ante algún otro tribunal, ya sea nacional o internacional. En el plano nacional hay mecanismos bien establecidos: la acción penal y la acción civil se pueden entablar separada o conjuntamente y, en este último caso, incumbe al juez penal pronunciarse sobre ambas cuestiones. La idea de introducir ese sistema en el derecho penal internacional suscita dificultades de orden práctico, especialmente en razón del volumen de trabajo que representaría para el tribunal. Por ello tal vez se pueda estudiar la posibilidad de acciones separadas, en el marco de procedimientos tan tradicionales como la protección diplomática y el recurso a la CIJ con arreglo al apartado *d* del párrafo 2 del artículo 36 de su estatuto.

33. No le parece que existan razones de fondo para no autorizar a las asociaciones u organizaciones de carácter humanitario a que se constituyan en parte civil para obtener reparación en un asunto del que conozca el tribunal penal internacional.

34. El orador comparte plenamente la idea de que se entregue al tribunal a la persona que sea objeto de un

procesamiento penal y, al igual que el Relator Especial, opina que ese mecanismo es distinto de la extradición. De las dos versiones del proyecto de disposición, prefiere la variante B, dado que en ella se establece una obligación jurídica cuya aceptación entraña aceptar los términos de la variante A.

35. El Sr. Fomba está a favor del principio de la doble instancia y celebra la claridad y el enfoque científico con que el Relator Especial ha abordado esta cuestión. En su proyecto, el Relator enuncia la norma básica de que incumbe al tribunal penal internacional conocer de los asuntos en primera y en última instancia y propone el principio de la doble instancia de jurisdicción, en reconocimiento del hecho de que ningún tribunal es infalible y que la apelación es una garantía judicial importante. El mecanismo propuesto es eficaz: la constitución de una sala especial compuesta con exclusión de los jueces que han participado en la decisión, a la que incumbirá conocer de la apelación. Aunque no se considere ajustada a la doctrina clásica, esta proposición establecería un mecanismo interno eficaz para asegurar la conformidad con el derecho de las decisiones del tribunal. El examen de las modalidades prácticas de funcionamiento del tribunal se deberá hacer una vez redactado su estatuto, pero la proposición del Relator Especial merece examinarse con detenimiento.

Se levanta la sesión a las 11.50 horas.

2264.ª SESIÓN

Viernes 22 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Carlos CALERO RODRIGUES

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)*

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que haga una recapitulación del debate sobre la segunda parte de su informe.

2. El Sr. THIAM (Relator Especial), observando que el debate sobre la cuestión de la interposición de una querella ante el tribunal se ha centrado fundamentalmente en el párrafo 1 del posible proyecto de disposición[3], precisa que se trata de una disposición de principio y no de procedimiento, encaminada a establecer, por una parte, que sólo los Estados y no los individuos tienen derecho a someter al tribunal una reclamación y, por la otra, que ese derecho concierne a todos los Estados, sean o no partes en el estatuto del tribunal. En efecto, no se debería limitar ese derecho a los Estados partes porque, al someter al tribunal una querella, un Estado no parte estaría mostrando su confianza en el tribunal y su deseo de llegar a ser Estado parte. De lo que se trata es de saber en virtud de qué un Estado —independientemente de que sea o no parte en el estatuto— puede someter al tribunal una querella. La respuesta es que el Estado debe haber sido víctima de un crimen internacional, independientemente de que el acto se haya cometido o no en su territorio y de que el presunto autor sea o no nacional de ese Estado. Por otra parte, es imposible que un fiscal someta al tribunal un asunto, como sugieren algunos miembros de la Comisión. En lo que respecta a la acción ante el tribunal penal internacional, el papel del fiscal —garante del orden público— será de recibir la denuncia y, cuando sea necesario, iniciar la investigación y preparar el acta de acusación.

3. En lo que respecta a las organizaciones internacionales, no cabe olvidar que tienen ciertos derechos que deben proteger. Una organización internacional puede ser ella misma víctima de una agresión contra sus bienes o sus agentes, en cuyo caso la reclamación incumbe a la organización y no a un Estado. Se debe considerar a las organizaciones internacionales como personas jurídicas de derecho público que por tener intereses distintos de los de sus Estados miembros deben, pues, poder someter al tribunal una querella, a igual título que los Estados.

4. El Relator Especial reconoce que el párrafo 2 del proyecto de disposición no es indispensable por cuanto su contenido figura ya en el proyecto de código. Si éste se aprueba, no hay ninguna razón para que se mantenga la disposición. Pero, de mantenerse, el tribunal sabrá que no importa si la persona objeto de un procesamiento penal ha actuado en nombre propio o en cuanto representante de un Estado.

5. En lo que respecta a la acción de reparación[4], a diferencia de ciertos miembros de la Comisión, el Relator

---

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 6.

[4] *Ibid.*, párr. 7.

Especial no está seguro de que esta cuestión no tenga cabida en el código en razón de que incumbe al tribunal ocuparse fundamentalmente de los aspectos penales de un asunto. En el derecho interno es común que una jurisdicción penal esté llamada a pronunciarse conjuntamente sobre la acción penal y la acción civil dimanantes de un mismo hecho penal y, por su parte, no ve ninguna razón para que un tribunal penal internacional no haga lo mismo. No ve tampoco motivo para negar al tribunal penal internacional esta posibilidad so pretexto de que la CIJ sería el único órgano competente para conocer de las acciones de reparación. El Relator Especial espera, pues, que ese proyecto de disposición sea tenido en cuenta.

6. El proyecto de disposición sobre la entrega al tribunal del presunto autor de un crimen[5] ha suscitado numerosas reservas, especialmente en razón de los derechos fundamentales de la persona humana, que en los tratados de extradición están protegidos. En su opinión, la entrega al tribunal del presunto autor de un crimen debe hacerse de manera automática, en cuanto obligación que incumbe a todos los Estados partes en el estatuto. El tribunal también podría celebrar acuerdos de extradición con Estados no partes. En todo caso, si se establece un tribunal penal internacional, necesariamente se deberá tener confianza en esa institución y facilitar su acción en lugar de paralizarla mediante disposiciones que la hagan ineficaz e inútil. El Relator Especial comprende que la variante A del proyecto de disposición, de carácter más amplio y más didáctico que la variante B, no sea del agrado de la Comisión. Pero no cabe poner en duda el principio mismo de la entrega.

7. Por último, comprende también las vacilaciones de ciertos miembros sobre el proyecto de disposición relativo al principio de la doble instancia[6]. Es efectivo que por ser el órgano penal internacional de mayor jerarquía, no sería normal que las decisiones del tribunal se reconsideraran por la vía de la apelación. En algunos ordenamientos jurídicos no cabe apelar de los fallos de los órganos supremos de la jurisdicción nacional. Las propias decisiones de la CIJ son definitivas. Evidentemente, esas decisiones no afectan la libertad de las personas pero podrían afectar sus bienes. Por consiguiente, el Relator Especial opina que las decisiones del tribunal penal internacional no deberían ser objeto de ningún recurso, ni de apelación ni de casación, y no tiene inconvenientes en dejar de lado la disposición si éste es el deseo de la Comisión.

8. El Sr. CRAWFORD, refiriéndose a la cuestión de la interposición de una querella ante el tribunal, observa que en su recapitulación el Relator Especial menciona una posibilidad no prevista en el texto del proyecto de disposición, esto es, que las organizaciones internacionales, en cuanto personas jurídicas, puedan someter al tribunal una querella cuando sean directamente las víctimas de un crimen internacional, y no sólo porque el crimen es uno de preocupación general para ellos, como se había previsto hasta ahora. El Sr. Crawford desearía saber cuál sería la manera de proceder en el caso de que el sistema previsto no contemple la existencia del cargo de fiscal público.

9. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que el procedimiento será el mismo, independientemente de que la reclamación sea de un Estado o de una organización internacional. La organización internacional perjudicada presentará su querella ante la autoridad competente, que será el fiscal en el caso de que se establezca un ministerio público o, de lo contrario, someterá directamente al tribunal su querella. Lo importante es que no se prive a las organizaciones internacionales de ese derecho.

10. El PRESIDENTE dice que se trata de determinar si las organizaciones internacionales podrán someter una querella cuando sus intereses hayan sido directamente afectados o si podrán hacerlo de manera general, al igual que cualquier Estado, aun cuando no hayan sido víctimas de un crimen.

11. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que a los efectos de interponer al tribunal una querella no sería necesario que la organización internacional fuera víctima de un crimen internacional y bastaría que hubiera resultado indirectamente perjudicada por un acto criminal, por ejemplo, cuando ese acto obstaculice el logro de sus objetivos.

12. A este respecto, desea plantear una vez más la cuestión de si el Consejo de Seguridad podría interponer una querella ante el tribunal. En su opinión, habida cuenta de que le incumbe la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales, el Consejo debería estar facultado no sólo para adoptar las medidas previstas con este fin en la Carta de las Naciones Unidas, sino también para someter al tribunal internacional una reclamación contra cualquier persona natural que sea responsable de actos criminales contra la paz y la seguridad internacionales. Por ejemplo, en el caso de la agresión, el Consejo de Seguridad podría limitarse a comprobar la existencia del acto y, de ese modo, el tribunal penal internacional estaría llamado a determinar la responsabilidad personal de los autores. Esta idea nada tiene de nuevo ni de original puesto que se refleja ya en varios proyectos según los cuales, para que sea examinada por un tribunal penal internacional, cualquier reclamación de ese tipo debe presentarse primero al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General.

13. El Sr. VERESHCHETIN desea saber si, en opinión del Relator Especial, al entablar el tribunal penal internacional un proceso penal contra determinados individuos por un acto de agresión que ha causado sufrimiento a decenas de miles de personas que, en principio, tienen derecho a reparación, el tribunal podría imponer a esas personas, o a cualquiera de ellas, la obligación de reparar.

14. El Sr. THIAM (Relator Especial) considera que, en cierto modo, el derecho internacional debería seguir la norma del derecho interno sobre la responsabilidad del causante, la cual, por lo demás, está consagrada en el proyecto de código, puesto que provee que un Estado puede ser obligado a reparar el daño causado por sus agentes[7]. En el caso de la agresión, en que el tribunal en-

[5] *Ibid.*, párr. 8.

[6] *Ibid.*, párr. 9.

[7] Véase el comentario al artículo 5 en *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV.

juicia a autoridades o funcionarios superiores, la reparación incumbirá al Estado en nombre del cual o por cuenta del cual han actuado esos individuos. Desde el punto de vista procesal, es perfectamente concebible que ese Estado comparezca ante el tribunal, sobre la base de una mera notificación, a los efectos de que se haga valer la responsabilidad civil por las consecuencias del acto de agresión.

15. El PRESIDENTE dice que esta cuestión parece plantearse sobre todo cuando la acción de reparación se dirige contra un individuo, puesto que en este caso necesariamente la reparación será muy inferior a la que puede exigirse de un Estado. En el caso de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y, en particular, del crimen de agresión, sería, pues, más fácil que la acción de reparación se intentara contra el Estado y no contra el jefe del Estado condenado en el proceso penal. Pero, desde este punto de vista, cabe preguntarse si esta cuestión no queda comprendida más bien en el ámbito de la responsabilidad de los Estados.

16. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que está de acuerdo, pero observa que no existe ninguna división tajante entre las cuestiones pertinentes a los temas de que tratan el Sr. Arangio-Ruiz, Relator Especial de la responsabilidad de los Estados, y él mismo. A este respecto, se remite al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[8]. Siempre que un determinado acto se califica como crimen internacional que compromete la responsabilidad de sus autores, no cabe descartar la responsabilidad del Estado, que dimana directamente del acto criminal.

17. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER observa que a la luz de los casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que conocen de ciertas violaciones cometidas por los Estados y de la indemnización a las víctimas, la posibilidad de que un tribunal penal internacional se pronuncie sobre la cuestión de la reparación es perfectamente concebible. El Relator Especial debería aclarar si, en el caso de que el estatuto faculte al tribunal penal internacional para conocer de violaciones graves de los derechos humanos, las comisiones de derechos humanos regionales de Africa, América o Europa podrían someter una reclamación al fiscal del tribunal.

18. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que las comisiones de derechos humanos conocen de violaciones cometidas por los Estados contra sus propios nacionales, y como esas situaciones no quedan comprendidas en el tema que se examina, el tribunal penal internacional no sería competente. En cambio, en el caso de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que rebasan el marco del Estado, el derecho de las organizaciones nacionales de carácter humanitario a someter al tribunal una reclamación es una cuestión que se plantea en el informe y cuyo debate sigue estando abierto.

19. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA desearía tener una idea más clara acerca de la forma en que el tribunal penal internacional podría celebrar acuerdos de extradición con los Estados.

20. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que la idea de que el tribunal penal internacional pueda celebrar acuerdos de extradición con los Estados no es suya sino que ha sido propuesta por ciertos autores, con inclusión de Cherif Bassiouni. En efecto, como ningún Estado podría pedir la extradición de una persona en nombre del tribunal se debería, pues, reconocer a éste la capacidad jurídica necesaria para celebrar acuerdos de extradición.

21. El PRESIDENTE aclara que el informe del Relator Especial se refiere a la extradición sólo en el caso de los Estados no partes en el estatuto del tribunal ya que, para los Estados partes, el tribunal no es un Estado extranjero. Evidentemente, esta cuestión deberá estudiarse más a fondo.

22. El Sr. KOROMA dice que, habida cuenta de todas las variables que entran en juego, la cuestión de la reparación merece un examen más a fondo. Por ejemplo, en el caso de una cadena de responsabilidades —desde las autoridades superiores del Estado hasta sus subordinados—, el monto de la reparación que deba pagar cada responsable no podrá ser el mismo ya que no todos tienen la misma situación financiera. La reparación será distinta también según la naturaleza de los crímenes de que se trate.

23. El Sr. Koroma considera asimismo que la posibilidad de una reclamación ante la CIJ no es una cuestión puramente teórica; en efecto, dado el riesgo de que el culpable sea insolvente, la víctima tal vez desee pedir reparación del Estado.

24. Por último, a diferencia del Relator Especial, el Sr. Koroma, considera que la mayoría de los miembros de la Comisión está a favor del principio de la doble instancia. Por consiguiente, se deberían prever determinadas disposiciones para la vista de la apelación, por conducto ya sea de una sala del tribunal o de cualquier otro medio.

25. El PRESIDENTE dice estar de acuerdo con el Sr. Koroma en lo que respecta a esta última cuestión.

26. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que si bien no es partidario de que las decisiones de un órgano judicial tan importante como el tribunal penal internacional sean apelables, tampoco se opone categóricamente a ello, como muestra el texto que ha redactado sobre la apelación. Con todo, se remite al ejemplo de la CIJ, cuyas decisiones, que pueden tener consecuencias pecuniarias muy importantes, son definitivas en todo sentido. La solución incumbe a la Comisión.

27. En lo que respecta a la primera observación del Sr. Koroma, el Relator Especial dice que el Estado debe responder por el daño causado por sus agentes. A ese respecto, subraya la importancia de que se diferencie la pena o sanción de la reparación, cuyo objeto es remediar las consecuencias del crimen.

28. El Sr. YANKOV, refiriéndose a la forma en que debe proceder la Comisión para examinar el tema, pro-

[8] Véase 2261.ª sesión, nota 8.

pone que concluya su intercambio de opiniones para que el Grupo de Trabajo examine las diversas cuestiones planteadas. Cuando la Comisión haya examinado el informe del Grupo de Trabajo, el Presidente de la Comisión, con la ayuda del Relator Especial, podrá formular las orientaciones apropiadas para los trabajos del Comité de Redacción y de la Comisión sobre el tema de un tribunal penal internacional.

29. El PRESIDENTE asegura que todas las cuestiones serán objeto de un nuevo examen a fondo, tanto en el Grupo de Trabajo como en el Pleno.

30. El Sr. KOROMA reitera que la Comisión debe hacer un esfuerzo por que haya realmente un intercambio de opiniones y no un mero debate formal, que nada aporta al desarrollo del derecho.

31. El Sr. KUSUMA-ATMADJA lamenta que en su recapitulación el Relator Especial no haya reseñado las tendencias del debate sobre el tema en su conjunto. Por su parte, observa dos grandes tendencias: la de los partidarios del rechazo y la de los optimistas que confían en que un día se encontrará la solución. Pero le parece que también se perfila una posición intermedia, a saber, que si la Comisión no es demasiado ambiciosa podría elaborar un texto en respuesta a las interrogantes de la Asamblea General y de la Sexta Comisión en relación con una jurisdicción penal internacional entendida en un sentido general. Observa asimismo que algunos oradores han hecho proposiciones muy útiles que se deberían reflejar en los trabajos de la Comisión. Pero tal vez incumbe al grupo de trabajo o al Comité de Redacción poner de relieve ciertas tendencias que permitan lograr una solución intermedia y examinar la cuestión de manera más realista.

32. El PRESIDENTE subraya que durante la sesión el Relator Especial ha hecho todo lo posible por contestar las preguntas concretas relativas a la segunda parte de su informe. De todos modos, sería conveniente que al concluir el examen en el presente período de sesiones se haga un resumen de las diversas tendencias que se han manifestado. Esta cuestión se señalará a la atención del Comité de Planificación.

33. El Sr. THIAM (Relator Especial) está seguro de que el Grupo de Trabajo, que ha tomado nota de los debates, podrá dar la debida orientación al informe a la Asamblea General de modo que, efectivamente, refleje las dos principales tendencias de la Comisión.

34. El PRESIDENTE dice que con estas observaciones concluye el debate sobre el décimo informe del Relator Especial y que el Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Koroma continuará el examen del tema. La Comisión volverá a tratarlo una vez recibido el informe del Grupo de Trabajo.

Se levanta la sesión a las 11.20 horas.

2265.ª SESIÓN

Martes 26 de mayo de 1992, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

ARTÍCULO 5 *bis* y

ARTÍCULOS 11 A 14[3]

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a hacer un breve resumen del contenido de su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/440 y Add.1), destinado a los nuevos miembros de la Comisión. Recuerda que ese informe se presentó en el anterior período de sesiones[4]. El examen del cuarto informe (A/CN.4/444) comenzará ulteriormente.

2. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que decidió adaptarse a la moda y hablar de contramedidas en vez de represalias, pero que si habla de medidas o represalias en algún momento debe entenderse que son sinónimos de contramedidas. Personalmente prefiere el término represalia porque es claro cuando se traza una distinción entre autodefensa y retorsión.

3. En lo que respecta al comienzo de la parte «dispositiva» del tercer informe, la primera cuestión que se plantea en relación con el régimen de las contramedidas es la condición básica de las represalias legítimas: la existencia de un hecho internacionalmente ilícito o, para utilizar un término propuesto por uno de los nuevos miembros, una transgresión, ya sea de breve duración o continuada. La creencia de buena fe de que se ha cometido una trans-

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

[4] Véase *Anuario... 1991*, vol. I, 2238.ª sesión, párrs. 2 y ss.

gresión no es de por sí justificación suficiente para recurrir a una contramedida. Tal creencia de parte del Estado A, supuestamente lesionado por una transgresión supuestamente cometida por el Estado B, podría sólo disminuir una vez que se haya declarado que de hecho no hubo transgresión o que el Estado B no era el transgresor, el grado de ilicitud, y por consiguiente de responsabilidad, del Estado A por haber recurrido a una reacción injustificada. Ahora bien, la existencia de una transgresión y de su autor no tiene por qué ser objeto de una determinación previa del juez, árbitro u órgano político, salvo en la medida en que se contemple un procedimiento de sanción de controversias.

4. La segunda cuestión es la función de las contramedidas, que algunos consideran estrictamente compensatorias, en tanto que otros consideran que las medidas de este tipo son también, o incluso principalmente, punitivas. Se inclina a pensar que ambos elementos concurren, aunque en medida diferente, según los casos. Indudablemente, al recurrir a una contramedida el Estado lesionado considerará que está asegurando no sólo la justa compensación sino también la satisfacción que supone para la parte lesionada infligir cierto tipo de castigo. A su juicio, la Comisión no debería indicar explícitamente que la función de las contramedidas es en parte compensatoria o en parte punitiva o ambas. El proyecto de artículo no debería indicar qué contramedidas deberían perseguir reparación solamente. El asunto debería dejarse tal cual, por cuanto una acción punitiva no podría denegarse en el caso de crímenes y sería extraño si esto tuviera que hacerse explícito en alguna disposición que trate de crímenes. Debería también tenerse en cuenta que la diferencia calificativa entre las violaciones denominadas «delitos» y las denominadas «crímenes» puede que sea, en un análisis que queda por hacer, sólo de un grado, probablemente grado de culpa. El más grave de los «delitos» estaría tan cerca a la supuesta distinta categoría de crímenes que una distinción desde el punto de vista de la presencia o ausencia de consecuencias punitivas sería difícil de justificar tanto en la práctica como en la teoría.

5. La tercera cuestión es si recurrir a contramedidas está sujeto a condiciones que ha de cumplir el Estado lesionado y en qué medida. Las condiciones son de dos tipos: la demanda previa de cese del acto ilícito, de reparación, o de ambas cosas, la protesta o algo similar, y el recurso previo a los procedimientos de solución de controversias y su agotamiento. Los problemas que surgen de estos dos tipos de condiciones, en particular el recurso previo al procedimiento de solución de controversias, son fundamentales para idear un régimen de contramedidas. El orador volverá más tarde al asunto, pero de momento indicará simplemente que ha colocado la cuestión de las condiciones en la segunda parte del proyecto, apartándose así de la práctica de su predecesor, quien había puesto la mayoría en la tercera parte.

6. La cuarta cuestión se refiere a otras condiciones para las represalias legítimas, derivadas de la prohibición del uso de la fuerza, el respeto de los derechos humanos, el derecho de las relaciones diplomáticas, el respeto de los derechos de terceros y las normas imperativas de derecho internacional. Tras proclamaciones tan solemnes como las formuladas en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados[5] y en otros instrumentos de las Naciones Unidas y de órganos distintos de las Naciones Unidas, no cabe duda de que las contramedidas armadas están prohibidas en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. La opinión universal de los juristas, que el orador no comparte, es que el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta se ha convertido en norma de derecho internacional consuetudinario. La prevención y condena de las represalias armadas debería incluirse expresamente en uno de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Naturalmente, no debe dejar de lado esa parte de la doctrina que plantea la cuestión de si la no aplicación de los Artículos 42 a 47 de la Carta, núcleo del sistema de seguridad punitiva de las Naciones Unidas, no justifica una interpretación «evolutiva» del párrafo 4 del Artículo 2 que permita excepciones a la prohibición contenida en el mismo. Se refiere a la doctrina según la cual la prohibición establecida en el párrafo 4 del Artículo 2 debería sujetarse no sólo a las excepciones previstas en el Artículo 51 de la Carta sino también a otras excepciones no expresamente previstas en el Artículo 51. Ahora bien, esa doctrina sólo puede englobar, y en la medida en que puede ser aceptable, aquellos supuestos en que el recurso a la fuerza pueda estar justificado por las graves situaciones de emergencia para las que se idearon los Artículos 42 a 51 de la Carta. Aun cuando algunas de esas hipótesis tal vez exijan una ampliación del concepto de legítima defensa, eso no justificaría una excepción a la prohibición de las contramedidas armadas contra un hecho internacionalmente ilícito. Los Estados invariablemente invocan la legítima defensa, y no situaciones que requieren represalias o contramedidas, cuando recurren a la fuerza en respuesta a situaciones que consideran emergencias graves. Esto no prueba que las represalias armadas sean admisibles; y de hecho, el Consejo de Seguridad ha condenado las acciones en cuestión en más de una ocasión.

7. En cuanto al significado del término «fuerza», en su tercer informe hizo un breve bosquejo de las diferentes posiciones doctrinales sobre la ilicitud de ciertas contramedidas económicas y políticas. Por fuerza puede entenderse algo más que la fuerza armada, y a este respecto remite a la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía[6], la Declaración sobre las relaciones de amistad ya citada, el Acta Final de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa[7] y a varios instrumentos regionales, en particular la Carta de la Organización de los Estados Americanos. En algunos de esos textos, la prohibición de ciertas formas de coacción política y económica se ha tratado en el marco del principio de la no intervención. Aunque la práctica de los Estados no es abundante a este respecto, frecuentemente se ha recurrido a medidas políticas y económicas y se consideran admisibles como contramedidas. Ahora bien, su admisibilidad no está exenta de varias restricciones. En la práctica, parece haber una ten-

[5] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

[6] Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965.

[7] Firmada en Helsinki el 1.° de agosto de 1975.

dencia a prohibir las medidas políticas y económicas que comprometen la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que se adoptan.

8. En cuanto a compatibilidad con el respeto de los derechos humanos, las restricciones al recurso legítimo a las contramedidas deberían limitarse a los derechos humanos fundamentales. El derecho a poseer bienes, por ejemplo, no debería ser incluido entre los derechos cuya violación por medio de las contramedidas debería declararse inadmisible. Esto no quiere decir que la Comisión debería enumerar los derechos humanos que considera suficientemente importantes para ser protegidos de tomar contramedidas contra un Estado. La cuestión debería dejarse al ulterior desarrollo del ordenamiento jurídico de los derechos humanos.

9. Más tarde hablará más ampliamente de la inviolabilidad de las personas especialmente protegidas, junto con los regímenes autónomos, del que es un ejemplo. A este respecto es menester gran cautela y la Comisión debería inspirarse en la razón de ser de las inmunidades diplomáticas. Si los diplomáticos no están protegidos por inmunidades diplomáticas, lo están por la normativa internacional de los derechos humanos. Debería imponerse una prohibición a las contramedidas que pudieran obstaculizar seriamente la práctica normal de la diplomacia: una limitación que no debería entenderse, sin embargo, como condenando, por ejemplo, el rompimiento de las relaciones diplomáticas como una represalia de un Estado contra otro. Acertadamente se ha planteado la cuestión de por qué es necesario mencionar la pertinencia del *jus cogens*. Es sabido que las normas de *jus cogens* existen y que, por ser lo que son, esas normas no están sujetas a derogación y por tanto no pueden ser violadas por un Estado que recurra a una contramedida simplemente porque está respondiendo a una transgresión internacional. Ahora bien, así como debería mencionarse expresamente la prohibición de la fuerza armada, también debería serlo la prohibición de toda contramedida incompatible con las normas de *jus cogens*. En el cuarto informe volverá a la cuestión de las obligaciones *erga omnes*, pero es evidente que el Estado que recurra a una contramedida no debería hacerlo en detrimento de los legítimos derechos de los Estados que no tienen nada que ver con el hecho ilícito.

10. Evidentemente, el régimen de las contramedidas constituye el núcleo del derecho de la responsabilidad de los Estados y al mismo tiempo es su parte más crucial y problemática. Al estudiar el régimen de las consecuencias sustantivas, cabe basarse en gran medida en analogías con el derecho interno, pero no se dispone de esa ayuda en lo relativo a las consecuencias instrumentales de los hechos internacionalmente ilícitos. En ningún otro ámbito del derecho internacional está tan clara la desnudez del emperador, por decirlo así. Los medios institucionales de reparación son muy pocos y donde existen no son siempre satisfactorios. En términos generales, a la comunidad internacional le preocupa más el mantenimiento de la seguridad que las consecuencias de las transgresiones del derecho internacional; incluso la Carta de las Naciones Unidas es de poca ayuda a este respecto. La aplicación de las normas sobre la responsabilidad de los Estados queda en manos de éstos e inevitablemente la desigualdad de los Estados en términos de riqueza y poder se deja sentir más en el ámbito de las contramedidas que en ningún otro. El hecho de que las contramedidas en su mayoría se deciden y aplican unilateralmente es inconveniente para ambas partes en la relación de la responsabilidad. El Estado supuestamente transgresor se encuentra en desventaja él mismo al enfrentar las decisiones unilaterales del Estado que supuestamente ha injuriado. Por su parte, el Estado injuriado está sujeto a condiciones y restricciones que le ponen en desventaja siempre que se encuentra frente a un transgresor obstinado e intransigente. La prohibición del uso de la fuerza y la obligación de respetar los derechos humanos y los intereses humanitarios ponen al Estado lesionado respetuoso de la ley en grave dificultad para lograr el cese de la conducta ilícita y obtener una reparación adecuada. Estos factores disminuyen la eficacia tanto de las normas primarias como de las secundarias. La única manera de abordar estos factores negativos reside en un esfuerzo muy serio de la CDI y de la Sexta Comisión para robustecer los procedimientos de solución de controversias previstos en la tercera parte del proyecto. Aunque se reserva el derecho de volver a este asunto en su debido tiempo en forma expresa en un informe *ad hoc*, en su cuarto informe presenta algunas reflexiones preliminares partiendo de un análisis de la evolución de las obligaciones de solucionar las controversias desde la primera guerra mundial. Volverá a la cuestión cuando la Comisión empiece a examinar el cuarto informe, pero considera útil en la presente etapa señalar a la atención las conclusiones a que ha llegado, a fin de facilitar el debate posteriormente.

11. El Sr. JACOVIDES dice que el tema de la responsabilidad de los Estados ofrece a la Comisión una excelente oportunidad para ejercer su influjo no sólo en la codificación sino también en el desarrollo progresivo de las normas pertinentes. El tema ha estado en el programa durante mucho tiempo y, a su juicio, la Comisión debería centrarse en él lo más posible en el actual período de sesiones y en el resto del presente quinquenio, dando prioridad al tema, de ser necesario, sobre otros de menor importancia en el derecho internacional contemporáneo, tales como el tema de las relaciones entre Estados y las organizaciones internacionales. La terminación de los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados durante el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional[8] constituiría un logro importante y sería muy bien recibido por la Asamblea General, a quien le cuesta entender por qué la Comisión tarda tantos años en avanzar. Y por último, pero no menos importante, debe recordarse que, en el debate del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se acordó por vía de avenencia restringir ese tema a los individuos, quedando entendido que la responsabilidad penal de los Estados se incluiría en el tema de la responsabilidad de los Estados. En vista de este nexo, es esencial que el avance en la responsabilidad de los Estados siga el ritmo de los progresos en el proyecto de código; de lo contrario, se pondría en peligro la validez de esa avenencia.

[8] Véase 2255.ª sesión, nota 5.

12. Felicita al Relator Especial por la minuciosidad y erudición de que hace gala en el tercer informe, que trata del régimen jurídico de las medidas que un Estado lesionado puede adoptar contra un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. Por el momento el debate se limita a las medidas aplicables al caso de los delitos o los hechos ilícitos ordinarios y el examen de las medidas análogas en el caso de los crímenes internacionales se deja para una fase ulterior. El Relator Especial tiene razón al mencionar en la introducción el contraste entre la igualdad a que todo Estado tiene derecho según la ley y las desigualdades de hecho que tientan a los Estados más fuertes a imponer su poder económico y militar, contraste que se manifiesta particularmente en las contramedidas contra hechos ilícitos. Son los Estados pequeños y medianos quienes, por motivos de legítima defensa o incluso de autoconservación, tienen que recurrir al efecto protector del derecho internacional y contribuir a su eficacia. Además, a este respecto entra en juego el desarrollo progresivo del derecho internacional por medio de conceptos tales como el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes*, el reconocimiento de la existencia de normas y principios de jerarquía superior establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, conceptos que deberían dar un valor especial a la labor de la Comisión en general y a sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados en particular. La Comisión podría aportar una valiosa contribución para elevar el concepto de la responsabilidad de los Estados, trasladándolo desde su contexto tradicional, en el que se insiste primordialmente en el daño causado a extranjeros, al contexto contemporáneo del orden público internacional y de los intereses de la comunidad internacional en general.

13. En el informe se habla del «vago y ambiguo concepto de un ''nuevo orden internacional''». Pese a que varias partes del mundo actualmente están sufriendo lo que podría calificarse de nuevo desorden internacional, es de celebrar el concepto de nuevo orden internacional, pero sólo si adquiere el debido significado jurídico y conduce a un orden jurídico internacional. Ello es imposible a menos que el nuevo orden mundial se base no en un directorio de los poderosos sino en la justicia igual para todos los miembros de la comunidad internacional. Hay que establecer el debido equilibrio entre, por una parte, las medidas contra las violaciones de los derechos humanos que ponen en peligro la paz, y por otra, la injerencia no regulada y abusiva en la jurisdicción interna de los Estados y la erosión de su soberanía. La proporcionalidad y el rechazo de doble rasero son elementos esenciales para determinar si hay adecuación en las contramedidas. Primero y fundamental, las decisiones han de adoptarse según la letra y el espíritu de las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

14. La legítima defensa debería considerarse una reacción armada unilateral frente a un ataque armado. Aunque es legítima en ciertas circunstancias, debería considerarse una medida excepcional, ya que la norma básica de la Carta es la prohibición completa del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. En consecuencia, la legítima defensa debería delimitarse cuidadosamente. A su juicio, la relación entre el párrafo 4 del Artículo 2 y el Artículo 51 de la Carta ofrece el mejor criterio del margen concedido, con una interpretación estricta del Artículo 51, ya que una interpretación amplia abriría la puerta a los abusos de los Estados más fuertes. La tendencia en el derecho internacional contemporáneo debería ser la aplicación de la legítima defensa en forma restrictiva. En cuanto al concepto de autotutela, está de acuerdo en que es demasiado general e impreciso para examinarlo en el presente contexto. Análogamente, el término «sanciones» debería limitarse a las medidas adoptadas por un órgano internacional, siendo el Consejo de Seguridad el ejemplo más evidente de ello. La retorsión, en el sentido de medidas no amistosas adoptadas en respuesta a actos igualmente no amistosos pero no ilícitos *per se*, no debería figurar en el proyecto.

15. En cuanto a las represalias, como conducta que es ilícita *per se* en cuanto comporta la violación de un derecho de otro Estado pero que pierde su ilicitud por el hecho de ser una reacción a un acto ilícito cometido por el otro Estado, la Comisión debería adoptar un planteamiento restrictivo e interpretar el ámbito de las represalias lo más estrictamente posible. El término «contramedidas» debería comprender todas las medidas a que cabe recurrir para lograr el cese del hecho internacionalmente ilícito o la reparación; como señaló el Relator Especial en el informe, la propia Comisión, en el contexto del proyecto de artículo 30 de la primera parte, entendió que comprendía las medidas calificadas tradicionalmente de represalias, así como las sanciones decididas o aplicadas por órganos internacionales. La expresión «medidas de reciprocidad» utilizada en el contexto de contramedidas es una aplicación particular del concepto más amplio de reciprocidad que se aplica a diversas esferas del derecho internacional y de las relaciones internacionales. La adopción de contramedidas sobre la base de reciprocidad estaría destinada a restablecer el equilibrio entre la posición del Estado transgresor y la del Estado lesionado, y por tanto diferirían de las represalias tal como se han definido anteriormente.

16. Coincide con el Relator Especial en que el recurso legítimo a las contramedidas presupone una conducta internacionalmente ilícita de carácter instantáneo o continuado, y que la convicción de buena fe del Estado que ha sido o está siendo lesionado por un hecho internacionalmente ilícito no basta de por sí. Esta posición concuerda con la idea general de permitir la aplicación restrictiva de las contramedidas. La misma consideración general inspira su respuesta a la cuestión planteada en cuanto a las funciones y fines de las contramedidas. Aunque las contramedidas pueden contener un elemento punitivo, debería insistirse en la restitución e indemnización más que en el castigo. Está de acuerdo también en que no debería ser legítimo el recurso a los actos de represalia antes de que haya resultado inútil la protesta o la demanda de cese del acto hostil y de reparación, o ambas cosas, y observa con aprobación la declaración del Relator Especial según la cual, si la cuestión no se regulase satisfactoriamente de *lege lata*, tal vez habría que tratar de mejorarlo, con objeto de proteger mejor a las partes posiblemente más débiles, como cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional. Análogamente, y de forma más significativa, en el proyecto en examen debería tenderse a fomentar la solución pacífica de controversias por intervención dirimente de terceros. Este principio se enuncia en el párrafo 3 del Artículo 2 y en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y recientemente ha habido mucha actividad a ese respecto, no

sólo a nivel internacional sino también regional, en el marco de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa y en otras partes. La respuesta a la cuestión de los efectos de las obligaciones relativas a la solución de controversias se aplica principalmente a las contramedidas con uso de la fuerza, pero es pertinente también para las medidas sin uso de la fuerza. Es de esperar que para la tercera parte del proyecto se adopte un sistema eficaz de arreglo de controversias, y está plenamente de acuerdo con las opiniones del Relator Especial sobre el tema expresadas en el informe.

17. El problema de la proporcionalidad es sin duda un elemento crucial para determinar la validez de las contramedidas. La norma de la proporcionalidad no es sólo la doctrina moderna sino que también está firmemente arraigada en el derecho internacional clásico y en la práctica judicial. En tanto que el principio en sí se presta difícilmente a la duda, puede haber cierto margen de debate sobre su ámbito preciso y aplicación en el presente contexto. El orador confía en que el Relator Especial guíe a la Comisión hacia una formulación más adecuada del derecho a este respecto. En cuanto al régimen de la suspensión y la terminación de los tratados efectuadas a título de contramedidas, su posición es que hay que basarse lo más posible en las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, y, si la Convención no trata la cuestión, aplicar las contramedidas en la menor escala posible. Comparte la opinión del Relator Especial de que el problema de los denominados regímenes autónomos no debería tratarse en la sección de la segunda parte relativa a las contramedidas sino más bien en la sección o capítulo relativos a los principios generales del contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional.

18. Señala que el problema de los Estados diferentemente lesionados ya se ha examinado y que, tras la debida deliberación, la Comisión aprobó el proyecto de artículo 5[9] y más concretamente los apartados *e* y *f*, en los que se definen los Estados diferentemente lesionados y las circunstancias en las que tienen *locus standi*. Sin excluir la posibilidad de expresar opiniones diferentes o intentar mejorar el texto, tal vez convendría tomar ese artículo como punto de partida para continuar los trabajos sobre el tema. Las cuestiones planteadas bajo el epígrafe de las cuestiones de limitaciones de fondo encierran algunos de los temas fundamentales de política pública del derecho internacional contemporáneo y ofrecen excelentes oportunidades para que la Comisión deje su impronta en la codificación del desarrollo progresivo del derecho. Comparte la opinión dominante de que la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, ha pasado a ser parte del derecho internacional general no escrito y norma imperativa, de la que no debería estar permitido apartarse ni por tratado ni de otra forma. Cabe afirmar con seguridad que el recurso a las represalias con uso de fuerza armada está prohibido por el derecho internacional. Aprueba la opinión del Sr. Bowett sobre esa cuestión, citada en una de las notas, y respalda la opinión del Relator Especial, según la cual la Comisión difícilmente podría admitir derogación alguna a la prohibición de las represalias armadas implícita en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta y destacada en la parte correspondiente de la Declaración sobre las relaciones de amistad.

19. El Relator Especial acertadamente dice que la limitación basada en el respeto de los derechos humanos y los principios humanitarios fundamentales representa una nueva restricción a la libertad de los Estados de recurrir a formas de represalia incompatibles con tales derechos y principios. Ahora bien, a fin de permanecer dentro de los límites tanto de la realidad como del derecho, es importante definir el umbral más allá del cual no pueden permitirse las contramedidas en respuesta a un hecho ilícito, ya que no todo derecho humano puede considerarse que constituya una limitación absoluta. La inviolabilidad de las personas especialmente protegidas con razón es ampliamente aceptada como otra limitación de las represalias, particularmente en el caso de los jefes de Estado y los enviados diplomáticos. Esta noción está hondamente arraigada en el derecho internacional clásico y hay sobradas razones para seguir observándola. Ahora bien, cabe prever excepciones, por ejemplo, las restricciones a la libertad de movimiento de los enviados diplomáticos basadas en la reciprocidad, y para la línea de demarcación exacta habría que tener en cuenta la práctica de los Estados. Por último, no puede dudarse de la limitación adicional a las contramedidas que imponen las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Las medidas que comporten una violación de esas normas y obligaciones serían ciertamente ilícitas, cosa que ha aceptado debidamente la Comisión. Ahora bien, en tanto que el principio del *jus cogens* es claro y su existencia fue debida y solemnemente aceptada en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, su contenido jurídico exacto nunca ha sido definido por un órgano autorizado. Ha sido objeto de estudio por los juristas y se menciona frecuentemente en la doctrina, pero permanece indefinido en gran medida. Dado que actualmente la Comisión está buscando temas para su programa de trabajo a largo plazo, merecería la pena examinar la posibilidad de tratar de definir el contenido jurídico del principio del *jus cogens*.

20. En el momento oportuno presentará sus observaciones al cuarto informe. Simplemente señalará que el texto de los proyectos de artículos 11 y 12 propuestos no contiene una referencia a las cuestiones examinadas en el capítulo del tercer informe relativo a las cuestiones de las limitaciones de fondo. ¿Cuáles pueden ser las razones de esa omisión? ¿Trató el Relator Especial dichas limitaciones en otras partes? También desea señalar la referencia en el cuarto informe al informe de la CIJ a la Asamblea General, en el que el Presidente de la Corte, Sir Robert Jennings, destaca que la Corte podría desempeñar un papel más activo en la solución de controversias si los Estados y los órganos de las Naciones Unidas utilizaran más ampliamente su jurisdicción consultiva[10]. El Secretario General ha aplaudido la idea y ha señalado que incluso las controversias internacionales que son de naturaleza predominantemente política a menudo tienen un elemento jurídico, y un pronunciamiento no vinculante

[9] Para el texto, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 26.

[10] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Sesiones Plenarias*, 44.ª sesión.

en esos casos podría contribuir a su solución por medios tales como la negociación y la mediación[11]. La sugerencia es prudente y apropiada al mismo tiempo y debería recibir la atención que merece.

21. El Sr. VERESHCHETIN dice que le han impresionado la lucidez y profundidad con que el Relator Especial ha realizado la complejísima tarea que se le había asignado. Comparte la opinión del Relator Especial de que las medidas unilaterales u «horizontales» en el caso de delitos no deberían considerarse aisladamente o como medio de castigar al Estado infractor, sino primordialmente como un medio empleado por el Estado lesionado para lograr que cese el hecho ilícito y obtener indemnización y la garantía de no repetición.

22. En la actual fase de evolución del derecho internacional sería apropiado enunciar condiciones previas y limitaciones específicas para la aplicación de tales medidas. Estas limitaciones y condiciones se refieren tanto al requisito preliminar de cese del hecho ilícito como a la limitación en el sentido amplio de la palabra y a la fijación de un plazo razonable para el cumplimiento de ese requisito preliminar. Esto se aplica también a la condición del uso previo de los procedimientos disponibles de solución de controversias, ya sean los procedimientos generales previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas o los procedimiento específicos contenidos en tratados entre el Estado lesionado y el Estado transgresor. Coincide con el Relator Especial en que las contramedidas sólo podrían estar justificadas en poquísimos casos. Como se dice en el informe, los Estados ya habían adoptado tal posición antes de la segunda guerra mundial, pero esa posición estaba aún más en consonancia con la evolución contemporánea del derecho internacional, teniendo particularmente en cuenta el proceso de Helsinki y el fin de la «guerra fría» y la consiguiente aparición de nuevas oportunidades para un uso más eficaz de los mecanismos y procedimientos existentes para la solución pacífica de controversias.

23. A este respecto, desea recordar la importante observación del Relator Especial según la cual los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados deberían robustecer y desarrollar esos procedimientos, y en particular los procedimientos de resolución judicial y de arbitraje. Aunque esto será objeto de la tercera parte del proyecto de artículos, incluso durante el examen de la naturaleza y condiciones de la admisibilidad de las contramedidas unilaterales, la Comisión debería tener presente la futura tarea de realzar la función y ampliar la gama de los medios pacíficos de solución de controversias y la consiguiente limitación del ámbito de las contramedidas. Por esa razón, no debería atenuarse el requisito del recurso previo a los procedimientos existentes de solución pacífica de controversias antes de recurrir a las contramedidas.

24. Otra cuestión es la de las contramedidas que han de considerarse admisibles como acción unilateral de los Estados. ¿Deberían especificarse esas medidas en el proyecto de artículos? ¿Deberían expresarse en términos más generales, como en el proyecto de artículo 11 del cuarto informe del Relator Especial? El Relator Especial no ha sido plenamente congruente en su planteamiento. Parece haber tomado el término «contramedidas» como sinónimo de «represalias», pero no se ha limitado a considerar las represalias como contramedidas y se ha referido también a otras medidas, tales como la suspensión y la terminación de los tratados internacionales o de artículos específicos de los mismos, y a las medidas de reciprocidad. Tampoco ha sido el Relator Especial plenamente congruente al tratar medidas tales como la retorsión. Por una parte, no incluye la retorsión como contramedida cuya aplicación esté sujeta a regulación en el marco de la responsabilidad de los Estados, y por otra, acertadamente ha señalado que, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, en determinadas circunstancias, el Estado debe abstenerse tanto de las contramedidas como de la retorsión. De ello se sigue que la retorsión no puede considerarse siempre como una acción legítima desde el punto de vista del derecho internacional.

25. Sea como fuere, el texto de los artículos sobre las contramedidas debería afirmar con más claridad la posición de la Comisión sobre la cuestión de si las contramedidas han de considerarse análogas a las represalias y si las condiciones de aplicación de las distintas contramedidas son idénticas. Incluso un examen preliminar del proyecto de artículo 11 del cuarto informe del Relator Especial revela que mucho queda por hacer para aclarar esta cuestión, y espera que el Relator Especial esté dispuesto a arrojar más luz sobre ella.

26. Otra importante cuestión se plantea en relación con las represalias con uso de la fuerza armada y el tratamiento que el Relator Especial da al párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta. Abordará estos aspectos del informe en una fase ulterior.

27. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que la Comisión ya ha examinado las consecuencias sustantivas de los hechos internacionalmente ilícitos y ahora es tiempo de abordar las consecuencias «instrumentales», a saber: los derechos del Estado lesionado a adoptar medidas para asegurar que el Estado que cometa el acto cumpla sus obligaciones secundarias.

28. Aunque en el tercer informe el Relator Especial dio pruebas de su saber y lucidez habituales, el principal inconveniente es que no propuso ningún proyecto de artículos, lo cual es tanto más lamentable cuanto que la segunda parte del proyecto de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados había figurado en el programa de la Comisión desde 1980 y cabía esperar que ya se adoptara un planteamiento más práctico. En efecto, sólo se han presentado unos pocos artículos para que los examine la Comisión. Al mismo tiempo, el orador desea señalar que considera el tercer informe del Relator Especial sumamente útil para fines docentes.

29. Ahora bien, en la fase actual las observaciones de la Comisión deberían servir de base para sugerencias y propuestas del Relator Especial para proyectos de artículos. Dado que el cuarto informe contiene proyectos de artículos, no puede sino considerar que un debate centrado en el tercer informe es en gran medida académico. Esto es particularmente cierto de las frecuentes referencias hechas en el tercer informe a la necesidad de remitirse a la práctica de los Estados. En el tercer informe no se dieron ejemplos concretos de esa práctica, pero se

[11] *Ibid.*

proporcionan abundantemente en el cuarto. En todo caso, la tarea primordial de la Comisión es llegar a normas jurídicas adecuadas, labor para la que los periplos por el ámbito de la historia del derecho sólo pueden tener interés marginal.

30. En general, la Comisión debería ser sumamente cautelosa en su actitud ante la práctica de los Estados. En definitiva, las contramedidas significan que los Estados tienen derecho a tomarse la justicia por sus manos. La aplicación de los derechos sustantivos de un Estado lesionado debería confiarse cada vez más a órganos imparciales facultados para decidir si se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, si de hecho se ha sufrido una lesión y, en caso afirmativo, el alcance de la lesión. Siempre habrá casos en los que la naturaleza imperfecta del mecanismo dejará cierto margen para la acción directa e independiente de los Estados que se consideren lesionados, pero los esfuerzos de la Comisión deben encaminarse a reducir al mínimo el ámbito de esas iniciativas unilaterales, ya que suelen prestarse a abusos. Si un Estado se considera lesionado, y si es más poderoso que el Estado que considera transgresor, fácilmente tendrá la tentación de recurrir a contramedidas, cosa que evidentemente no ignora el Relator Especial, como se desprende de la introducción de su tercer informe, que la Comisión haría bien en tener presente en las futuras deliberaciones sobre el tema.

31. El Sr. CRAWFORD dice que él también habría preferido referirse al tercer informe junto con el cuarto. Por el momento se limitará a preguntar si el Relator Especial puede hacer un bosquejo provisional de las disposiciones restantes que han de incluirse en las partes segunda y tercera, y si considera que una primera lectura del texto completo de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados será factible durante el actual quinquenio.

32. El Sr. KOROMA dice que, leyendo el tercer informe, inicialmente tuvo la impresión de que el Relator Especial replanteaba cuestiones que ya habían sido resueltas, pero con su declaración resulta evidente que se ha esforzado por asegurar que, cualesquiera que sean las normas que finalmente adopte la Comisión, deben basarse en doctrinas y principios generales de derecho internacional. En efecto, el tercer informe ofrece una especie de síntesis de las cuestiones planteadas y proporciona un considerable volumen de valioso material que deberá tenerse en cuenta cuando la Comisión examine el cuarto informe.

33. El PRESIDENTE señala que, por deferencia a aquellos miembros cuyo idioma de trabajo no es el inglés, el examen del cuarto informe se ha aplazado hasta que estuviera disponible en todos los idiomas de trabajo.

34. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que las dificultades mencionadas por el Sr. Calero Rodrigues derivan del hecho de que, desde 1985, cuando él entró a formar parte de la Comisión, ésta había asignado al menos un tercio de su tiempo al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por esta razón, en el anterior período de sesiones, el Relator Especial no pudo disponer de la orientación de los miembros sobre las cuestiones planteadas en su tercer informe. Cierto que el proyecto de código es importante, pero se pregunta si es realmente necesario centrarse en él en tal medida, con detrimento de otros temas ante la Comisión.

35. No comparte en absoluto la opinión de que un informe sea inútil a menos que contenga proyectos de artículos. En el pasado ha habido ocasiones en que se han presentado informes sin artículos a la Comisión y el propósito de esos informes era permitir a los miembros sacar las conclusiones pertinentes sobre la doctrina y la práctica, y dar al Relator Especial la orientación necesaria. No sería sagaz adoptar artículos sin explorar antes todas las cuestiones. En cuanto al futuro, no podrá presentar ningún proyecto de disposición sobre el problema de la categoría de «crímenes» internacionales de los Estados a menos que tenga la orientación de las opiniones de la Comisión sobre los principales asuntos surgidos a raíz de la distinción establecida en el artículo 19 de la primera parte: esto sobre la base de un informe sin artículos. El hecho de que no haya podido obtener la orientación de la Comisión antes de redactar los proyectos de artículos 11, 12, 13 y 14 no significa que las cuestiones planteadas en el tercer informe no merezcan debate. En efecto, el Sr. Calero Rodrigues también ha mencionado que ha utilizado parte del material del tercer informe para fines académicos.

36. Ha pedido al Sr. Vereshchetin que tuviera la amabilidad de transmitirle sus preguntas por escrito, y por consiguiente, responderá a ellas en la próxima sesión. En cuanto a la cuestión del Sr. Crawford, el orador propone tratarla en el quinto informe, en 1993, con los crímenes y con la tercera parte del proyecto. Ya ha pedido a la secretaría que reúna todo el material doctrinal y jurisprudencial para un estudio preliminar que ha de llevarse a cabo para la segunda lectura de la primera parte del proyecto. En su sexto informe comenzará a preparar lo necesario para esa segunda lectura. Es de esperar que la Comisión termine la segunda lectura de la primera parte y la primera lectura de las partes segunda y tercera durante el actual quinquenio. Con los proyectos de artículos 11 a 14 concluirá la segunda parte del proyecto, excepto la difícil cuestión de los crímenes y algunas otras disposiciones, en particular los artículos 2 y 4. También puede ser necesario incluir una breve disposición, tal vez como artículo 5 *bis* del proyecto, para aclarar la posición de los Estados que no estén materialmente afectados o menos afectados directamente. Por último, la tercera parte del proyecto tratará de la solución de controversias en el marco de la responsabilidad de los Estados. Es un tema sumamente importante y sobre el cual es esencial recibir las opiniones de los miembros.

37. El PRESIDENTE señala que se ha pedido a todos los relatores especiales que presenten al Grupo de Planificación sus planes para el tratamiento futuro de sus temas. Sobre esta base, el Grupo podría elaborar un programa para el quinquenio, que podría someterse a la Comisión.

38. El Sr. IDRIS dice que, en vez de debatir los aspectos de procedimiento de la cuestión, la Comisión debería oír las declaraciones de los miembros. Ahora bien, para una organización eficiente de los trabajos, primero es necesario disponer de la respuesta a tres preguntas: ¿Cuándo formulará el Relator Especial sus observaciones su-

plementarias al tercer informe? ¿Cuándo presentará el Relator Especial su cuarto informe? y ¿Cuándo se distribuirá la adición al cuarto informe?

39. El Sr. JACOVIDES señala que los artículos propuestos por el Relator Especial en su cuarto informe no tratan de las cuestiones de limitaciones sustantivas a que se refiere el tercer informe. Pregunta si el Relator Especial intenta referirse a estas cuestiones en proyectos de artículos ulteriores.

40. El PRESIDENTE dice que el Relator Especial formulará sus observaciones suplementarias al tercer informe en la próxima sesión. El cuarto informe no podrá presentarse hasta que esté disponible en todos los idiomas de trabajo, lo cual sucederá probablemente a finales de mayo o principios de junio. Además, la adición sólo acaba de presentarse y el Relator Especial estará ausente durante las dos primeras semanas de junio. Por tanto, la fecha prevista para reanudar el debate sobre las contramedidas es el 16 de junio de 1992.

41. El Sr. CRAWFORD dice que le preocuparía mucho que la Comisión examinara algún sector de la primera parte antes de terminar el examen de las partes segunda y tercera y los comentarios en primera lectura. No son temas separados sino partes integrantes de un todo. Durante el actual quinquenio la principal prioridad debería ser ultimar un conjunto integrado de proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

42. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, a petición de su predecesor, el Sr. Riphagen, se ha reunido una lista de materiales con miras a preparar la segunda lectura de la primera parte del proyecto. Esa lista, que parece ser muy valiosa tanto respecto de la doctrina como respecto de la práctica, está hora anticuada. El trabajo debe reanudarse tan pronto como sea posible. Es igualmente esencial que la División de Codificación efectúe lo antes posible un estudio de dichos materiales con el objeto de preparar un compendio de la doctrina y la práctica respecto a las cuestiones que abarcan los 35 artículo de la primera parte. La secretaría debería realizar esa labor, ya que él no dispone de dinero para ordenar hacerlo. En respuesta a la pregunta del Sr. Jacovides, dice que por cierto habrá un artículo sobre las cuestiones de limitaciones sustantivas en la adición que hará a su cuarto informe.

43. El Sr. EIRIKSSON dice que la Comisión debería iniciar la segunda lectura sólo si está segura de concluirla durante el actual quinquenio.

44. El Sr. BENNOUNA dice que comparte las opiniones del Sr. Crawford y del Sr. Eiriksson.

45. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que si la Comisión puede o no terminar sus trabajos sobre el proyecto de artículos de las partes segunda y tercera del proyecto durante el actual quinquenio dependerá también de lo que el Comité de Redacción pueda lograr.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2266.ª SESIÓN

Miércoles 27 de mayo de 1992, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis y*

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial), continuando la recapitulación de la presentación de su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/440 y Add.1)[4] en beneficio de los nuevos miembros, aborda en primer lugar la cuestión de los regímenes llamados «autónomos». Señala que se caracterizan por el hecho de que las obligaciones de fondo que prevén van acompañadas de normas especiales relativas a las consecuencias de la violación de esos regímenes. El análisis de la práctica internacional hace ver que los tratados multilaterales, y en particular los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales, comprenden con frecuencia normas de este tipo. La característica esencial de estas normas es que suponen a menudo la intervención de un órgano internacional, sea para velar por el respeto de las mismas, sea para estudiar las medidas que han de tomarse en caso de violación, aplicar esas medidas o autorizar su aplicación. La cuestión que se plantea aquí es pues la de saber si las normas constitutivas de los regímenes «autónomos» vulneran —y en su caso, en qué forma— los derechos de los Estados partes de recurrir a las contramedidas que autoriza el derecho internacional general.

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

[4] Véase *Anuario... 1991*, vol. I, 2238.ª sesión, párrs. 2 a 24.

2. En lo que respecta al llamado «orden jurídico» de la Comunidad Económica Europea, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado en repetidas ocasiones el principio según el cual los Estados miembros no tendrían derecho a recurrir a medidas unilaterales en virtud del derecho general (véanse los asuntos conjuntos 90 y 91-63[5] y el asunto 232/78[6]). Algunos autores comparten este punto de vista. Otros mantienen, por el contrario, que no puede excluirse la facultad de utilizar los recursos que ofrece el derecho internacional general cuando se han agotado los medios de recurso previstos en el marco de la Comunidad Económica Europea. Generalmente, los autores especializados en el derecho de la Comunidad tienden a considerar que el sistema constituye un régimen «autónomo», mientras que los especialistas del derecho internacional público muestran una tendencia a argüir que los tratados que establecen la Comunidad no difieren verdaderamente de los demás tratados: a su modo de ver, el elemento de reciprocidad no está descartado e incluso la decisión de los Estados contratantes de ser miembros de una «comunidad» no puede considerarse como irreversible, por lo menos mientras esos Estados sigan siendo entidades soberanas y no se realice la integración jurídica.

3. Parece que de ello se sigue que el sistema de la Comunidad no constituye realmente un régimen «autónomo», por lo menos por lo que respecta a las contramedidas. La idea de que a los Estados miembros les resulte jurídicamente imposible recurrir en última instancia a las posibilidades que ofrece el derecho internacional general no parece verdaderamente justificada, al menos desde el punto de vista del derecho internacional general. Como ha dicho White[7], este tipo de afirmación parece apoyarse más en consideraciones políticas que en un razonamiento jurídico.

4. Los otros dos ejemplos de regímenes llamados «autónomos», las normas relativas a la protección de los derechos humanos y las relativas a las relaciones diplomáticas y al estatuto de los agentes diplomáticos son todavía menos convincentes.

5. A propósito de los derechos humanos, los autores están divididos, pero hay una clara mayoría que se niega a admitir que los sistemas convencionales de alcance universal o regional que se han establecido en esta esfera constituyan regímenes «autónomos».

6. Por lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Relator Especial se inclina a pensar, como los Sres. Tomuschat, Méron y Simma en particular[8], que el sistema definido en el artículo 44 del Pacto no puede constituir un régimen «autónomo».

7. Si los autores se muestran más prudentes ante el sistema establecido por el Convenio europeo de derechos humanos de 1950, la opinión que prevalece actualmente es, sin embargo, que este sistema no impide a los Estados miembros de la Comunidad utilizar los recursos que ofrece el derecho internacional general. El derecho de recurrir a procedimientos de solución de las controversias distintos de los previstos en la Convención figura, por otra parte, en el artículo 62 de este instrumento.

8. Hablando de estos dos sistemas, el Relator Especial ha tenido ocasión de afirmar que las obligaciones que implican están sometidas a las normas generales del derecho internacional, pongan o no procedimientos especiales a disposición de los particulares, de grupos de particulares o de los Estados. De igual modo, según Henkin[9], los procedimientos previstos en el Pacto y en el Convenio europeo tienen por objeto completar y no eliminar los recursos generales que se ofrecen a las partes en caso de violación por otra parte. Algunos asuntos recientes, de los que trata el Relator Especial en su cuarto informe, parecen confirmar la tesis según la cual no existe régimen «autónomo» en la esfera de los derechos humanos; la única dificultad en estos asuntos es que no siempre es fácil distinguir entre las contramedidas *stricto sensu* y los casos de simple retorsión.

9. El GATT y el derecho diplomático constituirían también, en opinión de algunos autores, «regímenes autónomos». Pero también en ese caso la aplicación de las disposiciones de estos instrumentos no parece significar el abandono del régimen de las contramedidas previsto por el derecho internacional general. El carácter autosuficiente del derecho diplomático en particular es muy discutido. La tesis más convincente que se ha formulado a este respecto es que las restricciones a las contramedidas «diplomáticas», cualesquiera que sean, no se derivan de una especificidad del derecho diplomático sino de la aplicación normal, en la esfera del derecho diplomático, de las normas y principios generales que constituyen el régimen de las contramedidas. Tal es el punto de vista de Simma y en cierta medida de Dominicé[10].

10. Ninguno de los sistemas previstos parece constituir *in concreto* un régimen «autónomo». Además, el análisis de estos sistemas lleva a dudar muy seriamente de la admisibilidad, incluso *in abstracto*, del concepto mismo de regímenes «autónomos» en cuanto subsistemas del derecho de la responsabilidad de los Estados o, para recoger la expresión utilizada por el anterior Relator Especial, Sr. Willem Riphagen, «circuito jurídico cerrado». Ciertamente, estas normas sustantivas, o todo conjunto más o menos estructurado y organizado de normas sustantivas, pueden muy bien contener disposiciones encaminadas a reglamentar mejor las consecuencias de su violación. En algunos casos la finalidad será vigilar con más eficacia las violaciones y las reacciones a esas violaciones por medio de un mecanismo especial o evitar que una reacción a una violación comprometa el fin general de la regla infringida. Pero al hacerlo, las normas en cuestión no excluyen ni la validez ni la aplicación de las normas del derecho internacional general relativas a las conse-

[5] *Commission de la Communauté économique européenne* c. *Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, fallo de 13 de noviembre de 1964, Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1964, vol. X, fascículo 6, Luxemburgo, págs. 1217 y ss.

[6] *Commission des Communautés européennes* c. *République française*, «Viande ovine», fallo de 25 de septiembre de 1979, Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, *ibid.*, 1979-8, Luxemburgo, págs. 2729 y ss.

[7] Para la fuente, véase la correspondiente nota al documento A/CN.4/444/Add.2.

[8] *Ibid.*

[9] *Ibid.*

[10] *Ibid.*

cuencias sustanciales o instrumentales de los hechos internacionalmente ilícitos. Estas reglas especiales representan simplemente excepciones de las reglas generales, excepciones que no son admisibles más que en la medida en que no son incompatibles con las normas generales. Por otra parte, no sería concebible ninguna disposición que supusiera una excepción de las normas y principios esenciales que afectan a las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos y que se derivan de las relaciones internacionales y del derecho internacional. No se podría admitir, por ejemplo, una disposición convencional que entrañara una excepción del principio de prohibición del uso de la fuerza, de la norma del respeto de los derechos fundamentales, de los imperativos fundamentales de las relaciones diplomáticas, de la obligación de respetar los derechos de terceros Estados, del principio de la proporcionalidad o incluso de la norma según la cual la licitud de las medidas unilaterales ha de apreciarse a la luz de su función jurídica última.

11. Por lo tanto hay razones para creer que un Estado que se adhiere a un régimen llamado «autónomo» no por ello consiente en abstenerse de ejercer una parte de los derechos o facultades de reacción unilateral que le reconoce el derecho internacional general, hasta el punto de excluir toda posibilidad de excepción del régimen aceptado. Claro está que todo Estado que acepte un régimen de este tipo está obligado, en caso de violación de una obligación que se derive de dicho régimen, a reaccionar primero —si desea reaccionar— conforme a las disposiciones del régimen en cuestión. Pero ello no excluye la posibilidad de utilizar los recursos que ofrece el derecho internacional general, posibilidad que es más o menos amplia en función sobre todo de la eficacia de los recursos previstos por el régimen convencional.

12. La utilización de los recursos previstos autorizados por el derecho internacional general es y debe seguir siendo posible por lo menos en dos casos. El primer caso es aquel en que el Estado lesionado por una violación del sistema se dirige a las instituciones convencionales y obtiene de éstas una decisión que le es favorable pero no llega a obtener reparación por los procedimientos previstos por el sistema en cuestión: es evidente que el Estado lesionado puede entonces recurrir con toda legalidad a las medidas cuya posibilidad le brinda el derecho internacional general, aun cuando estas medidas no estén previstas en el sistema. El segundo caso es aquel en que el hecho internacionalmente ilícito consiste en una violación persistente del régimen. También en ese caso el Estado lesionado está obligado —salvo evidentemente si tiene derecho a actuar en legítima defensa— a recurrir primero a los procedimientos convencionales previstos. Si de todos modos el Estado ofensor persiste en su comportamiento ilícito mientras se hallan en curso estos procedimientos, el Estado lesionado puede recurrir simultáneamente a las medidas «externas» que pueden proteger sus derechos primarios o secundarios sin comprometer una solución «equitativa» de la controversia por medio de los procedimientos previstos por el sistema.

13. Por razones análogas a las que le inducen a dudar seriamente de la validez de la noción de regímenes «autónomos» o de «circuitos jurídicos cerrados», el Relator Especial se declara perplejo ante el proyecto de artículo 2 de la segunda parte aprobado provisionalmente[11] y estima que dado el vínculo entre el objeto de este texto y el problema de los regímenes llamados «autónomos» y otros regímenes especiales, la Comisión debería volver a estudiar este proyecto de artículo sin esperar su examen en segunda lectura. Por razones que en parte están relacionadas con el mismo problema, el Relator Especial tiene también dudas sobre el proyecto de artículo 4[12].

14. Pasando a la cuestión de los Estados llamados «indirectamente lesionados» o «indirectamente afectados» o «no especialmente afectados», el Relator Especial recuerda que fue en 1984 cuando esta noción apareció por primera vez ante la CDI y la Sexta Comisión, a propósito de la definición de Estados lesionados. Algunos autores la han utilizado después prefiriéndola a la expresión «terceros Estados», que se utilizaba en el mismo sentido. El Relator Especial ha descartado totalmente la expresión «terceros Estados», que designa a Estados ajenos a la relación jurídica considerada. Pero la fórmula «Estados indirectamente lesionados o afectados» no es mucho mejor y parece muy ambigua, sobre todo si se la relaciona con la definición de Estado lesionado que la Comisión parece haber retenido.

15. Un elemento esencial de la definición de Estado lesionado —mejor o peor expresado en el texto del artículo 5[13]— es que un hecho internacionalmente ilícito no es única o necesariamente un comportamiento consistente en infligir un daño material injusto, a saber, físico: es más en general un comportamiento que consiste en violar un derecho o que entraña la violación de un derecho, constituyendo esta violación —haya o no daño— el perjuicio. Así, un Estado puede ser lesionado por la violación de una obligación internacional aunque no sufra otro perjuicio que la violación de ese derecho. En cada caso concreto el punto de partida esencial para saber cuáles son los Estados lesionados a los fines de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito es pues determinar cuáles son los Estados que resultan afectados en uno de sus derechos, en la ausencia o la adición de cualquier daño físico, material.

16. Según la doctrina clásica, la estructura de las obligaciones internacionales es tal que incluso cuando esas obligaciones son establecidas con un tratado multilateral o por una norma consuetudinaria, su violación vulnera únicamente el derecho de un Estado o de algunos Estados determinados. No obstante, parece que esto no siempre sea así. Es cierto que la mayoría de las reglas internacionales —como la mayoría de las disposiciones del derecho interno— sigue enunciando obligaciones de tipo tradicional, es decir, obligaciones cuya violación afecta únicamente al derecho de un Estado o de algunos Estados. Pero al parecer otras normas escapan a este bilateralismo: son las normas que protegen un interés general o colectivo que deben respetarse en interés de todos los Estados a los que se aplican. Según Spinedi,

> se ha hablado, a este respecto, de normas que tienen por objeto la tutela de intereses que son simultáneamente propios de todos los Estados,

[11] Para el texto, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 87.

[12] *Ibid.*

[13] *Ibid.*

o de todos los Estados que componen una colectividad determinada, y no de cada uno de ellos considerado separadamente[14].

En esta categoría entran en particular las normas relativas al desarme y a la reducción de los armamentos, a la promoción y respeto de los derechos humanos, a la protección del medio ambiente en general y en las zonas que no dependen de la jurisdicción de un Estado. Según el mismo autor, citado por el Relator Especial en su cuarto informe,

esas normas imponen a cada Estado obligaciones respecto de todos los demás Estados, cada uno de los cuales es titular del derecho subjetivo correspondiente. La violación de esas obligaciones lesiona simultáneamente los derechos subjetivos de todos los Estados vinculados por la norma, hayan sido o no especialmente perjudicados, con excepción, naturalmente, del derecho subjetivo del Estado autor de la violación. Para designar las obligaciones de que se trata se utiliza generalmente la expresión «obligación *erga omnes*»[15].

Las disposiciones de los incisos ii) y iii) del apartado *e* y del apartado *f* del párrafo 2 y del párrafo 3 del proyecto de artículo 5 aprobado en primera lectura se refieren precisamente a las relaciones jurídicas o las situaciones resultantes de la violación de este tipo de normas.

17. Sin embargo, el debate no se refiere tanto hoy a la existencia de obligaciones *erga omnes*: en lo sucesivo, lo más importante en la esfera de la responsabilidad de los Estados es extraer las consecuencias del hecho de que a las obligaciones *erga omnes* corresponden derechos *omnium*. Hay que determinar, pues, en la perspectiva de una posible violación, la situación concreta de los diversos Estados en beneficio de los cuales existen obligaciones de este tipo. ¿Se hallan o no estos Estados en la misma situación que los Estados considerados como lesionados en virtud de reglas distintas de las reglas *erga omnes*? ¿Se hallan en la misma situación todos los Estados considerados lesionados en virtud de una norma *erga omnes*? Si no es así, ¿en qué difieren sus situaciones respectivas y cuáles son las consecuencias de esas diferencias? Todas estas preguntas conducen a interrogarse sobre los conceptos de Estado «indirectamente lesionado», de Estado «no especialmente afectado» o de «tercer Estado».

18. Habiendo rechazado ya el concepto de «tercer Estado», el Relator Especial se propone hacer ver por qué los dos primeros conceptos son también inaceptables.

19. Para hacer ver que el concepto de Estado «indirectamente lesionado» es impropio, se puede tomar como ejemplo la violación de las normas *erga omnes* sobre la protección de los derechos humanos. Está generalmente admitido que las normas de este tipo crean entre los Estados a los que se aplican una relación jurídica caracterizada por la obligación de actuar de tal modo que toda persona, sea cual fuere su nacionalidad, pueda ejercer sus derechos humanos. La violación de esta obligación por el Estado A lesionaría, pues, simultáneamente el derecho correspondiente de los Estados B, C, D y E, ..., y siendo el derecho en cuestión el mismo para todos —el derecho a que el Estado A respete los derechos humanos de las personas dependientes de su jurisdicción—, la violación de la obligación no afecta a ninguno de estos Estados más o menos directamente que a los demás. Por supuesto, podrían manifestarse diferencias en ciertos casos. Por ejemplo, si la violación del Estado A de su obligación constituye una violación de derechos humanos de individuos más estrechamente vinculados a un Estado B lesionado, étnicamente o de otro modo, el Estado B puede sentirse particularmente afectado. Pero en tal caso, sin embargo, no se puede decir que el perjuicio sufrido por el Estado B es jurídicamente más directo que el sufrido por los Estados C, D o E.

20. Se puede pensar también en la violación de una obligación *erga omnes* relativa a la protección del medio ambiente en el espacio o en toda zona cuya contaminación sea perjudicial para el conjunto del planeta. Un hecho internacionalmente ilícito que entrañe una disminución de la capa de ozono, por ejemplo, afectaría concretamente a todos los Estados y constituiría un perjuicio jurídico para todos los Estados partes en el tratado multilateral que enuncia la obligación violada. También en este caso habría una vulneración, la misma para todos, de derechos, los mismos para todos. A lo sumo podría haber perjuicios cualitativa o cuantitativamente diferentes. En efecto, aun cuando todos los Estados no estén expuestos de la misma manera a los efectos nefastos de la disminución de la capa de ozono, no se podría dar cuenta correctamente de este tipo de diferencias distinguiendo entre perjuicios «directos» y perjuicios «menos directos» o «indirectos». Una vez más, la noción de Estado indirectamente lesionado parece ser lógicamente insostenible.

21. Cabe dar otro ejemplo. Si un Estado ribereño A cierra ilegalmente un canal situado en sus aguas territoriales y que une dos sectores de la alta mar, esta decisión afectará a numerosos intereses: *a*) los intereses de todo Estado cuyos buques estaban a punto de penetrar en el canal en el momento en que se ha cerrado a la navegación; *b*) los intereses de todo Estado cuyos buques iban en ruta hacia el canal con miras a franquearlo; *c*) los intereses de todos los demás Estados puesto que, en virtud del derecho del mar, todos los Estados tienen derecho a utilizar libremente ese canal. Tampoco en este caso hay un Estado «indirectamente» lesionado o afectado. Dado que todos los Estados tienen el derecho de utilizar libremente el canal, la decisión del Estado A lesiona jurídicamente a todos. Habría, por supuesto, diferencias entre los tres grupos de Estados que ha mencionado, pero estas diferencias sólo afectan a la amplitud del perjuicio físico, material sufrido o temido.

22. Parece, pues, que se puede llegar a la conclusión de que la distinción entre Estados directamente lesionados y Estados indirectamente lesionados carece de fundamento. Los ejemplos dados muestran que la aplicación de esta distinción conduciría en ciertos casos, tales como los de derechos humanos y quizá medio ambiente mundial, a considerar a todos los Estados que resultan afectados en uno de sus derechos como Estados indirectamente lesionados y en los demás casos, tales como el de la vulneración de la libertad de navegación o la agresión, por ejemplo, a tener en cuenta diferencias que se refieren únicamente a la naturaleza o la importancia del perjuicio.

23. El único paso aceptable, se trate de las consecuencias sustanciales o de las consecuencias instrumentales de la violación de una obligación *erga omnes*, al igual

[14] Véase nota 7 *supra*.

[15] *Ibid.*

que las consecuencias de la violación de todos los demás tipos de obligación internacional, bilateral o multilateral, consiste pues en determinar primero la situación de cada Estado lesionado en función de la naturaleza y de la importancia del perjuicio sufrido.

24. Sin embargo, el hecho de que la violación de una obligación *erga omnes* perjudique a varios Estados y que además estos Estados no sean lesionados de la misma manera ni en el mismo grado complica la relación de responsabilidad. En lo que respecta a las consecuencias sustanciales de la violación, se trata de saber si, y en su caso, en qué medida y en qué condiciones los Estados lesionados de igual o de diferente manera están todos facultados para reclamar la cesación, la restitución en especie, una indemnización, una satisfacción y/o garantías de no repetición. Por lo que se refiere a las consecuencias instrumentales, se trata de saber si, y en su caso, en qué medida y en qué condiciones los diversos Estados lesionados de igual o de diferente manera tienen derecho a aplicar sanciones o contramedidas. Hasta aquí estas cuestiones han sido estudiadas a propósito de hechos ilícitos calificados por lo común de «crímenes». Pero muy bien pueden plantearse también con respecto a consecuencias de hechos ilícitos más corrientes, comúnmente calificados de «delitos».

25. Dos casos son posibles: las normas aplicables, normas *erga omnes* o normas más o menos generales, pueden prever también procedimientos para velar por su aplicación y sancionar las violaciones. Pero es posible también que no se prevean procedimientos o que estos procedimientos sean incompletos.

26. El Relator Especial estima que los problemas particulares que plantea la violación de las obligaciones *erga omnes*, a propósito de las cuales se ha hablado erróneamente de una pluralidad de Estados «indirectamente» o «directamente» lesionados, no exigen ni una modificación de los proyectos de artículos aprobados o propuestos hasta ahora ni la aprobación de proyectos de artículos especiales. Estos problemas, con respecto a los cuales sería más acertado referirse a una pluralidad de Estados lesionados de la misma manera o de diferente manera, exigen simplemente que se interpreten y se apliquen correctamente las disposiciones generales adoptadas o propuestas hasta ahora. Sería provechoso, y probablemente indispensable, añadir en el artículo 5 sobre la definición de Estado lesionado, aprobado provisionalmente en primera lectura, un nuevo proyecto de artículo 5 *bis* que estipulara simplemente que cuando un hecho internacionalmente ilícito lesiona a más de un Estado, cada uno de los Estados lesionados está facultado para ejercer los derechos y facultades previstos en los artículos pertinentes.

27. En respuesta a una pregunta del Sr. Crawford (2265.ª sesión), el Sr. Arangio-Ruiz recuerda que ya ha presentado a la Comisión dos informes sobre la responsabilidad de los Estados, en 1988[16] y en 1989[17], y que cada uno de estos informes contenía una serie de artículos que fueron remitidos al Comité de Redacción. Este no ha hecho nada hasta ahora, aunque el Relator Especial le rogó encarecidamente en 1991 (2238.ª sesión) que estudiase la cuestión. Ahora bien, el tiempo transcurrido desde 1988 y 1989 no puede menos de influir negativamente en la redacción de un proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, en la medida en que todo lo que se ha escrito o dicho a este respecto puede estar actualmente anticuado u olvidado. Por otra parte, el Sr. Arangio-Ruiz desea subrayar que a comienzos del año se le pidió que estuviera presente en la Comisión durante todo el mes de mayo, dado que el Sr. Barboza no estaría libre antes del mes de junio y que este año la Comisión se dedicaría esencialmente al examen de los dos temas de que están encargados. No comprende pues por qué la Comisión ha preferido estudiar primero el tema del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. A su juicio, el examen de su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados durante las tres primeras semanas del período de sesiones, aunque este informe no contenga proyectos de artículos, habría permitido a la Comisión y al Comité de Redacción conocer mejor el tema y ganar tiempo, pues esto hubiera facilitado el debate sobre el cuarto informe, sobre todo para los nuevos miembros de la Comisión. El Relator Especial y los miembros del Comité de Redacción habrían podido así conocer las opiniones de los miembros de la Comisión sobre la cuestión de las contramedidas y el Comité de Redacción hubiera podido preparar un proyecto de texto de aquí al final del período de sesiones. En consecuencia, el Sr. Arangio-Ruiz lamenta profundamente que la Comisión no haya considerado oportuno examinar antes su tercer informe y que los proyectos de artículos remitidos al Comité de Redacción en 1988 y 1989 no hayan sido examinados por el Comité.

28. El PRESIDENTE, sin desear prolongar el debate sobre las cuestiones de organización de los trabajos, recuerda que la Comisión decidió constituir un grupo de trabajo sobre la cuestión de la creación de un tribunal penal internacional y que para que éste pudiera comenzar sus trabajos era indispensable debatir esta cuestión con carácter prioritario en sesión plenaria.

29. El Sr. BENNOUNA dice que el tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados presentado por el Sr. Arangio-Ruiz es sumamente denso y muy completo, pero que cabría reprocharle el no estar suficientemente orientado hacia la acción. Es importante no perder de vista los objetivos de la Comisión, cuya función esencial es examinar proyectos de artículos con miras a un proyecto de convención. Ahora bien, algunas partes de este informe parecen innecesarias y no llegan a ninguna conclusión concreta.

30. En lo que respecta a la cuestión de las contramedidas, el Sr. Bennouna piensa en términos generales que conviene actuar en este plano con infinitas precauciones, con un máximo de garantías, pues es una cuestión que afecta a los límites del derecho interno y al problema de la desigualdad entre los Estados. Así pues, es preciso ante todo ser prudentes y evitar legitimar el derecho del más fuerte. No hay que olvidar, por otra parte, que la doctrina citada por el Relator Especial es esencialmente de inspiración occidental y más concretamente europea, y que la práctica, salida también de los Estados más po-

[16] Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 7, documento A/CN.4/416 y Add.1.

[17] Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/425 y Add.1.

derosos, está adaptada a las necesidades de su causa y, por consiguiente, no hay por qué retenerla necesariamente. En estas condiciones, parece indispensable, para codificar esta parte de la responsabilidad de los Estados, y dado que la parte de la *lege lata* es muy escasa, extraer primero las consecuencias de los grandes principios indiscutibles del derecho internacional, como la prohibición del recurso a la fuerza y la obligación de resolver las controversias por medios pacíficos. Es innegable que ningún Estado puede adoptar unilateralmente sanciones que se apliquen al mundo entero. No puede tomar medidas más que para defenderse a sí mismo y defender sus derechos y convendrá mantener presente este principio cuando se analice detalladamente cada proyecto de artículo.

31. En la primera parte del informe, el Relator Especial pasa revista a toda una serie de conceptos y de tipos de medidas que, a juicio del Sr. Bennouna, se prestan a confusión. En su opinión, sería preferible atenerse al término «contramedida», más neutro que la palabra «represalias», que contiene la idea de una violación del derecho internacional y de una relación de fuerzas. En efecto, la legítima defensa sólo puede preverse en el marco de las normas de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, como una excepción a la prohibición general del recurso a la fuerza en caso de ataque armado, con el fin, una vez más, de no legitimar el derecho del más fuerte. En cuanto al concepto de autoprotección, que se menciona en el informe, para el Sr. Bennouna no tiene ningún fundamento jurídico y, de hecho, no sirve más que para dar un sentido más amplio al concepto de legítima defensa. Por lo que se refiere a las «sanciones», este término debe reservarse ciertamente a las medidas colectivas de carácter punitivo adoptadas por un organismo internacional, como indica el propio Relator Especial. Por lo que toca a las medidas de retorsión, el Sr. Bennouna está de acuerdo con el Relator Especial y cree también que esta noción no tiene cabida en un proyecto de codificación de la responsabilidad de los Estados. La noción de represalias debe rechazarse pura y simplemente, pues en la realidad las represalias van unidas a menudo al recurso a la fuerza ejercida fríamente; sería mejor utilizar el término «contramedida», que tiene un carácter más general. En cuanto a la cuestión de las medidas de reciprocidad, debería tratarse al mismo tiempo que la cuestión de la proporcionalidad. En lo que respecta a la cuestión de la suspensión y la terminación de los tratados, el Sr. Bennouna no está convencido de que el derecho de la responsabilidad vaya más allá del derecho de los tratados y no le parece necesario salir del marco de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que codifica el derecho internacional sobre este punto.

32. A propósito de la parte del informe que trata del hecho internacionalmente ilícito, el Sr. Bennouna dice que la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, condición previa del recurso a contramedidas, debe ser determinada de manera objetiva por un tercero imparcial. La convicción personal del Estado lesionado no basta; deben converger varios indicios que lleven a pensar que se ha cometido un acto ilícito.

33. La cuestión de las funciones y fines de las medidas, de que trata más adelante en su informe, se estudia con exceso de sutileza. En opinión del Sr. Bennouna, el fin de estas medidas es retributivo y compensatorio y, por lo tanto, se opone a que se les atribuya una función punitiva o represiva, pues en este caso estarían reservadas a los Estados que tienen los medios de castigar, lo que plantea de nuevo el problema de la desigualdad entre los Estados. Sin embargo, la distinción sigue siendo vaga, pues una vez adoptada la medida, es muy difícil decir lo que es compensatorio y lo que es represivo.

34. Por lo que respecta al asunto de una demanda previa de reparación, es indiscutible que el recurso a una contramedida supone una demanda previa de reparación. Es preciso que haya protesta o demanda de cesación o de reparación por parte del Estado lesionado, pues es la única manera de que éste salvaguarde sus derechos. En esta esfera, está claro que la *lege lata* no es satisfactoria y que por lo tanto habría que introducir mejoras con objeto especialmente de proteger mejor a las posibles partes más débiles, como señala el Relator Especial en su informe.

35. En cuanto a los efectos de las obligaciones relativas a la solución de las controversias, el Sr. Bennouna suscribe también la idea de concebir procedimientos de solución adecuados y adaptados que se inspiren en las disposiciones del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Sería preciso a este respecto fijar los plazos, a fin de evitar que el Estado autor de la infracción utilice medios dilatorios para eludir estos procedimientos y retrasar las contramedidas. Se podría pensar también en que el Estado lesionado tuviera la posibilidad de adoptar medidas provisionales a fin de salvaguardar sus derechos.

36. Por lo que respecta a la proporcionalidad, es manifiestamente necesaria, teniendo en cuenta las desigualdades en las relaciones de fuerza entre los Estados. El objetivo del Estado que ha tomado la contramedida debe ser proteger sus derechos y obtener la cesación y la reparación del perjuicio sufrido y desde ese punto de vista debe apreciarse la exigencia de proporcionalidad.

37. En cuanto a la suspensión y la terminación de los tratados, el Sr. Bennouna tiene la impresión de que hay confusión entre el régimen de la suspensión y de la terminación, que depende a su juicio del derecho de los tratados, y las consecuencias de la violación de un tratado, que dependen más directamente del derecho de la responsabilidad y se pregunta si el Relator Especial no debería estudiar más a fondo esta cuestión. Finalmente, por lo que se refiere a la cuestión de los regímenes llamados autónomos, le parece evidente que hay que dar prioridad a estos regímenes antes de pasar al derecho internacional general.

38. Pasando al problema de los Estados lesionados de diferente manera, el Sr. Bennouna aprueba la conclusión formulada por el Relator Especial, a saber, que quizá convendría dejar que la situación de los Estados «no directamente» lesionados dependiera simplemente de la aplicación normal de las normas generales que rigen las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos, por el hecho de que las características peculiares de la situación de los Estados «no directamente» afectados podrían muy bien ser una cuestión de grado. Ello es lógico, lo que hace casi innecesario el razonamiento que prece-

de. Quizá también se podría relacionar la noción de «Estado lesionado» con la noción de «interés en actuar».

39. En lo que concierne a las normas sustantivas que limitan el recurso a las contramedidas, el orador se pregunta si no hubiera sido preferible comenzar por exponer las normas imperativas, no sólo porque siempre hay que ir de lo general a lo particular, sino también porque estas normas contienen ya los principios de la prohibición de la fuerza y del respeto de los derechos humanos y otros valores humanitarios, y que por lo tanto no es necesario desarrollar estos principios, si no es a título de ejemplo, si se piensa, como el Relator Especial y el propio orador, que el derecho imperativo debe efectivamente limitar el recurso a las contramedidas. Además hay que evitar dar un sentido demasiado amplio a la noción de derechos fundamentales, pues un Estado no puede ejercer contramedidas contra particulares. Finalmente, por lo que respecta a la inviolabilidad de las personas especialmente protegidas, el Sr. Bennouna estima, como el Relator Especial, que cabe hacer distinción entre su inviolabilidad física y los privilegios e inmunidades de que gozan.

40. Para terminar, el Sr. Bennouna dice que los trabajos realizados por los sucesivos relatores especiales sobre la cuestión de la responsabilidad de los Estados deberían permitir a la Comisión avanzar en esta esfera y comenzar a redactar un cierto número de proyectos de disposiciones. Si la Comisión quiere realmente hacer un trabajo útil deberá dedicar sus esfuerzos a ello, pues la responsabilidad de los Estados constituye un elemento fundamental del derecho internacional que no se ha codificado. Ya es tiempo de que la Comisión dé muestras a este respecto de una mayor eficacia.

41. El Sr. BOWETT opina, como el Relator Especial, que debe evitarse el término genérico de «autoprotección» *(self-help)*. Admite igualmente que el concepto de retorsión no tiene cabida en un proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados, puesto que en este caso el comportamiento censurado y la reacción que suscita son, uno y otro, hechos lícitos. El orador es también muy escéptico con respecto a la utilidad de la noción de «medidas de reciprocidad», pues estas medidas no son más que una forma de contramedidas que, por su propia naturaleza, tienen un carácter de proporcionalidad y no constituyen pues una categoría aparte. Con estas reservas, el Sr. Bowett aprueba la clasificación de los tipos de medidas que se han de examinar. En relación con las condiciones a las que se subordina la licitud de las contramedidas entendidas en sentido amplio, el orador señala que la existencia previa de un hecho ilícito es ciertamente una condición esencial, pero que en el momento en que el Estado que se considera lesionado piensa en recurrir a contramedidas, esta existencia no se determina mediante ninguna comprobación objetiva: sólo interviene la convicción de buena fe del Estado que aplica las contramedidas. En lo que respecta a la segunda condición propuesta, a saber, la demanda previa de reparación, el Sr. Bowett sólo puede aceptarla si por ello se entiende una notificación previa de la violación alegada por el Estado lesionado al Estado autor de la infracción, puesto que éste tiene el derecho de saber cuál es el hecho ilícito que se le reprocha. El Estado demandante debe pues definir el hecho ilícito pidiendo su cesación. Pero no sería razonable exigirle a éste en esta fase, antes de toda contramedida, que especifique la reparación demandada. Sólo mucho más tarde concretará este tipo de demanda.

42. Sobre la tercera condición propuesta, a saber, el cumplimiento previo de toda posible obligación relativa a la solución pacífica de las controversias, el Sr. Bowett dice que no le parece posible poner una condición previa al derecho de tomar medidas de legítima defensa, incluso de medidas de represalias o contramedidas, pues ello supondría sobre todo desconocer el factor tiempo. Las obligaciones a este respecto pueden en efecto extenderse a la negociación, la conciliación, la mediación, el arbitraje, el arreglo judicial; en suma, a todo el abanico de los medios de solución pacífica a los que los dos Estados hayan podido comprometerse a recurrir. Ahora bien, la aplicación de este tipo de medidas lleva tiempo y sería vano esperar del Estado lesionado que se abstenga de aplicar contramedidas mientras no se hayan agotado todos estos medios. A juicio del orador, toda disposición sobre este punto debe basarse en la idea de que el derecho eventual de tomar contramedidas queda suspendido, en primer lugar, en caso de cesación del hecho ilícito, y, en segundo lugar, si el Estado autor de la infracción acepta y aplica de buena fe una forma de solución pacífica de las controversias. Este deseará determinar primero si ha habido hecho ilícito y decidir después en su caso cuál podría ser la reparación apropiada, en la inteligencia de que estas dos conclusiones no se impondrán forzosamente por vía de decisión coercitiva, sino que podrían muy bien ser resultado de una conciliación, de una mediación, incluso de negociaciones directas entre las partes.

43. En lo que respecta a las funciones o fines de las diferentes contramedidas, y en particular de las represalias, el Sr. Bowett desearía que la Comisión eliminase una ambigüedad. En efecto, las represalias, que deben tener por objeto la cesación del comportamiento ilícito y el retorno a la legalidad, son concebidas también, tradicionalmente, como una forma de castigo o de sanción por la infracción cometida. Ahora bien, en opinión del Sr. Bowett, este concepto de represalias de connotación punitiva debería excluirse del derecho internacional contemporáneo y la Comisión debería más bien poner el acento, primero, en la necesidad de tratar de obtener la cesación del hecho ilícito y, segundo, en el recurso a un medio convenido de solución de la controversia. En opinión del Sr. Bowett, la cuestión de la sanción no debería aparecer sino como consecuencia del proceso de solución pacífica, de preferencia bajo la dirección de un tercero, lo que le conferiría un carácter imparcial.

44. La cuarta condición previa, la proporcionalidad, tiene un carácter esencial, a condición de que se defina el término en relación al cual debe apreciarse. Decir que las medidas deben ser proporcionales al perjuicio equivaldría a atribuir un componente punitivo a las contramedidas, que habrían de corresponder entonces a la infracción cometida. Por su parte, el orador deduce de lo que se ha dicho anteriormente que el verdadero criterio de la proporcionalidad es el hecho de que las contramedidas sean tales como para provocar primero la cesación del hecho ilícito y después el recurso a la solución pacífica.

45. A propósito del difícil problema de los Estados lesionados de diferente manera, el Sr. Bowett dice que no se puede impedir a un Estado lesionado tomar contrame-

didas so pretexto de que un Estado más directamente o más gravemente lesionado se abstiene de hacer lo propio. Propone a este respecto que se adopten los principios siguientes: en primer lugar, todo Estado que adopta contramedidas lo hace asumiendo sus propios riesgos, sobre todo si estas medidas son excesivas, desproporcionadas y en definitiva ilícitas. En segundo lugar, si se pone el acento en la cesación del hecho ilícito y el recurso a la solución pacífica, el hecho ilícito y la legitimidad de las contramedidas serán examinados, uno y otro, en el marco del procedimiento de solución, preferentemente bajo la dirección de un tercero, y la apreciación de la legitimidad de las contramedidas se subordinará a la cuestión de saber si el Estado autor de esas medidas era directa o indirectamente afectado y si ha decidido tomar esas contramedidas, siendo así que los Estados más directamente afectados o igualmente afectados se abstenían. El hecho de que un Estado haya sido el único que ha tomado contramedidas no conducirá quizá forzosamente a la conclusión de que estas medidas son de carácter ilícito, pero ello podría ser un indicio de su carácter excesivo o desproporcionado.

46. Finalmente, el orador no cree que tenga especial interés el concepto de «regímenes autónomos». Existen ciertamente diferentes regímenes en virtud de los cuales algunos Estados aceptan obligaciones convencionales específicas en cuanto a los medios de solución de controversias nacidas en el marco de los tratados constitutivos de esos regímenes. Pero estos medios pueden resultar eficaces para ofrecer al Estado lesionado un recurso o una reparación apropiados. En este caso, el saber si esos Estados están facultados para volver al régimen general de las contramedidas plantea una cuestión de interpretación de los tratados. En otros términos, hay que determinar en cada caso si la adhesión al tratado entraña la renuncia de los Estados partes a su derecho de aplicar las contramedidas del derecho internacional general en caso de insuficiencia de las medidas previstas por el tratado. Y como la respuesta será diferente en cada caso, el orador considera innecesario generalizar recurriendo al concepto de «regímenes autónomos».

47. El Sr. ROBINSON lamenta que después de dedicar tantos años a la cuestión de la responsabilidad de los Estados no se hayan presentado todavía a la Comisión proyectos de artículos que puedan servir de base para una convención internacional. Desea no obstante hacer algunas observaciones generales sobre el contenido del tercer informe.

48. El primer defecto que ve en él reside en el carácter excesivamente doctrinal de la exposición. Se dedica demasiado espacio a las opiniones de los autores y a la doctrina general en relación con el lugar que se reserva a la práctica de los Estados, aunque las referencias a ésta se desarrollen más en el cuarto informe. Hay que agradecer no obstante al Relator Especial que reconozca expresamente que la actuación de la Comisión deberá fundarse en el análisis de la práctica de los Estados.

49. Esto conduce al Sr. Robinson a abordar dos cuestiones esenciales. Primera, ¿por qué es necesario que la CDI examine y determine la práctica de los Estados en esta esfera? Segunda, ¿cómo determinar esta práctica?

50. El Sr. Robinson hace observar, con carácter preliminar y a reserva de un examen más a fondo de la cuestión, que esta práctica estatal no parece abundante, o por lo menos que no se presenta en una forma que se preste fácilmente a la deducción de reglas consuetudinarias.

51. Para responder a la primera cuestión, el orador señala que sólo basándose en la práctica de los Estados, en cuanto se distingue de las opiniones de los autores, podrá la Comisión cumplir su mandato de desarrollo progresivo y de codificación del derecho internacional.

52. Sobre la segunda cuestión, que juzga más importante, el orador dice que la determinación de la práctica de los Estados que puede engendrar normas consuetudinarias requiere un estudio, no sólo de los comportamientos estatales que han conducido a decisiones judiciales o arbitrales internacionales, sino también de los comportamientos que no han dado lugar a decisiones de este tipo. Requiere también un estudio del comportamiento de los Estados en el plano multilateral, en las Naciones Unidas, en la Asamblea General y en el Consejo de Seguridad, así como en el seno de organismos regionales e incluso en el plano bilateral.

53. Dados la escasez de la práctica estatal y el hecho de que no es fácil extraer de ella reglas de derecho internacional consuetudinario, la tarea de la Comisión en esta esfera consistirá esencialmente en desarrollar progresivamente el derecho, en forma de proyectos de artículos que los Estados no estarán necesariamente dispuestos a aceptar. La Comisión deberá pues poner el mayor cuidado en definir las bases teóricas de sus trabajos y tratar de conciliar los intereses de todos los Estados, habida cuenta de sus diferencias de tamaño, de riqueza y de desarrollo, de potencia militar, de régimen económico y de situación con relación al flujo de capitales.

54. A propósito de la práctica de los Estados analizada por varios autores citados en el tercer informe, el Sr. Robinson subraya también que la gran mayoría de los países en desarrollo que han adquirido recientemente la independencia no han contribuido a esta práctica o más bien que no se tienen suficientemente en cuenta sus comportamientos para determinar las reglas del derecho internacional consuetudinario. Se refiere en particular a la cuestión de la responsabilidad de los Estados respecto de la protección de los extranjeros tal como la estudian numerosos autores, cuya posición no refleja los comportamientos expresados en las objeciones de muchos Estados pequeños.

55. En cuanto a las limitaciones de las represalias que resultan de la prohibición de la fuerza enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, el Sr. Robinson admite que la comunidad internacional todavía no ha logrado el grado de cohesión que supondría la prohibición absoluta de todas las represalias armadas. Pero la Comisión debe partir de la idea de que el estado del derecho internacional consuetudinario se refleja en esta disposición de la Carta, siendo la única excepción general la de la legítima defensa, prevista en el Artículo 51. Si la Comisión se propone desarrollar el derecho al margen de estos Artículos para permitir con carácter excepcional la aplicación de represalias armadas deberá cuidar, dadas las incertidumbres de la práctica, de

asegurar el mejor equilibrio posible entre los Estados militarmente poderosos y los Estados militarmente débiles, definiendo estrictamente todos los parámetros necesarios.

56. Al parecer, el Relator Especial ve una dicotomía entre la práctica de los Estados y las normas de prohibición de las represalias armadas establecidas en el párrafo 4 del Artículo 2 y en el Artículo 51 de la Carta. El Sr. Robinson plantea una cuestión técnica: el comportamiento de los Estados que en el curso de los últimos 30 ó 40 años han hecho uso habitualmente de represalias armadas en condiciones aparentemente no conformes con estos Artículos ¿no ha alcanzado la fase en que podría calificarse, conforme al apartado *b* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de «práctica ulteriormente seguida en la aplicación» de estos artículos, que debería tenerse en cuenta para interpretar estas disposiciones? Incumbiría entonces a la Comisión reaccionar en la forma pertinente a esta aparente falta de concordancia entre la práctica y las normas.

57. El Sr. BARBOZA hace observar, en espera de intervenir llegado el momento sobre el cuarto informe (A/CN.4/444 y Add.1 a 3), considerado a la luz del tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1), que la Comisión ha recibido ya y sin duda recibirá de nuevo excelentes informes, aunque éstos no propongan proyectos de artículos, y que no pierde el tiempo en modo alguno examinando tales informes sino muy al contrario, como lo demuestra el debate actual sobre el tercer informe.

58. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que más que exponer la práctica, su tercer informe tenía por finalidad presentar los problemas en juego, problemas a los que responde en su cuarto informe procediendo, como es debido, a un análisis de la práctica, la cual es de hecho relativamente abundante. Por otra parte, un relator especial que está obligado a someter un informe en cada período de sesiones no siempre tiene tiempo de reducir su extensión y cuidar todos los detalles. Los miembros de la Comisión no deberían olvidar este aspecto de las cosas y si consideran que el tercer informe es demasiado teórico deberían atenerse concretamente al fundamento de los conceptos que en él se estudian. El Relator Especial no comprende por qué no hubiera debido presentar su tercer informe: era su deber señalar a la atención de sus colegas las interrogantes que se le planteaban. En todo caso, la abundancia del debate es prueba suficiente de que ha provocado comentarios y que todavía sigue provocando.

59. Según el Sr. Bennouna, no ha tenido suficientemente en cuenta la doctrina de los países del Tercer Mundo. Es verdad que para estudiar la cuestión de la responsabilidad de los Estados el Relator Especial se ha basado esencialmente en la doctrina italiana. Pero Italia ofrece amplias oportunidades para el estudio del derecho internacional, tanto más cuanto que los especialistas italianos, más que otros, basan sus obras en la literatura publicada en todos los idiomas de acceso común. Cuando el Relator Especial se refiere a un autor italiano, sobre todo contemporáneo, es pues sabiendo que éste ha procedido a estudiar la doctrina en una forma vasta. Sea como fuere, en lo sucesivo tratará de tener en cuenta más directamente la doctrina de los países en desarrollo. Añade que si se trata con más frecuencia de la doctrina de los países occidentales que de la de los antiguos países comunistas, la razón es de orden lingüístico. En su cuarto informe, el Relator Especial ha dado ejemplos tomados de asuntos relativos al Pakistán y la India, la Hamahiriya Arabe Libia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ghana y Francia, Ghana y Guinea, Côte d'Ivoire y Guinea, México y España, que muestran sobradamente que no se ha limitado a la práctica de los países occidentales. En el mismo orden de ideas, el Sr. Arangio-Ruiz precisa que la doctrina italiana se caracteriza también por su alto grado de objetividad. Por su parte, se ha referido más de una vez en sus informes y en sus intervenciones orales a los hechos internacionalmente ilícitos de que su país ha sido autor en lugar de mencionar los de otros Estados. En todo caso, el Relator Especial nunca ha tratado de dar más importancia a la doctrina de los países poderosos o ricos. Por el contrario, estima que el derecho de la responsabilidad de los Estados debería ser objeto de un desarrollo progresivo al servicio de la causa de los débiles y de los menos ricos. Con el objeto de proteger los intereses de estos países precisamente ha hecho hincapié en la necesidad de desarrollar los procedimientos de solución pacífica de las controversias, lo cual no era ciertamente la idea de la Comisión en la época en que fue llamado a formar parte de ella, y todavía espera encontrar resistencia al respecto, dentro de la Comisión y en otras partes, en el nombre del pernicioso ídolo de la soberanía de los Estados.

60. En su tercer informe y en su presentación oral del año anterior, el Relator Especial formuló la idea de que el concepto de nuevo orden internacional era bastante nebuloso e incluso discutible, especialmente en vista de la falta de adecuadas garantías de objetividad e imparcialidad. Señaló, por ejemplo, que las Potencias occidentales que tomaron parte en la guerra del Golfo no habrían debido hablar de guerra ni celebrar su victoria al final de la operación como lo hicieron: más les hubiera valido hablar de «medidas» y declararse satisfechas de haber servido a la comunidad internacional, haciendo lo necesario contra un agresor. La única forma concebible para reducir el peligro de tergiversación del indispensable reforzamiento de la norma de derecho en las relaciones interestatales es precisamente un adecuado desarrollo del control judicial de la acción internacional.

61. Dirigiéndose al Sr. Bennouna, el Relator Especial señala que la especie de glosario al comienzo de su tercer informe tenía por finalidad simplemente, como señaló en sus declaraciones preliminares en el anterior período de sesiones y en el período de sesiones en curso, precisar su posición en el plano de la terminología, sobre todo en relación con las contramedidas. No comparte la opinión del Sr. Bennouna de que el concepto de contramedidas sea tan útil y claro. Incluso la legítima defensa es una contramedida; de ahí la confusión entre contramedidas, represalias y legítima defensa a la que hace referencia en su cuarto informe. La extensión de la idea de legítima defensa a la que se ha referido el Sr. Robinson es una cosa, pero otra cosa es saber en qué medida es lícita. ¿Justifica las lagunas de la Carta de la Naciones Unidas con respecto del régimen de seguridad colectiva (Arts. 42 y ss.) la ampliación del concepto de legítima defensa, en el sentido del Artículo 51? El Relator Espe-

cial es reacio a responder afirmativamente a esta cuestión. De cualquier modo, si se mantiene el concepto de contramedida ante un hecho internacionalmente ilícito, en cuyo caso este concepto es más próximo al de represalias, quizá se pueda hacer la distinción entre el problema de la legítima defensa y la condena de las represalias armadas.

62. A propósito de la cuestión, planteada por el Sr. Robinson, de si la prohibición del recurso al uso de la fuerza se ve afectada en un sentido restrictivo por la práctica de los Estados, el Relator Especial recuerda que en su cuarto informe y en su presentación oral en la sesión anterior ha dicho que, a su juicio, no es así, por lo menos respecto de la prohibición del uso de la fuerza en forma de represalia y de contramedida en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito. Ha mencionado varios casos en que el Consejo de Seguridad no ha aceptado calificar de legítima defensa una determinada acción militar.

63. Respecto a las otras observaciones del Sr. Robinson, que teme no haber comprendido completamente, puede remitirse solamente a la declaración hecha en su tercer informe de que la práctica de los Estados sería examinada en el cuarto informe. El Sr. Robinson podría quizá expresar sus opiniones sobre el impacto de la práctica tan pronto comience el debate sobre el cuarto informe. Podría así observar que el Relator Especial está totalmente de acuerdo con la idea de que la labor de la Comisión respecto al régimen de las contramedidas será principalmente un asunto de desarrollo progresivo; y eso precisamente con una idea de reducir la desventaja de los Estados débiles y menos desarrollados.

64. No comprende qué es lo que hace lamentar al Sr. Bennouna que las cuestiones planteadas en el tercer informe no desemboquen en nada concreto, puesto que ha insistido en la necesidad de profundizar en la reflexión sobre cada uno de los puntos considerados.

65. Después de haber indicado que también a su juicio el principio de la proporcionalidad permite contrapesar el recurso a la fuerza, reconoce naturalmente que algunas obligaciones, como el no recurso a la fuerza o el respeto de los derechos humanos, dependen del *jus cogens*, pero le parece indispensable enunciarlas, pues si bien los Estados invocan a menudo el *jus cogens* distan de estar de acuerdo sobre el alcance exacto de las reglas en juego.

66. El Sr. KOROMA dice que una de las dificultades que le plantea el tercer informe reside en el hecho de que parece volver a abrir cuestiones ya resueltas, como la de las represalias armadas, a la cual no hay por qué volver. Aunque sólo fuese con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, las represalias armadas están pura y simplemente prohibidas.

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

2267.ª SESIÓN

Viernes 29 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis* y

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, dice que toda contramedida es una medida unilateral encaminada a salvaguardar los derechos del Estado lesionado. Desde luego, sería mucho mejor que la comunidad internacional dispusiera de un sistema centralizado encargado de velar por el respeto de la legalidad, pero ese sistema todavía no existe y cualquier proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debe tener en cuenta el peligro que entraña autorizar a los Estados a adoptar discrecionalmente contramedidas. Sería, pues, bienvenido algún tipo de control previo ejercido por un órgano autorizado. El Consejo de Seguridad sólo es competente a este respecto cuando se trata de cuestiones tocantes a la paz y la seguridad internacionales, pero muchas controversias entre Estados Miembros de las Naciones Unidas no quedan comprendidas en esa categoría. Es más, incluso cuando se trata de cuestiones relativas a la paz y la seguridad internacionales, la Carta de las Naciones Unidas reconoce que la autoridad del Consejo de Seguridad no siempre se impone a los Estados, dado que el Consejo podría no adoptar medidas ni siquiera en el caso de agresión abierta e indiscutible de parte de un determinado Estado. La comunidad internacional es una asociación de vínculos más

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

bien laxos que ha conseguido establecer normas comunes pero que hasta ahora no ha creado ninguna entidad común dotada de facultades exclusivas para sancionar a los Estados autores de un hecho ilícito. Por su parte, duda de que la Comisión sea el órgano capaz de cambiar esa situación.

2. En lo que respecta a la terminología, la noción de contramedidas es preferible a la de represalias. Según el tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1), estaría claro que no se incluyen las medidas de retorsión. Al adoptar una medida de retorsión, el Estado se comporta de una manera en sí perfectamente lícita y no necesita más justificación. Por consiguiente, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la noción de contramedidas es idéntica a la de represalias, si bien este último término tiene un significado que se asemeja más al de sanción. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, no observa ninguna diferencia entre ambos conceptos. Sin embargo, habida cuenta de la realidad política actual, el término «contramedidas» parece más apropiado.

3. La única posible diferencia entre los delitos y los crímenes internacionales parecería ser la que existe en la esfera de las contramedidas. Por esta razón, se habrían debido tratar conjuntamente ambas categorías; el propio Relator Especial reconoce que no existe una clara línea divisoria entre ambas. Por su parte, tiene la impresión de que el tercer informe aborda la cuestión de los crímenes internacionales. En particular, la agresión armada es un crimen con arreglo tanto al artículo 19 de la primera parte del tema[4] como al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. El informe trata de la respuesta primaria al ataque armado, esto es, el derecho del Estado víctima a defenderse, y, a su juicio, el hecho de separar los crímenes internacionales del régimen que se examina sería muy arbitrario. Al redactar los artículos pertinentes, se debería evitar ese problema.

4. El Sr. Tomuschat está plenamente de acuerdo en que las medidas de reciprocidad no merecen un tratamiento específico. No existen razones valederas para aplicar a las medidas de reciprocidad un régimen que se aparte del régimen general de las contramedidas. La violación de un tratado plantea una cuestión más difícil. Ese tipo de violación queda comprendido en el ámbito del tema de la responsabilidad de los Estados y también en el de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Con arreglo a las normas de la Convención de Viena, la suspensión o terminación de un tratado está sujeta a ciertos requisitos de carácter procesal. Según entiende, en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados, las normas de la Convención de Viena serían *leges speciales*. Con todo, parecería extraño que, en general, hubiera una relativa libertad para adoptar contramedidas y que, en cambio, la mera suspensión de un tratado estuviera sujeta a un complejo procedimiento que los Estados podrían considerar muy engorroso en la práctica. En todo caso, sería útil que la Comisión sepa bien qué efecto tienen realmente los artículos pertinentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

[4] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

5. Cabe rechazar toda sugerencia de que las contramedidas sean generalmente de carácter punitivo: el presente debate no debe verse ensombrecido por conceptos del pasado. Las violaciones de las normas del derecho internacional, debidas en su mayoría a la mera negligencia, son un hecho cotidiano. En una relación entre partes que son de igual categoría en cuanto Estados soberanos, ninguna de ellas podría arrogarse facultades de «juez» para castigar a un presunto infractor. La situación tal vez sea distinta cuando se trata de los crímenes internacionales, en los que están en juego intereses fundamentales de la comunidad internacional, pero aun en ese caso se debe evitar el lenguaje enfático. En primer lugar, dada la falta de instituciones centralizadas, las alegaciones suelen ser la regla. En segundo lugar, normalmente la comunidad internacional debería contentarse si logra tan sólo asegurar la cesación del hecho y la reparación. En la mayoría de los casos las violaciones del derecho internacional no tienen ninguna consecuencia de hecho. Lo importante es destacar que las contramedidas son un mecanismo de coacción que un Estado aplica en perjuicio de otro y no sería apropiado que esas relaciones entre dos entidades de igual categoría, con arreglo al derecho internacional, se calificaran en términos de derecho penal.

6. La cuestión de la debida aplicación de las contramedidas merece un examen más detallado. Las contramedidas deberían limitarse a las medidas cautelares provisionales, concebidas como un medio de lograr que el Estado autor del hecho lesivo cumpla la obligación primaria que ha infringido. Si posteriormente ese autor cumple sus obligaciones, en opinión del Sr. Tomuschat, se debe poner término o modificar cualquier contramedida adoptada. Otros opinan que al recurrir a las contramedidas, el Estado puede obtener satisfacción a su demanda. Por ejemplo, en el supuesto de que el Estado A tenga un crédito por diez millones de dólares contra el Estado B y que el Estado B no pague su deuda aunque tenga los medios para hacerlo, y en el supuesto asimismo de que el Estado A nacionalice parte de los bienes del Estado B en pago de la deuda, ¿cuál será la situación si el Estado B cumple la obligación que había infringido? Una norma clara deberá regular esa situación.

7. La interrogante acerca de si se debe formular una advertencia al infractor merece también una respuesta. Es preciso que toda alegación sobre comisión de un hecho ilícito se ponga en conocimiento del acusado y que se fundamenten los cargos formulados porque de lo contrario imperaría la anarquía. Los modernos sistemas de comunicación probablemente impedirán toda demora excesiva en el caso de que se establezca el requisito de la notificación oficial al presunto Estado autor.

8. La cuestión más difícil es la de la importancia jurídica que ha de darse a los procedimientos de arreglo de controversias, para lo cual es necesario adoptar ciertos principios básicos. En primer término, el régimen jurídico que se establezca no deberá favorecer al Estado infractor. La igualdad entre las partes deberá respetarse porque de lo contrario las normas que se redacten podrían ser objeto de acertadas críticas por su falta de equilibrio. En segundo término, en la ausencia de mecanismos institucionales que garanticen la adopción de medidas provisionales de protección, los procedimientos generales de arreglo de controversias no deben impedir

que la víctima adopte contramedidas en protección de sus derechos. La negociación es un recurso siempre abierto a los Estados, pero las negociaciones diplomáticas no favorecen una evaluación objetiva, que es el otro elemento necesario para asegurar la observancia del derecho. El Sr. Tomuschat duda incluso de que estas cuestiones se puedan someter a la CIJ dado que obtener una orden de la CIJ con arreglo al artículo 41 de su estatuto puede requerir mucho tiempo. En cambio, es claro que la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas está dotada de amplias facultades discrecionales para expedir mandamientos obligatorios y aunque sólo sea por esta razón el recurso a las contramedidas unilaterales no tendría justificación.

9. En lo que respecta a los regímenes autónomos, está de acuerdo en que la legitimidad de las contramedidas dependerá básicamente de una interpretación correcta del sistema convencional de que se trate. Los Estados pueden renunciar libremente a su derecho a adoptar contramedidas: el régimen de las contramedidas no es de *jus cogens*. A este respecto, señala que en una tesis de doctorado una de sus estudiantes[5] llega a la conclusión de que cuando todos los mecanismos pertinentes previstos en el tratado son inoperantes, el derecho internacional general recobra sus fueros. En cuanto a los regímenes basados en normas consuetudinarias, se plantea la cuestión de saber si todas o algunas de las normas en las que se basan son de *jus cogens*, de modo que no cabría suspender su aplicación.

10. Aunque está de acuerdo en que las contramedidas no deben violar los derechos humanos, considera que sólo son pertinentes a este respecto los derechos humanos básicos. Así, la vida y la integridad física no pueden ser objeto de contramedidas; pero, si se restringe la libertad de circulación de los ciudadanos de un Estado, la aplicación de esa misma restricción a los nacionales del otro Estado podría ser perfectamente legítima. El orador espera con interés los proyectos de artículos pertinentes, para los cuales tal vez se encuentre orientación en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

11. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER, tras felicitar al Relator Especial por su notable estudio doctrinal, dice que sin duda los debates de la Comisión serán más provechosos debido a que algunos miembros, en su calidad de representantes de gobiernos en otros órganos, han tenido ya la oportunidad de tomar nota del informe y de analizar los conceptos jurídicos y políticos en él contenidos.

12. Al examinar la cuestión de un régimen de sanciones, es necesario distinguir entre las sanciones verticales y las horizontales, distinción especialmente pertinente en el caso de las organizaciones internacionales.

13. El término «contramedidas», que la CIJ ha utilizado, entre otros asuntos, en el de *Nicaragua* c. *Estados Unidos de América*[6], se puede considerar ahora como una expresión generalmente aceptada.

14. Si bien los informes tercero y cuarto contienen un valioso material bibliográfico, la jurisprudencia que efectivamente se podría tomar como base se limita a algunos escasos asuntos, como el de *Portugal* c. *Alemania*[7], el del *Acuerdo sobre los servicios aéreos*[8] y el de *Nicaragua* c. *Estados Unidos de América*. Esta circunstancia es de lamentar si se considera que la Comisión debe elaborar un sistema amplio de reglamentación de las represalias y otras contramedidas semejantes. La doctrina mencionada en el informe es de gran calidad, pero lamentablemente, de los 70 autores citados por el Relator Especial, sólo tres escriben en español.

15. Es importante establecer una distinción entre las medidas que pueden quedar sujetas a reglamentación para evitar el abuso y las medidas que deben quedar totalmente prohibidas. Habida cuenta del alto grado de descentralización que ahora existe, no es posible tener una clara visión de conjunto. Sin embargo, la parte del informe relativa a las represalias permite comprender mejor lo que Scelle denomina el concepto de «doble función», en el sentido de que ciertos actos unilaterales son ejecutados por el Estado en nombre de la comunidad internacional. En esta esfera es quizás muy conveniente subrayar en qué medida la acción unilateral del Estado es admisible con arreglo al derecho internacional, en qué medida se debe limitar el derecho a esa acción, si es que existe realmente, y en qué medida se debe prohibir completamente.

16. Según ha observado el Relator Especial, las medidas de retorsión o de presión económica están prohibidas en el marco de ciertos sistemas regionales autónomos como, por ejemplo, en virtud del artículo 18 de la Carta de la OEA[9]. Si cabe limitar o prohibir el uso de esa presión en el ámbito regional, no hay ninguna razón por la cual la Comisión no pueda aplicar en una escala más amplia lo que ya existe en escala pequeña, tratando de definir límites aceptables para la retorsión económica. También en este caso es importante definir claramente las condiciones en las que se pueden ejercer las represalias. Históricamente, el derecho internacional en la esfera de la responsabilidad de los Estados se ha basado en medidas unilaterales adoptadas en detrimento de los países en desarrollo más pequeños. En opinión de los juristas latinoamericanos, que son nacionales de países a los que tribunales arbitrales han aplicado sanciones y que han hecho una importante contribución a la doctrina, las condiciones para poder recurrir a las represalias son dos: la primera, como ha señalado acertadamente el Relator Especial, la de que se haya cometido un hecho ilícito con arreglo al derecho internacional, y la segunda, la de que el Estado que adopta la contramedida esté convencido de que esa medida es apropiada, tanto en el fondo como en la forma. Así, en el razonamiento del Estado que adopta esa medida existe, por una parte, un elemento material,

[5] Carin Thinam Jakob, *Sanktionen gegen vertragsbrüchige Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EWG), Schriften zum Völkerrecht*, vol. 86, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.

[6] Véase 2261.ª sesión, nota 6.

[7] *Colonias portuguesas* (Incidente de Naulilaa), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.° de venta: 1949.V.1), págs. 1011 y ss.

[8] *Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France, ibid.*, vol. XVIII (N.° de venta: E/F.80.V.7), pág. 454.

[9] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 119, pág. 3; enmendada por el «Protocolo de Buenos Aires» de 27 de febrero de 1967, *ibid.*, vol. 721, pág. 266, el antiguo artículo 18 pasó a ser artículo 21.

en cuanto ese Estado considera que el hecho ilícito que lo perjudica es la base para la contramedida; y, por la otra, un elemento sicológico, en la medida en que la magnitud del hecho y del daño causado justifica la reacción del Estado y refuerza su convencimiento de que está obrando bien.

17. Los Estados tienen también la obligación de tratar de arreglar una controversia en sus etapas iniciales, en consonancia no sólo con el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas sino también con la mayoría de los sistemas regionales, cuyos miembros están obligados a agotar todos los medios de que disponen para el arreglo pacífico de controversias antes de adoptar cualquier medida que entrañe la violación de una norma de derecho internacional. Como se observa en el tercer informe del Relator Especial, ya en 1934 el Instituto de Derecho Internacional había subrayado la importancia de agotar todos los procedimientos disponibles de solución pacífica de controversias antes de recurrir a medidas unilaterales de carácter punitivo. En particular, el Instituto señalaba que de haber mecanismos para el arreglo de controversias, nada justificaba el recurso a las represalias[10]. Dicho de otro modo, el Estado que considera la posibilidad de adoptar una contramedida está obligado a examinar todos los instrumentos en los que es parte, a fin de establecer si existe algún procedimiento de arreglo de controversias; en caso afirmativo, no habría ninguna justificación para las represalias.

18. El orador está de acuerdo en la importancia de la prohibición del uso de la fuerza enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. El enfoque adoptado con respecto al uso de la fuerza en la Definición de la agresión[11] es también bastante claro: la parte que es la primera en recurrir al uso de la fuerza crea una situación de la cual dimanan consecuencias jurídicas. Sin perjuicio de que se pueda calificar a esa parte de agresor, es necesario que concurran dos condiciones, a saber, la existencia de un estado de necesidad y una situación de legítima defensa. De los debates en que se aprobó la Definición de la agresión se desprende claramente el interés de la Asamblea General de asegurar que el uso de la fuerza fuera ilegal y que las salvaguardias fueran las establecidas en la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional en general. A este respecto, es interesante observar que los Estados americanos, partiendo de la base de la Definición de la agresión, modificaron el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca[12] en la esfera militar y de la seguridad, que abarca a toda la región, con inclusión de los Estados Unidos de América. Así, todo un grupo de Estados considera ilegal el primer uso de la fuerza.

19. En lo que respecta a los derechos humanos, las represalias no tienen justificación, sobre todo si se tiene en cuenta que la Comisión examina actualmente la posibilidad de que las violaciones graves de los derechos humanos cometidas por agentes de un Estado constituyan un crimen con arreglo al derecho internacional susceptible de ser enjuiciado por un tribunal penal internacional. En consecuencia, se deberá establecer algún sistema apropiado de sanciones para castigar a los autores de esas violaciones. Las violaciones de los derechos humanos cometidas por un Estado no justifican tampoco medidas unilaterales de otros Estados, sobre todo si se considera que se está elaborando un mecanismo encaminado a solucionar este problema concreto. Por ejemplo, el Consejo de Europa ha establecido un sistema de sanciones que le permite excluir del Consejo a cualquier Estado que viole sistemáticamente los derechos humanos. Esa solución y otras análogas deberían examinarse más a fondo.

20. Desde luego, la proporcionalidad es una condición *sine qua non* de las contramedidas y, como queda de manifiesto en el asunto entre Francia y los Estados Unidos de América[13], puede ser un criterio útil. Por ello, es preocupante el hecho de que el principio de la proporcionalidad suela estar ausente de las medidas adoptadas por ciertos países en respuesta a violaciones de sus derechos o a hechos ilícitos. Por ejemplo, en el Oriente Medio, especialmente en el Líbano, las represalias se suceden desde hace 20 años, pero no hay manera de determinar si se aplica o no el principio de la proporcionalidad. Tal vez sea aconsejable introducir en el proyecto algunas indicaciones más precisas en este sentido.

21. En lo que respecta a la suspensión de los tratados, el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados es, sin duda, la mejor solución. Se debe dejar en claro que la terminación de un tratado como consecuencia de actos graves no siempre corre pareja con la suspensión de un tratado por actos menos graves. Las restricciones a la libertad de circulación de los agentes diplomáticos impuestas por algunos Estados en respuesta al comportamiento de otros Estados son, en su opinión, una práctica internacional admisible.

22. Por último, el orador señala que el proyecto de artículo 11 no establece ninguna prohibición al uso de la fuerza y desearía que el Relator Especial considerara más a fondo esa cuestión.

23. El Sr. MIKULKA dice que el Relator Especial ha pedido a la Comisión que reflexione sobre la cuestión de las obligaciones secundarias o consecuencias «objetivas» dimanantes de un hecho internacionalmente ilícito y ha presentado una útil clasificación de las diversas categorías de contramedidas. La cuestión esencial es la noción de represalias, noción tradicional que experimentó cambios fundamentales al surgir en el derecho internacional la prohibición del uso de la fuerza, que ha pasado a ser una norma imperativa en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En los últimos decenios, el término «represalias» ha adquirido un sentido peyorativo. Al redactar el artículo 30 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la Comisión optó por una noción más neutra, esto es, la de contramedidas, que abarca todas las diferentes medidas que el Estado lesionado puede legítimamente adoptar contra un Estado que ha cometido un hecho ilícito. No obstante, al igual que el Relator Especial, el Sr. Mikulka no tendría ninguna objeción en que se mantuviera el tér-

[10] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38, 1934, pág. 709.

[11] Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo.

[12] Firmado en Río de Janeiro el 2 de septiembre de 1947. Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 21, pág. 79.

[13] Véase nota 8 *supra*.

mino «represalias» como equivalente a «contramedidas».

24. El orador está de acuerdo también con el Relator Especial en que las medidas de retorsión no deben situarse en el mismo plano que las represalias, dado que son medidas lícitas, si bien no amistosas, a las cuales es admisible recurrir aun en el caso de que el Estado contra el cual se aplican no haya cometido ningún hecho internacionalmente ilícito.

25. No cabe considerar a las medidas de reciprocidad como una categoría distinta de contramedidas sino como una forma específica de represalias. Esas medidas se caracterizan por el hecho de que su aplicación —a diferencia de otras formas de represalias— puede tener por objeto ya sea asegurar la cesación del hecho ilícito y el cumplimiento de la obligación secundaria de reparación, en el sentido amplio del término, o bien modificar la obligación primaria existente entre los Estados de que se trate de modo de establecer una norma diferente de la obligación original. La dificultad consiste en establecer una división entre la finalidad fundamentalmente «restitutiva», por una parte, y, por la otra, la finalidad «derogatoria» de la reciprocidad.

26. La suspensión y la terminación de los tratados en respuesta al comportamiento ilícito de un Estado están suficientemente reglamentadas en el derecho de los tratados y, por lo tanto, bastaría que la Comisión las examine someramente.

27. En varias oportunidades el Relator Especial ha señalado que la Comisión debería tratar ahora la cuestión de las consecuencias tanto sustantivas como «adjetivas» de un hecho internacionalmente ilícito en el contexto de los delitos y aplazar hasta una etapa ulterior la cuestión de las consecuencias de los crímenes internacionales. Sin embargo, no por ello el Relator Especial ha dejado de referirse en su informe al concepto de la legítima defensa, que es una reacción individual o colectiva a un ataque armado. En realidad, la Comisión debería abordar esta cuestión al examinar las consecuencias sustantivas de los crímenes internacionales, dado que la cuestión de la legítima defensa sólo se plantea en el contexto de la violación de la prohibición del uso de la fuerza, que es una norma imperativa del derecho internacional *(jus cogens)*. Es más, existe una estrecha relación entre el derecho a la legítima defensa y otras «medidas adjetivas» previstas en la Carta de las Naciones Unidas en respuesta a actos que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales.

28. Aunque el concepto de «sanciones» se utiliza en distintos sentidos en la doctrina y en la práctica, la Comisión debería reservar ese término para designar las medidas adoptadas por un órgano internacional en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito que causa daño a la comunidad internacional y, en concreto, las medidas enunciadas en el Capítulo VII de la Carta.

29. La existencia objetiva de un hecho internacionalmente ilícito es una condición previa indispensable para el recurso legítimo a las contramedidas, en las que las consideraciones subjetivas no tienen ninguna cabida. La función de las contramedidas adoptadas como reacción a los delitos es la de asegurar la cesación del hecho ilícito, además de la reparación, y no la de aplicar un castigo.

30. El recurso a las represalias debe estar sujeto a la condición de que el Estado lesionado haya especificado previamente el comportamiento que considera ilícito y haya solicitado en vano la cesación de ese comportamiento y la reparación. La proporcionalidad es otra condición necesaria para la legitimidad de las contramedidas. En cambio, la obligación de agotar los medios disponibles de arreglo de controversias merece particular atención dado que la situación puede llegar a ser muy compleja cuando se trata de hechos ilícitos continuados, en cuyo caso no cabe exponer a los Estados lesionados a litigios interminables mientras continúa el hecho ilícito. En todo caso, la primera prioridad se debe asignar a la cesación del hecho ilícito.

31. El Sr. SHI dice que los aspectos del tema de la responsabilidad de los Estados que el Relator Especial ha decidido denominar las «consecuencias adjetivas» son especialmente difíciles y controvertidos y, por lo tanto, se han de enfocar con gran cautela, como ya han señalado algunos miembros. En general, los Estados no ven con agrado ni alientan ningún tipo de gobierno mundial y no es, pues, sorprendente que no hayan previsto un órgano internacional encargado de velar por el respeto de la ley. En estas circunstancias, es comprensible que el Estado lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado se vea tentado de obtener reparación haciéndose justicia por sí mismo. Las diversas medidas que se examinan en el tercer informe del Relator Especial reflejan más de un siglo de práctica de los Estados, pero el problema a que hace frente la Comisión es el de determinar si cabe considerar que esa práctica es indiscutible y apropiada para la codificación.

32. Al comienzo de su tercer informe el Relator Especial menciona el contraste que hay entre la igualdad teórica de los Estados en el plano del derecho y las desigualdades de hecho que inducen a los Estados más fuertes a imponer su poder a los más débiles, en detrimento del principio de la igualdad soberana. En particular, así sucede en el caso de las medidas de autotutela, término que el Relator Especial recomienda suprimir. Por su parte, está de acuerdo en ello y no tendría tampoco ningún inconveniente en suprimir la expresión «medios de coacción que no llegan a ser guerra». Pero un mero cambio en los términos no cambia el fondo del problema. Como señala con toda sinceridad el Relator Especial en su informe, a falta de compromisos adecuados de solución mediante intervención dirimente de un tercero, el Estado poderoso o el rico puede gozar más fácilmente de una ventaja sobre el débil adoptando represalias o contramedidas. El Relator Especial está reflejando simplemente la práctica de los Estados en la materia. La experiencia muestra también que los Estados «lesionados» que adoptan contramedidas suelen ser ellos mismos los autores de un hecho lesivo y que los Estados que presuntamente han infringido sus obligaciones internacionales son ellos mismos víctimas de una injusticia. De hecho, las represalias o contramedidas suelen ser prerrogativa de los Estados más poderosos. En realidad, el concepto —impropio— de represalias o contramedidas en el marco del derecho internacional general es en sí una consecuencia de la relación entre los Estados poderosos

y los países pequeños y débiles que no están en condiciones de hacer valer sus derechos con arreglo a las normas internacionales. Por esta razón, para muchos Estados pequeños, el concepto de represalias o contramedidas es sinónimo de agresión o intervención, ya sea de carácter armado o de otra índole.

33. El Relator Especial recuerda a la Comisión que su labor es la de concebir determinados medios —sobre la base de los mejores elementos de *lex lata* o de un prudente desarrollo progresivo— que permitan reducir los efectos de la gran desigualdad que existe entre los Estados en el ejercicio de su facultad de aplicar contramedidas, y que es un importante motivo de preocupación. Los problemas a los que la Comisión hace frente en este sentido son de difícil solución. Por ejemplo, aunque es indudable que la existencia efectiva de un hecho internacionalmente ilícito es una condición para poder recurrir a las contramedidas, no está claro en absoluto a quién incumbe determinar esa circunstancia. Si esta cuestión queda entregada a la decisión unilateral del Estado que se propone aplicar contramedidas, ciertamente se favorecerá a los Estados más poderosos. Si la decisión ha de corresponder a un tercero, ¿qué razones habría para aplicar contramedidas? En cambio, ¿por qué no se podría poner en marcha un procedimiento de arreglo de controversias con la mediación de un tercero?

34. Aun en el caso de que la Comisión logre elaborar un régimen estricto de contramedidas condicionales, ese régimen favorecería el interés de los Estados poderosos y colocaría en una posición de desventaja o perjudicaría incluso a los Estados más débiles o más pequeños. Debido a la desigualdad de hecho, a la que, con razón, se refiere el Relator Especial, es inconcebible que un Estado débil pueda adoptar contramedidas efectivas y de buena fe contra un Estado poderoso para lograr el cumplimiento de obligaciones nacidas de un hecho internacionalmente ilícito cometido por este último. De los muchos asuntos conocidos, dos resaltan especialmente y bastan para ilustrar la situación. Se hace referencia en el informe a la llamada *Chinese Exclusion Act* de 1888[14] —ley de carácter discriminatorio—, que violó las disposiciones del Tratado de Inmigración celebrado en 1880[15] por China y los Estados Unidos de América. Como observa el Relator Especial, el entonces Gobierno Imperial de China suspendió el cumplimiento de sus obligaciones convencionales para con los Estados Unidos. Pero ¿surtió algún efecto esa contramedida? En realidad, a pesar de la medida adoptada por China, la *Chinese Exclusion Act* siguió en vigor durante muchos años y sólo fue derogada al final de la segunda guerra mundial, de modo que esa derogación no tuvo ninguna relación con la medida del Gobierno de China. El otro ejemplo remonta a 1840, en que el Gobierno de China prohibió legítimamente el comercio del opio en el litoral chino y quemó al aire libre las existencias de opio de los comerciantes británicos establecidos en Cantón. El Gobierno de Gran Bretaña reaccionó con prontitud enviando tropas a China en misión punitiva. Como resultado de esa acción, los británicos ocuparon Hong Kong y, entre otras cosas, hicieron pagar a China una importante suma a título de indemnización; además, el comercio de opio tanto en el litoral como en el territorio de China siguió tan floreciente como antes. Esos ejemplos ilustran ampliamente lo que puede significar la disparidad de poder en un régimen de contramedidas. Por otra parte, ningún régimen de contramedidas —por estricto o condicional que sea— puede impedir en modo alguno los abusos de los Estados poderosos, que, si están decididos a adoptar esas medidas, encuentran fácilmente una justificación a sus actos.

35. Con excepción del Artículo 51, sobre legítima defensa en caso de ataque armado, difícilmente podría decirse que la Carta de las Naciones Unidas autoriza el uso de contramedidas. En efecto, el párrafo 4 del Artículo 2 prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y, en ese contexto, la palabra «fuerza» no puede entenderse referida exclusivamente a la fuerza armada. La Carta impone también a los Estados Miembros la obligación de arreglar sus controversias por medios pacíficos y muchas resoluciones de la Asamblea General establecen la no injerencia en los asuntos exteriores e interiores de los Estados. Es legítimo preguntarse si las contramedidas o represalias, especialmente las aplicadas por Estados poderosos contra Estados débiles y pequeños, son compatibles con la Carta de las Naciones Unidas o con el derecho internacional moderno. Argumentar que podría haber discrepancias entre la Carta y las normas de derecho internacional general es tanto como decir que lo que la Carta no autoriza podría estar permitido en virtud del derecho internacional general. En ese caso, se debería ya sea modificar la Carta o bien dejar de lado las normas pertinentes del derecho internacional general. Convendría que los Miembros de las Naciones Unidas recordaran el Artículo 103 de la Carta, según el cual, en el caso de un conflicto de esa naturaleza, prevalecerán las obligaciones contraídas en virtud de la Carta.

36. Por su parte, tiene el convencimiento de que las represalias o contramedidas, enfocadas ya sea como *lex lata* o como *lex ferenda*, no tienen cabida en los proyectos de artículos de la segunda parte del tema sobre la responsabilidad de los Estados, por la sencilla razón de que ese concepto del derecho internacional tradicional, si bien subsiste todavía a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional moderno, es un concepto tan incierto y controvertido que no podría ser objeto de codificación ni de desarrollo progresivo del derecho. Para los Estados débiles o pequeños, la inclusión de las contramedidas en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aun cuando estén sujetas a condiciones estrictas, significaría legitimar o legalizar un concepto tan incierto como controvertido y cuya incorporación en las normas modernas sobre responsabilidad de los Estados no favorecerá las relaciones internacionales. Los Estados poderosos tampoco aceptarán un régimen de contramedidas que ate sus manos de tal manera que les impida desempeñar su papel de defensores del derecho. La Comisión debería dejar de lado el concepto de contramedidas y pedir al Relator Especial que centre su estudio en el arreglo de controversias. Por lo menos, la Comisión debería pedir orientación a la Asamblea General y hasta que no la reciba, no debería redactar ningún artículo sobre contramedidas.

[14] Ley que prohíbe la entrada de trabajadores chinos a los Estados Unidos, *The Statutes at Large of the United States of America*, vol. XXV (diciembre de 1887 a marzo de 1889),Washington, Government Printing Office, 1889, pág. 476.

[15] *Consolidated Treaty Series*, Dobbs Ferry, Nueva York, Oceana Publications, 1977, vol. 157, pág. 185.

37. El Sr. CRAWFORD, si bien está de acuerdo con el Sr. Shi en que la Comisión está en un dilema, duda de que negarse a abordar la cuestión sea la respuesta apropiada. En su opinión, la Comisión debería tratar de elaborar un régimen de contramedidas que refleje el debido equilibrio entre los diversos intereses que están en juego. La solución radical que propone el Sr. Shi significa abolir las contramedidas en cuanto elementos del derecho que regula las consecuencias de los hechos ilícitos y, por esa razón, entraña el peligro de que el proyecto en su conjunto sea inaceptable para los Estados cuyo comportamiento podría, pues, ponerse en tela de juicio. Una posibilidad sería señalar que el proyecto se adopta sin perjuicio de la cuestión de las contramedidas; así se daría la impresión de que esa cuestión no se elimina sino que se deja de lado. Sin embargo, de este modo se dejaría abierta la posibilidad de un ejercicio subjetivo de esos mismos poderes cuya acción en el pasado el Sr. Shi ha criticado tan vigorosamente. El Sr. Crawford señala desde luego que sus comentarios son sólo la reacción inmediata a la exposición que la Comisión acaba de escuchar, pero para dar una respuesta más ponderada espera conocer las futuras propuestas del Relator Especial.

38. El Relator Especial ha solicitado observaciones sobre el difícil e importante problema de los Estados lesionados de diferente manera. Aunque el informe esboza ciertas críticas a la definición de «Estados lesionados» contenida en el proyecto de artículo 5 de la segunda parte[16], el Sr. Crawford entiende que este artículo es parte del proyecto tal como está redactado actualmente. La cuestión de los Estados lesionados de diferente manera suscita dos tipos de problemas. El primero es el del equilibrio entre la respuesta de los diversos Estados lesionados en el caso de que éstos sean más de uno con arreglo a los términos del artículo 5. En el supuesto de que esos Estados no adopten ninguna medida coordinada de carácter colectivo («horizontal»), es probable que cada uno de ellos se limite fundamentalmente a su propia relación con el Estado que ha cometido el hecho ilícito. Considerada aisladamente, esa posición parece ser razonable. Pero ¿qué sucede si considerada colectivamente la reacción de todos los Estados lesionados es desproporcionada? Una disposición que señale que cada Estado deberá reaccionar teniendo debidamente en cuenta la reacción de otros Estados lesionados sería, en su opinión, demasiado vaga.

39. El segundo tipo de dificultades, de carácter más grave, se debe al hecho de que si bien a los efectos del artículo 5 todos los Estados lesionados son iguales, es indudable que en ciertos casos uno o más Estados sufren más daños que otros. Por ejemplo, el Estado A podría adoptar medidas represivas y discriminatorias contra nacionales del Estado B en contravención de las disposiciones sobre no discriminación contenidas en los instrumentos de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con arreglo al artículo 5 de la segunda parte del proyecto, todo Estado parte en el Pacto Internacional sería un Estado lesionado, pero es indudable que el grado de lesión del Estado B sería significativamente mayor que el de otros Estados. ¿Cuáles serían las consecuencias de esta situación? El hecho de no asignar ninguna prioridad al Estado B suscitaría ciertos problemas. Desde luego, cualquier Estado podría pedir la restitución en especie. Pero es perfectamente posible que después de dilatadas negociaciones diplomáticas con el Estado A, el Estado B decida no insistir en la restitución en especie y, en cambio, aceptar alguna otra forma de reparación. En este caso, ¿cabe permitir que otros Estados, que con arreglo al artículo 5 son Estados lesionados, insistan en la restitución en especie? Un Estado menos lesionado, por decirlo así, ¿podría replantear la cuestión a su arbitrio y, en caso afirmativo, cuándo se arreglaría definitivamente —si es que se arregla— la controversia internacional dimanante del hecho del Estado A? Si el criterio aplicable a los efectos de la restitución en especie es el del equilibrio entre la carga impuesta al Estado autor del hecho lesivo y el beneficio en favor del Estado lesionado, un Estado lesionado que no ha sufrido ningún daño directo tendría derecho a pedir la restitución en especie dado que no podría obtener reparación. En cambio, si, como ha sugerido el propio Relator Especial, el criterio es el del equilibrio entre la carga impuesta al autor del hecho lesivo y el daño sufrido por el Estado lesionado, el problema no se plantearía porque la lesión de los derechos de un Estado que no ha sufrido ningún daño directo, por mucho que sea Estado lesionado con arreglo al artículo 5, sería relativamente insignificante en comparación con los daños sufridos directamente por otro Estado lesionado. Por su parte, considera que si el Estado directamente lesionado no puede obtener la restitución en especie, ningún Estado estaría en condiciones de pedirla. Sin embargo, en el proyecto no figura ninguna norma en este sentido. El Comité de Redacción habrá de ser muy cuidadoso a este respecto; tal vez se pueda incorporar una disposición apropiada en relación con el principio de la proporcionalidad en el contexto de las contramedidas.

40. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA observa que una contramedida es una respuesta negativa de un Estado a una acción supuestamente negativa imputable a otro Estado. Pero cuando su objetivo es sustituir las consecuencias negativas de la acción negativa por una situación positiva, se puede considerar como una respuesta positiva. Así, en todos los casos se deben tener en cuenta tanto la naturaleza como la calidad de la contramedida adoptada. El concepto mismo de contramedida tal vez se habría podido definir con más precisión en el tercer informe. Cualquier tentativa de codificación en la esfera de las contramedidas debe partir de la base, al menos implícitamente, de que las contramedidas son admisibles en virtud del derecho internacional. Esto es lo que sugieren claramente las numerosas referencias a la jurisprudencia que figuran en las notas al informe, de las cuales se desprende que —al menos en la situación actual de las relaciones internacionales— el recurso a las contramedidas es una facultad inherente a la soberanía de los Estados. Sin embargo, se plantea la cuestión de saber si las contramedidas pueden seguir siendo admisibles en el marco de los acuerdos de integración libremente celebrados por Estados soberanos. La codificación del régimen de contramedidas ¿debe simplemente confirmar la jurisprudencia actual o debe ser de alcances más amplios?

41. Por su parte, considera que cualquier régimen de contramedidas deberá tener en cuenta por lo menos la jurisprudencia mencionada en el tercer informe.

[16] Véase 2266.ª sesión, nota 11.

42. En lo que respecta a la parte del tercer informe que trata de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito como condición previa del recurso a las contramedidas, el Sr. Pambou-Tchivounda no está seguro de que la existencia de tal hecho sea una condición para poder recurrir a las contramedidas. La prueba para justificar una contramedida no es tanto el hecho internacionalmente ilícito sino el daño causado por ese hecho. El requisito de un daño real y directo tendría tres ventajas, a saber, la de impedir el recurso abusivo a las contramedidas, la de limitar el número de Estados que tendrían derecho a recurrir a esas medidas y la de disminuir el peligro inherente a una evaluación subjetiva del daño que abre la vía a las contramedidas. El régimen que la Comisión trata de elaborar debe considerar la prueba del daño como condición necesaria para las contramedidas, condición que, a su vez, justifica la previa demanda de reparación, las obligaciones en materia de solución de controversias y la proporcionalidad. En su opinión, la proporcionalidad depende del grado del daño y al evaluarla se debe tener también en cuenta el carácter material o moral del daño.

43. Es de esperar que el régimen de contramedidas contenga una o más disposiciones sobre su incompatibilidad con los mecanismos existentes en el derecho interno, especialmente los de carácter legislativo, o sobre la imposibilidad de que los Estados formulen reservas respecto de este régimen.

44. El Sr. FOMBA dice que el informe del Relator Especial refleja su dominio de un tema importante y difícil a la vez. En los últimos tiempos, Francia y algunos países de Africa han expulsado ilegalmente a numerosos nacionales malienses. Evidentemente, un Estado débil como Malí no tiene medios para oponerse a los actos ilegales de un Estado poderoso como Francia. Este ejemplo ilustra el carácter político del problema de las contramedidas y subraya la necesidad de que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en la esfera de la reacción a los hechos internacionalmente ilícitos «ordinarios» tengan más en cuenta la posición de los Estados débiles. De ese modo, el futuro régimen jurídico de las contramedidas revestiría toda su importancia como un medio de defensa contra los abusos de los Estados poderosos.

45. En lo que respecta a la terminología, el Sr. Fomba prefiere que se emplee el término más neutro y general de «contramedidas». Para que las contramedidas sean de carácter lícito, es necesario primero que se haya cometido un hecho internacionalmente ilícito. En lo que respecta a la función de las contramedidas, es difícil establecer una clara distinción entre sus aspectos indemnizatorio y punitivo. El hincapié debe hacerse en la demanda previa de cesación y/o reparación. En lo que respecta al arreglo de controversias, no hay razones para que el Estado lesionado no esté sujeto a la obligación de recurrir al procedimiento establecido —sea cual fuere ese procedimiento— y a este respecto el Sr. Fomba se remite a los Artículos 33 y siguientes de la Carta de las Naciones Unidas.

46. El problema fundamental de la proporcionalidad debe enunciarse en términos más precisos tratando de definir criterios claros para su aplicación. En cuanto a la suspensión y terminación de los tratados, el Sr. Fomba es partidario de que se ratifique el régimen del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, pero —enfocada esta cuestión desde un punto de vista más amplio— también le parece necesario prever la suspensión del cumplimiento de ciertas obligaciones dimanantes de tratados multilaterales y de normas de *jus cogens*. La cuestión de los llamados regímenes autónomos es de carácter político y debería abordarse separadamente.

47. El problema de los Estados lesionados de diferente manera no debería ser materia de un artículo especial porque en realidad de lo que se trata es de determinar qué Estado tiene un interés jurídico en adoptar medidas. En lo que respecta a las limitaciones sustantivas, evidentemente la primera es el respeto de las normas imperativas y de las obligaciones *erga omnes* así como de las demás normas que dimanan de esos principios: la ilicitud del recurso a la fuerza, el respeto de los derechos humanos y la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y consulares. En lo que respecta al recurso a la fuerza, el alcance jurídico del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas es claro, indiscutible y absoluto y no cabe sostener que ciertas formas unilaterales de recurso a la fuerza han «sobrevivido» y se deben tener en cuenta. Con todo, se debería establecer un régimen de contramedidas más coherente e intensificar —con la prudencia del caso— el desarrollo progresivo del derecho. Por ejemplo, tal vez sea interesante examinar hasta qué punto se podría ampliar el concepto de fuerza para que abarque la coerción económica. En lo que respecta a la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y consulares —en la medida en que la distinción hecha por el Relator Especial plantea ciertas dudas—, el Sr. Fomba es partidario de que se mantenga el carácter positivo de los derechos diplomáticos y consulares de los Estados. En cuanto al respeto de los derechos humanos, la Comisión podría tratar de llegar a un acuerdo sobre el alcance relativo del concepto general de «derechos humanos fundamentales».

48. Para llevar a cabo su cometido en materia de desarrollo progresivo del derecho, la Comisión debe impedir todo abuso de las contramedidas, pero también debe velar por que ellas sean una garantía suficientemente eficaz a los fines de la cesación y la reparación. Para ello es necesario elaborar un procedimiento de arreglo de controversias, especialmente para el caso de que haya terceros involucrados.

49. Por último, el Sr. Fomba hace suyas, en sus aspectos fundamentales, las opiniones expresadas por el Sr. Bennouna (2266.ª sesión) y el Sr. Jacovides (2265.ª sesión).

50. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que dará una respuesta detallada a las observaciones sobre su tercer informe al presentar el cuarto informe.

51. Dado que se ha planteado una vez más la cuestión de la no presentación de artículos, observa que su redacción es difícil cuando todavía existen dudas acerca del contenido. En su cuarto informe ha esbozado un proyecto de artículo sobre ese difícil problema y confía en poder mejorarlo antes de presentar ese informe. Precisamente espera comentarios constructivos de los miembros de la Comisión.

52. El Relator Especial manifiesta su sorpresa por el hecho de que en la sesión en curso un miembro de la Comisión haya definido de nuevo el hecho internacionalmente ilícito en circunstancias de que ese término se ha utilizado ya en los 35 proyectos de artículos aprobados.

53. En lo que respecta a la sugerencia del Sr. Shi de que el proyecto no haga ninguna referencia a las contramedidas y que en cambio se centre en la solución pacífica de las controversias, el Relator Especial observa que las proposiciones hechas a la Comisión por el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, distaban mucho de tener el alcance de las que ahora ha formulado.

54. En cuanto a la cuestión planteada por el Presidente respecto del Consejo de Seguridad, reconoce que ésta es la única institución de que dispone la comunidad internacional para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Es precisamente en vista de esto que sería necesario que la Comisión examine a fondo el artículo 4 de la segunda parte del proyecto[17], que se refiere a las disposiciones y los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Si bien el Consejo de Seguridad tiene derecho a adoptar medidas para poner término a una lucha armada, no está facultado para arreglar una controversia ni para imponer su solución. Como ha señalado, a su debido tiempo examinará ese problema en relación con el proyecto de artículo 4 de la segunda parte del proyecto.

55. El PRESIDENTE dice que el debate sobre la responsabilidad de los Estados se reanudará alrededor del 16 de junio, cuando la Comisión examine el cuarto informe del Relator Especial.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

[17] *Ibid.*

2268.ª SESIÓN

Martes 2 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barboza, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional [A/CN.4/443[1], A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf. Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE, tras desear la bienvenida a los participantes en el Seminario sobre derecho internacional, invita al Relator Especial a presentar su octavo informe (A/CN.4/443).

2. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) remite ante todo a los miembros de la Comisión al «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.469, secc. D); a los principios de Río sobre derechos y obligaciones generales[2]; al proyecto de convenio marco sobre los cambios climáticos[3] y al proyecto de convenio sobre la conservación de la diversidad biológica[4]. Señala que la Comisión ha examinado ya 33 proyectos de artículos, diez de los cuales, relativos fundamentalmente al ámbito de aplicación, los principios y los términos empleados, fueron remitidos al Comité de Redacción[5], que en el 41.° período de sesiones de la Comisión redujo ese número a nueve[6] y que se ha convenido en mantener «abierto» el proyecto de artículo 2 (Términos empleados) para, llegado el caso, poder incluir en él nuevos términos o modificar el sentido atribuido a cualquiera de los ya aprobados, según proceda. Añade que ha estudiado en un apéndice del informe que se examina los conceptos de riesgo y daño, a los que se refiere el proyecto de artículo 2. Insiste en el carácter esencialmente provisional de los artículos y pide a los miembros de la Comisión que expresen su parecer al respecto a fin de que pueda distinguir las principales corrientes de opinión que existen en la Comisión. Ahora bien, el Relator Especial deberá esperar a que el Comité de Redacción haya concluido el examen de los textos que le han sido remitidos para poder determinar mejor la orientación que haya que dar en lo sucesivo al estudio del tema. Mientras tanto, propone que se remita también al Comité de Redacción el proyecto de artículo 10 (No discriminación)[7], que no suscitó ninguna objeción cuando fue examinado el sexto informe.

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[2] Posteriormente adoptada como Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, documento A/CONF.151/26, vol. I.

[3] Ulteriormente firmada en la CNUMAD el 4 de junio de 1992 como Convenio marco de las Naciones Unidas sobre los cambios climáticos, *International Legal Materials*, vol. XXXI, 1992, pág. 849.

[4] Posteriormente firmada en la CNUMAD el 5 de junio de 1992 como Convenio sobre la diversidad biológica, *ibid.*, vol. XXXI, 1992, pág. 822.

[5] Para el texto y un resumen del debate, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 11 y ss.

[6] Para los artículos revisados propuestos por el Relator Especial, véase *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 142, documento A/CN.4/423, párr. 16.

[7] Véase *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1, anexo.

3. La Comisión debe reexaminar a la luz de los cambios de impresiones ya celebrados y de los debates de la Sexta Comisión la parte del informe dedicada a la prevención, concepto tanto más fácil de deslindar en la actualidad cuanto que últimamente han surgido varios instrumentos internacionales relativos a esta cuestión y que la doctrina en esta materia ha proseguido su desarrollo. El Relator Especial cita varios ejemplos que ponen de manifiesto la intensa actividad jurídica desplegada en esta esfera tanto en el ámbito europeo como en el de las Naciones Unidas. A este respecto, el proyecto de convenio sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes del ejercicio de actividades peligrosas para el medio ambiente, elaborado por el Consejo de Europa[8], es tal vez el instrumento que más se aproxima al tema que constituye el objeto del actual empeño de la Comisión, ya que, a diferencia de la mayoría de los convenios, abarca cualquier género de actividades peligrosas y no una actividad determinada.

4. El objeto principal del octavo informe es conferir a las obligaciones de prevención el carácter de meras directrices destinadas a los gobiernos. El Relator Especial desea hacer observar a este respecto que, si bien el daño lleva aparejada la reparación, no es posible en cambio vincular la prevención en el riesgo, por la simple razón de que la responsabilidad a que dan lugar las actividades de riesgo corresponde a la esfera de la responsabilidad causal u objetiva, llamada también responsabilidad por riesgo, es decir, un tipo de responsabilidad que exige de la parte responsable que preste, llegado el caso, una indemnización, sean cuales fueren las medidas de prevención que haya adoptado. Sin embargo, como explica el Relator Especial en su informe, las normas aplicables en materia de prevención —en el sentido de prevención anterior a un suceso— son muy diferentes del concepto de prevención posterior al suceso y no figuran en los convenios o proyectos de convenio relativos a la responsabilidad sin culpa, los cuales prevén en cambio las medidas que hay que adoptar para impedir que los efectos perjudiciales de un suceso se extiendan más allá de la jurisdicción nacional. ¿Cómo conciliar la idea de relegar las obligaciones de prevención a un anexo sin fuerza obligatoria con la idea de no pronunciarse por ahora sobre el carácter que finalmente revestirá el proyecto de articulado que se someta a la Asamblea General? A juicio del Relator Especial, al dar a los textos relativos a la prevención el carácter de directrices, la Comisión no prejuzga la decisión que habrá de adoptar en última instancia sobre la naturaleza de los demás artículos. Si los demás artículos pasan a ser también directrices, no habrá entonces nada que objetar a que unos y otros coexistan en un mismo documento. Pero la Comisión podría resolver asimismo suprimir todo rastro de prevención anterior al suceso sin que el instrumento definitivo resulte especialmente afectado.

5. La primera parte del octavo informe versa precisamente sobre la cuestión de si los artículos deben comprender obligaciones de prevención junto a las obligaciones de reparación. Las obligaciones de prevención se dividen en obligaciones de naturaleza procesal (arts. 11 a 15) y obligaciones preventivas unilaterales (art. 16)[9]. Como la mayoría de los miembros de la Comisión se opusieron a la idea de incluir obligaciones de procedimiento en el texto, el Relator Especial las ha agrupado en un anexo, como directrices destinadas a los gobiernos, como sigue:

ANEXO

En relación con las actividades del proyecto de artículo 1 y para el mejor cumplimiento de sus objetivos y principios, las siguientes disposiciones tienen carácter recomendatorio, sin perjuicio de las responsabilidades que al respecto puedan corresponder en el derecho internacional.

Artículo I[10].—Medidas de prevención

Las actividades del artículo 1 del texto principal deberían requerir autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o control han de realizarse. Antes de autorizar o de emprender una de esas actividades, el Estado debería disponer de una evaluación del daño transfronterizo que ella pueda causar y asegurar, por acciones legislativas, administrativas y de aplicación, que los responsables de su conducción utilicen la mejor tecnología disponible para evitar el daño transfronterizo significativo o para minimizar el riesgo de su producción, según corresponda.

Artículo II.—Notificación e información

Si de la evaluación del artículo anterior surgiera la certeza o la posibilidad de daño transfronterizo significativo, el Estado de origen notificará de esa situación a los Estados presuntamente afectados y les transmitirá la información técnica disponible que fundare la evaluación. Si el efecto transfronterizo puede extenderse a una pluralidad de Estados, o si no resultara posible al Estado de origen determinar con precisión cuáles Estados se verán afectados, el Estado de origen procurará que una organización internacional con competencia en la materia lo asista en la identificación de los Estados afectados.

Artículo III.—Seguridad nacional y secretos industriales

Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para proteger secretos industriales podrán no ser transmitidos, aunque el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.

Artículo IV.— Actividades de efectos nocivos: consulta previa

Antes de emprender o autorizar una actividad de efectos nocivos, el Estado de origen consultará con los Estados afectados con vistas a establecer para esa actividad un régimen jurídico aceptable a todos los interesados.

Artículo V.—Alternativas a una actividad de efectos nocivos

Si de aquellas consultas surge que el daño transfronterizo es inevitable en las condiciones propuestas para la actividad, o bien que tales daños no pueden ser adecuadamente compensados, el Estado afectado podrá pedir al de origen que requiera del solicitante de la autorización alternativas que hagan aceptable la actividad.

Artículo VI.—Actividades de riesgo: la consulta para un régimen

En las actividades de riesgo, los Estados interesados se consultarán, si fuera necesario, para determinar el riesgo y la magnitud del eventual daño transfronterizo, con vistas a establecer los ajustes y modificaciones de la actividad planeada, las medidas preventivas y los planes contingentes que dieran satisfacción a los Estados afectados, entendiéndose que la responsabilidad por los daños causados estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes del texto principal.

---

[8] Consejo de Europa, documento DIR/JUR (92) 3, Estrasburgo, 31 de julio de 1992.

[9] Véase nota 7 *supra*.

[10] Se han utilizado números romanos para diferenciar los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial para posible inclusión en un anexo de los que forman parte del cuerpo principal del instrumento.

Artículo VII.—Iniciativa de los Estados afectados

Si un Estado tuviere razones para creer que una actividad bajo la jurisdicción o control de otro Estado le causa un daño significativo, o crea un riesgo significativo de causárselo, podrá pedirle que cumpla con lo dispuesto en el artículo II de este anexo. La petición se acompañará de una exposición técnica de las razones en que funda su opinión. Si la actividad resultara ser una del artículo 1 del texto principal, el Estado de origen resarcirá los costos del estudio.

Artículo VIII.—Solución de controversias

Si las consultas mantenidas en cumplimiento de los artículos III y V anteriores no arrojaran un acuerdo, las partes someterán sus diferencias a los procedimientos de solución de controversias del anexo ...

Artículo IX.—Factores del equilibrio de intereses

En las consultas anteriores, y para encontrar un equitativo equilibrio de los intereses de los Estados interesados en relación con la actividad de que se trate, éstos podrán tener en cuenta los siguientes factores:

***a*) el grado de probabilidad del daño transfronterizo, su posible gravedad y extensión, así como la probable incidencia de la acumulación de los efectos de la actividad en los Estados afectados;**

***b*) la existencia de medios de evitar dichos daños, teniendo en cuenta el más alto nivel de la tecnología en el manejo de la actividad;**

***c*) la posibilidad de desarrollar la actividad en otros lugares o con otros medios, o la disponibilidad de otras actividades alternativas;**

***d*) la importancia de la actividad para el Estado de origen, teniendo en cuenta para ello factores tales como los económicos, sociales, de seguridad, sanitarios y otros similares;**

***e*) la viabilidad económica de la actividad en relación con los posibles medios de prevención;**

***f*) las posibilidades físicas y tecnológicas en relación con su capacidad de tomar medidas preventivas, de restaurar las condiciones ambientales preexistentes, de compensar el daño causado o de emprender actividades alternativas que ofrece el Estado de origen;**

***g*) los estándares de protección que para la misma o comparables actividades aplica el Estado afectado, y los que se aplican en la práctica regional o internacional;**

***h*) los beneficios que el Estado de origen o el Estado afectado derivan de la actividad;**

***i*) el grado en que los efectos nocivos se originan en un recurso natural o afectan el uso de un recurso compartido;**

***j*) la disposición del Estado afectado para contribuir en los costos de prevención o de reparación de los daños;**

***k*) el grado en que los intereses de los Estados de origen y afectados son compatibles con los intereses generales de la comunidad en su conjunto;**

***l*) el grado de disponibilidad de asistencia por parte de organizaciones internacionales para el Estado de origen;**

***m*) la aplicabilidad de principios y normas aplicables del derecho internacional.**

6. Aun cuando algunos miembros de la Comisión se hayan declarado partidarios de conservar a las medidas unilaterales de prevención el carácter de obligaciones «perfectas», el Relator Especial opina que las obligaciones de esa naturaleza constituyen normas primarias cuya violación da lugar a la responsabilidad de los Estados. Ahora bien, abordar en este contexto la responsabilidad de los Estados plantea un doble problema: por un lado, los gobiernos se muestran sumamente reacios a la idea de adquirir la condición de parte en instrumentos que contienen cláusulas relativas a la responsabilidad, como se desprende de los estudios efectuados por Handl, y por Doeker y Gehring, a los que se refiere el Relator Especial en el informe, y, por otro lado, no es posible pasar por alto las dificultades de índole procesal que se plantean con respecto a los modos de solución de las controversias y a la jurisdicción competente para conocer de los asuntos que puedan surgir en las relaciones entre Estados y particulares. Esas consideraciones han impulsado al Relator Especial a suprimir todas las obligaciones de prevención en el instrumento examinado. No obstante, en la disposición introductoria del anexo ha incluido una cláusula de salvaguardia que se aplica muy especialmente a las actividades de efectos nocivos, en relación con las cuales el hecho de que el Estado haya omitido adoptar las medidas indicadas en el proyecto de artículo 16 podría, en determinadas circunstancias, ser considerado como una violación de obligaciones en vigor.

7. Sea cual fuere la naturaleza del anexo en que se incluyan esas obligaciones, las medidas de prevención ¿deben ser reguladas conjunta o separadamente? Al parecer, sólo existe una sola diferencia importante entre las medidas concernientes a tal o cual actividad: el contenido de las consultas. En opinión del Relator Especial, todas las medidas deberían poder ser reguladas conjuntamente; las medidas unilaterales y las medidas de carácter legislativo y administrativo imponen al Estado la misma clase de carga, sea cual fuere el tipo de actividad considerada. En efecto, teniendo en cuenta que las actividades de efectos nocivos causan daños transfronterizos en el curso de su desarrollo normal, sólo puede haber actividades de ese género si existe alguna forma de consentimiento previo de los Estados afectados. Las actividades de riesgo autorizadas por el Estado de origen no requerirán el consentimiento previo de los Estados que puedan resultar afectados con tal que el Estado de origen esté dispuesto a indemnizarlos si se produce un daño, y ello en el marco de un régimen que reconozca en principio la responsabilidad del explotador en caso de daño. La consulta de los Estados afectados debería tener por objeto la elaboración de disposiciones de prevención adecuadas para velar por la seguridad de la operación.

8. El Relator Especial señala a la atención de la Comisión una condición importante de la licitud de una actividad que causa o crea un riesgo de causar un daño transfronterizo al perturbar el medio ambiente, mencionada en el informe del Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Estipula que para que una actividad de esa índole sea lícita es preciso que

> el costo técnico y socioeconómico total o la pérdida total de beneficios derivada de la prevención o reducción de ese riesgo exceda con mucho a largo plazo de las ventajas que suponga dicha prevención o reducción[11].

9. Esta disposición se refiere a actividades que no están prohibidas, sea cual fuere el daño que causen o el riesgo que creen, porque son útiles, e incluso necesarias, para la vida de las sociedades modernas o, si se prefiere, para el equilibrio de intereses. El Relator Especial desearía saber si procede o no incluir una disposición de esa índole en el proyecto, en la inteligencia de que el artículo IX del anexo quizás ofrezca criterios suficientemente flexibles para garantizar el equilibrio de intereses.

---

[11] *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Londres, Graham & Trotman, 1987, pág. 80.

10. En el apéndice del octavo informe, el Relator Especial reexamina la definición de los conceptos de riesgo y daño a la luz de instrumentos elaborados después de que el proyecto de artículo 2 fuera remitido al Comité de Redacción. Al referirse al riesgo como elemento distinto, se corre el peligro de efectuar una elipsis peligrosa para designar un elemento que es inseparable de ciertas actividades que corresponden al ámbito de aplicación del presente proyecto. El concepto de riesgo no tendrá ningún objeto si se hace referencia a él independientemente de las actividades de riesgo. Como se trata de distinguir esas actividades, es preciso también definir lo que se entiende por riesgo y sobre todo por riesgo apreciable. La supresión de las obligaciones de prevención no dispensa a la Comisión de tener que definir el concepto de riesgo en el proyecto de artículo 2; de ahí las ideas que el Relator Especial expone en su informe y que podrían interesar a la Comisión y, sobre todo, al Comité de Redacción, que tiene encomendado el examen de dicha disposición.

11. Algunos instrumentos internacionales mencionados en el apéndice definen con precisión las actividades de riesgo, generalmente mediante listas de actividades, sustancias o técnicas. La Comisión, por su parte, ha preferido una definición general de las actividades de riesgo y, por lo tanto, ha rechazado las listas de carácter exhaustivo. En el apéndice, el Relator Especial proporciona las indicaciones más idóneas a su juicio para deslindar mejor las actividades de riesgo.

12. El Relator Especial estima muy importante también definir el concepto de daño, y más especialmente el de daño al medio ambiente que, según una tendencia reciente, va acompañado de la idea de indemnización no sólo de las medidas razonables que se hayan adoptado efectivamente o que vayan a adoptarse para el restablecimiento de la situación anterior, sino también de toda modificación del *statu quo ante* a la que no haya sido posible poner remedio. La solución propuesta en el proyecto de artículo 24[12] viene a ser corroborada por la práctica y la doctrina recientes.

13. A este respecto, el Relator Especial señala a la atención de la Comisión la definición contenida en las directrices elaboradas por el Grupo de Trabajo de la CEPE citada al final del octavo informe.

14. En conclusión, el Relator Especial desearía que la Comisión indique, teniendo en cuenta lo expresado en el informe, si las disposiciones sobre la prevención deben relegarse a un anexo en calidad de directrices destinadas a los gobiernos. La Comisión puede elegir entre tres posibilidades: conferir a las disposiciones de prevención el carácter de directrices, suprimir toda mención de la prevención anterior al accidente, lo que es perfectamente posible, o, por último, aunque el Relator Especial no lo recomienda, mantener las medidas unilaterales de prevención como obligaciones «perfectas».

15. Los miembros de la Comisión que prefieran el sistema del anexo tal vez podrían pronunciarse sobre el procedimiento que en él se establece. De conformidad con los deseos expresados por algunos miembros de la Comisión en períodos de sesiones anteriores, se trata de un procedimiento flexible y simplificado en relación con los propuestos anteriormente.

16. El Relator Especial desearía también conocer la opinión de los miembros de la Comisión acerca de las definiciones propuestas en el apéndice, ya que el proyecto de artículo 2 ha sido remitido al Comité de Redacción y resultaría sumamente enojoso volver a abrir el debate general sobre la cuestión de si el concepto de riesgo debe tener primacía sobre el de daño, o al revés, o sobre cuál de esos dos conceptos debe servir de base al proyecto de artículos, sobre todo porque en lo que se refiere a la pareja «riesgo-prevención» no se puede menos de errar el camino al abordar el problema.

17. La Comisión dispone de varios artículos de los que podría extraer los elementos de un instrumento destinado a ser presentado a la Asamblea General. Si suprime la prevención, le queda la responsabilidad internacional propiamente dicha, que, de conformidad con una práctica internacional que cobra cada vez mayor importancia, consistiría en una responsabilidad civil. Huelga decir que el proyecto de artículos sólo comprenderá obligaciones de carácter muy general que permitan el buen funcionamiento de un régimen de responsabilidad civil, como el principio de no discriminación que inspira varias de las disposiciones del capítulo examinado. En el marco de la responsabilidad civil, la Comisión debería reflexionar sobre el principio según el cual «quien contamina, paga», principio que no ha sido definido muy claramente hasta ahora. En cuanto a los Estados, deberían ser considerados subsidiariamente responsables en los casos extremos, como establecen los convenios sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, esfera en la que los seguros u otras garantías no pueden cubrir todos los daños. Quizás esa responsabilidad podría hacerse extensiva también a los casos en que no pueda determinarse el origen del daño, pero se trata de una esfera nueva que requiere una reflexión mucho más profunda.

18. El Relator Especial se felicita de que el Comité de Redacción pueda, en el actual período de sesiones, examinar los proyectos de artículos que le han sido remitidos y a los que debe agregarse, como ha dicho ya, el proyecto de artículo 10 (No discriminación). El Comité de Redacción deberá, en este período de sesiones o en el siguiente, pronunciarse sobre esos textos, pues de lo contrario el Relator Especial no ve la utilidad de seguir redactando informes. En efecto, no incumbe sólo al Relator Especial, sino a la Comisión, en su conjunto, cumplir el mandato conferido por la Asamblea General.

19. El Sr. CRAWFORD señala que el informe examinado requiere ante todo una reflexión general sobre la separación entre el tema objeto de estudio y el de la responsabilidad de los Estados, y sobre las reservas, incluso escrúpulos, que el problema sigue suscitando en algunos miembros de la Comisión.

20. Desde el punto de vista de la terminología, se adhiere sin reservas a la propuesta del Relator Especial de que se sustituya en el título inglés del tema la palabra «acts» («actos») por «activities» («actividades»). Una vez introducida esa modificación, y en la inteligencia de que el ámbito de aplicación del proyecto de artículos así ampliado se circunscribe a las consecuencias perjudicia-

[12] Véase nota 7 *supra*.

les de actividades de por sí lícitas, la Comisión no necesita ya preguntarse si las normas que está elaborando corresponden a la esfera de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional o a la esfera de la responsabilidad de los Estados. De persistir en ese falso debate, correría el riesgo de no llegar a ningún resultado, ya que, en definitiva, de las normas que tiene que elaborar sobre la materia estudiada nacerán en cierto modo obligaciones que, inevitablemente, darán lugar a la responsabilidad de los Estados.

21. En cuanto al problema que ha planteado el Relator Especial acerca de las obligaciones de prevención de carácter adjetivo o procesal, y en particular del lugar que les corresponde en el futuro instrumento, opina que la preferencia del Relator Especial por unas obligaciones con fuerza de mera recomendación es consecuencia de su concepción del tema en conjunto y, en especial, de la responsabilidad causal *(strict liability)* por el daño realmente sufrido. El Relator Especial ha explicado francamente que no sirve de nada imponer obligaciones de prevención a un Estado que podría incurrir en responsabilidad causal si se produjera realmente un daño. El orador acepta esta posición en principio, aunque no está seguro de que la Comisión pueda adoptar ahora una decisión definitiva a este respecto. Considera, por su parte, que sería más útil establecer por anticipado un régimen de prevención adecuado, aunque es cierto que un régimen de responsabilidad causal incitaría a los Estados, incluso a los peor dispuestos, a adoptar medidas de prevención. Por el momento, acepta la propuesta del Relator Especial de relegar las obligaciones de prevención a un anexo, porque le parece que actuar así es preferible a no establecer ninguna obligación de prevención y porque el Comité de Redacción podrá así avanzar considerablemente en el examen del contenido de esas obligaciones, prescindiendo del lugar que les corresponda en el proyecto.

22. El orador aprueba la posición adoptada por el Relator Especial con respecto a las consultas previas. Ningún Estado puede, efectivamente, hacer soportar el costo de sus actividades industriales, por ejemplo, a otros Estados, conservando al mismo tiempo los beneficios, y los Estados vecinos no deberían poder oponerse a las actividades proyectadas en un Estado, a condición, por supuesto, de que éste haya adoptado todas las medidas necesarias para reducir al mínimo los riesgos o los daños. Esa posición, por otra parte, es coherente con la naturaleza de las obligaciones establecidas en el anexo.

23. Por último, en lo que concierne a los problemas de definición analizados al final del informe, se trata de problemas de detalle y de forma, con excepción sin duda del que plantea el adjetivo —«apreciable» o «considerable»— que debe calificar el daño. Es difícil resolver este problema en abstracto antes de pronunciarse sobre el contenido de los artículos de fondo. Comprende el interés del Relator Especial por la definición del Grupo de Trabajo de la CEPE, que establece en especial que si no hay acuerdo sobre ningún umbral, existe daño cuando el Estado afectado se ve obligado, como resultado de la actividad realizada en el territorio del Estado de origen, a adoptar medidas para proteger el medio ambiente o la población, o medidas para el restablecimiento de la situación anterior, pero no cree que esa definición pueda servir de base para fijar un umbral del daño, a causa precisamente de su subjetividad y de las diferencias que puede haber entre los Estados interesados en lo que concierne a las normas sobre medio ambiente y a su situación económica. Como máximo, podría servir de condición previa, en el sentido de que el Estado vecino del Estado de origen no pueda exigir reparación de no haber adoptado tales medidas.

24. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER declara que el carácter complejo y delicado del tema objeto de estudio obliga a plantearse la esencia misma del derecho en esta materia.

25. Si existe un punto de convergencia entre el presente tema y el de la responsabilidad de los Estados, ese punto es la igualdad jurídica de los Estados y su desigualdad económica de hecho. Es un acierto que el Relator Especial haya construido su razonamiento en torno al concepto de equidad, tanto más cuanto que la próxima CNUMAD debe tratar precisamente de la desigualdad de hecho entre los Estados y de la importante función que han de desempeñar los países altamente industrializados asumiendo obligaciones más importantes que los países en desarrollo. Esto no significa que un país desarrollado deba cargar con una responsabilidad civil mayor que un país en desarrollo, pero no hay que pasar por alto la posibilidad de que un país en desarrollo al que se exija la reparación de un daño transfronterizo quede en la ruina si se ve obligado a la *restitutio in integrum.*

26. El orador se pregunta cuáles son las perspectivas del tema estudiado, cuando está a punto de inaugurarse la CNUMAD, y cuál es la función de la Comisión cuando el Consejo de Europa, la Comunidad Europea y otros organismos especializados han iniciado o están a punto de iniciar la elaboración de importantes instrumentos jurídicos. La Comisión no debe pasar por alto ese movimiento de desarrollo del derecho internacional, pero también debe acudir a los principios generales que se desprenden de la jurisprudencia existente en esta materia que, aunque no es abundante, resulta sin embargo muy útil: asuntos de la *Isla de Palmas*[13], de la *Fundición de Trail*[14], del *Estrecho de Corfú*[15] y de la *Presa de Gut*[16], por ejemplo. Esos principios generales de derecho son fundamentalmente cuatro: ningún Estado puede utilizar o permitir que se utilice su territorio de manera que se cause un perjuicio a otros Estados; ningún Estado puede beneficiarse de una actividad o un hecho sin asumir sus consecuencias; todo daño da lugar a reparación; todo riesgo de daño debe ser atenuado, incluso eliminado, hasta donde sea posible. La dificultad del tema resulta del hecho de que, por una parte, ciertas actividades de prevención pueden dar lugar a la violación de una norma y, por tanto, a una responsabilidad por hecho ilícito y que, por otra, el daño debe ser reparado; de ese modo, la responsabilidad se sitúa en un doble plano. La terminología anglosajona designa la responsabilidad en el primer

[13] Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II (N.° de venta: 1949.V.1), pág. 829.

[14] *Ibid.*, vol. III (N.° de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

[15] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

[16] *International Legal Materials*, vol. VIII, 1969, pág. 118.

caso con el término *responsibility* y en el segundo con el de *liability*, como ha señalado el Relator Especial en su séptimo informe[17].

27. El proyecto de declaración que se someterá a la consideración de los participantes en la CNUMAD[18] enuncia principios estrechamente relacionados con el conjunto de los problemas expuestos por el Relator Especial. De ese documento se desprende que el principio de cooperación no es sólo un principio sino una obligación de los Estados. La Comisión debe tener en cuenta ese documento, que tiene un alcance político muy importante. Es necesario que la Comisión adopte una decisión que le permita avanzar en el debate sobre la cuestión examinada. A este respecto, el orador desea saber si sería posible poner a disposición de los miembros de la Comisión algunos de los 11 textos que se citan en el octavo informe, por ejemplo, el proyecto de convenio del Consejo de Europa[19]. Sería importante saber si la Comisión estudiará al mismo tiempo otros documentos o si se atendrá exclusivamente al informe del Relator Especial. No hay que olvidar que la Comisión no se encuentra todavía en la etapa de elaboración de un proyecto que ha de presentarse a los Estados. Debe por ahora sentar en cierto modo un conjunto de principios jurídicos aplicables en esta materia. Hay que distinguir entre las reglas de fondo y las reglas de procedimiento, y el orador no ve ningún inconveniente en que estas últimas figuren en un anexo y adopten la forma de recomendaciones. Sin embargo, en su opinión, las reglas de procedimiento son el aspecto menos importante, puesto que los trabajos ya han avanzado mucho en esta esfera habida cuenta de lo realizado en ese plano en relación con la labor sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

28. El Sr. EIRIKSSON dice formar parte de quienes piensan que la labor realizada por el Relator Especial debería ahora permitir al Comité de Redacción elaborar una serie de artículos que podrían someterse a la Asamblea General en el plazo de dos años. A este respecto, el informe debería ser muy útil al Comité de Redacción, en especial en lo que concierne a las definiciones.

29. Ha hecho ya propuestas sobre algunos artículos que espera que sean tomadas debidamente en consideración por el Comité de Redacción, pero ahora quisiera también hacer hincapié en la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de los artículos propuestos. En vísperas de la inauguración de la CNUMAD, le parece importante examinar la cuestión estudiada en el contexto del medio ambiente, y la Comisión podría a este respecto sacar alguna enseñanza de los esfuerzos desplegados en el ámbito internacional con miras a la elaboración del derecho del medio ambiente y, muy recientemente, con ocasión de la preparación de esa Conferencia.

30. Es preciso reconocer que la idea maestra de los artículos debe ser la obligación de reparar todo daño transfronterizo importante, obligación que constituye en cierto modo una aplicación del principio conocido en el contexto del medio ambiente como el principio de «quien contamina, paga». Es bien sabido que esa regla aparentemente evidente no se admite sin reservas, pero cabe esperar que saldrá considerablemente reforzada de la CNUMAD. Opina, por consiguiente, que la Comisión podría establecer el principio de una negociación entre Estados sobre el nivel de la reparación en ciertos casos determinados. Así pues, los artículos deberían enunciar algunos de los criterios que hay que tener en cuenta en esas negociaciones, criterios que podrían ser diferentes en el caso de las actividades de riesgo, pero que no deberían, a su juicio, prever las modalidades de aplicación.

31. Por lo que respecta a la cuestión de la responsabilidad civil, es partidario desde hace mucho tiempo de un proyecto sobre la responsabilidad civil, en primer lugar porque permitiría a la parte lesionada obtener más rápidamente reparación, en segundo lugar porque facilitaría el establecimiento de un sistema de seguro internacional eficaz y, por último, porque contribuiría a reducir las tensiones entre los Estados. La experiencia adquirida con ocasión de la elaboración del proyecto de artículos sobre los cursos de agua muestra, sin embargo, que sólo podrían elaborarse principios generales limitados.

32. En lo que concierne a la cuestión fundamental del riesgo, opina que el proyecto de la Comisión debería versar sobre todas las actividades que pueden causar daños transfronterizos, pero especialmente sobre las que entrañan un riesgo importante. Para esas actividades de riesgo habría que establecer en materia de prevención y reparación normas diferentes de las aplicables en materia de daño. Habría que prever, pues, un artículo sobre la relación con las normas relativas a la responsabilidad de los Estados. También sería partidario de establecer ciertos umbrales para limitar el ámbito de aplicación de los artículos en función tanto de la entidad del daño como quizás, a título de concesión política, del conocimiento que los Estados tuvieran de las actividades efectuadas bajo su jurisdicción.

33. En lo referente al deber de prevención, los artículos deberían enunciar una obligación general limitada a las actividades que presenten un riesgo importante. También en este caso sería preferible atenerse a criterios generales y no establecer un mecanismo de aplicación muy perfeccionado. Cabe que, como se ha dicho a menudo, los gobiernos no estén dispuestos a aceptar un proyecto de artículos de un alcance tan grande como el que está preparando la Comisión. No obstante, ésta tiene un importante mandato que cumplir en esta esfera y, sin pecar de excesiva ambición, debe hacer muestra de audacia y continuar avanzando sin miedo. Desde el punto de vista de los métodos de trabajo, estima preferible que la Comisión, como ya hizo hace dos años en relación con la elaboración del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales, espere a que el Comité de Redacción haya concluido el examen de una serie completa de artículos para transmitir el resultado de sus trabajos a la Asamblea General.

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

---

[17] *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/437.

[18] Véase nota 2 *supra*.

[19] Véase nota 8 *supra*.

2269.ª SESIÓN

Viernes 5 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)* [A/CN.4/443[1], A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. BARBOZA (Relator Especial), en respuesta a las observaciones hechas por el Sr. Villagrán Kramer en la sesión anterior en las que relacionó la continuación del examen del tema con las conclusiones de la CNUMAD, dice que las cuestiones concretas que la Comisión ha de considerar sólo se examinarán superficialmente en la Conferencia, cuyo programa, como todo el mundo sabe, está muy recargado. Dando las gracias a los miembros que ya han intervenido sobre el tema dice que, si bien las observaciones de carácter general son siempre útiles y bienvenidas, desearía en particular escuchar las opiniones de los miembros sobre los principales asuntos planteados en su informe, a saber, si todas las cuestiones relativas a las obligaciones de prevención, o por lo menos los artículos de procedimiento relativos a las mismas, deben consignarse en un anexo —una cuestión de gran importancia en su opinión— y, en segundo lugar, la cuestión de las definiciones propuestas para el artículo 2. Ruega a los miembros que aborden estas cuestiones.

2. El Sr. GÜNEY dice que antes de comentar los puntos planteados en el octavo informe desea expresar sus recelos, que en algunos casos equivalen a reservas, con respecto a la codificación de un tema que no debe tratarse fuera del marco de la aplicación de las reglas normales que rigen la responsabilidad de los Estados.

3. La idea de una lista de actividades peligrosas, basada en el concepto de «sustancias peligrosas», no ha conseguido la aprobación de la Comisión ni de la Sexta Comisión. En lugar de preparar una lista, la Comisión debe esforzarse pues por definir las actividades peligrosas utilizando una terminología flexible que pueda adaptarse a la luz de la evolución futura.

4. La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales es un tema complejo que suscita cuestiones jurídicas y políticas. El proyecto de artículos debe tratar principalmente de la responsabilidad civil de los agentes, siendo la responsabilidad por daños de los Estados meramente subsidiaria. El sistema propuesto constituiría un desarrollo considerable del derecho internacional pues, como señala el Relator Especial en el informe, hasta ahora los Estados se han mostrado renuentes a asumir responsabilidades en las convenciones o proyectos de convención existentes que regulan ciertas actividades de riesgo. Ni el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo[2] ni el desarrollo del concepto de diligencia preventiva de los Estados expuesto en varias convenciones sobre protección del medio ambiente están suficientemente bien establecidos en derecho para que se les considere listos para su codificación.

5. En la presente etapa del desarrollo del derecho internacional en la esfera que se examina, la propuesta del Relator Especial de que las obligaciones de prevención se consignen en un anexo consistente en disposiciones de carácter puramente recomendatorio es pragmática y razonable y el orador la apoya en lo que respecta a las obligaciones de procedimiento y a las obligaciones de diligencia debida. Colocar las disposiciones sobre prevención en el texto del proyecto plantearía la cuestión de la relación entre la responsabilidad del Estado por actos ilícitos y la responsabilidad del Estado por actividades lícitas; un Estado de origen que no respetara la obligación primaria de prevención sería culpable de un acto ilícito. En ese contexto el orador expresa dudas en cuanto a la teoría de la culpa, que hace recaer la carga de la prueba en la víctima, en detrimento del principio de responsabilidad causal, que atribuye la carga de la prueba al autor del daño.

6. El examen del tema en la Sexta Comisión ha puesto de manifiesto la necesidad de prestar especial atención a los intereses de los países en desarrollo, que no tienen ni los recursos financieros ni los conocimientos técnicos necesarios para impedir o minimizar las consecuencias desfavorables de actividades realizadas bajo su jurisdicción y, por consiguiente, tienen mayor necesidad que los países industrializados de unas disposiciones claras y estrictas que definan las funciones respectivas del Estado de origen y del Estado víctima.

7. Si las disposiciones sobre prevención se incluyen en el texto del proyecto se podrían tratar conjuntamente las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos. Como el Relator Especial señala en el informe, el Estado, en uno u otro caso, ha de adoptar ciertas medidas legislativas, administrativas y de aplicación en el contexto del concepto de «diligencia debida» para evitar que el daño supere el umbral tolerable y se convierta en significativo. Existe un cierto elemento de subjetividad con respecto al Estado de origen, que puede no haber aceptado todos los instrumentos internacionales invocados en el marco de la labor de codificación. Este punto requiere un estudio más a fondo.

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[2] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.73.II.A.14 y corrección), primera parte, cap. I.

8. Los párrafos del informe relativos a la necesidad de consultar son en principio satisfactorios. No obstante, ha de quedar claro que los Estados vecinos o ribereños no tienen un derecho de veto sobre las actividades lícitas de otros Estados. En todo caso, las actividades de riesgo serán lícitas siempre que el Estado de origen asuma la responsabilidad causal respecto del daño causado. En cuanto a las actividades de efectos nocivos que causen daños en el curso de su realización, serán necesarias las consultas previas para tener debidamente en cuenta el equilibrio entre los intereses de que se trate. Ampliar el alcance del proyecto de artículos para incluir actividades que entrañan un riesgo de daño haría excesivamente difícil la tarea del Relator Especial y de la Comisión. Es importante evitar imponer a los Estados obligaciones mal definidas; serían preferibles normas separadas para regular el riesgo de daño, por una parte, y el daño real, por otra. Un Estado tiene el derecho soberano de emprender actividades lícitas en su territorio siempre que tome medidas para evitar que esas actividades causen daño transfronterizo. Es satisfactorio observar que el Relator Especial suscribe ese principio.

9. Finalmente, las disposiciones recomendatorias propuestas sobre la prevención deben revisarse y definirse con más claridad en lo que respecta a su contenido y alcance. En la presente era de creciente liberalización y privatización de las economías nacionales, la responsabilidad directa por daño transfronterizo debe recaer en el agente privado. En el proyecto que se examina debe darse pues prioridad a la responsabilidad civil y la cuestión de las obligaciones de vigilancia de los Estados respecto de las actividades de efectos nocivos debe dejarse a un lado. El concepto de riesgo y su relación con la responsabilidad del agente ciertamente requieren un examen más a fondo.

10. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que, habida cuenta de las transcendentales consecuencias de las propuestas presentadas en el informe relativas a las obligaciones de prevención, así como de las relativas al artículo 2, no puede estar de acuerdo en que la fase del debate general ha terminado. La propuesta de que una parte esencial del proyecto —una parte que no trata de los aspectos técnicos del tema sino de los sustantivos— se consigne en un anexo es ciertamente curiosa y sería más curiosa aún si el anexo se orientara, por así decirlo, en una dirección diferente de la del propio proyecto. El instrumento resultante no podría ser homogéneo ni coherente. Sin las disposiciones de prevención, el proyecto de artículos en su conjunto sería una cáscara vacía y la Comisión habría trabajado en vano. Sean cuales fueren las dificultades, la Comisión debe hacer frente a sus responsabilidades y, con la asistencia de todas las opiniones autorizadas que se puedan obtener, abordar todos los aspectos del tema, teniendo presentes todas y cada una de sus múltiples facetas. Los aspectos jurídicos de las políticas industriales de los Estados están conformados por todas estas facetas —económica, financiera, ecológica, tecnológica o política— así como por sus propias necesidades de desarrollo y los medios disponibles para satisfacerlas. De aquí que el principio de obligaciones de prevención sea inevitablemente de carácter relativo. Además, se ha de tener en cuenta que las leyes que regulan los nuevos inventos tecnológicos y sus aplicaciones por lo general no se promulgan sino después de que el invento ha causado o amenazado con causar un desastre. Al definir las obligaciones de prevención la Comisión debe esforzarse por fijar sus límites precisos e indicar el umbral más allá del cual se considerará que un Estado no cumple el principio de prevención. También debe tratar de definir el carácter concreto de las medidas de prevención y determinar sus consecuencias concretas para los Estados. Gran parte de esta tarea está aún pendiente y por consiguiente el orador reitera la opinión de que la fase del debate general dista de haber terminado.

11. El Sr. CALERO RODRIGUES desea felicitar a la secretaría por haber preparado el acta resumida de la 2268.ª sesión, aunque sólo sea en un idioma, a tiempo para la 2269.ª sesión. Que él recuerde, es la primera vez que se logra una cosa así en la historia de la Comisión. Espera que se distribuyan en breve las versiones del acta en otros idiomas y que la pauta así fijada se mantenga en el futuro.

12. El Relator Especial tiene razón al decir que ha pasado el tiempo del debate general aunque, por supuesto, es perfectamente oportuno que los nuevos miembros expresen sus opiniones. La Comisión ya tiene una cierta base para sus trabajos sobre el tema. Se ha guiado a lo largo de esta labor por el plan esquemático preparado por el anterior Relator Especial[3]. El sexto informe del actual Relator Especial[4], que contiene no menos de 33 artículos calificados de «experimentales», ofrece también una excelente base. Los artículos de los capítulos I (Disposiciones generales) y II (Principios) están ya en el Comité de Redacción; los relativos a la prevención, la responsabilidad y la responsabilidad civil se hallan aún ante la Comisión. No se han propuesto hasta ahora artículos sobre la solución de controversias, pero su inclusión está ya prevista por el Relator Especial, como se desprende del comentario al proyecto de artículo VIII incluido en su octavo informe.

13. El Relator Especial ha solicitado las opiniones de los miembros acerca de la posible inclusión de los artículos sobre la prevención en un anexo y su presentación como simples recomendaciones. En el anterior período de sesiones se acordó que el carácter del instrumento se decidiría en una fecha futura. Por lo tanto, no está seguro de que la Comisión necesite decidir inmediatamente sobre la naturaleza exacta de los artículos sobre la prevención. Sería preferible simplemente evaluar y, de ser necesario, modificar el proyecto de artículos, llegando así a un conjunto de disposiciones que puedan incorporarse en una convención o en un instrumento de carácter no obligatorio.

14. El proyecto de artículo I[5], para el cual sería más apropiado el título de «evaluación», establece la obligación de un Estado de evaluar el posible daño transfronterizo de una actividad incluida en el ámbito del artículo 1 del texto principal. El proyecto de artículo I enuncia un

[3] Reproducido en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 y ss., párr. 109. Cambios posteriores se indican en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

[4] Reproducido en *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1.

[5] Para el texto de los proyectos de artículos I a IX, véase 2268.ª sesión, párr. 5.

principio básico: las actividades que crean un riesgo apreciable de causar daño transfronterizo deben requerir la autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o cuyo control se van a realizar. La autorización previa es razonable, pero el orador se pregunta si debe tener el carácter de un requisito. En muchos casos no es seguro que la actividad entre en la categoría de actividades que crean un riesgo apreciable. No obstante, apoyará la idea básica de que un Estado está obligado a controlar cualesquiera actividades realizadas en su territorio que puedan estar comprendidas en el ámbito de los artículos principales.

15. El proyecto de artículo II trata de la notificación e información a los Estados que puedan resultar afectados por el daño transfronterizo. El orador está plenamente de acuerdo con el Relator Especial en que la información está íntimamente ligada a la notificación. El procedimiento de notificación e información debe seguirse en los casos en que el daño transfronterizo sea seguro o probable. El artículo es innovador en cuanto que abarca las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos, distinción interesante y útil que se recoge también en el proyecto de artículo IV. Hasta ahora la Comisión ha prestado atención sobre todo a la prevención en el caso de actividades de riesgo; no ha tenido muy en cuenta las actividades que con seguridad tienen efectos nocivos. Sin embargo, hay medidas efectivas que tomar en el caso de una actividad que necesariamente produzca daño, por ejemplo estableciendo un régimen de indemnización. Puede ser útil tratar por separado la prevención de las actividades de riesgo y la de las actividades de efectos nocivos. En ambos casos es importante disponer de una definición clara de las actividades en cuestión y fijar un umbral para el riesgo y para el daño.

16. El proyecto de artículo III es útil y puede incluso alentar a los Estados a aceptar el instrumento en su conjunto. El proyecto de artículo IV, cuyo fondo es satisfactorio, exige que un Estado celebre consultas con los Estados potencialmente afectados antes de emprender o autorizar una actividad de efectos nocivos. Este artículo representa el primer caso de una disposición separada relativa a las actividades de efectos nocivos. Aunque no le satisface del todo el texto del proyecto de artículo V, apoya el concepto subyacente, que representa un paso intermedio entre las consultas y la prohibición. El proyecto de artículo VI, relativo a las consultas en el caso de las actividades de riesgo, es aceptable en cuanto al fondo, pero debe ofrecer una definición más concreta de la finalidad de esas consultas.

17. El proyecto de artículo VII se refiere a las iniciativas de los Estados afectados, a los que ha de darse la oportunidad de intervenir. Sin embargo, el orador no está de acuerdo en que un Estado que tenga razones para creer que una actividad bajo la jurisdicción o el control de otro Estado está causándole un daño significativo o crea un riesgo de causar ese daño deba tener, como se prevé en este artículo 7, el derecho de invocar el proyecto de artículo II. Más bien, el Estado potencialmente afectado debe tener derecho a solicitar consultas, que se efectuarían como si hubiesen sido promovidas por el Estado de origen. La última línea del proyecto de artículo VII, que requiere que el Estado de origen sufrague los costos del estudio realizado por el Estado afectado, es innecesaria y debe eliminarse.

18. En cuanto al proyecto de artículo VIII, la Comisión debe ciertamente establecer un procedimiento especial para la solución de controversias y ese procedimiento debe especificar concretamente en virtud de qué artículos puede invocarse un procedimiento de solución. Al mismo tiempo, si las disposiciones no son obligatorias será difícil crear ese tipo de procedimiento. Cabe señalar que en este artículo se hace referencia a «las consultas mantenidas en cumplimiento de los artículos III y V». Sin embargo, no se mencionan las consultas del proyecto de artículo III. En el proyecto de artículo IX se enumeran los factores que pueden tener en cuenta los Estados en el caso de las consultas. Esa lista no es útil y podría suprimirse.

19. El orador es uno de los que se han opuesto a la formulación de un conjunto de obligaciones de procedimiento sobre la prevención. El Relator Especial ha revisado el texto en tal medida que ya no propone artículos puramente de procedimiento; los proyectos de artículos sobre la prevención combinan más bien las obligaciones de procedimiento y las sustantivas. Por consiguiente, tal como están actualmente redactados, esos proyectos de artículos podrían adoptar, de ser necesario, un carácter obligatorio.

20. El Sr. VERESHCHETIN dice que mientras la Comisión no establezca un marco concreto para el tema objeto de examen, el Comité de Redacción no estará en condiciones de avanzar sobre el proyecto de artículos y el Relator Especial tendrá dificultades para continuar su labor en tales condiciones.

21. La Comisión debe decir si se propone limitarse a las instrucciones de la Asamblea General y considerar las obligaciones emanadas de las consecuencias perjudiciales de las actividades no prohibidas por el derecho internacional o si va a establecer nuevas obligaciones primarias de prevención cuya violación conduzca a obligaciones secundarias y a la responsabilidad en el sentido clásico. Son éstas dos cuestiones independientes, pero pueden interrelacionarse, por ejemplo, considerando el conjunto de problemas que llevan consigo la prevención del daño transfronterizo y la responsabilidad por ese daño. Pero ello requeriría formular la tarea de manera diferente y pedir a la Asamblea General que modificara el programa en consecuencia. Suponiendo que se introdujera un nuevo tema en el programa, la Comisión habría de tratar tres cuestiones: establecer obligaciones respecto de la prevención del daño transfronterizo; la responsabilidad que se deriva de la violación de esas obligaciones; y la responsabilidad derivada del daño transfronterizo, independientemente de esas obligaciones primarias. El orador entiende que el mandato de la Comisión se limita al tercer conjunto de cuestiones; además el mandato no contiene referencia alguna al daño transfronterizo.

22. Para ilustrar su observación menciona el ejemplo del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, el único instrumento de este género que prevé la responsabilidad absoluta de los Estados por daño transfronterizo. No contiene

medidas para impedir el daño sino sólo medidas de indemnización. En el debate del Comité de Redacción se ha afirmado que puesto que todas las actividades cósmicas llevan consigo un riesgo no es necesario regular la prevención y que es lógico pasar inmediatamente a la cuestión de la indemnización por daños. Según esto, la Comisión también podría comenzar por estudiar la cuestión de la responsabilidad por las consecuencias de actividades relacionadas con el riesgo y después, habiendo resuelto ese problema, pasar a otras cuestiones, incluida la prevención. Para dar otro ejemplo, el Comité sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos está redactando actualmente normas para el uso de las fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre, y es precisamente porque la utilización de las fuentes de energía nuclear en los objetos espaciales entraña un riesgo especial que normas y medidas técnicas para eliminar o al menos minimizar ese riesgo se están creando paralelamente con las normas relacionadas a la responsabilidad asociada a esas actividades concretas.

23. Estos ejemplos ponen de manifiesto la necesidad de formular la tarea con la mayor claridad posible desde el principio. A juicio del orador, es preferible combinar medidas relativas a la prevención y medidas relativas a la responsabilidad sólo cuando se trata de actividades muy concretas. Por desgracia, la Comisión ha complicado su labor. No ha determinado lo que entiende por la expresión «responsabilidad internacional» y en cambio se ha centrado en cuestiones abstractas de prevención sin considerar las actividades concretas de que se trata. Ello hará muy difícil lograr resultados positivos.

24. Una de las tres cuestiones que ha mencionado habrá de abordarse aun cuando no se modifique el programa: la cuestión de la responsabilidad por daño transfronterizo causado por actividades no prohibidas por el derecho internacional. Parece lógico tratar del tema ahora y dejar en suspenso cuestiones como la prevención. Por consiguiente, acepta la propuesta del Relator Especial de incluir los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo en un documento aparte para examinarlos con posterioridad. El orador no pretende que la cuestión de la prevención sea menos importante o que no deba examinarse, pero ese problema no entra en el mandato de la Comisión, que ni siquiera ha resuelto la cuestión que se le ha pedido que examine.

25. La Comisión podría comenzar por determinar cómo se propone definir la expresión «responsabilidad internacional». El término en inglés no tiene equivalente en español, francés, ruso ni en algunos otros idiomas. La Comisión debe decidir también si la responsabilidad internacional afecta sólo las relaciones entre los Estados, como estima el orador, o si comprende también la responsabilidad civil de las personas naturales y jurídicas. Debe lograrse un acuerdo sobre ese punto antes de que pueda iniciarse la redacción de los artículos concretos. Además, ¿se ha de entender que la responsabilidad internacional dentro del ámbito del tema significa responsabilidad absoluta, independientemente de la culpa, o hay otras formas de responsabilidad? El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que, independientemente de su posición sobre los artículos relativos a la prevención, la Comisión debe definir el riesgo y el daño desde el principio o por lo menos formular una hipótesis de trabajo. Asimismo, la cuestión de la base en el derecho general de la indemnización por daño transfronterizo derivado de actividades no prohibidas por el derecho internacional sigue sin aclararse.

26. Mencionando precedentes jurídicos bien conocidos y el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo[6], los estudiosos se refieren con frecuencia a la costumbre en relación con la necesidad de asegurar que las actividades realizadas dentro de las fronteras nacionales o bajo la jurisdicción de un Estado no causen daños en el territorio de otros Estados o en zonas situadas más allá de los límites de su jurisdicción. Si se reconoce ese principio general de derecho internacional, toda la estructura de la Comisión respecto de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional se viene abajo, y la justificación misma del tema de la responsabilidad en su formulación actual deja de existir. En ese caso, la Comisión debe examinar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de los Estados, es decir, debe volver al régimen general de responsabilidad. Por otra parte, si la Comisión considera que esa costumbre no existe, ¿cómo puede esperar que los Estados estén dispuestos a aceptar obligaciones de indemnizar por un daño transfronterizo causado por actividades no prohibidas por el derecho internacional? El orador ve que se crea un círculo vicioso, peligro que existe también si la Comisión decide tomar como base de la responsabilidad el supuesto de que el daño transfronterizo viola la soberanía territorial del Estado víctima; una vez más el problema revierte a un problema de incumplimiento de obligaciones; en otros términos, responsabilidad en el sentido clásico.

27. Dadas la complejidad del problema y las dudas en cuanto a la posibilidad de establecer un régimen jurídico general de responsabilidad por daños derivados de actividades no prohibidas por el derecho internacional, debe hacerse un esfuerzo por formular un régimen con parámetros específicos para su aplicación, en particular con respecto a la naturaleza y el grado de riesgo. El orador está convencido de que la lentitud de los progresos en el tema se debe a la falta de acuerdo sobre el marco conceptual del problema.

28. El Sr. PELLET dice que le sorprende que el Sr. Vereshchetin haya pedido al Relator Especial que trate por separado los diversos problemas que plantea el tema pero no se haya referido a la cuestión de la prevención, en la que el Relator Especial ha tratado de centrarse en su octavo informe.

29. El Sr. Vereshchetin y el Sr. Calero Rodrigues han señalado que en el mandato de la Comisión no se hace referencia a la cuestión del daño transfronterizo. Quizá la Comisión no deba limitarse a esa cuestión. Por ejemplo, en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos se espera que los Estados protejan los derechos de su propia población y la Comisión podría considerar si, en caso de grave daño a la salud o al medio ambiente, no debe abordar la cuestión de la protección de la población de un Estado.

---

[6] Véase nota 2 *supra*.

30. El Sr. VERESHCHETIN, en respuesta a las observaciones del Sr. Pellet, reitera que mientras la Comisión no haya definido los parámetros del tema no podrá avanzar en la redacción de los distintos artículos. No insiste en la necesidad de tratar del daño transfronterizo, aunque se inclina a opinar que es de suma importancia. Sin embargo, no se menciona en el mandato de la Comisión y eso muestra también que es necesario definir claramente el tema antes de poder redactar los distintos artículos. El orador está de acuerdo con muchas de las conclusiones del Relator Especial, incluida la necesidad de examinar por separado la cuestión de la prevención y definir el riesgo, el daño, etc., pero una vez más eso no puede hacerse hasta que la Comisión no se haya puesto de acuerdo sobre su mandato.

31. El Sr. YANKOV dice que el Relator Especial ofrece en su octavo informe una lúcida panorámica del tema y hay que elogiarlo por su perseverancia en la exploración de una cuestión tan compleja. Evidentemente, ya es hora de que la Comisión facilite directrices para los futuros trabajos.

32. La cuestión de la prevención se ha de tratar, sea cual fuere la decisión final de la Comisión con respecto a la naturaleza y el lugar de las disposiciones pertinentes del proyecto. No se pueden examinar las actividades que pueden causar daño transfronterizo significativo sin considerar las medidas preventivas. Al mismo tiempo, si la prevención se considera como una obligación derivada de una norma primaria, coincide parcialmente con el tema de la responsabilidad de los Estados. Por consiguiente, el Relator Especial podría considerar la posibilidad de añadir una disposición que trate de la interrelación entre las cuestiones del riesgo y el daño y de la responsabilidad de los Estados.

33. En los últimos años se ha tendido a ampliar el concepto de prevención, sobre todo en relación con la limitación de los efectos nocivos de una determinada actividad. Por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar se mencionan la prevención, la reducción y el control de la contaminación del medio marino. En general, las disposiciones sobre prevención han tenido por objeto no evitar del todo el incidente perjudicial sino limitar la magnitud del daño causado. No obstante, en algunos proyectos de convención se prevén medidas destinadas a impedir que se produzca el daño y en ciertos casos se prevén esas medidas aun cuando las pruebas científicas para probar el nexo causal entre determinadas actividades y el daño o impacto sean insuficientes o inconcluyentes.

34. La Comisión debe facilitar al Relator Especial unas directrices claras para elaborar las disposiciones sobre prevención y limitarse en la presente etapa a formular un principio general relativo a la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas y otras medidas apropiadas para evitar, reducir y controlar el riesgo de daño transfronterizo. La Comisión debe examinar cuidadosamente las disposiciones sobre prevención, pero debe posponer toda decisión sobre la naturaleza de esas disposiciones hasta que se haya determinado el carácter del instrumento en su totalidad. También se debería empezar lo antes posible a formular disposiciones sustantivas y de procedimiento con respecto a la responsabilidad internacional de los Estados y la responsabilidad civil.

35. No es necesario incluir en el texto todos los posibles parámetros relativos al riesgo y al umbral del daño transfronterizo. Si es preciso se pueden incluir en una lista adjunta. Sería preferible utilizar el término «significativo» en lugar de «apreciable» con referencia al riesgo y al daño transfronterizo.

36. Por limitada que sea actualmente, la práctica de los tratados en la esfera de la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales debe servir de guía en los trabajos sobre el tema que se examina. Sin embargo, el orador está de acuerdo con otros miembros en que el tema no debe limitarse a cuestiones ambientales.

37. En cuanto a las disposiciones recomendatorias sobre la prevención, el concepto de autorización previa, contenido en el proyecto de artículo I, necesita una mayor aclaración; de lo contrario, algunos Estados podrían hallar en ese requisito una justificación para rechazar todo el instrumento. El orador está de acuerdo en general con el fondo del proyecto de artículo II, sobre notificación e información, pero le habría gustado que se hubiera definido detalladamente la función de las organizaciones regionales y otras organizaciones competentes en el propio proyecto de artículo o en algún lugar apropiado del comentario. Hay un cuerpo de derecho de los tratados sobre, por ejemplo, la protección y preservación del medio marino, aunque reconoce que las convenciones existentes sobre los mares regionales no son muy efectivas, sobre todo porque, aparte del Plan de Acción del Mar Mediterráneo[7], sólo prevén medidas muy generales. El proyecto de artículo VIII no es adecuado. Se necesita una disposición mucho más desarrollada, independientemente de la propuesta, que el orador apoya, de un anexo en el que se expongan los detalles del mecanismo para la solución de controversias.

38. En términos generales, acepta los proyectos de artículos propuestos y apoya la sugerencia del Relator Especial de que deben considerarse como experimentales, para facilitar la base de un conjunto coherente de normas sobre la prevención.

39. El Sr. BOWETT dice que, al igual que el Sr. Vereshchetin, como novicio en la Comisión, no tiene una idea clara de un tema que es sumamente complejo. En particular, no ve dónde van a encajar las disposiciones sobre la prevención en el conjunto del tema. Por consiguiente, sería de gran ayuda que el Relator Especial pudiera facilitar a la Comisión un esquema general de todo el tema. Tiene la impresión general de que la Comisión puede acabar no teniendo más que directrices. Si las directrices parecen funcionar en la práctica y si los Estados están dispuestos a aceptarlas puede llegar un momento en que se les pueda dar una forma más jurídica y obligatoria. Sin embargo, esa etapa probablemente queda un poco lejos.

[7] Base del Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, de 16 de febrero de 1976. Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1102, pág. 66.

40. En el octavo informe del Relator Especial se hace acertadamente una distinción bastante fundamental entre dos categorías distintas de actividades, que deben mantenerse separadas en cualquier proyecto que prepare la Comisión. La primera categoría comprende las actividades de riesgo, en otras palabras, actividades en las que el daño es posible pero en modo alguno seguro, mientras que a la segunda categoría pertenecen las actividades que tienen un efecto nocivo; en otras palabras, actividades en que el daño es casi inevitable o posiblemente incluso se está produciendo ya. De ello se sigue que, en la medida en que son fundamentales y deben mantenerse separadas, estas dos categorías deben definirse con cuidado. Sin embargo, si bien el proyecto ofrece los elementos para una definición de las actividades de riesgo no lo hace para una definición de las actividades de efectos nocivos. A este respecto, coincide totalmente con el Sr. Calero Rodrigues en que ambas categorías de actividades deben definirse en función del umbral del daño porque hay ciertos tipos de daño potencial o real que serían tan mínimos que no es realmente necesario preverlos en el proyecto.

41. En el supuesto de que puedan definirse las dos categorías de actividades, el orador estima que los proyectos de artículos sobre prevención son razonables y adecuados. El proyecto de artículo I, que impone al Estado la obligación de autorizar las actividades de riesgo en su territorio, da pruebas de buen sentido y el orador está de acuerdo en particular con la obligación de que a las actividades que pueden producir daño fronterizo preceda una evaluación de los efectos ambientales. Considera también que los proyectos de artículos II y III deben ser acertados y no tiene dificultades para apoyar los proyectos de artículos VI y VII como parte del enfoque de la prevención en relación con las actividades de riesgo. Sin embargo, en el caso de las actividades de efectos nocivos, que son el tema de los proyectos de artículos IV, V y VII, hay un requisito de consulta previa que no se aplica a las actividades de riesgo. El orador se pregunta, pues, cuál es la finalidad de esa consulta previa. Cabe suponer que es llegar a un régimen acordado que permita esas actividades no obstante sus efectos nocivos; eso podría implicar una modificación del plan original propuesto por el Estado que autoriza las actividades o incluso posiblemente algún elemento de indemnización por los intereses de otros Estados que resulten perjudicados por esas actividades. El proyecto de artículo IX, relativo a los factores del equilibrio de intereses, es una de las características más atractivas del proyecto y el concepto que encierra es sumamente provechoso. Sin embargo, hay una cuestión bastante difícil. Si las actividades de que se trata producen efectos nocivos en el territorio de un Estado vecino son, con arreglo a un punto de vista, ilícitas. De ser así, ¿por qué se tratan en relación con un tema que se refiere a actividades que no son ilícitas? Al parecer la respuesta —y de hecho ya está contenida en el informe— es que si las actividades, aun produciendo efectos nocivos, se realizan con arreglo a un régimen acordado u otra forma de consentimiento, el mero hecho del consentimiento excluye la ilicitud; en otras palabras, aunque ilícitas *prima facie*, no pueden tratarse como ilícitas puesto que son actividades realizadas mediante consentimiento. La siguiente cuestión que se plantea es por qué es necesaria una disposición sobre solución de controversias si no se trata de actos ilícitos. El orador no está seguro de cuál es la respuesta. Quizá el Relator Especial tenga presente la posibilidad de que en el curso de las actividades pueda haber una conducta que implique un incumplimiento del régimen acordado, en cuyo caso habría un acto ilícito y eso facilitaría la base para una disposición relativa a la solución de controversias. O quizá el Relator Especial piensa en la posibilidad de que surjan divergencias entre los Estados interesados en el curso de las negociaciones para llegar a un acuerdo sobre un régimen convenido. En ese caso el mecanismo de solución de controversias tendría más bien el carácter de un mecanismo de conciliación para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo sobre un posible régimen. Es un punto sobre el que el Relator Especial sin duda deseará facilitar orientación a la Comisión.

42. El Sr. KOROMA dice que aunque no es un recién llegado a la Comisión también a él le resulta algo difícil comprender la finalidad y la orientación del proyecto y, en particular, del octavo informe del Relator Especial. En la presente etapa la Comisión debería haber construido la estructura básica del edificio, aun cuando hubiera que añadir todavía algunos elementos. Conviene en que un esquema del tema hubiera sido útil y quizá en su resumen el Relator Especial podría desear facilitar a la Comisión alguna orientación a ese respecto.

43. Desearía saber si la sugerencia del Relator Especial es de hecho que el tema se divida en dos secciones, la primera relativa a obligaciones y la segunda en forma de un anexo consistente principalmente en recomendaciones. A su modo de ver, la anterior decisión de la Comisión de no ocuparse por el momento de la naturaleza del instrumento sino tratar de elaborar el régimen y después tomar una decisión sobre la posibilidad de darle forma de convención, reglas modernas o directrices, sigue siendo válida. Otra cuestión, que debería haberse planteado en el informe, se refiere a la necesidad del tema sobre la responsabilidad y la forma en que difiere del tema de la responsabilidad de los Estados. Por ejemplo, con arreglo al régimen de la responsabilidad de los Estados, el Estado autor habría de pagar una indemnización por un acto ilícito, mientras que con arreglo al régimen de la responsabilidad, el Estado autor habría de pagar indemnización incluso por un acto que no estuviera prohibido por el derecho internacional. La diferencia reside en el hecho de que en el caso de un acto ilícito se supone que la indemnización será más elevada, mientras que en el caso de un acto lícito puede haber circunstancias atenuantes, como en la exploración del espacio, por ejemplo. En segundo lugar, en el caso de la responsabilidad de los Estados se vincula un estigma al acto ilícito, cosa que sucede en el caso del régimen de la responsabilidad.

44. Se ha convenido en general que el título del tema debe alinearse con las versiones en francés y en otros idiomas no sólo por razones de armonía lingüística sino también porque el tema, de hecho, debe tratar de actividades no prohibidas por el derecho internacional. Por ejemplo, la construcción y funcionamiento de una presa en el territorio de un Estado es una actividad lícita. No obstante, si esa presa se derrumba causando daños a otro Estado se incurre en responsabilidad y se ha de pagar una indemnización. Ese es el tipo de acto al que se refie-

re el tema, como se desprende del acuerdo a que ha llegado la Comisión.

45. Al configurar un régimen respecto de las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional se habrán de formular algunos criterios y para ello la Comisión debe volver a los principios básicos. Así pues, en primer lugar es necesario determinar el alcance del tema, que, como se desprende de las anteriores decisiones de la Comisión, no se limita al medio ambiente o a actividades ultrapeligrosas. La siguiente etapa será que la Comisión determine los principios y normas que se han de aplicar y una vez hecho esto podría decidir después codificarlos o desarrollarlos progresivamente en forma de obligaciones y recomendaciones.

46. Una de las cuestiones de que se trata en el informe, y que ha sido examinada repetidas veces por la Comisión, es si la base de la responsabilidad debe ser el riesgo o el daño. La mayoría de los miembros piensan que debe ser el daño, y por buenas razones. Si la responsabilidad se basa en el riesgo tenderá a restringir el tema puesto que la responsabilidad sólo surgirá si se determina que la actividad entrañaba riesgo en el momento en que se inició. Paradójicamente, también tenderá a ampliar el alcance del tema, en la medida en que todo comportamiento humano entraña un cierto riesgo. Para dar al tema una base sólida, por consiguiente, la responsabilidad debe basarse en el daño aunque eso no significa que el riesgo no tenga su lugar en la determinación de la indemnización. La opinión de que la responsabilidad se basa en el daño se ve confirmada también por una abundante jurisprudencia que muestra que el deber del Estado de utilizar su territorio de manera que no cause daño a otros es ya una norma universal. También se reconoce en varios tratados, como el Tratado para proscribir ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y bajo la superficie de las aguas y en las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales[8]. El daño causado a otros se sitúa pues en el centro mismo del tema de la responsabilidad.

47. Otros factores que se han de tomar en consideración al determinar la responsabilidad son el concepto de lo razonable, el equilibrio de intereses y la diligencia debida. La Comisión tendrá que decidir también si las normas de la responsabilidad causal y absoluta deben aplicarse al tema de la responsabilidad así como al tema de la responsabilidad del Estado. Ello es necesario como cuestión normativa y habida cuenta del principio de que quien sufre un daño no debe soportarlo solo y de que la víctima del daño debe recibir indemnización.

48. Es esencial que el debate principal se desarrolle en sesión plenaria puesto que la Comisión está dedicada al desarrollo progresivo del derecho en una importante esfera. Por supuesto, debe dejarse que el Comité de Redacción formule los diversos artículos, pero no debe considerarse que sustituye a la sesión plenaria, tanto más cuanto que no hay actas resumidas de los debates del Comité de Redacción.

[8] ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki*, 1966, Londres, 1967, págs. 484 y ss.

49. El Sr. ROSENSTOCK dice que como recién llegado también a la Comisión experimenta los mismos problemas que el Sr. Vereshchetin. Su perplejidad se acentúa por el hecho de que la solución por lo menos de parte de los problemas planteados por el Sr. Bowett parece ser una ficción jurídica, lo que le preocupa más aún. Cree que el problema se debe en parte a la percepción de una realidad práctica y a un intento de abordarla que no se puede examinar tranquilamente en sesión plenaria sin alejar más aún las esperanzas de desarrollo progresivo. Una transacción acertada sería quizá celebrar una reunión extraoficial de la Comisión para ver si se puede llegar a un cierto acuerdo en cuanto al fundamento del tema. Sería una locura ponerse a construir el suelo del edificio antes de llegar a un acuerdo sobre sus cimientos.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2270.ª SESIÓN

Martes 9 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)* [A/CN.4/443[1], A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. KOROMA, completando su intervención de la sesión anterior, compara de nuevo el tema con un edificio cuyos cimientos y techo deberían estar ya puestos mientras continúa la construcción. Recuerda que en la sesión anterior se esforzó por delimitar mejor el tema y propuso armonizar el título inglés con el de las otras versiones. Insistió también en que se haga constantemente la distinción entre este tema y el de la responsabilidad de los Estados.

[1] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

2. Al elaborar el régimen hay que tener presentes también los principios fundamentales, el más importante de los cuales es que es el daño y no el riesgo el que se halla en la base de la obligación de reparar, principio consagrado por otra parte en el proyecto de declaración examinado en la CNUMAD[2]. El hecho de que el daño es indispensable para establecer la obligación de reparar es lo que, a juicio del Sr. Koroma, distingue esencialmente la responsabilidad por actividades lícitas de consecuencias perjudiciales de la responsabilidad por hechos ilícitos.

3. El objetivo de la Comisión no es establecer un régimen de responsabilidad objetiva o por riesgo. El Sr. Koroma dice que para definir el régimen de la responsabilidad por actividades lícitas conviene tener en cuenta factores tales como el carácter razonable de las actividades, la diligencia, el equilibrio de intereses, la equidad, la necesidad de no obstaculizar el proceso científico o el desarrollo económico.

4. El Sr. Koroma está convencido de que todo daño debe repararse, de que la víctima no debe soportar sola el costo y de que los Estados deben cuidar de que las actividades realizadas en su territorio no causen daños a otros Estados. Se trata de principios jurídicos que están consagrados por laudos arbitrales y fallos judiciales.

5. Pasando al examen de los proyectos de artículos I a IX propuestos para el anexo[3], el orador señala que las disposiciones relativas a la prevención deberían formularse en forma de obligaciones que se han de observar para no causar daños y referirse a dos aspectos importantes, uno relativo a los daños causados entre Estados vecinos y otro a los daños causados a los espacios no dependientes de las jurisdicciones nacionales *(global commons)*. Sobre el primer punto hay que cuidar de no conceder a los Estados un derecho de veto sobre las actividades de los Estados vecinos, pues no es ése el fin del proyecto de artículos. Sobre el segundo punto, la comunidad internacional en su conjunto asume una responsabilidad conjunta respecto de los espacios no dependientes de las jurisdicciones nacionales, el medio marino, la capa de ozono, etc., lo que no significa tampoco que esté prohibida toda actividad pero sí que los Estados están obligados a no causar daños al medio ambiente. También en este caso el concepto de daño se halla en el centro de la distinción entre este tema y el de la responsabilidad de los Estados. Conviene pues no perder de vista que a partir del momento en que se plantea una prohibición toda violación de ésta puede hacer que la cuestión se deslice al terreno de la responsabilidad de los Estados.

6. El Sr. Koroma tiene dudas, por otra parte, sobre la utilidad de algunos artículos que enuncian evidencias, como el proyecto de artículo I, relativo a la autorización previa dada por el Estado de origen para las actividades realizadas en su territorio. El orador no conoce ningún ejemplo de actividades como las previstas en el contexto del tema que puedan iniciarse sin autorización previa del Estado de origen.

7. El orador piensa además que a los Estados no les gusta que se les dicte la manera de llevar sus asuntos, como se hace en el proyecto de artículo I, que prevé la adopción de medidas legislativas y administrativas o de medidas de aplicación. Ciertamente cabe mencionar a este respecto las convenciones de protección de los derechos humanos que imponen este tipo de obligaciones, pero se trata de una esfera totalmente distinta. En el marco del tema que se examina el orador considera que hay que dejar una cierta libertad a los Estados para decidir cómo poner en práctica las obligaciones suscritas. Se refiere a este respecto el principio 11 del proyecto de declaración de la CNUMAD, cuyo texto es suficientemente vago sobre las obligaciones de los Estados.

8. A propósito del proyecto de artículo II, que prevé la obligación del Estado de origen, en caso de que sea seguro o posible que se produzca un daño transfronterizo significativo, de informar a los Estados que puedan resultar afectados, el Sr. Koroma no percibe muy bien su objeto y le gustaría que el Relator Especial le diera aclaraciones sobre este punto. En efecto, en este caso el Estado de origen debería simplemente abstenerse de realizar la actividad prevista. Además, el proyecto de artículo no dice nada sobre lo que deberían hacer los Estados que puedan resultar afectados después de haber recibido la notificación con las informaciones técnicas.

9. El orador duda también de la oportunidad del proyecto de artículo IV puesto que también en este caso si el Estado de origen sabe que una actividad tendrá efectos nocivos debe abstenerse de realizarla o de autorizarla.

10. En cuanto al proyecto de artículo V, parece hacer recaer una carga injusta sobre el Estado afectado puesto que le obliga a requerir soluciones de recambio que pueden hacer aceptable la actividad, lo que no parece muy realista. Sería injusto imponer cargas comparables al Estado de origen y a los Estados que probablemente no extraerán beneficio alguno de las actividades previstas sino que sobre todo podrán verse afectados por su realización.

11. Finalmente, el orador considera que la propuesta hecha por el Relator Especial en el sentido de que los Estados asuman una responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia de los explotadores es contraria a la tendencia, observada sobre todo en Europa, con arreglo a la cual la carga de la responsabilidad de preservar el medio ambiente incumbe al explotador. Por lo demás, esta disposición no favorecería los intereses de los países en desarrollo en caso de actividades realizadas en su territorio por empresas multinacionales.

12. En suma, el Sr. Koroma estima que la Comisión debe enunciar primero los principios aplicables y después esforzarse por aplicarlos determinando las obligaciones a que corresponden, teniendo en cuenta los factores ya enunciados para construir el edificio jurídico deseado. Los elementos están todos presentes en el informe; ahora hay que estructurarlos.

13. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) estima que después de los debates de las dos sesiones anteriores debe dar algunas explicaciones.

---

[2] Véase 2268.ª sesión, nota 2.

[3] Para el texto, véase 2268.ª sesión, párr. 5.

14. No cabe duda de que el tema que se estudia presenta dificultades técnicas, pero la Comisión puede superarlas. En lo que respecta al fondo, el tema no es difícil pero plantea la cuestión de si el instrumento debe comprender un capítulo relativo a la indemnización de las víctimas de daños transfronterizos o si conviene dejar la situación tal como está, tal como se deriva de las disposiciones actuales del derecho internacional general. A este respecto, algunos han sostenido y siguen sosteniendo que no hay ninguna norma de derecho internacional general que obligue a un Estado a reparar las consecuencias de una actividad no prohibida por el derecho internacional. No obstante, si el derecho internacional general comprende una norma de indemnización, corresponde a la Comisión codificarla y completarla, en su caso, en el marco de su mandato relativo al desarrollo progresivo del derecho.

15. El punto de partida es el daño transfronterizo, que constituye la única base de indemnización, pues el «riesgo» sólo aparece después para definir el alcance del proyecto de artículos. En cuanto al tipo de responsabilidad que conviene proponer para este tipo de daño, el orador recuerda que cuando se creó el tema y se distinguió del de la responsabilidad de los Estados se pensaba ciertamente en una especie de responsabilidad objetiva y en los primeros documentos figuraba la expresión «responsabilidad por riesgo». Ahora bien, no existen en derecho más que dos tipos de responsabilidades, una que es resultado de la violación de una obligación y la otra que se plantea al margen de cualquier violación pero se deriva de un acto que causa un perjuicio.

16. La razón por la que la cuestión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad causal o responsabilidad por riesgo se ha planteado en la Comisión, es que este tipo de responsabilidad por actividades lícitas se ha impuesto en tratados que reglamentan ciertas actividades peligrosas, por ejemplo, en el ámbito del espacio, de la industria nuclear o del transporte de petróleo por vía marítima.

17. La responsabilidad objetiva en derecho internacional, como en derecho interno, está íntimamente relacionada con actividades que entrañan riesgos, un núcleo de las cuales merece el nombre de «actividades de alto riesgo». Era, pues, normal que la Comisión, habiendo recibido el mandato de examinar este tipo de responsabilidad diferente de la responsabilidad por hechos ilícitos, estudiara los únicos ejemplos de aplicación en derecho internacional de un mecanismo jurídico de responsabilidad independiente de la violación de una obligación, a saber, ciertas convenciones internacionales que reglamentan actividades de riesgo. Por eso, en los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial en el cuarto informe[4] sólo se preveían estas actividades. Ahora bien, la Comisión hubiera debido simplemente esforzarse por deducir en la medida de lo posible los principios y normas que rigen la responsabilidad internacional por actividades lícitas de algunas fuentes, a saber, *a*) algunos principios sólidamente establecidos, como la norma *sic utere tuo,* asentada en varios fallos internacionales como los dictados en los asuntos de la *Fundición de Trail*[5], del *Estrecho de Corfú*[6], de la *Presa de Gut*[7], de la *Isla de Palmas*[8], del *Lago Lanós*[9] y en declaraciones internacionales generalmente aceptadas como, por ejemplo, el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo[10], que plantea ciertos límites a la utilización por un Estado de su propio territorio; *b*) las convenciones ya mencionadas relativas a actividades específicas; y *c*) la práctica internacional general.

18. La CDI y la Sexta Comisión han querido, no obstante, incluir en el examen otros dos aspectos, a saber, la prevención y las actividades de efectos nocivos, lo cual ha complicado considerablemente los problemas técnicos. Ante todo, es la dificultad de hacer coexistir las normas de prevención con normas que regulen la obligación de reparar la que justifica el octavo informe y explica por qué el Relator Especial ha propuesto reagrupar las normas relativas a la prevención en un anexo con miras a conservarlas por lo menos a título de directrices. Si la CDI, siguiendo la idea de algunos oradores, desea que la prevención figure en el texto principal, con ello se impondrán a los Estados obligaciones de diligencia cuya violación hará entrar en juego la responsabilidad de los Estados por hecho ilícito, lo que no es imposible de prever, a reserva de que se haga bien la distinción entre la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad civil de los explotadores privados.

19. El Relator Especial repite, no obstante, lo que ha dicho en su informe, a saber, que un régimen de prevención no se conjuga generalmente con un régimen de responsabilidad objetiva. En efecto, las medidas de prevención corresponden a obligaciones específicas de carácter técnico que deben respetar los Estados, pero es evidente que esas normas internacionales constituyen normas de comportamiento cuya violación es fuente de responsabilidad, independientemente de todo daño efectivo. Ahora bien, un régimen tan severo es concebible en una convención específica relativa a una actividad de alto riesgo pero no en una convención general sobre las actividades peligrosas. A juicio del Relator Especial, medidas de este tipo pueden constituir un régimen independiente de la obligación de reparar y nada impide a los Estados fijar, por medio de convenciones distintas de carácter general o específico, normas internacionales de prevención cuya violación entrañe consecuencias jurídicas aunque no se produzca ningún incidente. En cambio, el Relator Especial pone en guardia contra la transposición, propuesta por algunos, del régimen de prevención y de responsabilidad convenido en la esfera de las actividades espaciales por razón del carácter totalmente atípico de este régimen, que es el único que prevé una responsabilidad absoluta del Estado; recomienda a este respecto que se lea atentamente la nota en que comenta la obra de Doeker y Gehring.

---

[4] Reproducido en *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/366 y Add.1.

[5] Véase 2268.ª sesión, nota 14.

[6] *Ibid.*, nota 15.

[7] *Ibid.*, nota 16.

[8] *Ibid.*, nota 13.

[9] Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII (N.° de venta: 63.V.3), págs. 281 y ss.

[10] Véase 2269.ª sesión, nota 2.

20. En cuanto a la segunda fuente de dificultades que constituyen las actividades de efectos nocivos, su particularidad, con relación a las actividades de riesgo, es que crean la certidumbre de un daño que es consecuencia de su desarrollo normal. El Relator Especial menciona el ejemplo clásico del asunto de la *Fundición de Trail*, en el que el Estado de origen sabía que la actividad producía humos que llegaban a un país vecino y causaban en él daños y que si el proceso industrial proseguía sin modificación el Estado afectado continuaría siéndolo. Las dos partes tenían en este caso una percepción diferente del derecho pero no de los hechos. El tribunal decidió que el perjuicio debía repararse y que el proceso industrial debía modificarse para que cesaran los daños. El Relator Especial recuerda, no obstante, que en su informe el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Bruntland) considera que tales actividades pueden ser lícitas cuando el costo socioeconómico general que representa a largo plazo la prevención rebasa con mucho el precio de ésta[11]. Sin embargo, el acuerdo del Estado es necesario y éste puede muy bien insistir en que se respete su integridad territorial, cualesquiera que sean los beneficios que extraiga de la actividad el Estado de origen, o puede no prestar su consentimiento sino a cambio de ciertas contrapartidas. En consecuencia, mientras no se haya dado este consentimiento a raíz de consultas, la actividad se halla en el limbo de la legalidad, puesto que no está prohibida por el derecho internacional y pertenece, pues, al tema que se examina. Por eso, en el octavo informe se prevé un procedimiento de consulta.

21. Otro caso de actividades no prohibidas que producen efectos nocivos es el de las actividades que ocasionan una contaminación latente, en particular una contaminación a larga distancia, es decir, una contaminación engendrada por actividades cotidianas como la calefacción doméstica y la circulación de automóviles, que alcanza insensiblemente un nivel de daño transfronterizo que rebasa el umbral tolerable; ahora bien, tales actividades son parte integrante de la vida moderna y no se pueden prohibir de un plumazo. La única solución posible en este caso es la consulta propugnada en el octavo informe, solución que puede parecer anodina a algunos; el Relator Especial juzga por el contrario que la presencia en la misma mesa de negociación de representantes de Estados grandes y pequeños es ya un paso importante.

22. En todo caso, la Comisión deberá examinar la cuestión de las actividades de efectos nocivos y siempre habrá tiempo de decidir, en una fase ulterior, si éstas deben tratarse por separado. Pero no parece que sea así por el momento.

23. La Comisión tiene ante sí 33 artículos que tienen todos carácter provisional y en algunos casos carecen quizá de coherencia. El hecho es que encierran todos los elementos que necesita para elaborar un instrumento.

24. En respuesta a observaciones hechas en la sesión anterior, el Relator Especial precisa primero que su séptimo informe[12], que se ha distribuido en el período de sesiones en curso, resume los trabajos sobre el tema. En cuanto a la opinión formulada sobre la oportunidad, antes de seguir adelante, de definir ciertas nociones jurídicas en juego como la de responsabilidad *(liability)*, solicitar un mandato concreto de la Asamblea General y modificar en su caso el título del tema, el Relator Especial estima, después de reflexionar sobre ella, que no es razonable.

25. En efecto, la Convención tomada como base —la Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales— dispone en su artículo II que

> un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo.

Pero no contiene definición alguna de la expresión «responsabilidad absoluta», que de todas maneras existe en el *common law* pero no en el derecho de tradición romanista. La mayoría de las convenciones que tratan de la responsabilidad no hacen más que enunciar las consecuencias de algunos actos que hacen nacer precisamente esta responsabilidad. Y sólo el tipo y el número de las excepciones admisibles permiten determinar si esta responsabilidad es absoluta u objetiva.

26. Por otra parte, el proyecto de convención sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes del ejercicio de actividades peligrosas para el medio ambiente del Consejo de Europa[13] no contiene mención alguna de la expresión «responsabilidad objetiva». La Comisión ha debatido más de una vez la cuestión y decidido aplazar toda decisión en la materia hasta que el proyecto de artículos esté completo. La cuestión del mandato no plantea ningún problema insuperable. Una vez que la Comisión haya examinado el tema en su conjunto sabrá exactamente qué título recomendar. Una vez que haya examinado las actividades de efectos nocivos estará en mejores condiciones de decidir si desea tratarlas por separado o en el marco del tema en estudio. Entonces se incorporarán al proyecto de artículos todas las definiciones necesarias.

27. El Relator Especial se inclina a pensar que la Comisión puede proseguir sus trabajos sin desviarse en nada de sus métodos tradicionales. El Comité de Redacción examina actualmente los primeros proyectos de artículos y es posible que proponga textos que obtengan el asentimiento de la Comisión plenaria, decidiendo con toda libertad y conocimiento de causa. Así ha sido en el caso del tema aparentemente delicado del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En este caso, pues, la situación no carece de salida.

28. El Sr. PELLET señala que el octavo informe, aparte de algunas consideraciones de orden general que no suscitan observaciones por su parte, se refiere a dos problemas muy distintos: la prevención, que será objeto de su intervención, y el desarrollo de algunos conceptos, que abordará en una fase ulterior de los debates.

[11] Véase 2268.ª sesión, nota 11.

[12] *Ibid.*, nota 17.

[13] *Ibid.*, nota 8.

29. Se ha reprochado a veces al Relator Especial que no haya cerrado el debate general sobre el alcance del tema y proponga cada año una lectura diferente que se revisa al año siguiente. Pero esta vez no es así: el octavo informe tiene el gran mérito de tratar de presentar un conjunto coherente de proyectos de artículos sobre un aspecto particular del tema, la prevención. En estas condiciones, al orador le extraña que este informe, que se refiere a problemas relativamente técnicos, suscite un debate tan general, siendo así que la Comisión debería más bien tratar de sumarse a los esfuerzos del Relator Especial para avanzar en la redacción.

30. El orador se congratula a este respecto de la decisión del Relator Especial de examinar prioritariamente la prevención pues es éste, a su juicio, el único elemento «duro» de un tema incierto en el que no es fácil discernir la existencia de obligaciones «duras» impuestas a los Estados en lo que respecta por lo menos a lo que constituye el centro del tema, a saber, la obligación de reparar. En cambio, los Estados están ciertamente obligados a mostrarse vigilantes con miras a limitar o impedir si es posible los daños importantes más allá de las fronteras debidos a actividades supuestamente lícitas. Se trata de un principio sólidamente establecido en derecho internacional general que debería constituir el núcleo duro del proyecto de artículos y el principal elemento de codificación del tema.

31. El Relator Especial experimenta no obstante algunos escrúpulos y vacila en seguir esta vía. En el informe hace pensar que tal enfoque plantea problemas metodológicos al pasar de las actividades lícitas, único objeto supuesto del tema, a la inobservancia del derecho internacional, que corresponde al tema de la responsabilidad de los Estados. Al igual que el Relator Especial, el orador no cree que esta objeción sea dirimente; aunque la Comisión se limite a las actividades lícitas conviene determinar el momento en que éstas cesan de serlo; ahora bien, concretamente cesan de serlo cuando el Estado del territorio o el Estado de control no las enmarca en una vigilancia suficiente. De ahí la necesidad de tratar de la prevención y de la obligación de vigilancia. Hasta ahí el orador está pues de acuerdo con el Relator Especial: es legítimo tratar de la prevención en el proyecto y éste debe ser incluso el punto de partida de toda la empresa de codificación, pues se trata del único principio en el cual puede apoyarse el desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera.

32. Pero, partiendo de estos supuestos, el Sr. Pellet no comprende qué es lo que ha movido al Relator Especial a proponer relegar a un anexo lo que parece ser el núcleo duro de su tema y menos aún por qué concibe las disposiciones de este anexo como simples recomendaciones, puesto que, de una parte, más vale prevenir que curar y, de otra, se habla aquí de una obligación dura sólidamente establecida en derecho positivo; los Estados tienen la obligación de dar pruebas de vigilancia sobre las actividades realizadas en su territorio para prevenir y limitar los daños que puedan derivarse de ellas. Se trata aquí esencialmente de prolongar y precisar las disposiciones del proyecto de artículo 8 remitido al Comité de Redacción[14] y el orador se pregunta con cierta perplejidad por qué ha de figurar en la propia Convención un artículo sólido y claro en cuanto al fondo, aunque su redacción probablemente merezca revisión, que plantea el principio de la obligación de prevención y por qué se han de relegar a un anexo sin fuerza obligatoria las consecuencias del principio formulado en este artículo. Precisa sobre este punto que su oposición a esta manera de proceder se deriva de su convicción de que son necesarias disposiciones jurídicas duras y no simples recomendaciones de condición jurídica incierta.

33. El orador reitera su desacuerdo con los Sres. Calero Rodrigues y Yankov (2269.ª sesión), quienes creen que podría aplazarse la decisión que se ha de tomar en cuanto a la naturaleza jurídica del producto que salga de los debates. No se redacta un proyecto de tratado de la misma manera que se redacta un proyecto de recomendación o de directriz y el orador teme mucho que al eludir indefinidamente la forma del instrumento que la Comisión está redactando se acreciente la ambigüedad en cuanto al fondo.

34. En lo que concierne a los proyectos de artículos I a IX, que se presentan como un anexo que contiene recomendaciones en materia de prevención, al orador le perturba de entrada el concepto mismo de prevención presentado por el Relator Especial, que le parece tortuoso. El Relator Especial indica que prevención significa «medidas después del incidente, para contener o minimizar el daño». Por otra parte, el Relator Especial no es del todo consecuente con esta definición y sus proyectos de artículos se apartan de ella un tanto. El Sr. Pellet reconoce lo acertado de la idea de que una vez que se ha producido el daño el Estado debe seguir tomando medidas para impedir que se agrave, pero de todos modos juzga bastante singular que se califique de preventivas unas medidas que se toman después de producirse el hecho generador de la responsabilidad.

35. Por lo que respecta al fondo, no le han convencido en modo alguno las explicaciones dadas por el Relator Especial para no incluir en el proyecto de artículos medidas de prevención propiamente dichas, es decir, para no prever que el Estado debe tomar medidas antes de que se produzca el hecho generador de la reparación. Si comprende bien el sentido del informe, el silencio parcial del proyecto a este respecto se debería a que las convenciones que establecen una responsabilidad objetiva no dicen nada sobre este punto. El Relator Especial saca de este silencio la conclusión de que no existe «una obligación de diligencia debida a cargo del Estado» en el comentario al proyecto de artículo VI, lo cual parece totalmente incompatible con la existencia misma del proyecto de artículo 8 dedicado a la prevención, que se ha remitido al Comité de Redacción, y totalmente desmentido por la jurisprudencia derivada del asunto de la *Fundición de Trail* y sus consecuencias. Si las convenciones no dicen nada sobre este punto no es porque no exista la obligación de diligencia sino, por el contrario, porque está suficientemente consolidada y se apoya en una obligación consuetudinaria suficientemente firme que no tiene que ser reafirmada en convenciones especiales. No sucede lo mismo en un texto general de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional que la Comisión tiene el encargo de elaborar. El proyecto del Relator Especial es pues bastante desequilibrado. Se refiere única-

[14] *Ibid.*, nota 5.

mente a una forma muy particular de lo que podría llamarse con una expresión extravagante «prevención curativa» y no dice nada, lo cual es un error, sobre la verdadera prevención, que es por lo menos igual de fundamental.

36. Dejando aparte el preámbulo del anexo sobre cuyo principio no está de acuerdo, como acaba de explicar, el orador dice que, a su juicio, el proyecto de artículo I, inspirado muy de cerca en el antiguo proyecto de artículo 16, se refiere a problemas muy variados. Prevé sucesivamente operaciones diversas: una evaluación del riesgo y de los daños que podría causar la actividad prevista, la adopción de medidas legislativas, administrativas o de aplicación que puedan limitar o evitar estos riesgos y daños y finalmente la autorización previa de estas actividades por el Estado del territorio o el Estado de control, que se subordina al respeto por parte del agente de las medidas adoptadas en la segunda fase. Este proyecto de artículo suscita por lo menos cuatro observaciones: primera, siendo así que el Relator Especial anunció que no se ocuparía de la «prevención preventiva», se trata precisamente de ésta. Segunda, para aclarar las cosas, ¿no sería interesante distinguir con más claridad las tres fases y dedicar a cada una de ellas un artículo o un párrafo distinto en el orden en que deben desarrollarse? Tercera, al Sr. Pellet no le convencen en absoluto las razones dadas en el séptimo informe para explicar el abandono en esta disposición de toda referencia a un sistema de seguros. Es verdad que el seguro corresponde a la reparación y ésta es la razón que se aduce para abandonar la idea de los seguros en el proyecto de artículo I, pero la responsabilidad que incumbe al Estado de alentar o de obligar a los explotadores a asegurarse no forma parte de la reparación sino de la prevención, de lo que se ha de hacer antes de que la actividad pueda realizarse o pueda autorizarse su realización. Cuarta, el Estado de control o de origen debería no alentar a los explotadores a tomar las medidas de que se trata en el comentario del proyecto de artículo 16 sino obligarlos a asegurarse como es debido, sin lo cual no debería dárseles la autorización prevista.

37. El proyecto de artículo II, que procede del antiguo proyecto de artículo 11, no plantea problemas especiales si no es que sería lógico que la información de los demás Estados potencialmente afectados por la actividad se efectúe también antes de que se dé la autorización previa. Esta observación es válida para el conjunto de la cooperación que debería preverse entre los Estados interesados. Por otra parte, el orador sigue siendo escéptico en cuanto a la intervención obligatoria de organizaciones internacionales para ayudar al Estado de origen a determinar los Estados afectados.

38. El proyecto de artículo III no parece tampoco plantear problemas especiales, aunque su aplicación puede ser fuente de dificultades; de ahí la necesidad de precisar las cosas a este respecto. En cambio, la construcción prevista para los tres proyectos de artículos siguientes no entusiasma al Sr. Pellet. Sus reticencias guardan relación con el hecho de que sigue sin estar convencido de la necesidad de hacer la distinción entre las actividades de efectos nocivos y las actividades de riesgo. Si lo ha comprendido bien, una actividad de efectos nocivos es una actividad que causa daños sean cuales fueren las precauciones que se tomen. Según el Relator Especial,

existe un considerable cuerpo de doctrina y de práctica internacionales en el sentido de que el daño transfronterizo que estas actividades causan, cuando es significativo, está en principio prohibido en el derecho internacional general.

Si es así —el orador no está seguro de ello—, estas actividades están prohibidas por el derecho internacional general puesto que por definición generan ese daño en el curso de su desarrollo normal; en otros términos, tienen una consecuencia inevitablemente prohibida por el derecho internacional. En estas condiciones se pasa de la responsabilidad por actividades lícitas a la responsabilidad por incumplimiento y el orador no ve ya la relación de esas actividades con el proyecto. El proyecto de artículo IV debe suprimirse pura y simplemente y el proyecto de artículo V debe revisarse ampliamente y colocarse en otro lugar.

39. Si, por el contrario, se parte de la idea de que las actividades de efectos nocivos pueden ser lícitas —por lo menos en ciertas condiciones—, contrariamente a lo que se desprende del informe, no hay razones válidas para distinguir las actividades de efectos nocivos de las actividades de riesgo; en los dos casos deben efectuarse consultas entre el Estado de origen y el Estado o los Estados potencialmente afectados y el proyecto de artículo VI basta para unas y para otras. En uno y otro supuesto el Sr. Pellet no cree que el proyecto de artículo IV tenga interés.

40. Aunque el Relator Especial explica en su comentario que se trata de una disposición nueva, el proyecto de artículo VI parece tomado del antiguo proyecto de artículo 14, cuyo texto le parece preferible al orador por ser más sencillo y más directo. De igual modo, en el caso del artículo V, la comparación con el proyecto de artículo 20 presentado en el sexto informe[15] resulta ventajosa para este último por una razón fundamental a lo menos, cual es que en ese sentido se deja la iniciativa al Estado de origen; corresponde a éste decidir lo que se debe hacer para limitar los riesgos de la actividad emprendida, que es lo mínimo tratándose de actividades que por definición no están prohibidas por el derecho internacional. El texto actual del proyecto de artículo V equivale en realidad a prohibir esas actividades y el Estado de origen ya no tiene control sobre la manera en que deben realizarse o reglamentarse.

41. Admitiendo la idea que subyace en el proyecto de artículo VII, el Sr. Pellet tiene reservas en cuanto a su texto. Es bueno que un Estado potencialmente afectado por una actividad pueda tomar la iniciativa de las consultas, tanto mucho antes de la autorización como después e incluso cuando la actividad litigiosa ha comenzado o empiezan a hacerse sentir los daños. Pero ¿por qué remitir al proyecto de artículo II del anexo? Parece que habría que referirse aquí a las disposiciones sobre las consultas. Por otra parte, la idea de que el Estado de origen sufrague el costo del estudio parece totalmente utópica: es el mejor medio para impedir que pueda hallarse una solución amistosa y es olvidar que se trata de actividades lícitas por hipótesis. Esta especie de castigo infligido al Estado de origen no parece en modo alguno aceptable. En todo caso es totalmente carente de realismo.

[15] Véase 2269.ª sesión, nota 4.

42. Es difícil pronunciarse sobre el proyecto de artículo VIII, que remite por error a los proyectos de artículos III y V en lugar de a los proyectos de artículos IV y VI, pues se refiere a un anexo que todavía no se ha esbozado. En una disposición de este género habría que recordar la obligación general de solución pacífica de las controversias y en su caso remitir a un anexo que previera una forma particularmente flexible y rápida de solución para obligar a los Estados a consultarse efectivamente.

43. El proyecto de artículo IX, tomado del antiguo proyecto de artículo 17, sume al orador en un abismo de perplejidad, no porque se oponga a las ideas que en él se enuncian, que son ciertamente justas, sino porque no parece tener cabida en un proyecto de artículos, deba éste convertirse en una verdadera convención en materia de prevención o esté destinado a seguir siendo un texto «blando», a lo que parece resignarse el Relator Especial y lo cual lamenta el Sr. Pellet. Conviene recoger estas ideas en el comentario, sin perjuicio de desarrollarlas y completarlas.

44. Para terminar, el Sr. Pellet desea que siete de los nueve proyectos de artículos presentados en el octavo informe se remitan al Comité de Redacción y que los proyectos de artículos IV y IX se abandonen. También le gustaría que el Comité de Redacción, en lugar de fatigarse trabajando sobre disposiciones generales que no están maduras ni para la codificación ni siquiera para el desarrollo progresivo del derecho internacional, consienta en limitarse en el comienzo a los proyectos de artículos sobre la prevención en sentido amplio, hayan sido retenidos o no por el Relator Especial, y se esfuerce por elaborar un proyecto de artículos coherente sobre la prevención y la obligación de vigilancia únicamente. Este proyecto se bastaría a sí mismo y podría presentarse rápidamente en primera lectura a la Asamblea General.

45. El Sr. ROBINSON destaca que el octavo informe une hábilmente materia prima y proyectos de artículos, permitiendo así a la Comisión avanzar en sus trabajos sobre un tema erizado de dificultades teóricas y doctrinales.

46. Antes de concentrarse en las disposiciones recomendatorias relativas a la prevención propuestas en el anexo, desearía formular algunas observaciones sobre los problemas teóricos. No ve inconveniente alguno en que en el título inglés del tema la palabra «acts» se sustituya por la palabra «activities»: de este modo se precisará que se trata de responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades que no son ilícitas en sí y que por lo tanto no están prohibidas por el derecho internacional, aunque ciertos actos cometidos en el curso de su desarrollo puedan ser ilícitos. Esta distinción, no por ser un poco artificial es menos práctica. El hecho de que tales actos se hayan cometido en el curso del desarrollo de actividades lícitas en sí puede justificar que se traten en el marco del tema y del mandato de la Comisión. Esta modificación del título permitirá armonizarlo no solamente con el de otros idiomas —en particular el francés—, sino también con el proyecto de artículo 1 revisado presentado por el Relator Especial en su quinto informe[16] que dispone que los artículos se aplicarán a las «actividades». También en el anexo propuesto en el quinto informe se refiere a «actividades». De ello se sigue que la Comisión parece haber decidido ya referirse a *activities* más que a *acts*. ¿Por qué no llevar hasta el final esa actitud lógica que supone que se tratarán no solamente algunas actividades lícitas sino también actos cometidos en el curso de su desarrollo que son ilícitos y están prohibidos por el derecho internacional general? Refiriéndose al anexo propiamente dicho, el Sr. Robinson no cree que las disposiciones relativas a la prevención deban revestir la forma de recomendaciones. Se reserva el derecho de volver sobre esta cuestión ulteriormente, cuando se examine la naturaleza del instrumento que se elaborará finalmente.

47. A propósito del proyecto de artículo I, el Sr. Robinson señala que no comparte la idea de quienes consideran que la cuestión de la autorización previa de las actividades por el Estado bajo cuya jurisdicción o bajo cuyo control deben realizarse es una cuestión puramente interna. En instrumentos como el que se halla en curso de elaboración es apropiado prever que las actividades de que se trata se sometan a la autorización previa del Estado de origen, con la consecuencia importante de que este último cometería una infracción si esas actividades se realizaran en su territorio sin su autorización previa.

48. El orador considera que la frase «el Estado debería disponer de una evaluación del daño transfronterizo que ella [la actividad] pueda causar» es demasiado vaga: ¿significa que el Estado de que se trate está obligado a proceder él mismo a esta evaluación en los casos en que no sea el explotador o que está simplemente obligado a lograr que el explotador proceda a ella?

49. El orador no sabe si la Comisión ha resuelto la cuestión de saber si el tema se extiende a la responsabilidad por daño causado en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional. El hecho es que la definición de daño transfronterizo que se da en el apartado *c* del artículo 2 revisado no establece un vínculo entre el daño y esas zonas. Ahora bien, el patrimonio común de la humanidad y el fondo de los mares más allá de los límites de la jurisdicción nacional requieren tanta protección como las zonas situadas dentro de los límites de la jurisdicción nacional. La inexistencia de mecanismos institucionales convenidos para vigilar el uso que se da a estas zonas no puede servir de argumento en contra de la aplicación del proyecto de artículos a las mismas.

50. Se ha dicho que no existe definición de umbral en el anexo propuesto, pero esta noción se define en los proyectos de artículos I y II por referencia al daño transfronterizo, del que se dice que debe ser «significativo». El Sr. Robinson señala no obstante que el apartado *c* del artículo 2 revisado dispone que por la expresión «daño transfronterizo» se entiende siempre un «daño apreciable». Es evidente que será necesario, pues, armonizar los textos. Parece que el adjetivo «significativo» remite a un umbral más elevado que el adjetivo «apreciable» y en el octavo informe se señala que según la doctrina y la práctica el daño transfronterizo, cuando es significativo, está prohibido por el derecho internacional general. El

[16] Véase 2268.ª sesión, nota 6.

Sr. Robinson se contentará por el momento, a propósito de esta distinción, con admitir la existencia de una norma de derecho internacional general que prohíbe un daño transfronterizo cuando alcanza un cierto nivel. No obstante, dado que se emplea el adjetivo «significant» en el texto inglés del proyecto de artículo I, debería emplearse a todo lo largo del anexo.

51. En el proyecto de artículo I del anexo no se define ningún umbral para el «riesgo» y aunque tal definición sea más indicada para el proyecto de artículo VI vale igualmente para el proyecto de artículo I. En el proyecto de artículo 1 revisado se habla de «riesgo apreciable». Convendría entonces emplear esta expresión a todo lo largo del anexo.

52. El Sr. Robinson está persuadido, habida cuenta del proyecto de artículo II del anexo y del objeto del anexo en su conjunto, de que las disposiciones sobre la prevención deben ser algo más que simples recomendaciones. Dada la amenaza que las actividades previstas hacen pesar sobre el medio ambiente de los Estados y por tanto sobre su desarrollo económico, estos artículos deberían figurar en un instrumento con fuerza obligatoria que encerrara disposiciones que tuvieran debidamente valor de obligación y valor de recomendación. En particular, como en el caso del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, las disposiciones relativas a la notificación, información y cooperación deberían tener valor no de exhortación sino de obligación, conforme a las formas de la cooperación internacional que se desarrollan.

53. Los proyectos de artículos IV y VI tratan respectivamente de las actividades de efectos nocivos y de las actividades de riesgo, en un orden al que el orador hubiera preferido el inverso, e ilustran la idea-fuerza del proyecto de artículos, a saber, la distinción entre estas dos categorías de actividades. Esta distinción, que se recoge en todo el anexo, ha suscitado la oposición de un miembro por lo menos de la Comisión, que ha afirmado que la responsabilidad no puede nacer del simple riesgo y que sólo puede nacer del daño. Esta posición no parece tomar en consideración el hecho de que la exhortación a la consulta alrededor de la cual se estructura el proyecto de artículo VI se deriva no del simple riesgo sino más bien de las actividades que entrañan un riesgo de daño transfronterizo. A este respecto y conforme a su posición sobre el proyecto de artículo I, el orador estima que el proyecto de artículo VI debería remitir a los umbrales aplicables; en otros términos, a las «actividades que entrañan un riesgo apreciable de daño transfronterizo».

54. Por lo que respecta a los regímenes aplicables a cada una de estas dos clases de actividades, en la inteligencia de que las actividades de riesgo son lícitas y que las actividades de efectos nocivos son ilícitas, el orador señala que son esencialmente idénticos, es decir, que se basan en consultas encaminadas a la concertación de un acuerdo sobre ciertas medidas que se han de adoptar, en particular las medidas de prevención. Ahora bien, parece ilógico elaborar un mismo régimen para estos dos tipos de actividades.

55. En el caso de las actividades de riesgo, se trata esencialmente de exhortar a los Estados interesados a consultarse con miras a determinar un régimen de prevención. En la medida en que estas actividades son lícitas no cabe pensar en someter las actividades de este tipo realizadas en el Estado de origen al consentimiento del Estado afectado. En el caso de las actividades de efectos nocivos se trata también sustancialmente de exhortar al Estado de origen a iniciar consultas con el Estado afectado con miras a establecer un régimen jurídico aplicable a estas actividades que sea aceptable para todas las partes interesadas. Pero como estas actividades son ilícitas, las consultas deberían concebirse de manera que se obtuviera el consentimiento del Estado afectado. Y el orador estima que sin este consentimiento las actividades estarían prohibidas y habría de recurrirse a un procedimiento de solución de las controversias, aunque a falta de criterios concretos a los cuales debería responder el consentimiento del Estado afectado es muy aleatorio que una controversia pueda resolverse en otra forma que no sea en favor del Estado afectado, desde el momento en que las actividades previstas serían actividades prohibidas.

56. En el proyecto de artículo IV no se precisa que las consultas tienen por objeto lograr el acuerdo del Estado afectado para establecer un régimen jurídico de prevención aceptable si el daño puede evitarse, y sería muy conveniente hacerlo, pues el término «consultar» se emplea muy a menudo en casos en que no hay obligación de obtener el consentimiento. En consecuencia, el orador estima que habría que precisar en este artículo las características del régimen jurídico para el cual se solicita el consentimiento de los Estados afectados en caso de un daño transfronterizo que pueda evitarse.

57. Si el daño no se puede evitar y si el Estado afectado no da su consentimiento a las actividades de efectos nocivos parece que el Estado de origen no podría realizar estas actividades ilícitas. ¿Dispondría así el Estado afectado de un derecho de veto, como se indica en el comentario al proyecto de artículo VIII? El Sr. Robinson piensa que así sería, pero no ve otra solución, pues no puede pedirse a un Estado que dé su consentimiento para una actividad que le causaría un daño.

58. ¿Cuál sería el objeto de la controversia prevista en el proyecto de artículo VIII? El Estado de origen y el Estado afectado se hallarían en el punto de partida en una situación diferente, según que dependa del proyecto de artículo VI o del proyecto de artículo IV. En el caso del proyecto de artículo VI, el Estado de origen se hallaría frente a actividades lícitas y en el caso del proyecto de artículo IV, frente a actividades ilícitas. Pero el orador no ve muy bien cuál sería el objeto de la controversia. La controversia se referiría normalmente al ejercicio de un derecho. Pero ¿de qué derecho goza el Estado de origen frente a las actividades de efectos nocivos que son ilícitas y están prohibidas? Sería quizá posible precisar en el anexo ciertas condiciones en las que podría darse el consentimiento del Estado afectado, consentimiento que borraría la ilicitud de las actividades de efectos nocivos. Podría también tratarse de una controversia sobre la cuestión de saber, en caso de que el consentimiento se deniegue, si esta denegación está justificada con respecto a las circunstancias enunciadas en el anexo.

59. Por lo que respecta al proyecto de artículo V, el orador no cree que en los casos en que el daño transfron-

terizo no puede evitarse o se determina que no puede indemnizarse en la forma adecuada bastará, para proteger los intereses del Estado afectado, autorizarlo a pedir al Estado de origen que exija al explotador soluciones de recambio. Esta cuestión se analiza en el informe y debería preverse que en los casos en que el explotador no pueda proponer soluciones de recambio aceptables, el Estado de origen no debe autorizar las actividades propuestas.

60. El Sr. Robinson considera útil la noción de equilibrio de intereses enunciada en el proyecto de artículo IX y muy interesante el análisis correspondiente que se hace en el informe en examen. Le parece sin embargo que existe una diferencia de talla entre el análisis en cuestión y el empleo de esa noción. En efecto, la noción se analiza como si fuera una excepción a la obligación impuesta al Estado de origen, o más bien a la exhortación que se le dirige, de que tome medidas de prevención en lo que respecta tanto a las actividades de riesgo como a las actividades de efectos nocivos. En el primer caso, cuando la falta de beneficios que las medidas de prevención suponen supere las ventajas que pudieran entrañar, las actividades pueden realizarse sin ir acompañadas de medidas de prevención, a condición de que haya reparación en caso de daño sustancial. En cuanto al análisis del equilibrio de intereses en el caso de las actividades de efectos nocivos, el orador considera que el proyecto de artículo IX no da cuenta como es debido del equilibrio de intereses como excepción al establecimiento de los regímenes de prevención previstos en los proyectos de artículos IV y VI, por cuanto prevé que los factores en juego en este equilibrio serán simplemente objeto de las consultas previstas. El orador considera además que esta noción de equilibrio de intereses, que debería mantenerse, debería reflejarse de manera que permita, como se hace en el informe, establecer una distinción entre actividades de riesgo y actividades de efectos nocivos, puesto que corresponden a regímenes diferentes y el equilibrio puede muy bien y debe variar de un régimen a otro.

61. Para terminar, el Sr. Robinson agradece al Relator Especial su octavo informe y no considera razonables las opiniones de algunos miembros de la Comisión, según los cuales este informe hubiera debido referirse al marco teórico del tema, que figura desde hace 14 años en el programa de trabajo de la Comisión. Pero es verdad que volver a ese marco teórico permitiría a los nuevos miembros de la Comisión captar mejor la esencia del tema. A este respecto, acoge con satisfacción la propuesta del Sr. Rosenstock (2269.ª sesión) de dedicarle a este asunto un debate oficioso.

62. El Sr. Sreenivasa RAO hace observar que el principio de la responsabilidad, que hasta un período reciente se aplicaba a situaciones de causas y efectos conocidos, ha adquirido nuevas dimensiones con los progresos científicos y técnicos. En efecto, hay un gran número de nuevas actividades consideradas importantes por los Estados y la comunidad internacional desde el punto de vista socioeconómico e indispensables para su bienestar —como la explotación de los recursos petroleros, el desarrollo y la utilización de la energía atómica con fines pacíficos y la construcción de fábricas de productos químicos o de grandes presas— que plantean el problema de la responsabilidad en caso de accidente o de incidente que ocasione daños de amplitud sin precedentes. La mayoría de estas actividades se han reglamentado en el plano nacional y en el plano internacional. La responsabilidad por los daños que pueden derivarse de ellas debe evaluarse en función de los principios que se han de respetar en materia de explotación, de prevención y de atenuación de los daños, pero también habida cuenta de la preocupación de la comunidad internacional de preservar y asegurar la realización de la actividad considerada. Además, para determinar el contenido de la obligación de reparar hay que tener en cuenta la magnitud de los daños que se pueden causar y también el hecho de que en ciertos casos la relación de causa a efecto entre la actividad y el daño no puede determinarse con seguridad. Se ha elaborado, pues, para las actividades de alto riesgo, un régimen de responsabilidad basado en el principio de la responsabilidad objetiva, que se inspira en el principio fundamental de la responsabilidad absoluta. Según estos principios, un explotador está obligado a reparar todo daño causado por una actividad de alto riesgo que emprenda, sean cuales fueren las medidas de prevención o de atenuación del daño que haya tomado o el vínculo de causa a efecto entre la actividad y el daño. La intervención de factores exteriores, como los actos de sabotaje, la guerra, etc., hace pasar, sin embargo, la responsabilidad del explotador al autor del acto en cuestión. Por otra parte, se ha fijado un límite a la responsabilidad del explotador o del Estado y se han previsto medios de financiación complementarios de manera que se haga totalmente justicia a las víctimas de los daños. En el régimen de responsabilidad que se ha instaurado así en el curso de los años, la función del Estado, por contraposición al explotador, consiste esencialmente en facilitar la infraestructura administrativa, legislativa y judicial necesaria para el examen de las denuncias y la solución de los conflictos. No obstante, es raro que estas funciones hagan surgir una obligación de reparar o incluso una responsabilidad por parte del Estado en el caso de accidentes o de incidentes que sólo entrañen la responsabilidad del explotador. Sin embargo, el Estado está obligado a mejorar sus estructuras administrativas, legislativas y judiciales siempre que su control resulte insuficiente en un sector dado, dentro de los límites de sus capacidades financieras y técnicas.

63. El crecimiento de la población, el aumento de la pobreza, la ampliación de la distancia que separa a los ricos de los pobres y sobre todo los conflictos entre diversos grupos que emplean armas y métodos de guerra peligrosos para el medio ambiente han contribuido al deterioro del medio ambiente, a la contaminación del aire y de los cursos de agua, a la desertificación y a la deforestación. El medio ambiente y el desarrollo se hallan hoy estrechamente vinculados y cada vez se tiene mayor conciencia del hecho de que el hombre debe cesar de conquistar el medio ambiente y, por el contrario, respetarlo y aprender a mantenerse dentro de los límites de un crecimiento ecológicamente duradero. Es preciso que todos los Estados se esfuercen por elaborar regímenes internacionales comunes para la explotación de los recursos naturales, de los océanos y del espacio y para la utilización de los cursos de agua. Suponiendo que se elaboren, estos regímenes no podrán aplicarse hasta pasado largo tiempo y entretanto los problemas de daños y de reparación de los daños causados por ciertas actividades humanas en el interior de los Estados y más allá de las

fronteras no harán más que emponzoñar las relaciones internacionales y conculcar el principio de buena vecindad que en la época moderna ya no se aplica solamente a las relaciones con los vecinos inmediatos. Estos problemas no pueden enfocarse ya desde el mismo punto de vista en un mundo en que los ricos deben ayudar a los pobres, en que la defensa de sus propios intereses pasa por la protección de los intereses de todos y en que la responsabilidad de la colectividad prevalece sobre la responsabilidad individual. Se advierte también que la generación actual y las generaciones futuras deberán pagar el precio del comportamiento irresponsable de las generaciones anteriores con respecto a los demás seres humanos y sobre todo a la naturaleza y al medio ambiente. Ningún régimen de responsabilidad, cualquiera que sea, permitirá salvar a las víctimas inocentes de estas actividades y reparar los daños que se derivarán inexorablemente, por ejemplo, de la contaminación del medio ambiente, la deforestación, las inundaciones, la subida del nivel de los mares.

64. Por eso el enfoque adoptado por la Comisión hasta ahora para cumplir su mandato en lo que respecta a la elaboración de directrices y principios apropiados en materia de responsabilidad sólo puede ser provisional. La Comisión no ha comprendido bien todavía en qué contexto se aplicarían estos principios o estas directrices. Concede demasiada importancia al concepto de responsabilidad del Estado, en particular en lo que concierne a la prevención, lo que favorece a los responsables verdaderos o directos de los daños, a saber, los explotadores y las sociedades multinacionales, que no están sometidas a la jurisdicción de ningún Estado. A fin de cuentas, toda teoría de la responsabilidad de los Estados ha de resultar no equitativa y desembocar en la imposición de pesadas cargas a un gran número de países en desarrollo que luchan con medios muy modestos para aprovechar sus recursos, reembolsar su deuda internacional y eliminar la pobreza. Tal teoría puede también provocar más conflictos entre los Estados y revelar los límites de la capacidad de gobierno de los Estados, incluso los más avanzados, en la medida en que estarán obligados a cuidar de que toda actividad realizada en el interior de sus fronteras no cause daños transfronterizos o a reparar esos daños si se producen.

65. El régimen de la notificación y de la consulta entre Estados, que parece sencillo a primera vista, puede poner fin prácticamente a la libertad y la soberanía de que goza un Estado sobre su territorio, sus recursos y su población, en la medida en que todo lo que haga se someterá a la aprobación o al veto de otro Estado o de otros Estados y dependerá de sus prioridades en materia de desarrollo.

66. Se puede llegar lógicamente a la conclusión de que un régimen de responsabilidad no puede establecerse con éxito sino en el marco de los parámetros conocidos de la práctica y la evolución de los Estados. Las nuevas preocupaciones en materia de medio ambiente y de desarrollo van más allá de este concepto. Un régimen de responsabilidad, sea cual fuere, sólo podrá cumplir una función limitada en el contexto de una política general que no existe todavía en esta esfera. El principio de la responsabilidad objetiva no forma parte de los principios previstos en la CNUMAD. Por lo que respecta a la cuestión de la prevención, el Sr. Sreenivasa Rao estima que los puntos planteados en el octavo informe del Sr. Barboza y en el curso del debate sólo son válidos en determinados contextos. Así, el principio de la consulta sólo es aplicable en el caso de actividades que puedan causar un daño que se pueda evaluar con precisión con la ayuda de medios técnicos, por ejemplo en el caso de la construcción de una presa. En cambio, cuando la relación de causalidad entre la actividad prevista y sus efectos es difícil de establecer, el principio de la consulta no tiene ningún sentido. Ahora bien, en el proyecto de artículos se prevén varias situaciones de este tipo. Hay también un riesgo de menoscabo de la soberanía de los Estados, de suerte que este principio tiene sus límites.

67. El Sr. Sreenivasa Rao piensa también que conviene elegir bien los términos utilizados para evitar toda confusión. Las medidas de prevención se aplican antes de que se produzca el daño. Hubiese sido preferible pues hablar de medidas de prevención y de atenuación de los daños puesto que se trata también de eso. Por otra parte, las medidas de prevención son diferentes según que sean aplicadas por el Estado o por el explotador. En el primer caso se trata de hecho de medidas de reglamentación que el explotador debe aplicar con precisión.

68. El Sr. YAMADA comprueba, con arreglo a los documentos que se han publicado sobre la cuestión en estudio desde 1980, que existen entre los miembros de la Comisión importantes divergencias de opinión sobre un gran número de elementos esenciales. Le resulta difícil comprender cuál es verdaderamente la posición de la Comisión y cuál es el objetivo que persigue. El tema es ciertamente complejo y difícil, pero el Sr. Yamada comprende la decepción de algunos Estados Miembros ante la lentitud de los progresos realizados, habida cuenta en particular de la rapidez con que se elaboran actualmente normas sobre diversas actividades específicas relacionadas con el medio ambiente. Convendría que la Comisión se pronunciara sin demora sobre el tema. Por otra parte, el orador se congratula de que se haya presentado al Comité de Redacción un proyecto de artículos sobre la cuestión, pero teme que el Comité no haya recibido directrices muy claras de la Comisión sobre la orientación que ha de dar a sus trabajos y quizás sería deseable debatir esta cuestión en sesión plenaria.

69. Por lo que respecta al ámbito de aplicación, el Sr. Yamada opina que la Comisión debería precisar los tipos de daños que se preverán en el proyecto de artículos. Siendo la opinión predominante que los trabajos de la Comisión deberían referirse a la vez a las actividades de riesgo y a las actividades de efectos nocivos, el Relator Especial modificó en consecuencia su proyecto de artículo 1 en su sexto informe. Por su parte, el Sr. Yamada estima que las actividades de riesgo deben figurar en el centro del proyecto de la Comisión. En el caso de las actividades de alto riesgo, como las actividades petroleras o nucleares, existen ya numerosos tratados específicos que reglamentan la cuestión de la responsabilidad y de la reparación y en los que la Comisión puede inspirarse para extraer principios generales aplicables a las actividades de riesgo. Pero es posible que las recomendaciones de la Comisión relativas al establecimiento de un régimen de responsabilidad para las actividades de riesgo no sean acogidas muy favorablemente por los gobiernos.

No obstante, la Comisión debe hacer una labor precursora en esta esfera.

70. Las actividades de efectos nocivos plantean un problema conceptual. A fin de cuentas, deberían pertenecer a la esfera de la responsabilidad de los Estados. En efecto, parece difícil imaginar un régimen jurídico en el que sea lícito infligir a alguien un perjuicio siempre que se le pague una indemnización. Evidentemente, hay casos de indemnización por perjuicios causados por actos lícitos como la expropiación. Hay también casos de indemnización por las consecuencias de actividades que no pueden considerarse ilícitas por razón de fuerza mayor. Pero todos estos casos corresponden a la responsabilidad de los Estados.

71. Es un hecho que existen actualmente numerosas actividades de efectos nocivos que no están prohibidas por el derecho internacional por diversas razones; pero tarde o temprano estas actividades acabarán por estar reglamentadas y pasarán al régimen de la responsabilidad de los Estados. El orador estima, por otra parte, como el Sr. Calero Rodrigues (2269.ª sesión), que habría que precisar en el propio proyecto de artículos la relación entre el régimen de la responsabilidad internacional por daños derivados de actividades no prohibidas y el régimen de la responsabilidad de los Estados, no sólo desde el punto de vista teórico sino también desde el punto de vista de su aplicación práctica en situaciones particulares.

72. Aunque la Comisión haya decidido no examinar en la presente fase de sus trabajos la cuestión de la naturaleza del instrumento que se ha de preparar, el Sr. Yamada aprueba la propuesta del Relator Especial encaminada a hacer figurar en un anexo, en forma de recomendaciones, todas las cuestiones relativas a las obligaciones de prevención, es decir, separar las obligaciones de prevención de las obligaciones de reparación. En efecto, sería preferible que la Comisión se ocupara con prioridad de la cuestión de las reparaciones y que en el proyecto de artículo se determinaran esencialmente los principios rectores en la materia. La cuestión de las obligaciones de prevención podría tratarse por separado.

73. Por lo que respecta al proyecto de artículo 2 del texto principal, el orador duda mucho de que los diversos instrumentos mencionados en el apéndice del octavo informe puedan servir de base para las modificaciones que se propone introducir en este artículo. En efecto, se supone que este artículo tiene un valor universal mientras que las disposiciones de que se trata tienen carácter de recomendaciones o son aplicables a situaciones o a regiones particulares.

74. Finalmente, el Sr. Yamada no tiene nada que decir del principio de la no discriminación que es objeto del nuevo proyecto de artículo 10, pero desearía que se precisara bien que la víctima de un perjuicio debe poder obtener una indemnización de un nivel ajustado a las normas reconocidas en el plano internacional, por ejemplo, por mediación de los tribunales del Estado en que reside.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2271.ª SESIÓN

Miércoles 10 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)* [A/CN.4/443[1], A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. FOMBA dice que, para centrar mejor el debate, es indispensable alcanzar a comprender con más claridad los tres conceptos fundamentales que se incardinan en el título del tema, a saber, la responsabilidad internacional, las consecuencias perjudiciales y los actos no prohibidos por el derecho internacional.

2. El último de esos tres conceptos no se libra de toda crítica porque, aunque de entrada parezca fácil de definir, existen supuestos en los que es difícil apreciar la licitud o ilicitud de una actividad determinada. Esa dificultad no deriva tanto de la actitud de los Estados como de la evolución del derecho. En lo que concierne al concepto de consecuencias perjudiciales, el supuesto básico es que los actos lícitos pueden tener consecuencias perjudiciales que van de lo insignificante a lo catastrófico. Por consiguiente, la cuestión estriba en si, para determinar la responsabilidad internacional, es preciso tener en cuenta todas las clases de daño o sólo algunas de ellas. Los tratados basados en el régimen de responsabilidad por riesgo han resuelto la dificultad evitando especificar expresamente el umbral de daño que da origen al derecho a indemnización. En otras palabras, no se hace ninguna distinción entre daño grave o daño nimio o insignificante y, cuando se hace referencia al carácter «excepcional» o «anormal» del daño, esa referencia se basa en el origen de ese daño y no en su naturaleza intrínseca.

3. Por lo que respecta al concepto de responsabilidad internacional, dos aspectos importantes requieren un examen atento: la naturaleza de la responsabilidad y su alcance. En cuanto al primer aspecto, la cuestión estriba en si la responsabilidad debe ser exclusiva o subsidiaria.

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

En lo que se refiere al segundo aspecto, el alcance de la posible responsabilidad causal del Estado será diferente según que se derive de un daño al medio ambiente o de un daño causado por actividades que entrañan un riesgo excepcional. Es difícil enunciar una definición firme de este último tipo de actividades, ya que el concepto es demasiado vago y no es posible distinguirlas claramente. Una definición estrictamente jurídica, que hiciera hincapié en el hecho de que los efectos perjudiciales de esas actividades sólo pueden ser eliminados si el Estado ejercita la máxima diligencia, no sería de por sí suficiente. El otro posible tipo de definición, es decir, la inclusión de una lista de las actividades que probablemente corresponden a esa categoría y una referencia a las diversas clases de consecuencias perjudiciales a que pueden dar lugar, tropieza con los límites marcados por los conocimientos científicos y tecnológicos y su evolución. Esas actividades, pues, sólo pueden definirse de un modo genérico, o sea, indicando sus características principales. En realidad, el término «excepcional» designa no sólo el carácter catastrófico del daño que pueda ser causado sino también la naturaleza y la relativa rareza de ese daño. Además, la experiencia adquirida en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos impone la necesidad de actuar con la máxima prudencia.

4. El concepto de daño al medio ambiente es *a priori* más fácil de deslindar, pero la situación real es más compleja. Si ese concepto se define como degradación de los elementos naturales, su vaguedad, y la necesidad de incluir factores cualitativos, resulta inmediatamente aparente. Por consiguiente, la interdependencia y movilidad de los elementos constitutivos del medio ambiente significan que el derecho tiene que liberarse de ideas que son demasiado firmes y demasiado territoriales. No obstante, es posible llegar a definiciones acordadas suficientemente claras, como lo demuestra el caso del término «contaminación» cuando se utiliza en relación con los mares. En lo que concierne al daño ecológico internacional, es menester determinar sus orígenes, tanto humanos como industriales, y también sus consecuencias.

5. La cuestión de la responsabilidad por daño al medio ambiente ocupó un lugar central en los informes del anterior Relator Especial, Sr. Quentin-Baxter. Al principio, el Sr. Quentin-Baxter opinaba que la protección del medio ambiente era una esfera especialmente idónea para la aplicación de la responsabilidad causal, que prescinde de toda referencia a la ilicitud del acto originario; posteriormente, sin embargo, pasó a hacer hincapié en las obligaciones primarias impuestas a los Estados en relación con la protección del medio ambiente. El orador, por su parte, conviene con Pierre-Marie Dupuy en que el derecho positivo en materia de responsabilidad por daño al medio ambiente no se distingue en nada del derecho general básico relativo a la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de un acto ilícito. Este punto de vista viene a ser corroborado por el párrafo 1 del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, el artículo V de la resolución sobre la contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional, aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Atenas en 1979[2], y el párrafo 13 del documento titulado «Responsibility and liability of States in relation to transfrontier pollution» (1984). Este último documento se refiere también a la opinión minoritaria, partidaria de un régimen de responsabilidad causal en virtud del cual el Estado bajo cuya jurisdicción se llevase a cabo la actividad contaminante estaría obligado a prestar reparación por el daño transfronterizo causado, independientemente de las precauciones que hubiese adoptado. Esto significaría introducir un sistema de responsabilidad objetiva, ya que el elemento que se tiene en cuenta no es el comportamiento del Estado de que se trata, subjetivamente considerado, sino el hecho de que se haya producido un daño más allá de la zona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, considerada objetivamente. Esta posición, defendida también por algunos países en desarrollo, en especial durante las negociaciones sobre el artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, responde al deseo de cambiar la orientación del derecho internacional contemporáneo. No responde, sin embargo, a la práctica, que se caracteriza por dos elementos fundamentales: una escasez de precedentes, y en especial de jurisprudencia, y la casi absoluta preferencia de los Estados por seguir los cauces de las consultas y la negociación diplomática en vez de aplicar los costosos y engorrosos procedimientos relativos a la determinación de la responsabilidad internacional.

6. La prevención implica una obligación estrictamente jurídica en la medida en que se basa en el derecho fundamental de las personas a un medio ambiente sano. La norma consuetudinaria de la diligencia debida, que se sitúa en el centro mismo de esa obligación, abarca aspectos como la elaboración de medidas y reglamentos jurídicos y administrativos, las consultas con los Estados vecinos y la realización de estudios sobre las repercusiones posibles. La cuestión que se plantea es la de si hay que dar carácter obligatorio a todas las consecuencias concretas del deber de diligencia mediante su enunciado explícito en el texto mismo o si tales consecuencias deben ser reguladas por simple remisión a obligaciones unilaterales. En otras palabras, si hay que especificar todas las obligaciones que se imponen a los Estados, tanto si son obligaciones de comportamiento como si son obligaciones de resultado o de medios. El Sr. Fomba, aunque partidario *a priori* de una solución flexible, análoga a la propuesta por el Relator Especial, estima importante no perder de vista el hecho de que, con independencia de la solución que se elija, el derecho internacional es y debe seguir siendo de naturaleza consensual.

7. El Sr. de SARAM elogia el octavo informe del Relator Especial y dice que el tema que examina la Comisión se sitúa en una esfera en rápida evolución y que no existe todavía consenso internacional sobre lo que constituye una cuestión jurídica fundamental, a saber, si, en caso de que se cause un daño en el territorio del Estado B como resultado de una actividad no prohibida por el derecho internacional realizada en el territorio del Estado A, y a falta de un acuerdo previo aplicable en tal supuesto, se puede decir, como asunto de derecho, que el Estado A, por el solo hecho de que una actividad en su territorio cause daño al territorio del Estado B, esté obligado jurídicamente a indemnizar al Estado B por el daño causado. La respuesta dependerá, naturalmente, de si el Estado A está sujeto a una obligación primaria —o, para utilizar la

[2] *Annuaire de l'Institut de Droit international, 1979*, Atenas, vol. 58, t. II, pág. 198.

expresión corriente, una «obligación de resultado»— de velar por que ninguna actividad realizada en su territorio origine un daño en el territorio del Estado B, o si la obligación es sólo una «obligación de comportamiento», esto es, una obligación de ejercitar la diligencia debida para velar que no se produzca un daño. Es en relación con lo que constituye la obligación primaria entre los dos Estados implicados en un caso en que no haya un acuerdo previo aplicable entre ellos que se plantean fundamentalmente las diferencias de opinión, exacerbadas aun por la magnitud del daño que pueden originar actividades no prohibidas por el derecho internacional. A falta de un acuerdo previo aplicable, la cuestión de la naturaleza de la obligación primaria entre los dos Estados tendrá que resolverse con arreglo al derecho internacional consuetudinario o a la luz de los principios generales de derecho. Le parece, y cree que a muchos miembros de la Comisión les parece, que hay dificultades para afirmar, de uno u otro modo, lo que en tal caso la obligación primaria es exactamente, o por lo menos ha sido, y a él le parece que todavía hay profundas diferencias de opiniones sobre la materia en la Comisión. Se trata de una cuestión que ha venido surgiendo por muchos años no sólo en el curso de los debates de la Comisión sobre el presente tema sino que también con ocasión del examen del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Por lo que hace a este último, señala a la atención el proyecto de artículo 7 (Obligación de no causar daños apreciables), antiguo proyecto de artículo 8 aprobado provisionalmente por la Comisión, y la nota al comentario correspondiente en la que se indica que algunos miembros de la Comisión se reservaron su posición por estimar que no se desprendía claramente del texto de dicho artículo ni de su comentario si el artículo enunciaba una norma de responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos o una obligación de reparar el daño causado *(liability)*[3].

8. El orador estima que hay una honda preocupación en cuanto a lo que debería ser la obligación primaria entre los Estados en que —en el caso donde no se aplique un acuerdo previo— una actividad no prohibida por el derecho internacional en el territorio de un Estado cause daño en el territorio de otro, lo que impulsó al anterior Relator Especial, Sr. Quentin-Baxter, a proponer en su plan esquemático[4] de 1982 que se llegase previamente a un equilibrio de intereses mediante consultas entre los Estados —consultas cuya base moral, si no jurídica, se fundan en principios como el de *sic utere tuo ut alienum non laedas*— con objeto de determinar de antemano, en la etapa de planificación, si en el caso de que una actividad en un Estado cause un daño en el territorio de otro Estado surgiría o no una obligación de indemnizar. El concepto del equilibrio de intereses es también uno de los puntos principales de las disposiciones recomendatorias relativas a la prevención que ahora propone el Relator Especial, como se desprende del proyecto del artículo IX.

9. Parece, por consiguiente, que en el caso mencionado la cuestión de la naturaleza de la obligación primaria entre el Estado A y el Estado B, y la cuestión conexa de si esa obligación sería diferente según que la actividad fuera muy peligrosa, peligrosa o de otro modo, seguirá ocupando a la Comisión y a los internacionalistas durante algún tiempo todavía.

10. Mientras tanto, sería excesivo que la colectividad mundial permitiese que en tales casos el daño recaiga en quien lo haya sufrido y que víctimas inocentes tengan que soportar la carga de la pérdida y el daño sin indemnización. En el ordenamiento jurídico interno, los riesgos de extraordinaria magnitud, que no pueden encajar adecuadamente en las normas nacionales de la legislación sobre daños y perjuicios, suelen garantizarse mediante arreglos según los cuales difíciles cuestiones de derecho y de hecho dejan de tener un significado práctico o jurídico sustancial. Sin embargo, cree que en muchos países los costos y demoras para recurrir a consejos o procesos jurídicos, a fin de determinar la ilegalidad o legalidad de posiciones cuando se materializa un riesgo, hacen que los seguros y reaseguros, y quizá seguros sobre reaseguros, sean el único recurso práctico y sensato. Hay varios ejemplos de disposiciones similares en el ámbito internacional, en la esfera de los tratados, en los que el propósito principal del tratado es proporcionar una indemnización rápida y adecuada del daño en vez de determinar, en las ciertamente inciertas esferas del derecho internacional consuetudinario general y los principios generales de derecho, quién es responsable o quién está obligado a repararlo. Uno de los ejemplos más logrados a este respecto es el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969, concluido después del accidente del «*Torrey Canyon*» frente a las costas británicas en 1967, y el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1971. Las dos convenciones posteriormente fueron modificadas en ciertos aspectos a raíz del accidente de la «*Amoco Cádiz*» frente a las costas de Bretaña. Hay muchos otros ejemplos de disposiciones convencionales o de propuestas de disposiciones convencionales análogas en otras esferas. Los trabajos sobre el seguro y reaseguro de los riesgos de daños catastróficos, y sobre la «interiorización» de los costos de seguros como una unidad de costo de producción, las cuestiones de legalidad o ilegalidad de posiciones según las normas aplicables de la legislación sobre daños y perjuicios que parece tener sólo un interés teórico, no han terminado todavía. La lista de convenios y proyectos de convenios mencionados por el Relator Especial en su declaración preliminar (2268.ª sesión) demuestra también que esa labor se está llevando a cabo en varios órganos diferentes.

11. Espera, por lo tanto, que en el instrumento que recoja las conclusiones definitivas de la Comisión acerca de su labor sobre este tema se haga referencia a modelos de planes de seguro de daños. Aunque la decisión sobre la naturaleza exacta de ese instrumento quizás no se tome hasta más adelante, es importante tener presente que este aspecto aún está por resolver. Mientras tanto, las propuestas formuladas por el Relator Especial, en particular en su octavo informe, proporcionan a la Comisión una útil base para la continuación de sus trabajos, aunque tal vez más en el campo del desarrollo progresivo del derecho que en el de su codificación.

[3] *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 39, nota 111.

[4] Véase 2269.ª sesión, nota 3.

12. Las disposiciones relativas a la prevención propuestas para ser incluidas en un anexo deberían conservar su carácter de meras recomendaciones y redactarse en términos más bien moderados. En una situación ideal, en que las relaciones entre los Estados interesados sean relativamente estables y armoniosas, las disposiciones de los proyectos de artículos IV a IX, relativas a las consultas y la solución de controversias, probablemente funcionarían sin dificultad, pero cuando las relaciones no sean las ideales, las posibilidades de celebrar consultas eficaces, para no hablar de la solución de controversias, pueden ser remotas. Por ejemplo, el Estado en cuyo territorio se haya proyectado realizar una actividad determinada puede decidir que se siga adelante en cualquier caso y, si el riesgo de daño se hace realidad, el Estado perjudicado puede no tener otra opción que recurrir a los procedimientos existentes de solución de controversias y los principios generales de derecho. Desde el punto de vista de la víctima inocente y de una manera ordenada de proceder en el ámbito de la colectividad internacional, se trata de una hipótesis poco afortunada. Por consiguiente, la Comisión debería examinar más atentamente la posibilidad de incluir en los convenios internacionales disposiciones de seguros u otros sistemas de cobertura del daño.

13. Conviene con el Sr. Rosenstock (2269.ª sesión) en que un cambio de impresiones entre los miembros en un marco menos solemne que el de una sesión plenaria de la Comisión quizás fuera útil.

14. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra como miembro de la Comisión, dice que, a pesar de los abundantes datos proporcionados por el Relator Especial y por su antecesor, el Sr. Quentin-Baxter, la Comisión se encuentra todavía en las fases iniciales de sus trabajos sobre el tema. Aunque el Relator Especial opine que la etapa del debate general ha concluido ya, existe aún amplio desacuerdo sobre lo que puede y debe conseguirse. La impresión de moverse en un vacío conceptual no se limita en absoluto a los nuevos miembros. La Comisión ha sostenido un debate ininterrumpido sobre las cuestiones del riesgo y el daño, de la reparación y la prevención y, sin embargo, no ha podido definir claramente los objetivos perseguidos. A su juicio, la elección no debe depender de simpatías y antipatías subjetivas, sino que la Comisión debe esforzarse más bien por determinar las necesidades objetivas de la colectividad internacional, un elemento que se echa de menos en todos los informes presentados por el Relator Especial. Tiene que determinar las lagunas que presenta el actual conjunto de normas de derecho internacional y si puede realmente aportar una contribución significativa al desarrollo del derecho internacional mediante la elaboración de normas generales que no estén vinculadas especialmente a un sector determinado de las relaciones interestatales. La Comisión, a pesar de haber sido uno de los primeros organismos que abordaron el examen de las cuestiones que se subsumen en el tema de la responsabilidad internacional, ha sido ampliamente superada por otros. Existe actualmente una abundancia casi mareante de instrumentos en este campo, desde tratados hasta declaraciones puramente políticas. Es preciso tener en cuenta esta evolución reciente al proseguir los trabajos sobre el tema.

15. La Comisión debería limitarse a elaborar una serie de principios sobre los derechos y obligaciones de los Estados concernientes a la utilización de territorios, zonas u objetos sujetos a su control jurisdiccional. Los Estados probablemente no aceptarán nunca un instrumento obligatorio que limite su libertad de acción de una manera general. La Declaración de Estocolmo[5] y la declaración que se apruebe en la CNUMAD[6] deberían servir de punto de partida. La Comisión debería determinar primero el contenido jurídicamente exigible («hard») de esas declaraciones y pasar luego a mejorar y dar forma jurídica apropiada a los debates celebrados en foros que adopten una perspectiva predominantemente política.

16. Una cosa es segura: no es posible seguir examinando el informe sobre el presente tema y después dejarlo a un lado para examinar temas más importantes. Tiene que tomarse una decisión sobre la dirección que hay que seguir. Da las gracias al Relator Especial por su octavo informe, que servirá de guía a la Comisión en su análisis de las complejas cuestiones objeto de estudio.

17. El Sr. BENNOUNA expresa al Relator Especial su agradecimiento por la gran ductilidad y paciencia de que ha hecho muestra durante todos esos años mientras trataba de aclarar algunos problemas muy difíciles. Conviene con él en que la etapa del debate general ha sido superada. A pesar de las incertidumbres que subsisten, ha llegado el momento de que los miembros de la Comisión se pongan de acuerdo sobre algunos aspectos fundamentales del tema y avancen en la elaboración de un proyecto de instrumento.

18. La Comisión decidió al principio tratar por separado la cuestión de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos *(responsibility)* y la responsabilidad por las actividades que entrañan un riesgo y no están reguladas todavía por el derecho internacional *(liability)*. Estas últimas representan en realidad un vacío o laguna en el derecho internacional, que no las autoriza ni prohíbe, hecho que expresa debidamente el título del presente tema, en el que se ha evitado utilizar la expresión «actos lícitos» para destacar en su lugar que esos actos simplemente son actos no prohibidos por el derecho internacional.

19. La relación entre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos *(State responsibility)* y la obligación internacional de reparar el daño causado *(liability)* es incuestionable; ambas esferas no pueden, por definición, separarse completamente, habida cuenta en especial de que la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos abarca todo el campo del derecho internacional. La Comisión está sencillamente perdiendo el tiempo al tratar de definir unos límites estrictos entre ambos temas.

20. Algunos miembros de la Comisión insisten en llegar a conclusiones absolutas. Sin embargo, ello no es posible, dada la naturaleza del presente tema, que constituye una zona gris entre lo jurídico y lo extrajurídico, una zona que se ha calificado de «derecho en gestación» *(soft law)*. Las materias que no caen dentro de la esfera del derecho internacional son materias reservadas a la

[5] *Ibid.*, nota 2.

[6] Véase 2268.ª sesión, nota 2.

competencia exclusiva de los Estados que es, en sí, un concepto relativo.

21. Cierto es que el título del tema no es totalmente satisfactorio. Sin embargo, la Comisión debería dejar a un lado esa cuestión y concentrarse en el fondo. El título podrá ser modificado posteriormente, una vez aclarados como es debido los puntos en litigio.

22. Al abordar la cuestión de la responsabilidad causal, o responsabilidad por riesgo, es importante ir más allá del concepto de daño, y la obligación de reparar, para llegar a los conceptos afines del riesgo y la prevención. Resulta cada vez más claro que la responsabilidad por riesgo sólo puede ser regulada en relación con la prevención. Abordar uno u otro aspecto por sí solo sería una equivocación. La prevención y la reparación del daño deben considerarse como un conjunto; ambos elementos deben incluirse necesariamente en el tema.

23. En cuanto a la naturaleza exacta de los artículos sobre la prevención, la Comisión debería tener presente que sus trabajos tienen por objeto elaborar un convenio marco, similar al que ha preparado con éxito sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Ese tipo de convenio es abstracto por definición y se limita a establecer los fundamentos generales que servirán de apoyo a la elaboración de normas concretas y precisas que deberán ser negociadas entre los Estados mismos. Comparte, pues, la opinión del Sr. Calero Rodrigues (2269.ª sesión) y los otros miembros de la Comisión que consideran que sería prematuro decidir si conviene o no incluir las disposiciones sobre prevención en un anexo, en forma de recomendaciones. No está de acuerdo con quienes opinan que la Comisión debe proceder según la naturaleza del texto, especialmente teniendo en cuenta que el tema examinado constituye una zona intermedia del derecho internacional. La Comisión no debe tomar por ahora ninguna decisión sobre el carácter de ninguna disposición concreta; la determinación de la naturaleza jurídica del instrumento que elabora debe dejarse pendiente hasta que hayan concluido los trabajos sobre el contenido del instrumento.

24. En su octavo informe, el Relator Especial examina la distinción entre actividades de riesgo y actividades de efectos nocivos. Algunos miembros han mantenido que las actividades de efectos nocivos son ilícitas desde el inicio, y, por lo tanto, no corresponden siquiera al ámbito del tema. Esa creencia no halla confirmación en el octavo informe, sino que el Relator Especial se ha limitado a plantear la cuestión. Por otra parte, existen varios grados de daño y, en algunos casos, los Estados están dispuestos a tolerar cierto nivel de daño según los intereses implicados. A este respecto, está de acuerdo con la opinión del Relator Especial, que ha subrayado la obligación de los Estados de negociar, basada en el principio del equilibrio de intereses y de unas condiciones equitativas al realizar una actividad determinada. Esos principios deberían servir de orientación y permitir a los Estados definir mediante la negociación los umbrales de tolerancia de cualquier actividad determinada de efectos nocivos. Por otra parte, algunos miembros de la Comisión desean distinguir entre la prevención anterior al inicio de una actividad y la prevención de la ulterior propagación del daño después de haberse producido éste. Esa distinción es falsa, pues la prevención es una operación continua y debe considerarse como una obligación permanente de los Estados.

25. Las disposiciones recomendatorias relativas a la prevención, tal como aparecen en el octavo informe, contienen ciertas repeticiones innecesarias y quizá hayan de ser revisadas por el Comité de Redacción. Por ejemplo, tanto el proyecto de artículo IV como el proyecto de artículo VI se refieren a la obligación del Estado de origen de celebrar consultas con los Estados perjudicados en relación con determinadas actividades. El proyecto de artículo VIII, sobre la solución de controversias, también necesita ser modificado. A este respecto, es importante evitar la situación en que un Estado pueda verse en la imposibilidad de llevar a cabo ciertas actividades por el veto de otro Estado. La solución quizás estribe en un procedimiento flexible para resolver los litigios.

26. Por último, se pregunta si el Presidente no podría ayudar a los miembros de la Comisión a llegar a unas directrices mutuamente aceptables sobre el presente tema, que puedan servir después de base para la elaboración de un proyecto de convención.

27. El PRESIDENTE dice que no está claro que le corresponda proporcionar a la Comisión unas directrices para su labor. Sería mejor que los miembros mismos de la Comisión realizaran esa tarea.

28. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que anteriormente se lamentó de que la Comisión estuviera debatiendo todavía las cuestiones fundamentales que plantea el tema e incluso pusiera en tela de juicio su razón de ser. Expresa, pues, su satisfacción por el hecho de que el Relator Especial se haya concentrado principalmente, en su octavo informe, en el principio de la prevención y haya propuesto una serie de artículos concretos sobre la materia. Su planteamiento se basa en un análisis detallado de los instrumentos internacionales relativos al medio ambiente y de los esfuerzos realizados por distintos organismos internacionales y regionales que se ocupan de la reglamentación de las actividades peligrosas.

29. En una época en que el mundo entero inicia una ofensiva contra la degradación del medio ambiente, la Comisión tiene una importante función que desempeñar y no puede perder la oportunidad de aportar una contribución erudita, dentro de los límites de su mandato y de su competencia jurídica. La tarea de la Comisión no es sólo delicada y compleja, sino también vital, pues el mundo está dominado por la tecnología y el poder económico, lo que da origen a una diferencia cada vez mayor entre los países ricos del Norte y los países pobres del Sur. Por eso, los países en desarrollo no pueden por menos que acoger favorablemente cualquier avance hacia la reglamentación internacional de las consecuencias perjudiciales de los actos no prohibidos por el derecho internacional. A este respecto, hay que deplorar el escepticismo que ha expresado el Sr. Pellet (2270.ª sesión) con respecto a la participación de las organizaciones internacionales, conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 12 del texto principal[7]. El papel de las organizaciones internacionales, de carácter universal y regional,

[7] *Ibid.*, nota 7.

lejos de limitarse a la determinación del Estado o los Estados que resultarían perjudicados por los efectos transfronterizos de una actividad concreta, debe abarcar la prestación de asistencia técnica y financiera a los países en desarrollo en relación con la adopción de medidas preventivas. Piensa en organismos como la ONUDI, el OIEA y la Comisión del Océano Indico. La disposición por la que se defina su función podría inspirarse en los artículos 202 y 203 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. El trato preferencial de los países en desarrollo es, por supuesto, una preocupación constante de las Naciones Unidas y se ha incorporado al principio 6 de los principios sobre derechos y obligaciones generales elaborados por la CNUMAD[8] y a varias disposiciones del proyecto de convención sobre la diversidad biológica[9].

30. En cuanto a las propuestas sobre las obligaciones de prevención contenidas en el informe, no ve ningún motivo para tratar por separado las medidas unilaterales de prevención relativas a las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos. Como señala el Relator Especial, el papel del Estado es el mismo sea cual fuere la actividad reglamentada. Conviene con el Relator Especial en que surgen diferencias entre las dos clases de actividades en relación con la necesidad de consultas previas.

31. La propuesta de que todos los artículos relativos a la prevención figuren en un anexo integrado por disposiciones de carácter meramente recomendatorio es atractiva por su aparente simplicidad, pero, como han señalado ya varios miembros de la Comisión, suscita diversas objeciones. Conviene recordar que la práctica de la Comisión ha sido siempre no pronunciarse sobre la naturaleza de un proyecto en estudio hasta no haber concluido sus trabajos sobre el mismo. La propuesta del Sr. Pellet de que las obligaciones de prevención constituyan el objeto principal o único de la labor de la Comisión sobre el tema merece ser estudiada aunque parece pasar por alto la existencia de los artículos 1 a 10, ya remitidos al Comité de Redacción. Por otra parte, reserva sólo un papel secundario y subsidiario a las organizaciones internacionales y, lo que es aún más importante, no es compatible con el mandato que la Asamblea General ha dado a la Comisión.

32. Las diversas propuestas formuladas en el informe sobre el desarrollo de algunos de los conceptos del artículo 2 del texto principal, y más en especial los conceptos del riesgo y el daño, deben remitirse al Comité de Redacción. Por último, hay que felicitar al Relator Especial por su lúcido, conciso y constructivo informe, que indudablemente ayudará a la Comisión a avanzar en la elaboración de un instrumento internacional muy útil para la comunidad de naciones.

33. El Sr. MAHIOU dice que la intención declarada del Relator Especial de limitar en lo posible el debate al contenido del octavo informe quizás no haya salido beneficiada de la inclusión en el informe de observaciones generales sobre artículos ya aprobados por la Comisión. Refiriéndose a este respecto a las observaciones del Sr. Koroma (2269.ª sesión) de que el Comité de Redacción parecía invadir el terreno de la Comisión, destaca la necesidad de distinguir entre los artículos 1 a 10, que han sido remitidos oficialmente al Comité de Redacción, y los artículos restantes, llamados «experimentales», que la Comisión está examinando todavía y que pueden ser debatidos cada vez que se mencionan en un nuevo informe. El Pleno de la Comisión está facultado, por supuesto, para dar nuevas directrices al Comité de Redacción en relación con los artículos 1 a 10. Aun reconociendo el derecho de los nuevos miembros a plantear cuestiones generales relacionadas con el tema en su conjunto, acoge con satisfacción el planteamiento adoptado por el Relator Especial de concentrarse en un grupo de problemas a la vez para que la Comisión pueda abordar por fin el fondo del tema. La cuestión fundamental examinada en el octavo informe es la de si las medidas de prevención deben tener carácter de obligación, y figurar por tanto en el cuerpo de la convención prevista, o carácter de recomendación, y relegarse a un anexo. En relación con esta importante cuestión se han manifestado dos posiciones opuestas. Por una parte, el Relator Especial mismo, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, así como las convenciones vigentes, es partidario de la segunda solución. En el otro extremo, el Sr. Pellet considera que la prevención constituye el núcleo del tema y que todo el proyecto debe elaborarse en torno a ella. La verdad se sitúa sin duda en algún lugar intermedio entre esos dos puntos de vista.

34. La prevención constituye realmente la esencia del problema, pero se sitúa, por así decirlo, más arriba de la zona que la Comisión debe estudiar con arreglo a su mandato. Pertenece a una fase preliminar. La cuestión decisiva, a su juicio, es qué ocurre si una actividad no prohibida por el derecho internacional causa efectos perjudiciales aunque se hayan adoptado todas las medidas preventivas apropiadas. Concentrarse exclusivamente en la prevención no haría más que aplazar la solución de ese problema. Conviene con el anterior Relator Especial, Sr. Quentin-Baxter, en que no existe interrupción de continuidad entre prevención, daño y reparación. Como se ha dicho, el problema es tan escurridizo y esquivo como una anguila. Los avances de la tecnología, sin embargo, hacen que sea indispensable asir la anguila y conseguir sujetarla.

35. Las opiniones del Relator Especial, tal como aparecen en su informe, han variado en cierto modo. En lo que le concierne, el orador sigue convencido de que las medidas de prevención deben ser obligatorias. Preferiría asimismo que el instrumento adoptase la forma de un proyecto de convención, pero opina que la determinación de su naturaleza exacta debe aplazarse hasta más tarde. Un convenio marco como el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación no es una solución apropiada en este caso, que se refiere especialmente a la responsabilidad.

36. En cuanto a los proyectos de artículos sobre prevención propuestos para el anexo, el proyecto de artículo I podría ser mejorado. Habría que incluir, en el artículo o entre las demás disposiciones relativas a la prevención, una referencia al concepto de urgencia. En cuanto al pro-

[8] *Ibid.*, nota 2.

[9] *Ibid.*, nota 4.

yecto de artículo II, la obligación de informar ya existe en derecho interno y la propuesta de introducirla en derecho internacional no debería suscitar graves objeciones. La cláusula de salvaguardia del proyecto de artículo III es asimismo aceptable, aunque también en este caso debería mejorarse la redacción. En lo que concierne a los proyectos de artículos IV y VI, no tiene claro todavía si las disposiciones sobre consultas en el caso de actividades de efectos nocivos deben ser diferentes de las aplicables en el caso de actividades de riesgo; esta cuestión requiere, sin duda, un análisis más detenido. A tenor del proyecto de artículo IV, el veto de las actividades de efectos nocivos es posible, porque si los Estados interesados no consiguen llegar a un acuerdo, la actividad no puede tener lugar, mientras que ese veto no es posible en las actividades de riesgo. Esta es una de las diferencias más importantes entre ambos tipos de actividades. Ciertamente, cuando existe veto, surgen problemas para establecer un equilibrio de intereses entre el Estado de origen y el Estado perjudicado.

37. Por lo que respecta al proyecto de artículo VII, se pregunta si la distinción que se hace en los proyectos de artículos IV y VI influye en la capacidad de iniciativa del Estado perjudicado, especialmente en lo que se refiere al pago del costo del estudio mencionado en el proyecto de artículo VII. Si la actividad tiene efectos nocivos, es evidente que el Estado perjudicado debe obtener el resarcimiento de los gastos irrogados por el estudio emprendido, porque es precisamente ese estudio el que puso de manifiesto la existencia de las consecuencias nocivas. Sin embargo, duda de que exista alguna base para obligar al Estado de origen a pagar por un estudio si las actividades sólo entrañan un riesgo. Apoya el proyecto de artículo VIII, sobre la solución de controversias, pero si las medidas preventivas han de figurar en un proyecto de convención, es necesario un mecanismo y éste debe incluirse en forma de un anexo. Los Estados deberían poder elegir si desean iniciar un procedimiento de solución de controversias. Por último, aunque es importante indicar a los Estados cuál es la base de las consultas, los factores mencionados en el proyecto de artículo IX deben ser meras recomendaciones, pues de otro modo el marco sería demasiado rígido. Preferiría que este artículo figurase en un anexo que sirviera de orientación a los Estados para resolver la cuestión de las actividades de efectos nocivos y las actividades de riesgo.

38. El Sr. SHI da las gracias al Relator Especial por su instructivo informe, que da mucha materia en que pensar. Limitará sus observaciones a la cuestión de la prevención. Como han señalado ya varios miembros de la Comisión, en el período de sesiones anterior se llegó en el debate general al acuerdo de que la cuestión de la forma definitiva del proyecto de artículos se resolvería cuando la Comisión hubiera avanzado más en sus trabajos. Sin embargo, el Relator Especial propone en el octavo informe que los artículos relativos a la prevención adopten la forma de recomendaciones y constituyan un anexo del proyecto. ¿Significa esto que el Relator Especial pretende que el conjunto de los artículos, aparte del anexo propuesto, sea obligatorio? En tal caso, el proyecto debería adoptar la forma de una convención internacional, lo que ciertamente no es conforme al acuerdo a que se había llegado en el 43.° período de sesiones de la Comisión.

39. No tiene nada que objetar a la inclusión en el proyecto de un artículo sobre la prevención, pero siempre ha opinado que, en el caso de las actividades no prohibidas por el derecho internacional, el que un Estado no adopte medidas de prevención para impedir que se produzcan accidentes, o el hecho de que tales medidas sean insuficientes, no puede dar origen a un derecho de accionar; en otro caso, este tema no sería diferente del de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. La obligación de reparar *(liability)* sólo nace en caso de daño transfronterizo ocasionado por una actividad no prohibida por el derecho internacional. La Comisión sigue dividida al parecer sobre las actividades que entrañan un riesgo de daño y las actividades de efectos nocivos.

40. Dejando a un lado la cuestión de la forma definitiva del proyecto de artículos, conviene con el Relator Especial en que los artículos sobre la prevención, incluidas las disposiciones de procedimiento, no deben tener carácter preceptivo. Los artículos mismos que propone el Relator Especial son en realidad una versión simplificada de los que había presentado en el sexto informe[10], los cuales, como reconoce el Relator Especial, se inspiran en la parte correspondiente del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Cree recordar que varios miembros, entre otros el propio orador, señalaron en ese momento que el presente tema no se identifica con el régimen de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Al presentar sus nuevos artículos sobre la prevención, el Relator Especial ha tenido en cuenta hasta cierto punto las observaciones formuladas por los miembros en el 42.° período de sesiones. Por ejemplo, se han omitido algunos de los artículos originales y los nuevos artículos se han formulado de manera no preceptiva.

41. Es cierto que el proyecto de artículo I enuncia lo obvio. En el caso de las actividades a que se refiere el presente tema, la mayor parte del daño causado recaerá en la vida, los bienes y el medio ambiente del Estado de origen. En la actualidad, los Estados para realizar tales actividades solicitan autorización, que sólo se concede tras un examen atento de los documentos y datos pertinentes, en particular una evaluación de las repercusiones sociales, económicas y ambientales de la actividad proyectada. Este artículo establece que se procederá a la evaluación del daño transfronterizo, pero a veces tal evaluación no es posible. Por ejemplo, en el caso del lanzamiento de un satélite, no es posible indudablemente determinar que se producirá un accidente que cause un daño transfronterizo. Otro ejemplo es la evaluación del daño transfronterizo progresivo. Apenas es posible evaluar el daño transfronterizo causado por la emisión de dióxido de carbono resultante de la utilización de combustibles fósiles en un país determinado. No se le ocultan al Relator Especial esas dificultades, puesto que el artículo termina disponiendo que los Estados deben velar por que las personas encargadas de realizar la actividad «utilicen la mejor tecnología disponible».

42. Los otros artículos propuestos pueden ser útiles o aplicables a determinadas actividades específicas pero

[10] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1.

no como regla general aplicable a cualquier actividad comprendida en el ámbito del tema. Por ejemplo, en lo que concierne a la notificación e información estipuladas en el proyecto de artículo II, si lo que era entonces la Unión Soviética hubiera llegado en su evaluación a la conclusión de que su satélite nuclear se estrellaría un día en territorio canadiense, ¿habría cambiado sus planes y el Gobierno del Canadá, informado de la evaluación, habría accedido a que se lanzara el satélite? En un caso de esta índole, la utilidad del artículo sería dudosa. Otro ejemplo es el requisito de consultas previas en relación con las actividades de efectos nocivos, establecido en el proyecto de artículo IV. Supóngase que el Estado A proyecta construir una serie de centrales energéticas que utilizan combustibles fósiles y el Estado B pide celebrar consultas por estimar que las centrales emitirán grandes cantidades de dióxido de carbono y causarán un daño transfronterizo en su territorio. Supóngase asimismo que el Estado A sólo dispone de combustibles fósiles y carece prácticamente de tecnología o recursos financieros para reducir las emisiones de dióxido de carbono o pasar a otras formas de energía. En una situación de esta índole, ¿acaso permitirían las consultas llegar a un régimen jurídico aplicable a esa actividad como se entiende en el proyecto de artículo IV? La petición de otras soluciones, conforme al proyecto de artículo V, tampoco sería posible. Y ¿cuál sería la utilidad de un procedimiento de solución de controversias, como el previsto en el proyecto de artículo VIII, en caso de que las consultas y la petición de soluciones de recambio no dieran resultado? Los artículos colocarían al Estado A en una situación imposible y también se prestan a abusos por los Estados potencialmente perjudicados. Lo que se necesita es cooperación internacional y no consultas, petición de otras soluciones o procedimientos de solución de controversias.

43. Por último, para que pueda existir un régimen de prevención, aunque sea sólo en forma de recomendaciones, deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades y los intereses de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados. Los artículos propuestos por el Relator Especial colocan a los países desarrollados y los países en desarrollo en pie de igualdad formal, pero en realidad los países en desarrollo se encuentran en desventaja.

44. Se adhiere a la opinión del Presidente de que la Comisión, en vez de redactar una serie de artículos, formule unas directrices para los Estados que respondan a sus verdaderas necesidades urgentes. En el 39.° período de sesiones, en 1987[11], el orador propuso que la Comisión, o bien pidiera a la Asamblea General que la autorizase a aplazar el examen del tema, o bien dejara de entablar polémicas y adoptara un planteamiento pragmático para atender las necesidades reales de los Estados mediante la formulación de esas directrices. Hoy en día, el tema ha pasado a ser de gran actualidad y no sería apropiado dirigir una petición de ese tipo a la Asamblea General. Por eso, la Comisión debe tratar de elaborar unas directrices destinadas a los Estados; un exceso de ambición puede conducir a un rotundo fracaso.

[11] *Anuario... 1987*, vol. I, 2020.ª sesión, párr. 33.

45. El Sr. IDRIS dice que el tema es complejo y que no sólo suscita cuestiones jurídicas sino que tiene también consecuencias políticas y económicas. Tiene que confesar que el informe le plantea algunas dificultades puesto que no expone los antecedentes de una materia que arranca de mucho tiempo atrás. El marco teórico del tema no está listo todavía y el objetivo básico sigue siendo ambiguo. A este respecto, se adhiere a las intervenciones del Sr. Vereshchetin (2269.ª sesión) y el Sr. Sreenivasa Rao (2270.ª sesión) y hace suyas las correspondientes observaciones del Sr. Bowett (2269.ª sesión).

46. Pese a la universal preocupación por los actuales problemas ambientales, en especial después del accidente de Chernobyl, es dudoso que el presente tema deba examinarse independientemente de las normas generales de la responsabilidad de los Estados. Existe básicamente una relación de fondo entre ambos temas que no ha sido tratada por el Relator Especial ni resuelta por la Comisión. Se pregunta si un código sobre la obligación de reparar el daño causado *(liability)* mejoraría la situación actual del derecho internacional y su práctica y sería más eficaz que un planteamiento de cada aspecto orientado a la aprobación de instrumentos jurídicos distintos, cuidadosamente definidos y realistas.

47. El instrumento en curso de elaboración sólo tiene por objeto las actividades lícitas. El daño, cuando es causado sin infringir ninguna obligación, puede considerarse como un acto ajeno a la voluntad del Estado interesado. En ese caso, habría dos víctimas, es decir, el Estado en que se ha producido el evento y el Estado que sufre el daño transfronterizo. De hecho, el daño físico al primero puede ser más grave que el ocasionado al segundo. Por lo que respecta a la prevención, es importante lograr un equilibrio entre el reconocimiento de la legítima libertad de acción de los Estados en su territorio y la necesidad de velar por que ejerciten la debida diligencia para impedir el daño transfronterizo resultante de sus actividades. La finalidad perseguida no debe ser prohibir las actividades lícitas sino reglamentarlas.

48. Las actas de la Comisión y el debate en curso ponen de manifiesto que no se han realizado muchos progresos. La Comisión examina todavía cuestiones fundamentales y pone incluso en tela de juicio la utilidad y los objetivos del tema. El derecho ambiental internacional, en particular el relativo a los «espacios públicos internacionales» *(global commons)* y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, se ha ido creando eficazmente al margen de la Comisión. La Comisión ha tropezado con considerables dificultades para llegar a un consenso, en parte porque el objetivo de su labor no está claro. No está convencido de que sea demasiado pronto para examinar el estado del tema. Una vez resuelto eso será sencillo aclarar el contenido y la estructura del instrumento propuesto. A este respecto, se pregunta si es oportuno y realista que la Comisión prosiga sus esfuerzos encaminados a elaborar una convención general y multilateral o si sería razonable que los resultados obtenidos revistieran la forma de unas directrices generales o una declaración de principios generales de la Asamblea General.

49. Por último, apoya la propuesta del Sr. Rosenstock (2269.ª sesión) de que la Comisión establezca un peque-

ño grupo de trabajo para definir los conceptos básicos que plantea la cuestión y estudie especialmente la forma y la naturaleza del instrumento que haya de adoptarse.

50. El Sr. CRAWFORD dice que, como se desprende del debate, no existe consenso sobre el lugar en que deben figurar los artículos relativos a la prevención. Por su parte está de acuerdo con el Sr. Pellet *(idem)* en que esas disposiciones no deben tener carácter recomendatorio ni deben ser relegadas al anexo. Sigue en pie la cuestión de la naturaleza jurídica del proyecto de artículos y no es éste el momento adecuado para que la Comisión decida que la prevención es menos importante que cualquier otro aspecto del tema. Ha llegado el momento de que la Comisión estudie más detenidamente la materia y, a este respecto, apoya enérgicamente la sugerencia del Sr. Rosenstock de que se constituya un grupo de trabajo.

51. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice, en relación con las observaciones del Sr. Crawford, que tenía la impresión de que la Comisión era partidaria de incluir todos los artículos de procedimiento sobre la prevención en un anexo. En su informe, ha propuesto que se adopte la misma línea en lo que se refiere a las medidas unilaterales de prevención, pero esto no significa que se haya llegado a un consenso. Existe, a su juicio, acuerdo general en la Comisión para no conferir carácter obligatorio a las medidas de procedimiento.

52. En cuanto a las observaciones del Sr. Idris, la Comisión ha debatido la diferencia entre el presente tema y el tema de la responsabilidad de los Estados. El Relator Especial ha tratado de aclarar esa distinción y desea señalar a este respecto el debate del 41.° período de sesiones[12].

53. El Sr. IDRIS no ha querido dar a entender que no haya habido debate sino sólo que éste no ha producido resultados concretos. El tema estudiado y el de la responsabilidad de los Estados siguen coincidiendo parcialmente y este problema debe resolverse antes de iniciar la redacción de los artículos.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

[12] Para un resumen del debate, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 340.

2272.ª SESIÓN

Viernes 12 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)* [A/CN.4/443[1], A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que el estudio realizado por el Relator Especial pone de manifiesto la necesidad de armonizar y conciliar los dos tipos de responsabilidad de los Estados que existen, a saber, la responsabilidad por las consecuencias de actos ilícitos y la responsabilidad llamada objetiva. Se comprenden las preocupaciones expresadas por algunos miembros de la Comisión originarios de países industrializados, que a través de sus empresas pueden causar daños transfronterizos, ante las consecuencias que puede tener la teoría de la responsabilidad objetiva en esta esfera. No obstante, no es imposible reglamentar la cuestión en el plano internacional y el método propuesto por el Relator Especial, consistente en hacer una lista provisional de las actividades que podrían clasificarse en el grupo de actividades de alto riesgo, es muy útil puesto que permite colocar de nuevo esta teoría en el contexto concreto del riesgo y distinguirla de la teoría de la responsabilidad corriente de carácter contractual.

2. En lo que respecta a la prevención, el Sr. Villagrán Kramer estima que el argumento según el cual la imposición de obligaciones de prevención podría hacer entrar en juego la responsabilidad civil del Estado en caso de que no se respetaran dichas obligaciones no es suficientemente convincente para eliminar la cuestión de la prevención del proyecto de texto que se estudia. En efecto, la prevención forma parte del juego normal de las normas jurídicas y en el mundo moderno actual es inherente a toda actividad humana. Por otra parte, es evidente que la imposición a los Estados de un deber mínimo común de prevención es una de las ideas que se desprenden de la CNUMAD y es probable que en muchos instrumentos que se concertarán después de esta Conferencia figuren disposiciones sobre la prevención. La Comisión no puede dejar de tener en cuenta esta tendencia.

3. En respuesta a quienes hacen una distinción entre las medidas preventivas anteriores al daño y las medidas de atenuación que se aplican una vez que se ha producido éste, el orador hace observar que, como ha explicado el Relator Especial, la prevención comprende dos aspectos. En una primera etapa tiene por objeto impedir que se produzca un daño importante y en una segunda etapa, cuando se ha producido efectivamente un accidente, evitar que se multipliquen sus efectos, medida que encaja perfectamente en el marco de una norma de prevención.

[1] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

4. Por lo que se refiere al concepto de riesgo, la definición que de él da el Relator Especial en su informe sobre la base de los tres criterios principales, que son magnitud, ubicación y efectos, es ciertamente muy útil para el debate, pero el orador estima que sería preferible, como propone el propio Relator Especial, dividir el texto propuesto de modo que las dos primeras oraciones formen un apartado del artículo 2 (Términos empleados), y el resto del texto aparecería en el comentario. Sería mejor proceder como propone el Relator Especial, incluida su sugerencia de que la lista de sustancias peligrosas figure en un anexo, aunque sólo sea para facilitar el debate. En cuanto al concepto de daño, cabe preguntarse si es realmente necesario definirlo dado que una definición rígida podría paralizar el trabajo de los jueces, tanto más cuanto que, habida cuenta de la evolución de las tecnologías y del carácter cada día más sofisticado de las actividades industriales, puede quedar muy pronto anticuada. Sería preciso tal vez contentarse con calificar el daño en función de su magnitud. Lo que importa es precisar que no se trata de un daño ordinario sino de un daño «sustancial», «apreciable» o «significativo», según el término que se utilice. Quizá convendría también evitar el término «cosas» en la definición de los componentes de los daños transfronterizos, que resulta inadecuado en francés y en español.

5. Finalmente, el Sr. Villagrán Kramer se pregunta si la Comisión no debería estudiar más a fondo la posibilidad de atribuir la responsabilidad de un daño, y por lo tanto las consecuencias y las obligaciones jurídicas que de él se derivan, a los explotadores, es decir, a personas y no a los Estados. El Estado sigue siendo un intermediario y su función consiste fundamentalmente en promulgar leyes y reglamentos y asegurarse de que se aplican; es el explotador el responsable directo. Quizás sería conveniente profundizar en esta cuestión de la responsabilidad del explotador sin caer por ello en la exageración en este sentido.

6. El Sr. MIKULKA señala a la atención de la Comisión el hecho de que la prevención, cuestión en la cual se centra el octavo informe del Relator Especial, y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades de riesgo o de efectos nocivos son dos problemas totalmente diferentes entre los cuales no existe nexo alguno. En el caso de la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos, la obligación de reparación tiene un carácter secundario, mientras que en el caso de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades que no están prohibidas por el derecho internacional tiene un carácter primario; aparece cuando una actividad realizada en el territorio de un Estado causa un daño en el territorio de otro Estado, aunque esta actividad no sea ilícita e independientemente de que se hayan tomado o no medidas de prevención.

7. Por lo que respecta a las medidas de prevención, el Sr. Mikulka desearía, al igual que otros miembros de la Comisión, que fuesen obligatorias, aunque el Relator Especial haya propuesto que revistan el carácter de recomendaciones. El argumento formulado en el informe, según el cual la imposición de obligaciones primarias de prevención haría de su violación un hecho ilícito y por ende prohibido, en cuyo caso la CDI se ocuparía de actos prohibidos, lo que no es parte del tema en estudio, no es un argumento suficientemente convincente para eliminar por completo del proyecto que se ha de elaborar la idea de las obligaciones de prevención. Habida cuenta de la falta de progresos reales en la formulación de normas de fondo en materia de responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas, la elaboración de un conjunto de normas relativas al problema de la prevención podría responder por lo menos a algunas de las necesidades de la comunidad internacional. El deber de reparar un daño transfronterizo no puede vincularse sin embargo a la obligación del Estado en materia de prevención. La obligación de reparación debería insertarse en el marco del principio de la equidad, en virtud del cual no hay que dejar que la víctima inocente soporte todo el costo del daño. Si se mantiene la hipótesis formulada por el Relator Especial en su informe, según la cual

> el daño transfronterizo que estas actividades [actividades de riesgo o de efectos nocivos] causan, cuando es significativo, está en principio prohibido en derecho internacional general. Siendo esto así, sólo cabría la existencia de una actividad de ese género si existe alguna forma de consentimiento previo de los Estados afectados,

se pasa del marco de la responsabilidad en el sentido de *liability* al de la responsabilidad por actos ilícitos. El consentimiento previo no es entonces otra cosa que una circunstancia que excluye la ilicitud en el sentido del artículo 29 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[2]. A juicio del Sr. Mikulka, para conservar toda la autonomía del tema en estudio en relación con la cuestión de la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos habría que abandonar esa hipótesis.

8. El Sr. PELLET vuelve a hablar de la dialéctica del daño y el riesgo, objeto del apéndice del octavo informe.

9. Por lo que respecta a las definiciones, señala que el fondo de la definición de riesgo propuesta en el informe parece responder a ideas exactas, pero su redacción no es habitual para un texto jurídico. Estima que este texto, que es más una explicación que una definición, debería más bien figurar en el comentario. Por otra parte, sería preferible tratar en dos párrafos distintos los conceptos de riesgo y de actividad de riesgo, al ser el riesgo la probabilidad de un daño importante y la actividad de riesgo un comportamiento o el funcionamiento de una cosa que entraña esa probabilidad. No es necesario ir más allá en el texto puesto que todo lo demás no es más que explicación y no definición.

10. En relación con el concepto de riesgo, el Sr. Pellet no cree que haya que introducir la idea de «importancia» por dos razones: en primer lugar, porque sería una fuente de debates interminables, puesto que es verosímil que por lo que toca por ejemplo a la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos los Estados no verán con los mismos ojos la probabilidad de un accidente en el caso de que los reactores se hallen en su territorio y en el caso de que dependan de la jurisdicción de otros países. Es innegable que, aunque se recurra a una tecnología avanzada y segura, el riesgo existe y es difícil pretender que la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos no

[2] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

constituye una actividad de riesgo, sea cual fuere la importancia de la propia probabilidad. La segunda razón, de orden teórico, es que el problema no reside en la importancia del riesgo sino en la del daño potencial.

11. Habida cuenta de la definición de riesgo que propone el orador, que en el fondo rechaza la dada por el Relator Especial, es evidente que la definición de daño debe preceder a la de riesgo, lo cual es simplemente lógico y no tiene ninguna consecuencia de fondo.

12. La definición de daño propuesta por el Relator Especial en el informe le parece al orador mucho más discutible que las ideas en las que se basa su presentación del riesgo. La enumeración de las diferentes clases de daños no parece criticable en sí misma y el orador está de acuerdo en que el fallecimiento de personas, las lesiones corporales, el perjuicio a la salud de las personas, el daño a los bienes patrimoniales, la alteración en perjuicio del medio ambiente y quizá incluso el costo de las medidas de protección, punto sobre el cual se reserva su posición, constituyen elementos de una definición correcta. Esta coincide, por otra parte, con la definición propuesta por el Presidente en una obra editada por Francioni y Scovazzi[3]. Por el contrario, parece absolutamente extraordinario que en una disposición aparentemente anodina, en el apartado *c* de la definición propuesta, se hable de «indemnización», pues no es en el artículo 2 donde conviene prejuzgar que el daño da lugar a indemnización. Si bien el orador está convencido de que el Relator Especial no trata de forzar así la mano a la Comisión, desea, no obstante, señalar seriamente a su atención la mezcla de géneros bastante grave que constituye esta disposición, pues cuando se habla de indemnización no se define ya el daño sino sus consecuencias y se prejuzga el núcleo mismo del tema. El orador pide, pues, al Relator Especial que le dé seguridades sobre este punto y en todo caso que le explique por qué aparece la idea de indemnización cuando se define el daño.

13. El orador está de acuerdo, en cambio, en que si bien es innecesario calificar el riesgo, es necesario calificar el daño. Sin tener una idea preconcebida sobre la elección del adjetivo —«significativo», «apreciable»—, indica, no obstante, al Relator Especial algunos estudios que se han hecho sobre este punto, en particular un artículo de Sachariew[4]. Pero calificar el daño a propósito de la definición de riesgo es una cosa y tratar de definir lo que hay que entender por «sustancial» o «apreciable» o «significativo» es otra. El Sr. Pellet está perfectamente de acuerdo en particular con lo que ha señalado el Sr. Villagrán Kramer a este respecto. Sería a la vez innecesario y peligroso definir la importancia del daño, pues se trata ante todo de una cuestión de apreciación que corresponde a los órganos encargados de aplicar el derecho. Sería, además, presuntuoso y paralizante intentar dar una definición que de todos modos quedaría muy pronto anticuada, dada la rapidez de la evolución intelectual en estas esferas. Por consiguiente, es innecesario dar una definición dentro de las definiciones.

14. En cuanto al concepto de «daño transfronterizo», el orador no se opone en modo alguno a la definición que se da en el informe, pero desea introducir dos precisiones. En primer lugar, en el proyecto no se pueden dejar al margen los daños que no entran en el ámbito de esta definición pero que no por ello dejan de corresponder con toda seguridad al tema, como los causados a los espacios públicos internacionales *(global commons)*. En segundo lugar, sería interesante tal vez preguntarse si el proyecto debe limitarse a los daños que presentan elementos extranjeros, sean transfronterizos o causados en los espacios públicos internacionales. Se plantea también la cuestión de saber si un Estado es responsable de los daños causados a su propio pueblo, al medio ambiente nacional, si es «*liable for the damage*». El Relator Especial no puede ahorrarse una reflexión sobre este punto, aun cuando no sea fácil hallar una respuesta.

15. El orador pasa después a la cuestión, abordada en repetidas ocasiones, de las funciones respectivas del riesgo y el daño, para reafirmar que el riesgo y el daño tienen ambos una función que desempeñar pero quizá no la que les asigna el Relator Especial. El riesgo es y debe ser el hecho generador de la responsabilidad en el sentido de «*liability*». Si una actividad es una actividad de riesgo —el orador continúa siendo escéptico con respecto a las actividades de efectos nocivos—, el Estado es responsable *(liable)*, pero puede exigirse reparación únicamente si esa actividad ha causado efectivamente un daño. El daño es el hecho generador, no de la responsabilidad sino de la reparación. A juicio del orador, el paralelismo con la responsabilidad por infracción, que es objeto del informe del Sr. Arangio-Ruiz[5], es evidente: en este último caso el hecho generador de la responsabilidad es la infracción y el daño es el hecho generador de la reparación. En el marco de la responsabilidad por hechos lícitos, el riesgo es el hecho generador de la «*liability*» pero sólo el daño exige, en su caso, una reparación. A este respecto, el orador se reserva por entero su posición sobre la existencia de una norma de derecho internacional que imponga al Estado la obligación de reparar y considera que hay que interesarse, siguiendo la vía sugerida por el Sr. Villagrán Kramer, por la obligación de reparar de los explotadores.

16. Finalmente, el orador desea rectificar ciertas observaciones que algunos oradores le han atribuido y que él no ha formulado. En primer lugar, con respecto a la forma de las disposiciones relativas a la prevención, el Sr. Bennouna (2271.ª sesión) le ha atribuido el comentario de que se trabaja de manera diferente según que se prepare una convención o una resolución. Lo que ha dicho y todavía mantiene el orador es que una disposición que puede ser aceptable si está contenida en una recomendación desprovista de valor obligatorio puede no serlo si tiene que figurar en una convención. Menciona a este respecto el ejemplo de la tesis, sostenida por algunos miembros de la Comisión, entre ellos él mismo, según la cual el Estado no está obligado a reparar en

[3] C Tomuschat, «International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law The Work of the International Law Commission», en *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres/Dordrech/Boston, Graham & Trotman, 1991, págs. 37 y ss.

[4] K Sachariew, «The definition of thresholds of tolerance for transboundary environmental injury under international law: development and present status», *Netherlands International Law Review*, vol. XXXVII, 1990, N.° 2, pág. 193.

[5] Véase *Anuario.. 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN 4/444 y Add.1 a 3.

caso de daños causados por una actividad no prohibida por el derecho internacional. Formular esta tesis en un proyecto de convención le parecería al Sr. Pellet idealista y carente de realismo, pues sería confundir lo deseable y lo posible; en cambio la misma idea podría figurar muy bien, sobre la base de la equidad, en una recomendación. El orador reafirma pues que no es indiferente en absoluto determinar si la Comisión debe seguir la vía de una codificación «dura» conducente a una convención o de un desarrollo progresivo flexible que conduzca a simples recomendaciones. Sobre otras cuestiones, como la reparación, el orador piensa por otra parte que serían preferibles cláusulas tipo adaptadas a diferentes clases de riesgos. En todo caso, es urgente tomar una decisión porque el debate variará según el objeto de la labor emprendida.

17. En segundo lugar, el Sr. Pellet considera que los Srs. Bennouna, Razafindralambo y Mahiou (2271.ª sesión) han interpretado mal sus palabras cuando le han atribuido la opinión de que el examen del tema debía limitarse a la prevención. Lo que ha querido decir el orador es que la prevención no es el punto donde desemboca la reflexión de la Comisión sino su punto de partida más sólido. Independientemente de la cuestión delicadísima de saber si el Estado debe reparar cuando se produce un daño, no cabe duda de que el Estado debe esforzarse por prevenir el daño y limitar sus consecuencias perjudiciales. Esto es cierto, sólido y claro, son principios de derecho internacional que no son discutibles y que por otra parte no han sido objeto de discusión. Lo demás es un problema de reflexión y de opinión sobre el cual es manifiesto que la Comisión está bastante dividida. Lo que desea el orador es que la Comisión parta de tierra firme antes de entrar en la zona de las tormentas y que como se lanza una botella al mar, envíe a la Asamblea General la primera parte del proyecto de artículos dedicada a la prevención. Después de eso el Sr. Pellet está dispuesto a embarcarse con sus colegas hacia tierras desconocidas.

18. El Sr. ROSENSTOCK considera, como el orador anterior, que es indispensable un cierto grado de consenso o de acuerdo general sobre el punto de partida de los trabajos de la Comisión y el orden en que ésta ha de proceder. Quizá no sea posible conceptualizar este punto de partida en relación con la responsabilidad de los Estados, pues el problema de la relación entre la responsabilidad de los Estados y el tema que se examina se ha complicado más por los límites un tanto artificiales que la Comisión ha adoptado de manera pragmática para el tema de la responsabilidad de los Estados. El problema se complica por otra parte por el hecho de que las cuestiones de que tratan en sus informes, primero el anterior Relator Especial, Sr. Quentin-Baxter, y luego el actual Relator Especial, son tan delicadas que ni la culpa ni la responsabilidad objetiva solas ofrecen una clave. En efecto, es una esfera en la que parece haber una cierta superposición entre la culpa y la responsabilidad objetiva. Quizá sería preciso dividir la tarea de la Comisión en diferentes fracciones, lo que le permitiría abordar los problemas uno a uno, en la inteligencia de que se esforzaría por abarcar en definitiva todos los aspectos del problema. El orador piensa también que la prevención sería uno de los aspectos por los cuales podría comenzar la Comisión y muchas de las propuestas hechas por el Relator Especial constituyen a este respecto un excelente punto de partida. Otro aspecto que debería ser posible tratar y que podría abordarse en las primeras fases del estudio general es el de la responsabilidad civil de los explotadores, incluidas las modalidades de seguros y las cuestiones de financiación. Después la Comisión podría tratar de pasar a ciertos problemas más difíciles desde el ángulo conceptual.

19. Si esta manera de proceder no es aceptable en un primer momento, la Comisión se verá ante la alternativa de continuar dando vueltas más o menos en redondo o de adoptar un método de trabajo que le permita hacer verdaderos progresos. Para que tal actitud tenga alguna posibilidad de conducir sin excesiva demora a unos resultados será esencial que la Comisión acepte dedicarse a la elaboración de una declaración de principios o de directrices. No es un azar que cuando las Naciones Unidas desbrozaron el terreno en las esferas de los derechos humanos y del espacio ultraterrestre y abordaron problemas sumamente delicados como la tortura comenzaron por elaborar una declaración. En efecto, no hay que concebir una declaración o una enunciación de principios como el sustitutivo de un instrumento convencional, sino más bien como una etapa en la vía de preparación de ese instrumento. Es verdad que la Comisión no comienza normalmente por elegir entre una declaración y un tratado, que normalmente no comienza por determinar la naturaleza del instrumento mismo. Pero puede hacerlo perfectamente. Dados la extraordinaria complejidad del tema, el hecho de que la Comisión se encuentre en este caso en el límite extremo del desarrollo progresivo del derecho y la amplitud de los problemas que se ha planteado en el curso de los últimos diez años, la Comisión debe demostrar su aptitud para innovar tomando en esta fase una decisión sobre el tipo de instrumento en el que trabaja. Ha pasado la época en que Gilberto Amado insistía, en el decenio de 1950, en que el trabajo de codificación sobre los privilegios e inmunidades diplomáticos y el derecho de los tratados se hiciera en forma de tratado y el orador no cree que si la Comisión adoptara de cuando en cuando una actitud diferente ello afectara en modo alguno su vocación fundamental de elaborar instrumentos convencionales.

20. Si la Comisión opta por la redacción de un proyecto de principios o de directrices tendrá que tener presente el estrecho vínculo existente entre este tema y el de la responsabilidad de los Estados en sentido amplio, que lo engloba parcialmente, aunque la argumentación del Relator Especial en contrario no deja de ser oportuna. En esta empresa la Comisión deberá centrar sus investigaciones en la esfera en que existe la mayor parte de las fuentes, la de las actividades de alto riesgo. Podrá pasar después a la cuestión del riesgo en general refiriéndose con provecho al análisis que contiene el informe y finalmente estudiar las consecuencias nocivas que pueden derivarse de las actividades previstas. Una vez establecida esta base, será posible elaborar principios relativos a las consecuencias de un daño efectivo. El orador apoya a este respecto la distinción que ha hecho el Sr. Pellet entre el daño y la indemnización y subraya que la Comisión no deberá perder de vista que ninguna sociedad indemniza todos los daños y que todas las sociedades o sistemas jurídicos consideran la utilidad de la actividad de que se trate, así como la amplitud y la naturaleza del

daño. A fin de cuentas, la Comisión debe proseguir su tarea en el sentido que han indicado el anterior Relator Especial y el actual Relator Especial antes de que este último se vea obligado a dar un salto más ambicioso por algunos miembros de la Comisión que quizá han querido apuntar demasiado alto y algunos representantes de la Sexta Comisión que quizá no han captado toda la complejidad del tema. Las bases que ofrece el análisis de los dos relatores especiales no son ni simples ni límpidas, pero son hipótesis de trabajo útiles y al proceder progresivamente, a partir de temas relativamente fáciles de tratar, la Comisión podrá quizá llegar a algo. Tal actitud no es una garantía automática de éxito y el orador alerta a la Comisión en particular contra toda tentativa imprudente de generalización a partir de cuestiones como los cursos de agua, el espacio ultraterrestre, los accidentes nucleares, la contaminación petrolera o el derecho del mar. Aprueba la propuesta del Sr. Pellet de dedicarse en un primer momento a la prevención. De un modo u otro, será preciso que la Comisión encuentre la manera de avanzar.

21. A juicio del Sr. Sreenivasa RAO, hay que abordar el tema de la responsabilidad internacional teniendo conciencia de la urgencia del problema pero dando pruebas de gran circunspección. El Relator Especial habría debido apoyar su razonamiento con ejemplos concretos, aunque fueran hipotéticos. En la medida en que la Comisión no sabe con seguridad lo que trata de prevenir con la ayuda de su proyecto, en que ignora el tipo de principios de prevención que están en juego, no puede verdaderamente avanzar. ¿Se trata de elaborar principios que tengan valor de recomendaciones con la esperanza de que los Estados les den cuerpo en la práctica? Si la Comisión toma un camino ya balizado su proyecto puede duplicar las normas en vigor; si, por el contrario, se aventura por un terreno nuevo, en el que no se ha llegado a ningún consenso a propósito de esta o aquella norma, puede asustar a los Estados que podrían adherirse a un régimen de prevención. La Comisión todavía no ha reflexionado seriamente sobre este dilema. Hasta ahora se ha contentado con jugar con conceptos desprovistos de todo interés práctico. ¿Cómo podrá hacerse la defensora de su proyecto si no se llega a ningún acuerdo sobre la fuente, la causa, el efecto del daño? ¿Ha logrado a fin de cuentas delimitar lo que entiende por «responsabilidad»? En el actual estado de cosas, la Comisión no tiene nada sobre lo que pueda pronunciarse, lo que preocupa tanto más al Sr. Sreenivasa Rao cuanto que se trata de la vida y el modo de vida de millones de seres humanos. Por eso la Comisión no debe tomar a la ligera la misión que se le ha confiado en este caso. Finalmente, el orador estima que la Comisión debe concretar el ámbito de su empresa, dar muestras de realismo, avanzar paso a paso para establecer un régimen razonable, coherente y aceptable.

22. El Sr. KOROMA dice que no puede evitar experimentar cierta simpatía por el Relator Especial, al que se hace pasar sin cesar de una posición a otra. La responsabilidad internacional tiene naturalmente su fuente en la responsabilidad de los Estados y es inconcebible, al examinar el primer tema, hacer abstracción totalmente del segundo. Si la Comisión ve en la responsabilidad sin culpa un tema autónomo debe permanecer fiel a su decisión; en caso contrario, más valdría que renunciara pura y simplemente a su empresa y que considerara que la responsabilidad sin culpa se ha de estudiar en el marco de la responsabilidad de los Estados. Por su parte, el Sr. Koroma —y otros miembros de la Comisión que comparten este punto de vista— está convencido de que la primera hipótesis está bien fundada.

23. Por otra parte, es evidente que la prevención tiene su lugar en el presente tema, pero ¿es función de la Comisión decir a los Estados lo que deben hacer o no hacer en su propio territorio? El orador no lo cree. Pero la situación es diferente cuando se trata de los espacios públicos internacionales, del medio ambiente, del espacio marítimo.

24. Finalmente, el Sr. Koroma no cree que se pueda fundar la responsabilidad en el riesgo solamente; por el contrario, si una actividad de riesgo causa un daño es posible naturalmente hacer entrar en juego la responsabilidad. El Relator Especial ha indicado que en los sistemas derivados del derecho romano no existe la responsabilidad absoluta; quizá se trata de una cuestión sobre la cual debería reflexionar el Grupo de Trabajo, pues el concepto de responsabilidad objetiva no es ajeno a los demás sistemas jurídicos.

25. El Sr. Koroma concluye insistiendo en el hecho de que el tema está bien anclado en el derecho, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Se levanta la sesión a las 11.25 horas.

2273.ª SESIÓN

Martes 16 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)* [A/CN.4/443[1], A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. BARBOZA (Relator Especial), resumiendo el debate sobre el tema, dice que algunas de las cuestiones

[1] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

más generales serán examinadas por el grupo de trabajo no oficial abierto a la participación de todos que se establecerá y por su parte se referirá en primer lugar a la cuestión de la prevención.

2. Algunos miembros han cuestionado el concepto de «prevención» después de producirse un incidente. El significado del término está suficientemente claro en el párrafo 22 del sexto informe[2], así como de sus dos informes ulteriores. En todos los instrumentos internacionales sobre la responsabilidad por actividades específicas que ha consultado se utiliza el término en el mismo contexto. En cuanto a las medidas de prevención antes de que se produzca un incidente, algunos miembros piensan que deben tener carácter obligatorio; otros aceptan la idea de hacerlas recomendatorias y colocarlas en un anexo; otros prefieren esperar hasta que terminen los trabajos para decidir sobre el carácter de las medidas preventivas. Un miembro desea que las organizaciones internacionales desempeñen el papel que se les asigna en el sexto informe.

3. La razón por la que se propone colocar las medidas preventivas en un anexo es precisamente para privarlas de todo carácter obligatorio. En cuanto a la objeción de que la hipótesis formulada en su octavo informe hace pasar el tema del proyecto de la obligación de reparar *(liability)* a la responsabilidad por ilicitud *(responsibility)*, las declaraciones que ha formulado siguen el razonamiento de juristas de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Hay una excepción a la ilicitud en principio y el ámbito del tema se sitúa dentro de esa excepción, como el orador se propone demostrar. Señala que algunos miembros prefieren que se traten por separado las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos.

4. El proyecto de artículo I, propuesto para el anexo sobre las medidas preventivas, prevé la autorización previa y las medidas previas por parte del Estado en que se van a llevar a cabo las actividades y la actuación de ese Estado para garantizar la adopción de medidas preventivas por los explotadores. No se ha formulado objeción alguna a la segunda de estas propuestas. En cambio, la propuesta relativa a la autorización previa acompañada de medidas previas ha suscitado varios comentarios. Un miembro sostiene la opinión de que cada medida previa debe colocarse en un artículo aparte, para distinguir cada aspecto del proceso de prevención, y que la prevención debe incluir la obligación de los explotadores de contratar seguros, como se prevé en el proyecto de artículo 16 (Medidas unilaterales de prevención) del sexto informe[3]. En realidad, no importa dónde se sitúe en el proyecto esa obligación, siempre que se incluya. Es lógico que la obligación de asegurarse se cumpla antes de que se dé la autorización, puesto que es un medio de asegurar el pago de indemnización. Sin embargo, es importante no confundir el daño con la indemnización. Otra opinión es que el Estado debe obligar y no inducir a los explotadores a cumplir sus obligaciones de prevención. Pero no puede tratarse de obligaciones imperativas en lo que después de todo no es más que un conjunto de directrices.

5. La propuesta relativa a la autorización previa se ha criticado por dos razones: primera, que es obvia y no hay necesidad de hacerla explícita; y segunda, que ese requisito sería inaceptable para los Estados puesto que significaría injerencia en sus asuntos internos. El orador estima que la autorización previa debe mantenerse pues tiene el efecto de hacer intervenir al Estado interesado. Por lo que respecta a la evaluación de los efectos del daño transfronterizo, el orador está de acuerdo en que debe incluirse algún umbral como daño «significativo», quizás especificando en una cláusula de términos empleados que la mención del daño o el riesgo significa siempre daño o riesgo significativo.

6. Los proyectos de artículos IV y VI, relativos a las consultas previas, han suscitado muchos comentarios, con la sugerencia de que se suprima el artículo IV. Se afirma que si la consecuencia de las actividades de efectos nocivos es un daño transfronterizo significativo, esas actividades en principio deben estar prohibidas por el derecho internacional general, lo cual introduciría la cuestión en el ámbito de la responsabilidad del Estado por ilicitud. Si esas actividades se permiten en ciertas condiciones, bastará el artículo VI para abarcar ambos tipos de actividades, las de efectos nocivos y las de riesgo. En ambos casos los Estados interesados han de celebrar consultas. Sin embargo, hay una diferencia entre las consultas previstas en los dos conjuntos de circunstancias. El artículo VI contiene las palabras «se consultarán, si fuera necesario» porque el daño es potencial, mientras que en el artículo IV se supone que las consultas son esenciales porque el Estado de origen no puede autorizar sin ellas la actividad de que se trate. Si la actividad se permite en determinadas condiciones es de suponer que se ofrezcan al Estado afectado a modo de compensación ciertas ventajas que se especificarán durante las consultas.

7. Además, como el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[4] ha opinado, si el daño causado por la actividad es sustancial pero muy inferior al costo global técnico y socioeconómico de evitarlo o reducirlo, el Estado de origen debe entablar negociaciones con el Estado afectado para garantizar las condiciones técnicas y financieras equitativas para llevar a cabo la actividad. Como se explica en su informe, en espera de esas consultas las actividades de efectos nocivos no se considerarían ni claramente lícitas ni claramente ilícitas. Por consiguiente, la actividad será permisible si el equilibrio de intereses se decanta en favor de la actividad. Corresponderá al Estado afectado decidir si es así, puesto que el Estado de origen negociará con el inconveniente de que la actividad propuesta está en principio prohibida, factor que da al Estado afectado un veto en la práctica. Se ha preguntado por qué han de celebrarse consultas cuando el Estado de origen sabe que la actividad en cuestión producirá un daño transfronterizo. La respuesta es que el Estado de origen puede considerar que la prueba del equilibrio de intereses resultará favorable a la actividad y

[2] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1.

[3] *Ibid.*, anexo.

[4] Véase 2268.ª sesión, nota 11.

que el Estado afectado puede aceptarla si se le ofrecen algunas ventajas como compensación. Además, el daño que se va a causar puede no ser significativo para el Estado afectado si, por ejemplo, tiene lugar en una zona desierta.

8. Por lo que respecta al proyecto de artículo V, relativo a las alternativas a una actividad de efectos nocivos, se ha señalado que la formulación presente priva al Estado de origen de su capacidad de realizar o regular la actividad. Naturalmente, el Estado de origen puede, por decisión propia, no autorizar una actividad que vaya a causar daño o por la que no se pueda indemnizar en la forma adecuada. En ese caso el Estado afectado no necesitaría solicitar nada; pero cuando el Estado de origen se negara a facilitar compensación, el Estado afectado podría pedirle que buscara soluciones alternativas. Otra objeción que se ha planteado es que en el artículo no se ofrece suficiente protección al Estado afectado en esos casos y que en cambio debe prohibirse la actividad en cuestión.

9. Un miembro ha sugerido que es necesario definir con más precisión la finalidad de las consultas previstas en el proyecto de artículo VI. En relación con el proyecto de artículo VII se ha señalado acertadamente que no cabe esperar que el Estado de origen cumpla todas las disposiciones del proyecto de artículo II, sino que utilice únicamente el procedimiento de consulta. Se ha expresado también alguna crítica acerca de la última oración del artículo.

10. Como se ha señalado en el debate, la referencia del proyecto de artículo VIII a las consultas celebradas con arreglo a los proyectos de artículos III y V es errónea; debe hacerse referencia a los proyectos de artículos IV y VI. Se ha preguntado también por qué ha de haber un procedimiento para la solución de las controversias si las actividades de que se trata no son ilícitas. Un mecanismo de solución para resolver las discrepancias surgidas durante las negociaciones para llegar a un régimen convenido tendría más bien el carácter de un medio de conciliación. Sin embargo, su propósito ha sido ofrecer algún procedimiento por el cual puedan ponerse de manifiesto los hechos relativos a la actividad: determinar, por ejemplo, si el daño es inevitable, si deben sustituirse ciertos elementos para que la actividad sea aceptable, si el daño es realmente significativo y si el equilibrio de intereses se inclina en favor de la licitud de la actividad. Según las circunstancias, podría ser conveniente también un procedimiento de conciliación. El procedimiento debe ser flexible; como las disposiciones son de carácter recomendatorio no es posible especificar los detalles. Evidentemente, si las disposiciones sobre responsabilidad son obligatorias se habrá de indemnizar por el daño; de no ser así, el derecho internacional general ha de cubrir el vacío. Las obligaciones de procedimiento detalladas (capítulo III del proyecto de artículos) propuestas inicialmente en su quinto informe[5] fueron consideradas demasiado gravosas para el Estado de origen y por lo tanto se le pidió que propusiera un procedimiento simplificado. En el sexto informe trató de hacerlo así, pero hubo dificultades para aceptar disposiciones obligatorias sobre el procedimiento. En consecuencia, ha pensado en unas directrices muy generales. Si una nueva actividad en el Estado de origen suscita objeciones por parte de un Estado potencialmente afectado, las consultas pueden ofrecer el medio de resolver la dificultad. A falta de un procedimiento detallado, se recomendará a los Estados que cooperen y den muestras de la buena fe inherente a todas las transacciones internacionales.

11. En cuanto al proyecto de artículo IX, relativo a los factores del equilibrio de intereses, hay división de opiniones en el seno de la Comisión. Un miembro ha expresado su total perplejidad, estimando que el artículo no corresponde ni a una convención ni a una recomendación y que debe confinarse a un comentario. El orador ha opinado siempre que el proyecto de artículo IX, anteriormente artículo 17, no era adecuado para su inclusión en un conjunto de normas jurídicas obligatorias, pero podía encajar en unas recomendaciones consignadas en un anexo. Sin embargo, después de reflexionar sobre ello, tiene que admitir que el artículo IX desempeña una función importante puesto que contribuye a determinar el carácter de la actividad en cuestión: si el equilibrio de intereses es favorable a la actividad puede considerarse en principio como no prohibida por el derecho internacional. En el caso de una actividad de efectos nocivos quedaría abierta la posibilidad de consultas destinadas a permitir que la actividad se considerará lícita. A juicio de un miembro, el concepto de equilibrio de intereses del proyecto de artículo IX debe reflejar las opiniones expresadas en el informe y establecer una distinción entre las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos. Quizá podría revisarse el proyecto de artículo IX para recoger el criterio de legalidad que contiene el informe del Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[6].

12. La definición de riesgo ha motivado algún debate. En el propio informe se sugiere que el texto de la definición se divida entre el artículo 2 y un comentario y esa sugerencia ha hallado cierta aceptación en la Comisión. Un miembro no considera necesario introducir el concepto de «riesgo significativo»; el riesgo será relativo para el Estado en cuyo territorio se realiza la actividad. Por ejemplo, el riesgo inherente al funcionamiento de un reactor nuclear en un Estado que utilice una tecnología avanzada será menor que el riesgo derivado de otro reactor nuclear en un Estado diferente que utilice una tecnología más elemental. Sin embargo, en la definición no se intenta una estimación uniforme de los grados de riesgo; podría hacerse una estimación diferente si el Estado de origen presentara pruebas suficientes. No obstante, debe haber un umbral de riesgo mínimo para que la actividad entre en el ámbito del proyecto de artículos. Podría obtenerse una buena estimación de la magnitud del riesgo de que se trate ponderando el nivel del daño potencial con la probabilidad de que se produzca.

13. En cuanto a la definición de daño, se ha expresado la preferencia por omitir toda definición de daño «significativo» o «sustancial», tarea que puede dejarse a los tribunales. Un miembro ha señalado que no puede estar de acuerdo con el texto del apartado *c* del párrafo 10 del artículo 1 de la Convención sobre la responsabilidad

[5] *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/423.

[6] Véase 2268.ª sesión, nota 11.

civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales, citado en el informe, definición en la que aparentemente se confunde el concepto de daño con sus consecuencias. En esa Convención el término utilizado es «costo»; en otros términos, el costo de la rehabilitación del medio ambiente, criterio que en sí mismo es una medida del daño. Entre ese concepto y el concepto de indemnización o compensación por el daño sólo hay un pequeño paso que nadie vacilaría en dar. Se ha expresado también preocupación acerca del daño a los espacios públicos internacionales *(global commons)*. Sin embargo, la Comisión no ha llegado a una decisión firme de incluir los espacios públicos internacionales en el ámbito del proyecto. En cambio, se ha promovido la idea de incluirlos en un tema aparte. La adición al sexto informe puede servir como introducción a ese tema.

14. Personalmente, el orador no ve el paralelo que un miembro ha trazado entre «responsabilidad como obligación de reparar el daño causado» *(liability)* y «responsabilidad por hechos ilícitos» *(responsibility)*. A lo sumo pueden representarse por dos líneas en intersección. Si el factor que genera la obligación de reparar el daño es el riesgo y el factor que genera la reparación es el daño, ¿dónde está el paralelo con la responsabilidad por ilicitud, puesto que el factor que genera responsabilidad es el incumplimiento de una obligación? El daño material, como factor que da lugar a la reparación, es el único punto en que las dos líneas se cruzan. Hay otros dos aspectos que se han de tener presentes con respecto al daño material. En primer lugar, están las obligaciones de conducta, en las que no se requiere daño material para que se produzca un incumplimiento de la obligación; por consiguiente ese daño no es un factor que dé lugar a la reparación. En segundo lugar, el significado de reparación es completamente diferente en los dos casos. En el caso de la responsabilidad por hecho ilícito, la reparación surge de la nueva obligación emanada del incumplimiento de la obligación primaria; el riesgo no desempeña papel alguno en la determinación de la responsabilidad. En el caso de la obligación de reparar la indemnización dada no tiene nada que ver con el incumplimiento de una obligación puesto que forma parte de la obligación primaria. Cuando no se cumple la obligación primaria entra en juego la obligación secundaria de reparación. Esa obligación secundaria ha estado siempre presente en caso de que la obligación primaria no se cumpla. No debe confundirse con la compensación primaria, dada como una especie de garantía respecto del riesgo creado.

15. Finalmente, toda decisión de remitir los artículos al Comité de Redacción debe aplazarse hasta que el grupo de trabajo los haya examinado.

16. El PRESIDENTE dice que se celebrará el mismo día una reunión del grupo de trabajo no oficial abierto a la participación de todos. En espera de sus deliberaciones, no se adoptará decisión alguna de remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Responsabilidad de los Estados *(continuación*)* [A/CN.4/440 y Add.1[7], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[8], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis* y

ARTÍCULOS 11 A 14[9] *(continuación)*

17. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/444 y Add.1 y 2).

18. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la presente etapa limitará sus observaciones introductorias a la primera parte de su cuarto informe, contenida en el documento A/CN.4/444, y a los proyectos de artículos 11 y 12 propuestos, que dicen:

Artículo 11.—Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado

El Estado lesionado cuyas demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10 no hayan obtenido del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la respuesta debida podrá, sin perjuicio de las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos siguientes, abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado.

Artículo 12.—Condiciones del recurso a las contramedidas

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, el Estado lesionado no adoptará ninguna medida de la índole indicada en el artículo anterior hasta que no:

***a*) haya agotado todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias en que sea parte; y**

***b*) haya comunicado su intención en la forma y en el momento debidos.**

2. La condición enunciada en el apartado *a* del párrafo precedente no se aplicará:

***a*) si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles;**

***b*) a las medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado hasta que un órgano internacional no haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas en el marco de un procedimiento de solución por intervención dirimente de un tercero;**

***c*) a cualesquiera medidas adoptadas por el Estado lesionado si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no da cumplimiento a la medida cautelar dictada por ese órgano.**

3. Las excepciones enunciadas en el párrafo precedente no se aplicarán en los casos en que la medida prevista no esté en conformidad con la obligación de solucionar las controversias de manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

* Reanudación de los trabajos de la 2267.ª sesión.

[7] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[8] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[9] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

Las restantes partes del informe (A/CN.4/444/Add.1 y 2) y los artículos propuestos en ellas se presentarán en una próxima sesión, puesto que se acaban de distribuir los documentos pertinentes.

19. Su conocimiento del idioma español no es suficiente para resolver el problema de terminología planteado por el Sr. Villagrán Kramer (2267.ª sesión); y los modestos honorarios de un relator especial no le permiten sufragar los gastos de la asistencia en la materia. Por consiguiente, pide a la secretaría que ofrezca a los relatores especiales resúmenes de los escritos jurídicos en español. Lo mismo puede decirse con respecto a la documentación en árabe, chino y ruso.

20. Algunos miembros han expresado preocupación por el hecho de que no se examinara suficientemente la práctica en el tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1). En realidad se excluyó deliberadamente, excepto cuando servía para delimitar los problemas examinados o se recogía en las publicaciones. Con toda intención se dejó para el cuarto informe, como se explica con toda claridad al comienzo del informe.

21. En el proyecto de artículo 11 hay seis elementos esenciales. El primero es que el recurso a las contramedidas presupone que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. En otros términos, no debe caber duda de que la existencia real de un hecho internacionalmente ilícito es condición básica para la adopción de contramedidas.

22. El segundo elemento es que la referencia a las «demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10» por parte del Estado lesionado cumple una doble finalidad. En primer lugar, anuncia la importante condición de que se debe haber formulado al Estado autor del hecho ilícito una demanda de cesación/reparación. En segundo lugar, subraya la diferencia —o al menos una de las diferencias— entre contramedidas y legítima defensa. Evidentemente, no será necesaria ninguna «demanda» para recurrir a la legítima defensa con arreglo al Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. El tercer elemento es un requisito negativo adicional introducido por la referencia en el artículo 11 a la falta de respuesta debida del Estado autor del hecho ilícito. El orador propone tentativamente la expresión «respuesta debida» para satisfacer la exigencia de seguridad para las dos partes implicadas en la relación de responsabilidad y la exigencia igualmente importante de flexibilidad. Sin embargo, no excluye la adición de otros requisitos, como la oportunidad.

23. El cuarto elemento del artículo es la clara referencia a «condiciones» y «restricciones». El quinto elemento se ha de hallar en las palabras «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado», que establece la conocida definición elemental de las contramedidas, a saber, lo que preferiría llamar represalias. El punto que habría que destacar en la frase citada es que implica el abandono de la distinción entre las llamadas «medidas de reciprocidad» o represalias, por una parte, y otras contramedidas «no recíprocas», por otra. El anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, adoptó una posición de principio diferente en sus proyectos de artículos 8 y 9[10]. Por lo que al orador respecta, lo único que lamenta es que al abandonar la distinción hecha por su predecesor no puede ya utilizar el término «represalias», técnicamente correcto.

24. El sexto elemento del artículo 11 es su propuesta tentativa de eliminar las siguientes frases, que figuraban en proyectos anteriores: «a fin de proteger sus derechos» o «a fin de obtener la cesación y/o la reparación». Ha eliminado esas frases para evitar tomar posición sobre la cuestión de la función de las contramedidas examinada en el cuarto informe. Como se explica en el tercer informe, debe hacerse un esfuerzo para extraer más enseñanzas de la práctica de los Estados, pero, como se indica en el cuarto informe, esa práctica no revela lo suficiente con respecto a la finalidad y objeto de la compensación y en particular sobre la presencia de un elemento punitivo. A su modo de ver, aunque es probable que la intención punitiva esté presente en la mente de los órganos del Estado que decide recurrir a una contramedida contra un Estado que comete un hecho ilícito, no es conveniente reconocer al Estado lesionado el derecho correspondiente de sancionar. Por otra parte, sería igualmente inapropiado decir expresamente que no debe tenerse esa intención. La cuestión debe dejarse simplemente a la práctica de los Estados, con sujeción por supuesto a la norma general de proporcionalidad. Hablando a título personal, como observador de las relaciones entre los Estados, el orador diría que de hecho los Estados se castigan unos a otros, algo que la Comisión ha reconocido al adoptar, por lo menos en sesión plenaria, lo esencial del proyecto de artículo 10 (Satisfacción y garantías de no repetición). En todo caso, una función punitiva de medidas no puede ser fácilmente impugnada respecto a los crímenes; y apenas puede ver mucha diferencia entre los más graves de los «delitos» y los «crímenes» indicados en el proyecto de artículo 19 de la primera parte[11].

25. El artículo 12 puede dividirse en cuatro partes estrechamente relacionadas pero perfectamente diferenciables. La primera se refiere a la cuestión de la comunicación previa en general y se recoge en el apartado *b* del párrafo 1, cuyo objeto es definir, aunque en términos generales, el requisito implícito en las palabras «demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10» del artículo 11, cuando no hay «respuesta debida». La comunicación en la forma y en el momento debidos de la intención del Estado lesionado fue considerada indispensable no sólo por el anterior Relator Especial sino también por la Comisión durante el debate sobre la tercera parte del proyecto presentada por éste. Dos puntos se plantean a este respecto. El primero es su opción de tratar de la cuestión en la segunda parte en lugar de esperar a las cláusulas de aplicación de la tercera parte. El requisito de la comunicación en la forma y en el momento debidos ha de establecerse en el comienzo mismo de la reglamentación de las contramedidas, puesto que es una condición demasiado importante del recurso legítimo a las medidas unilaterales para trasladarla a la tercera parte, que ha de regular el problema de las nuevas obli-

[10] Para el texto de los proyectos de artículos 6 a 16 de la segunda parte, remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 21 y 22, nota 66.

[11] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

gaciones generales relacionadas con la solución de controversias acerca de la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el proyecto.

26. El artículo 12 se diferencia en otro sentido de los correspondientes proyectos presentados por el anterior Relator Especial, más en particular de las rígidas disposiciones que este último propuso en los artículos 1 y 2 de la tercera parte[12]. Al adoptar una formulación más flexible el orador espera por su parte salir al paso de algunas de las críticas formuladas en la Comisión a estas disposiciones detalladas.

27. El punto siguiente y más importante se halla en el apartado *a* del párrafo 1 y en el apartado *a* del párrafo 2, que tratan del agotamiento previo por el Estado lesionado de los procedimientos de solución de controversias. La cuestión se trató en el párrafo 1 del artículo 10 de su predecesor que decía así:

> «1. El Estado lesionado no podrá adoptar ninguna medida en aplicación del artículo 9 hasta que no haya agotado los procedimientos internacionales de solución pacífica de la controversia a que pueda recurrir para obtener el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el artículo 6.»[13]

28. La primera diferencia principal entre esa formulación y la que el orador propone ahora es el criterio de disponibilidad. En la propuesta anterior se hacía referencia únicamente al objeto del procedimiento de solución internacional, a saber, «para obtener el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el artículo 6». En el proyecto que ahora propone las fuentes a que puede recurrir son mucho más amplias, a saber, «el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias en que sea parte». Con arreglo a la propuesta anterior, se entendía que la disponibilidad en principio abarcaba solamente los procedimientos de solución a cargo de terceros que pudieran ponerse en marcha mediante solicitud unilateral. En el nuevo texto la disponibilidad incluirá expresamente todos los procedimientos enumerados en el Artículo 33 de la Carta, desde la negociación más simple hasta las formas más estrictas de arreglo judicial ante la CIJ. De ese modo se impone al Estado lesionado la máxima limitación para impedirle que recurra prematuramente a las represalias.

29. A diferencia de la formulación anterior, en el artículo 12 no se menciona expresamente —en favor del Estado lesionado— el factor que representa la forma en que el Estado que ha cometido el hecho ilícito reacciona a cualquier intento de solución de controversias que haga el Estado lesionado por medio de uno de los procedimientos disponibles. En el apartado *a* del párrafo 2 se dispone que la condición enunciada en el apartado *a* del párrafo 1, a saber, el agotamiento previo de «todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición», no se aplicará «si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles». Serán bien acogidas las sugerencias encaminadas a mejorar la redacción, pero la disposición debe establecer algún equilibrio en la relación entre el Estado lesionado y los autores de la infracción en la evaluación de la existencia o no de esa condición esencial para la licitud de un acto de represalias, a saber, el agotamiento de los procedimientos de solución disponibles. Como el ámbito de la disponibilidad se ha ampliado, evidentemente es fundamental hacer recaer alguna carga sobre el Estado que ha cometido el hecho ilícito.

30. Los apartados *b* y *c* del párrafo 2 son en gran parte similares a las propuestas correspondientes hechas por el predecesor del orador. Si hay diferencias las examinará después de escuchar las observaciones y preguntas de sus colegas y prefiere esperar a que se formulen observaciones sobre el párrafo 3 antes de examinarlo.

31. El Sr. ROSENSTOCK dice que los informes tercero y cuarto del Relator Especial son brillantes exposiciones de su enfoque conceptual y del razonamiento que le ha inducido a proponer los proyectos de artículos 10 a 14 así como las modificaciones de los artículos 2 y 5. La Comisión tiene ante sí los elementos de un proyecto de convención que debe contribuir a codificar y desarrollar progresivamente el derecho de la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, hay algunos problemas que superar.

32. El primero es que, como ha reconocido el Relator Especial, el proyecto de su predecesor para la tercera parte, relativa a la solución de las controversias, no puede considerarse generalmente aceptable. Por consiguiente, no es razonable basar el proyecto de segunda parte en la creencia de que los gobiernos están dispuestos a aceptar la tercera parte, que exige un procedimiento de solución significativo. Por tal procedimiento se entiende un procedimiento que pueda dar una respuesta obligatoria acerca de la ilicitud del hecho inicial e imponer expeditivamente la reparación. Los Estados pueden aceptar ese régimen de solución de controversias en un caso particular y la segunda parte puede formularse de manera que les aliente a hacerlo. No obstante, parece poco prometedor prever una aceptación general de ese régimen para la totalidad del derecho internacional y basar la segunda parte sobre esa premisa.

33. En algunos aspectos el debate se ha adentrado en zonas ajenas al tema y ha dado lugar a algunas declaraciones insostenibles. Por ejemplo, no es necesario ni prudente tratar de abrir de nuevo la cuestión del alcance de la prohibición de las represalias armadas tan bien encapsulada en 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[14] y los correspondientes trabajos preparatorios. Es igualmente imprudente e innecesario tratar de abrir de nuevo la cuestión de si el término «fuerza» del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas significa fuerza armada. Hacer disquisiciones sobre las causas del rechazo de la propuesta latinoamericana en la Conferencia de San Francisco es tan inútil como ambiguo. Ciertamente es inquietante oír citar la resolución 2131 (XX) de la Asamblea General,

[12] Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

[13] Véase nota 10 *supra*.

[14] Véase 2265.ª sesión, nota 5.

de 21 de diciembre de 1965, como base para discutir la opinión tradicional a este respecto. El contexto de la adopción de esa resolución, las declaraciones hechas en la época y las extensas actas de los debates en el Comité Especial de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados y en otros órganos no dejan bases razonables para ese intento. Si la presente tarea de la Comisión fuera analizar la base que ofrece la Carta de las Naciones Unidas respecto del principio de no intervención en la forma en que se ha aceptado como enunciado legalmente significativo convendría buscar en otro lugar que no fuera el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta. Afortunadamente, es una labor a la que la Comisión no necesita dedicarse actualmente. Es asimismo inquietante escuchar a otro miembro no sólo realizar el dudoso acto de conceder valor normativo a la Definición de la agresión[15] de la Asamblea General sino también citarla erróneamente. En la Definición de la agresión no se dice que el primer uso de la fuerza cree una presunción de que se ha cometido agresión; más bien se habla de «El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta». Como participante en la negociación del texto de que se trata, el orador puede afirmar categóricamente que ese punto fue decisivo para el éxito de la negociación. Felizmente, también en este caso se trata de una cuestión que no hay que abrir de nuevo en la actualidad, pero no desea que se consigne un error.

34. Sin embargo, el punto más importante con respecto a estas y otras interesantes cuestiones a que se ha referido el Relator Especial, como el alcance del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, es que no son esenciales para completar la tarea de la Comisión. Todo intento de abordar estas cuestiones significaría alejarse de la posibilidad de acabar la tarea asignada oportunamente. De igual modo, citar los comentarios sumamente restrictivos hechos hace varios decenios por Hans Kelsen en el ámbito de la autoridad del Consejo de Seguridad representa un enfoque discutible. No es necesario debatir todas estas cuestiones, por interesantes que sean, para preparar un texto significativo sobre la responsabilidad de los Estados.

35. En cuanto al proyecto de artículos, el orador coincide por entero en que la legitimidad de cualesquiera contramedidas o represalias requiere la existencia previa de un hecho ilícito. No es adecuado ni razonable incluir obligaciones de procedimiento como condiciones previas adicionales. Aunque un régimen riguroso ampliamente aceptado en la tercera parte signifique que pueden imponerse condiciones previas a las contramedidas, no puede decirse lo mismo de las «medidas cautelares». Un Estado lesionado tiene derecho a protegerse —dentro de unos límites— pero no con sujeción a condiciones previas.

36. En cuanto a las contramedidas en general, por contraposición a las medidas cautelares, parece razonable exigir que el Estado lesionado formule una demanda al Estado autor del hecho ilícito pero no lo parece exigir, como requisito previo, que se hayan agotado todos los procedimientos amistosos disponibles en el derecho internacional general. El apartado *a* del párrafo 2 del artículo 12 no resuelve este problema. Dado que los procedimientos de solución de controversias internacionales son lentos y laboriosos, sería más razonable, y más idóneo para persuadir al Estado que ha cometido el hecho ilícito para que se sentara a la mesa, que las contramedidas se sometieran no a condiciones previas sino, en determinadas circunstancias, a condiciones subsiguientes. En otros términos, un régimen en que el derecho de imponer contramedidas se suspenda si el Estado autor de la infracción ha convenido en un procedimiento de solución de controversias que permita llegar a una determinación legalmente obligatoria en cuanto a la ilicitud del hecho y exigir reparación. Desde el momento en que el Estado que tome las contramedidas tenga razones para creer que ha iniciado procedimientos que forman parte de un marco institucional que asegura algún grado de aplicación de las normas, la justificación de las medidas podría desaparecer, pero no antes.

37. En cuanto a la proporcionalidad, la exactitud matemática no es ni alcanzable ni deseable; es lo gravemente desproporcionado lo que se debe regular. No tiene sentido discutir si una determinada contramedida es ligeramente más o menos severa que el hecho ilícito inicial. Como criterio aproximado debe tenerse en cuenta la importancia de las cuestiones de principio que pueden derivarse de la infracción inicial, así como del daño sufrido o, para utilizar las palabras del proyecto de artículo 13, «la gravedad del hecho internacionalmente ilícito [ni a] sus efectos». A este respecto, el orador se pregunta si una formulación para el criterio de la proporcionalidad como la sugerida en el cuarto informe —en el que se adopta el criterio adecuado— no elimina la necesidad de una distinción basada en diferentes clases de ilicitud por parte de un Estado. Si se pueden prever las diferencias de grado adecuadas no es necesario complicar la tarea traspasando desde la primera parte dudosos esfuerzos por crear diferencias de especie. Que sea necesario hacer referencia, como lo hace el Relator Especial, a los «dos males», sugiriendo así una equivalencia moral entre la infracción y la reacción a la misma, es otra cuestión.

38. La idea general del proyecto de artículo 14 (Contramedidas prohibidas) es razonable, aunque es preferible evitar el excesivo detalle, y frases sumamente subjetivas como «que pueda poner en peligro» no son prudentes ni se ven apoyadas por normas consuetudinarias o de otro carácter. Si es necesario llegar a alguna forma específica de redacción sobre ese punto, en lugar de la terminología general basada en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, la terminología del informe, en que se refiere a medidas encaminadas a la subordinación del ejercicio de los derechos soberanos del Estado contra el que van dirigidas, podría ofrecer una base mejor que el proyecto sugerido. La referencia a la actividad normal de la diplomacia parece ir también algo más allá de lo necesario. El orador no puede evitar preguntarse si el Relator Especial, al tratar de insistir demasiado en los *dicta* de la CIJ en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*[16], sobre los regímenes especiales, no está creando problemas. Podría ser prudente indicar en algún punto del comentario que la inclusión del inciso iii) del aparta-

[15] Véase 2267.ª sesión, nota 11.

[16] Véase 2261.ª sesión, nota 5.

do *c* en el proyecto de artículo 14 no indica que el *jus cogens* se relaciona o no con algo que no está incluido en los otros incisos.

39. En el informe no se aclara si existen obligaciones *erga omnes* no basadas en tratados que no equivalen a normas imperativas.

40. El orador está de acuerdo con los argumentos del Relator Especial en favor de la supresión del proyecto de artículo 2 de la segunda parte: puesto que apoya cualesquiera medidas que simplifiquen el texto sin empeorarlo, se inclina por la supresión más que por la revisión.

41. Las objeciones del Relator Especial a los conceptos de Estados no directamente lesionados, especialmente afectados y terceros Estados parecen convincentes, en particular en el caso del derecho a la cesación y del derecho general a la reparación. El texto anterior del artículo 5[17] no parecía resolver enteramente el problema de la aplicación de los artículos subsiguientes de la segunda parte a los Estados lesionados de diferente manera. La segunda adición al informe parece sugerir que eso no es realmente un problema, pero el orador no está seguro de que ello sea cierto en todas las situaciones. Si bien no se opone al artículo 5 *bis* en cuanto tal, estima que no añade nada esencial y preferiría no complicar más el proyecto.

42. No está de acuerdo en que deba suprimirse toda la sección relativa a las contramedidas o en que la supresión siembre dudas sobre el reconocimiento tradicional de las contramedidas en virtud del derecho internacional consuetudinario y sobre la terminología correcta y explícita del artículo 8 de la primera parte del proyecto. Sería una lástima abandonar la cuestión de las contramedidas sin tratar de abordarla. Si el esfuerzo resulta demasiado difícil podría pensarse en un enfoque simplificado antes de abandonar por entero la tarea.

43. Siempre que se eviten las cuestiones innecesarias debe ser posible completar los trabajos sobre la primera lectura de las partes segunda y tercera y examinar de nuevo algunas de las complejas cuestiones planteadas en la primera parte durante el presente quinquenio. La Comisión debe adoptar su programa de trabajo con miras a lograr ese objetivo.

44. El Sr. JACOVIDES dice que durante el anterior debate de la Comisión sobre el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/440 y Add.1)[18] ya se pusieron de relieve varios elementos importantes en relación con la naturaleza y la función de las contramedidas. En particular, se hizo notar que el alcance de las contramedidas debería limitarse y definirse estrictamente, que no debían ser punitivas sino que debían encaminarse al restablecimiento y la reparación/indemnización y que debían ser objeto de un amplio sistema de solución de controversias a cargo de terceros que debía aplicarse objetivamente, en su caso. Se subrayó además que, en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, las contramedidas armadas están prohibidas, que en la esfera de las contramedidas las normas imperativas evidentemente no están sujetas a excepción y que también son pertinentes otros factores limitativos, como las violaciones de los derechos humanos fundamentales. El hecho de que el tercer informe haya sido objeto de algunas críticas no le priva en modo alguno de estos elementos positivos.

45. Otro elemento positivo que surgió en la fase inicial del debate se refiere a los planes del Relator Especial para el ulterior examen del tema. A este respecto, es especialmente importante que la Comisión complete durante el presente quinquenio un conjunto integrado de proyectos de artículos, con comentarios, sobre la responsabilidad de los Estados. La labor sobre la segunda lectura de la primera parte sólo debe iniciarse si la Comisión está razonablemente segura de completar esa labor durante el mismo período.

46. Si bien el orador está agradecido por la riqueza de material jurídico que contiene el cuarto informe, todavía tienen cabida en el informe nuevas referencias a obras doctrinales y a la práctica de los Estados tomadas de todo el abanico de la vida internacional contemporánea. Existe, por ejemplo, una documentación jurídica internacional que es mucho más pertinente a los aspectos de derecho internacional de la situación en Chipre, incluidos los debates en el Consejo de Seguridad y en la Asamblea General y las publicaciones doctrinales, que lo que se desprende de la referencia de pasada al lamentable incidente de Larnaca mencionado en el informe.

47. Los procedimientos eficaces de solución de controversias por intervención dirimente de un tercero son condición *sine qua non* en el derecho internacional moderno en general, pero en particular en la esfera de la responsabilidad de los Estados y de las contramedidas, al ofrecer, como lo hacen, protección a los Estados pequeños y militarmente más débiles. La inclusión de esos procedimientos en los principales tratados normativos es hoy menos difícil que en el pasado y debe hacerse todo lo posible por incluir ese sistema en la tercera parte del proyecto. El recurso a los procedimientos de solución de controversias por intervención dirimente de un tercero, en los que son parte el Estado autor y el Estado lesionado, es esencial en el caso de las contramedidas y las excepciones deben interpretarse estrictamente.

48. En cuanto a los efectos jurídicos del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, el orador está de acuerdo con Sir Humphrey Waldock[19] en que las represalias armadas para obtener satisfacción por un perjuicio o la intervención armada como instrumento de política nacional por otro motivo que no sea la legítima defensa es ilegal en virtud de la Carta.

49. No basta con decir que todo el mundo sabe que existen normas de *jus cogens*. Si esas normas han de tener el grado necesario de objetividad y previsibilidad, su contenido jurídico ha de ser definido por un órgano autorizado como la Comisión. El caso más evidente de *jus cogens* al cual no se permite excepción es el principio de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, expuesto en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, que hoy se acepta como principio que ha adquirido la fuerza de derecho interna-

[17] Para el texto, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), cap. III.

[18] Véase 2265.ª sesión, nota 4.

[19] Para la fuente, véase la correspondiente nota del documento A/CN.4/444/Add.1.

cional consuetudinario. Sin embargo, ese principio se examina en el informe separadamente del *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*. La explicación que se da es sólo parcialmente satisfactoria y es necesaria alguna aclaración. El orador reconoce no obstante que es una cuestión separada que no debe considerarse necesariamente en el contexto ya sobrecargado de la responsabilidad de los Estados.

50. En general, los proyectos de artículos 11 a 14 y el proyecto de artículo 5 *bis* tienen la orientación adecuada y hay que elogiar al Relator Especial por introducir en las soluciones que propone un elemento de desarrollo progresivo basado en conceptos contemporáneos de derecho internacional.

51. Sería conveniente, desde el punto de vista de la precisión y la coherencia, que en el artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado) se incluyera en el texto la palabra «contramedidas» al igual que en el título del artículo.

52. En cuanto a las condiciones para recurrir a contramedidas, el orador acoge con satisfacción la referencia en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12 al agotamiento de «todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias en que sea parte» el Estado lesionado, y en el apartado *b* del párrafo 1 a la necesidad de que «haya comunicado su intención en la forma y en el momento debidos». Igualmente acertada es la advertencia general en el párrafo 3 en relación con las excepciones consignadas en el párrafo 2 del artículo. Sin embargo, podría ser aconsejable que el Comité de Redacción examinara si el artículo 12 debe dividirse en dos o más artículos pues resulta algo farragoso.

53. Tal vez hubiera sido preferible intentar dar en el artículo 13 (Proporcionalidad) una definición más concreta del alcance y el contenido de la proporcionalidad, aunque en términos generales el texto propuesto tiene el tenor adecuado. Con todo, preferiría que se sustituyeran en el texto inglés las palabras «not be out of proportion» por las palabras «not be disproportionate».

54. Particularmente satisfactorio es el artículo 14 (Contramedidas prohibidas), que abarca los puntos que planteó el orador anteriormente acerca de las limitaciones sustanciales a las contramedidas (2265.ª sesión). Sin embargo, quizá fuera aconsejable sustituir las letras *«a»*, *«b»* y *«c»* por números y los romanos «i)», «ii)», «iii)» y «iv)» por letras. Finalmente, mientras la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en violación de la Carta de las Naciones Unidas se recoge en el apartado *a*, las normas imperativas se incluyen por separado en el inciso iii) del apartado *c*, pero sin indicación alguna de que la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales es una norma imperativa por excelencia. Debe hallarse alguna manera de recoger ese hecho; sin duda, una vez aclarado el contenido jurídico exacto del concepto de normas imperativas la Comisión podrá utilizar una terminología más exacta. Con sujeción a esa observación, el orador está dispuesto a aceptar el fondo, si no la forma, del texto.

55. Espera con interés que continúen los progresos sobre el tema de manera que se pueda concluir, por lo menos en primera lectura, durante el presente quinquenio.

56. El Sr. de SARAM dice que la cuestión a la que la Comisión ha llegado a referirse, desde la preparación de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, como las contramedidas que un Estado lesionado puede tomar en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito es de especial importancia e implica incertidumbres y diferencias de opinión no sólo sobre detalles técnicos sino también sobre cuestiones bastante importantes. Es una cuestión que, como el Relator Especial ha señalado, requiere un examen más detenido.

57. En primer lugar, desea saber con claridad, en particular como nuevo miembro de la Comisión, lo que la Comisión entiende o no entiende por el término «contramedidas». Un buen lugar para comenzar es el párrafo 3 del comentario al artículo 30 (Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito) contenido en el capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud) de la primera parte del proyecto de artículos[20]. El artículo 30 está formado por una sola oración, que estipula que la ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado está excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado. No obstante, la oración está llena de implicaciones y no es tan clara como podrían desear los funcionarios públicos que eventualmente tuvieran que aplicar la convención sobre la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, el párrafo 3 del comentario aclara un poco las cosas, al explicar:

> Las contramedidas a que se refiere este artículo son medidas que, por definición, tienen una finalidad de represión o de ejecución, medidas que, en otras condiciones, entrañarían la lesión de un derecho subjetivo, que debería ser respetado, del sujeto contra el cual se aplican. Esta característica general sirve para distinguir la aplicación de esas contramedidas, llamadas a veces «sanciones», del simple hecho de valerse del derecho a obtener reparación por los daños sufridos. Por otra parte... no son en modo alguno medidas que deban entrañar necesariamente el empleo de la fuerza armada[21].

Por consiguiente, a su modo de ver, cuando la Comisión utiliza la palabra «contramedidas» entiende por éstas actos que no impliquen el uso de la fuerza armada.

58. Una vez más, la Comisión distingue las contramedidas, objeto del artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos, de la legítima defensa, objeto del artículo 34, de manera que la legítima defensa significa algo completamente diferente de las contramedidas. Lo que es más, aunque pueda haber discusión en cuanto a los límites de la legítima defensa, ya no es permisible, ciertamente en lo que respecta a las Naciones Unidas, llegar a otra conclusión que no sea que las represalias armadas, o, con las palabras del comentario al artículo 30, las contramedidas que impliquen el uso de la fuerza armada, ya no son permisibles en el derecho internacional. El párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y

[20] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 138.

[21] *Ibid.*

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, aprobada por la Asamblea General por consenso[22], dejan esto perfectamente en claro.

59. El orador cree también que la Comisión entiende que actos que pueden ser inamistosos para otro Estado pero que no infringen una obligación jurídica internacional para con ese otro Estado, a saber, actos de retorsión, no entran en el ámbito de lo que la Comisión entiende cuando empleó el término «contramedidas». No obstante, cabe hacer la observación de que la disponibilidad y efectividad de las medidas de retorsión, que puede ser considerable en un caso determinado, pueden plantear cuestiones en cuanto a la necesidad de que un Estado recurra a contramedidas.

60. Además, la Comisión entiende que la capacidad de un Estado lesionado para recurrir a las contramedidas no es ilimitada. En primer lugar, es necesario que un Estado lesionado crea de buena fe que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito contra él y que ese hecho ilícito es imputable al Estado al que se dirige la contramedida. En segundo lugar, para establecer la necesidad de adoptar contramedidas y para distinguir una ocasión para adoptar «contramedidas» de una ocasión para ejercer la «legítima defensa» es necesario, contrariamente al caso de la legítima defensa, que el Estado lesionado (Estado B) lo comunique primero al Estado al que considera responsable del daño (Estado A); entonces, a menos que el Estado A interrumpa el hecho ilícito y conceda reparación, el Estado B tendrá que recurrir a contramedidas. En tercer lugar, están las cinco limitaciones absolutas generales sobre el uso de las contramedidas, aparte de la abstención del empleo de la fuerza armada, que el Relator Especial enumera en los apartados *b* y *c* del artículo 14, a saber, prohibición de los actos que puedan poner en peligro la integridad territorial o la independencia política de un Estado, de los actos que no estén de conformidad con los derechos humanos fundamentales, de los que causen un grave perjuicio en la esfera diplomática, de los contrarios a una norma imperativa de derecho internacional y a los actos que consistan en una violación de una obligación para con un tercer Estado. En cuarto lugar, como reconoce el Relator Especial en el proyecto de artículo 13 propuesto, hay una limitación adicional y específica, a saber, que toda contramedida que se tome debe ser proporcionada al daño recibido, aunque en algunos casos el criterio de la proporcionalidad sea difícil de aplicar en la práctica. En quinto lugar está la reserva de carácter general en el proyecto de artículo 35 de la primera parte que deja abierta la cuestión de la posible indemnización por daños derivados de la utilización de contramedidas.

61. Están, además, los particularmente difíciles tipos de cuestiones que surgen en casos en que más de un Estado, y tal vez varios Estados, se consideran como perjudicados y por lo tanto con derecho a recurrir a las contramedidas. Puede surgir una situación especialmente complicada cuando dos o más Estados se consideran lesionados y por consiguiente con derecho a tomar contramedidas. En tales casos, la estructura de las relaciones jurídicas aplicables es esencialmente bilateral, quizá en tales casos las cuestiones sean relativamente simples: quiénes son los Estados perjudicados; en qué medida tienen derecho a tomar contramedidas; o la cuestión de la proporcionalidad, colectiva e individualmente, de las contramedidas. Los problemas tienden a ser aun más difíciles, sin embargo, cuando la estructura de las relaciones jurídicas aplicables no es bilateral y hay además un núcleo institucional dentro de esa estructura que prevé procedimientos de solución de controversias, medidas correctivas o sanciones. La cuestión se puede complicar más aún en casos en que se puede recurrir no sólo a los procedimientos establecidos en virtud del régimen particular aplicable, sino también a medidas permisibles en virtud del derecho internacional general; un curso que parecería ser permisible a menos que esté impedido contractualmente por un acuerdo previo, expreso o implícito, entre las partes —aunque esto de nuevo no sea totalmente claro frente al convenio multilateral.

62. Surge así una cuestión fundamental, a saber, si aparte del caso de las relaciones convencionales, la «contramedida» sería en la práctica un procedimiento suficientemente comprendido y claro como para ser apoyada y recomendada por la Comisión como un procedimiento legal «coercitivo» en las relaciones entre los Estados en el derecho internacional actual y futuro.

63. Además, en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito, el Estado lesionado podría tener recurso a una serie de posibles medidas, incluidos procedimientos para la solución de las controversias, medidas de retorsión y protestas diplomáticas, cuyos efectos en su forma intensa no pueden considerarse despreciables. El orador se pregunta pues si es necesario, mirando hacia el futuro, que la Comisión prescriba que un Estado que se crea lesionado pueda también, en efecto, «hacerse justicia por sí mismo», particularmente cuando la capacidad para tomar contramedidas efectivas varía mucho de un Estado a otro y el mismo concepto de las «contramedidas» parece ser antitético de algunos de los principios generales fundamentales en que ha llegado a basarse la comunidad jurídica internacional: la igualdad soberana de los Estados, la igualdad ante la ley, el arreglo de las controversias mediante procedimientos acordados, y otros.

64. Se ha señalado, no obstante, y es uno de los puntos que necesitan una cuidadosa evaluación, que hay circunstancias, aunque no se sabe la frecuencia, que salen del ámbito de las relaciones emanadas de tratados y de esta manera se salen de las disposiciones del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en las cuales un Estado es consciente de que ha violado una obligación y sin embargo permanece indiferente a las preocupaciones del Estado lesionado y no responde a sus solicitudes de entablar negociaciones para resolver la controversia. En tales circunstancias, se dice que las contramedidas son la única vía realista y equitativa. Si tal fuera el caso, le parece que hay una buena razón para también pedir que la cuestión de la «contramedida», aparte por supuesto de lo que se pueda convenir en las relaciones emanadas de tratados, se considere sólo en estrecha unión con los procedimientos de solución de controversias, entrelazada con tales procedimientos; y sujeta a tales limitaciones como sea necesario para ex-

[22] Véase 2265.ª sesión, nota 5.

cluir usos irrazonables e injustos. Esto se recoge en los artículos 11 y 12 propuestos por el Relator Especial en su cuarto informe.

65. Hay otro aspecto fundamental que al parecer necesita consideración, quizás en una segunda lectura de la primera parte del proyecto de artículos. El artículo 30 (Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito) figura en el capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud) de la primera parte del proyecto de artículos, indicando que una contramedida, aunque violación de una obligación internacional, no es, en las circunstancias, «ilícita» y, en otras palabras, es «lícita» o permisible. Sin embargo, el orador se pregunta por qué no se ha formulado la cuestión en la forma opuesta: a saber, siendo la contramedida una violación de una obligación internacional, se considerará un acto ilícito a menos que el Estado que recurra a esa medida pueda aducir circunstancias que le exoneren de ilicitud. La cuestión no tiene carácter secundario, está íntimamente relacionada eon la de la determinación de la carga de la prueba, cuestión importante que puede facilitar o impedir notablemente las actuaciones internacionales, cuando el testimonio necesario requerido plantea dificultades extraordinarias. La cuestión de la orientación básica del artículo 30 de la primera parte necesitaría mayor atención en algún momento del debate.

66. El Sr. GÜNEY dice que las contramedidas representan una de las cuestiones más difíciles y complejas que ha de tratar la Comisión. No obstante, deben aclararse las condiciones en que un Estado lesionado puede recurrir a contramedidas. Esta tarea requerirá imaginación y una perspectiva progresista.

67. Es preferible el término «contramedidas» a «represalias». Estas representan una violación del derecho y van asociadas al uso de la fuerza; por consiguiente, sólo deben considerarse en circunstancias muy excepcionales. Los límites dentro de los cuales los Estados pueden tomar contramedidas legalmente son la prohibición del uso de la fuerza, el respeto de los derechos humanos y la inviolabilidad de las personas protegidas. En términos generales, sólo pueden tomarse contramedidas dentro del marco del respeto de las normas fundamentales de derecho internacional, sin necesidad de hacer referencia especial a las normas imperativas, acerca de las cuales persisten diferencias de opinión.

68. Las contramedidas sólo son legítimas cuando se ha cometido un hecho manifiestamente ilícito. Todo Estado que haga uso de contramedidas sin que se haya producido un hecho ilícito lo hace asumiendo un riesgo y se le puede exigir responsabilidad por sus actos. Antes de tomar ninguna contramedida el Estado lesionado tiene que demostrar la existencia del hecho o la presunción de culpabilidad. Además, el Estado lesionado tiene que pedir primero la cesación y/o la reparación al Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito.

69. El orador acoge con satisfacción el intento del Relator Especial de aclarar el principio de la proporcionalidad, que actúa como contrapeso de la desigualdad. Las contramedidas que son desproporcionadas a la naturaleza del hecho ilícito y del daño resultante pueden dar lugar a responsabilidad por parte del Estado que utiliza esas medidas. A este respecto, el artículo 13, relativo a la proporcionalidad, debe incluir una referencia al daño derivado de un hecho internacionalmente ilícito. El Relator Especial debe considerar también las circunstancias en que el hecho de que un Estado no preste reparación por un hecho ilícito puede considerarse como un hecho ilícito secundario.

70. Es necesario estudiar más a fondo la cuestión de la suspensión o terminación de los tratados en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito. Además, no conviene tratar en el proyecto de artículos que se examina esa esfera particular del derecho, que ya se ha regulado de manera satisfactoria en las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

71. Con la excepción de actos que amenacen la vida o la integridad física de las personas o provoquen un daño irreparable, no hay ninguna circunstancia en la que un Estado pueda recurrir legítimamente a las contramedidas antes de haber recurrido a uno u otro de los procedimientos de solución pacífica de las controversias enumerados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

72. La responsabilidad de los Estados es un tema que suscita gran interés en el seno de la Comisión. Para que valgan la pena sus esfuerzos en esta esfera, la Comisión debe avanzar rápidamente, con el objetivo de completar el examen del tema o por lo menos realizar una segunda lectura del proyecto de artículos. Para ello sería sumamente provechoso que el Relator Especial formulara un plan de trabajo antes de que termine el actual período de sesiones.

73. El Sr. SHI dice que el cuarto informe sólo sirve para confirmar las opiniones que él expresó anteriormente con respecto al tema de las contramedidas. Las contramedidas son motivo de polémica; más que reflejar normas de derecho internacional generalmente reconocidas son simplemente relaciones de poder disfrazadas. Las contramedidas no son adecuadas para la codificación o el desarrollo progresivo del derecho. Además no entran en el ámbito del tema de la responsabilidad de los Estados.

74. Reitera que para los Estados más pequeños y más débiles la inclusión de las contramedidas en el proyecto representaría la legitimación de un concepto discutido; para los Estados más fuertes y más poderosos todo régimen estricto de contramedidas sería inaceptable. Además, algunos miembros estiman que es difícil, si no imposible, redactar proyectos de artículos sobre la solución de controversias que sean aceptables para todos los Estados. En consecuencia, el orador desea proponer que se excluyan del tema de la responsabilidad de los Estados los artículos sobre contramedidas y solución de controversias. La solución de controversias puede abordarse incluso como un tema aparte, puesto que no guarda relación con el tema que se examina. Además, el artículo 19 de la primera parte es polémico, poco práctico y de dudosa utilidad; esa cuestión debe considerarse de nuevo en segunda lectura.

75. En su resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991, la Asamblea General ha pedido a la Comisión que indique las cuestiones concretas respecto de las cuales revestiría particular interés la expresión de las opiniones de

los gobiernos. La Comisión ha llegado a una encrucijada en su labor sobre el tema. Ya es tiempo de que adopte una decisión audaz o, si no puede hacerlo, trate de obtener las opiniones de los gobiernos sobre la cuestión. Por consiguiente, debe remitir a la Asamblea General la cuestión de la idoneidad de la inclusión de artículos sobre contramedidas y solución de controversias en el proyecto que se está formulando.

76. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que más de una de sus declaraciones anteriores muestra que coincide con las ideas expresadas por el Sr. Shi con respecto a los procedimientos de solución de controversias y la necesidad de dar mayor efectividad a esos procedimientos. No obstante, no puede estar de acuerdo en que las contramedidas y los procedimientos de solución de controversias deban eliminarse del tema. Esas cuestiones constituyen los elementos principales del proyecto. Las contramedidas, cuyas condiciones de utilización deben definirse con precisión, son esenciales porque representan el único medio de asegurar el respeto mínimo de las obligaciones internacionales; los procedimientos para la solución de controversias son a su vez igualmente fundamentales porque representan el único medio de impedir el uso indebido de las contramedidas.

77. Por consiguiente, no sería prudente seguir la sugerencia del Sr. Shi de solicitar asesoramiento de la Sexta Comisión. Formular preguntas a un órgano político acerca de cuestiones técnicas no es apropiado y podría incluso comprometer la integridad y eficacia del régimen de la responsabilidad de los Estados para el que los proyectos de artículos de la Comisión se están elaborando. Habiéndole confiado la Asamblea General la tarea de elaborar un conjunto de proyectos de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, la Comisión debe ser la que decida definitivamente qué es lo que se ha de incluir en los artículos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2274.ª SESIÓN

Miércoles 17 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis y*

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El Sr. CALERO RODRIGUES se congratula de la presentación del cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/444 y Add.1 y 2), que contiene un abundante material y un cuidadoso análisis, pero le decepciona un poco que el propio informe no cuadre realmente con los proyectos de artículos propuestos. Algunas de las consideraciones desarrolladas en el informe no se reflejan en los artículos y éstos a su vez no quedan suficientemente explicados en el informe.

2. Refiriéndose al proyecto de artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), el orador señala que en el texto no figura la palabra «contramedidas», sino que se define mediante una fórmula general que remite al incumplimiento de las obligaciones y que se traduce en la frase «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones». Esta fórmula tiene la virtud de ser satisfactoria y más sencilla que la propuesta por el anterior Relator Especial en sus proyectos de artículos 8 y 9[4]. Además, como engloba toda la panoplia de posibles medidas permite, como ha señalado el Relator Especial, evitar la enumeración de esas medidas y por tanto eludir las ambigüedades inherentes a los sentidos que se les atribuyen.

3. El Sr. Calero Rodrigues propondría no obstante que se sustituyeran las palabras «abstenerse de cumplir» por «suspender la ejecución», con el fin de subrayar bien de entrada el carácter temporal de las contramedidas. Sería mejor aún precisar que las contramedidas deberían cesar desde el momento en que se alcanza su objetivo y, para que la disposición fuera perfectamente completa, que no se puede recurrir a contramedidas si no es para lograr que el Estado autor del hecho lesivo cumpla sus obligaciones secundarias de fondo. Ciertamente, el Relator Especial ha explicado bien en la sesión anterior que esta omisión es deliberada y que no hay que excluir la finalidad punitiva de las contramedidas, añadiendo a manera de justificación que esta finalidad punitiva de las contramedidas se admite ya en el artículo 10 (Satisfacción y garantías de no repetición)[5]. Pero el orador considera que existe una diferencia apreciable entre las consecuencias

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

[4] Véase 2273.ª sesión, nota 10.

[5] *Ibid.*

sustanciales y las consecuencias instrumentales de un hecho internacionalmente ilícito.

4. En el párrafo 1 del artículo 12 se enuncian las condiciones del recurso a las contramedidas: son dos y se refieren, una, al agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa disponibles y, la otra, a la comunicación en la forma y momento debidos por el Estado lesionado de su intención de adoptar contramedidas. El orador considera que la segunda condición es relativamente poco importante. Y de hecho el Relator Especial hace ver en su cuarto informe que existen divergencias en la doctrina y en la práctica sobre la cuestión de si el recurso a las contramedidas debe subordinarse o no a esta comunicación previa o intimación, pero que la tendencia es a responder afirmativamente. De ello saca la conclusión de que la comunicación por el Estado lesionado, en la forma y en el momento debidos, de su intención de recurrir a contramedidas debe preceder a éstas: tal es el objeto del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 12. El orador suscribe esta conclusión y la disposición propuesta. Naturalmente, cabe argumentar que una vez cometido un hecho ilícito el Estado autor es consciente de todas las consecuencias de su hecho, sobre todo si se han codificado, así como de las obligaciones de cesación y reparación que se le imponen, pero sabe también que el Estado lesionado tiene derecho a recurrir a contramedidas. Sin embargo, saber que se pueden tomar contramedidas es una cosa y saber que el Estado lesionado está efectivamente dispuesto a tomarlas es otra. Esto puede ser para el Estado autor de la infracción una incitación más a enmendarse y a cumplir sus obligaciones. Así, una amenaza de contramedidas debidamente notificada puede tener los mismos efectos que las propias contramedidas.

5. La condición del agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa disponibles es con mucho la más importante: de hecho es la pieza fundamental del concepto de contramedidas y de la función de éstas en el sistema concebido para reparar la situación creada por un hecho internacionalmente ilícito. En las sociedades primitivas, antes de que los Estados elaborasen reglas y mecanismos apropiados destinados a asegurar la primacía del derecho y el respeto de sus derechos, una persona lesionada o que pretendiera haber sido lesionada se hacía justicia por sí misma y trataba de obtener reparación, de hecho en muchos casos con espíritu de revancha. Algunas personas más fuertes que otras en el orden físico, económico, social o militar estaban en condiciones de anular las consecuencias del perjuicio sufrido por ellas. En cuanto a los débiles y los pobres, no podían obtener reparación por el perjuicio sufrido. En este sentido la sociedad internacional es todavía una sociedad sumamente primitiva. Enunciar detalladamente las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito no bastará para garantizar la justicia si el Estado lesionado tiene plena libertad para ser juez en un asunto en el que es también parte. Todavía está lejos el día en que puedan abolirse las contramedidas. Forzoso es reconocer, como señala el Relator Especial en la introducción a su tercer informe (A/CN.4/440), que se hace sentir la falta de un marco institucional idóneo para la reglamentación del comportamiento de los Estados, incluso de *lege ferenda*. Pero la Comisión, si pretende ser fiel a su misión de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional, debe tratar de someter las contramedidas a limitaciones que permitan corregir algunas de las injusticias más notorias a las que puede dar lugar su aplicación generalizada. Hacer pues del agotamiento de los procedimientos de solución amistosa disponibles una condición previa del recurso a las contramedidas es ciertamente una iniciativa acertada, adecuada, para recoger las palabras del propio Relator Especial, para «reducir esa importante fuente de preocupación que representan los efectos de la gran desigualdad que se manifiesta entre los Estados en el ejercicio de su facultad... de aplicar contramedidas», tanto más cuanto que, como sigue diciendo el Relator Especial, «a falta de compromisos adecuados de solución mediante intervención dirimente de un tercero, el poderoso o el rico puede gozar más fácilmente de una ventaja sobre el débil o el necesitado en el ejercicio del medio de reparación de que se trate».

6. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial se dispone que la condición del agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa disponibles no se aplica: *a*) si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles; *b*) a las medidas cautelares tomadas por el Estado lesionado hasta que un órgano internacional haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas en el marco de un procedimiento de solución por intervención dirimente de un tercero; *c*) a cualesquiera medidas adoptadas por el Estado lesionado si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no respeta la medida cautelar dictada por ese órgano.

7. El orador considera que si se priva a un Estado de su facultad de recurrir a contramedidas en beneficio de un procedimiento de solución de la controversia, es normal suprimir la condición del agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa disponibles cuando el procedimiento iniciado no produce efectos por falta de cooperación del Estado presunto autor del hecho lesivo. En cambio, abriga algunas dudas, que no son fundamentales, en cuanto a la excepción prevista por las «medidas cautelares» y ante todo en lo que respecta a la validez de este concepto en el presente contexto. El concepto es bien conocido en derecho internacional general: se refiere a las primeras medidas adoptadas con carácter provisional por un órgano judicial. Estas medidas tienen un objetivo limitado, siendo, con arreglo al artículo 41 del estatuto de la CIJ, medidas provisionales para resguardar los derechos de cada una de las partes. El orador no cree que puedan aplicarse en el contexto de las contramedidas. ¿No son las propias contramedidas de alguna manera «medidas cautelares» al no ser permanentes y aplicarse solamente hasta el momento en que se repara el perjuicio? Su objeto es la protección de los derechos, es decir, la reparación del perjuicio causado por la violación de un derecho y la aplicación de los derechos secundarios establecidos. Cabe pues perfectamente dudar de la admisibilidad de las «medidas cautelares» tomadas unilateralmente y aplicadas por una parte en los casos en que quedan excluidas en general las contramedidas. Sería sumamente difícil en la práctica determinar si una medida dada es una medida cautelar o una contramedida propiamente dicha. Tal es el caso, por ejemplo, de la congelación de los activos.

8. En el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 12 se habla también de «medida cautelar» pero en un sentido diferente, en el sentido clásico de las medidas adoptadas en el marco de un procedimiento de solución a cargo de tercero. Se prevé que si un Estado no respeta la medida cautelar el Estado lesionado recupera su facultad de aplicar contramedidas. Evidentemente, el Estado que no respeta la medida cautelar comete un nuevo hecho ilícito. Como este hecho se comete en el marco de un procedimiento de solución, ello significa que el procedimiento es inoperante y que convendría autorizar al Estado lesionado a recurrir a contramedidas.

9. Al orador le cuesta mucho trabajo comprender el texto y la finalidad del párrafo 3 del artículo 12. Esta disposición es una excepción a las excepciones enunciadas en el párrafo 2: en cuanto tal, significa que el Estado lesionado es libre de aplicar contramedidas. ¿Cómo hay que entender entonces la expresión «medida prevista»? ¿Sería una de las contramedidas o el conjunto de éstas? Si es así, esto equivale a decir que una medida que puede poner en peligro la paz y la seguridad internacionales puede aplicarse porque es una excepción a las excepciones. Si esta disposición se entiende en el sentido —que es la interpretación más verosímil— de que en ninguna circunstancia podría tomarse ninguna medida incompatible con la obligación de resolver las controversias de manera que no se pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, se trata entonces de una prohibición que debería figurar más bien en el artículo 14 (Contramedidas prohibidas). Pero también se podría introducir una disposición en este sentido en el artículo 11, en forma de párrafo 2, o incorporarla al artículo 12 como nuevo párrafo 1. Estas tres soluciones son las únicas razonables. El orador espera aclaraciones del Relator Especial.

10. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) menciona un ejemplo en que deberá intervenir la excepción a la excepción: es el de una medida unilateral tomada con carácter provisional por el Estado lesionado que sólo protege sus intereses y en manera alguna los de la otra parte. Esta medida no podría considerarse pues como una excepción, por la sencilla razón de que no estaría en conformidad con el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas pues, aunque no pusiera en peligro la paz y la seguridad internacionales, no respondería a un deseo de justicia.

11. El Sr. BOWETT estima que una de la condiciones del recurso a las contramedidas, la que se enuncia en el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12, a saber, el agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa disponibles, sería no sólo inaceptable para muchos Estados sino inaplicable en la práctica. En efecto, está claro que enfrentado a las demandas del Estado lesionado en virtud de los artículos 6 a 10, el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito negará que ha habido violación y solicitará negociar. Estas negociaciones pueden durar de tres a seis meses y, si fracasan, la controversia podría someterse entonces a arbitraje o a la CIJ por acuerdo especial. No es raro que un acuerdo especial se negocie durante dos años y que un asunto dure por lo menos dos años más antes que se dicte el fallo. Es poco probable que el Estado lesionado espere más de cuatro años para poder adoptar contramedidas y además le será difícil alegar que el Estado que ha cometido el hecho ilícito no coopera de buena fe, como se indica en el apartado *a* del párrafo 2 del proyecto de artículo 12, pues este último Estado tiene perfecto derecho a decir que este largo proceso de negociación es una característica normal de las relaciones entre Estados y no implica ninguna mala fe de su parte. Por consiguiente, sería preferible hacer del agotamiento de los procedimientos de solución amistosa de las controversias no una condición previa del recurso a las contramedidas sino una obligación paralela, en el sentido de que el Estado que adopte las medidas en cuestión debería acompañarlas de una oferta de solución pacífica del litigio que, de ser aceptada, entrañaría la suspensión de esas medidas. Por el contrario, en caso de rechazo podrían aplicarse de nuevo las contramedidas. A juicio del orador, éste es el único medio de resolver el problema; un Estado debe estar dispuesto a resolver una controversia por medios pacíficos, pero el recurso a esos medios no debe ser una condición previa de la aplicación de contramedidas.

12. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) pide a sus colegas, y en especial al Sr. Bowett, que tengan cuidado de tener un pesimismo excesivo respecto de lo que será aceptable o inaceptable para los Estados. De todos modos, en la etapa actual de los trabajos la Comisión no debería preguntarse en qué medida será o no aceptable una disposición. Ya verá cómo reaccionan los Estados cuando se les someta el proyecto. Por otra parte, no ve por qué los Estados no podrían esperar dos años, el tiempo de tratar de resolver una controversia mediante negociación, antes de tomar medidas radicales. En todo caso, entretanto podrían, si así lo desean, recurrir a medidas cautelares, siempre que tomen en cuenta de manera justa y apropiada los intereses de todos.

13. El Sr. PELLET dice que esperará a que el Relator Especial haya presentado todas las adiciones a su cuarto informe para formular observaciones al respecto. Por el momento, se limitará a abordar una cuestión muy importante de la que ya ha tratado por extenso el Sr. Shi (2267.ª sesión) y que se trasluce también en la intervención del Sr. Calero Rodrigues, la de saber si las contramedidas tienen cabida en el proyecto de artículos. El Sr. Shi responde a ello con una firme negativa porque, según él, el recurso a las contramedidas es una práctica que, aunque muy extendida desde hace más de un siglo, no es compatible con el derecho, por constituir las contramedidas un instrumento que utilizan los Estados ricos o poderosos en detrimento de los más pobres y más débiles. Por otra parte, en la medida en que la Carta de las Naciones Unidas prohíbe formalmente el recurso a la fuerza, al codificar el derecho aplicable a las contramedidas, que constituyen de alguna manera un caso particular de uso de la fuerza, se reglamentarían comportamientos ilícitos. De ello saca la conclusión de que es imposible legitimar esas contramedidas, sea desde el punto de vista de la *lex lata* como de la *lex ferenda*, y por consiguiente incluirlas en el proyecto de artículos. Su razonamiento se ve apoyado en cierta medida por el fallo dictado por la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú*, según el cual «el supuesto derecho de intervención» —y la intervención es una forma de contramedida en el sentido en que la entiende el Relator Especial—

sólo puede considerarse como una manifestación de una política de fuerza que ha originado en el pasado los abusos más graves y que no puede, cualesquiera que sean los actuales defectos en la organización internacional, tener cabida en el derecho internacional [...] puesto que está reservada, por la naturaleza de las cosas, a los Estados más poderosos[6].

14. El Sr. Pellet apoya en gran parte este análisis pero saca conclusiones fundamentalmente diferentes que coinciden en ciertos aspectos con la opinión expresada por el Relator Especial en la introducción de su tercer informe. Es cierto que las contramedidas son un arma más eficaz y más incontrolable en manos de Estados poderosos y que no deberían existir, pero el hecho está ahí: existen sin duda alguna y actualmente, como señala el propio Sr. Shi, no hay ningún sistema efectivo y eficaz para sustituirlas.

15. En estas condiciones parece indispensable limitar su ejercicio, reglamentarlo y distinguir entre lo que se puede tolerar a falta de algo mejor y lo que no se puede tolerar, en interés no de los más poderosos sino de los más débiles. De hecho, el razonamiento del Sr. Shi debería llegar a la conclusión lógica de que justamente hay que incluir la cuestión de las contramedidas en el proyecto de artículos precisando que éstas no pueden constituir en ningún caso una respuesta admisible a lo ilícito. En toda sociedad es tolerable, incluso inevitable, un cierto grado de presión y por lo tanto no se puede menos de aprobar al Relator Especial por haber tratado de definir el umbral y la naturaleza de la respuesta tolerable, sea lo que fuere lo que se piense de las normas que propone a este respecto. Al hacerlo no se iría realmente en contra del fallo de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú*, que refleja una visión más radical de la cuestión, dado que en ese caso la intervención británica era una operación de presión material realizada por fuerzas armadas en las aguas territoriales del Estado considerado responsable de una infracción del derecho internacional, lo que limitaba el alcance del precedente. La Corte establecía así un límite al recurso a las contramedidas que conviene recordar y, a juicio del Sr. Pellet, el proyecto de artículo 14 propuesto por el Relator Especial responde de alguna manera a ese objetivo.

16. Para terminar, el Sr. Pellet subraya que es importante que la Comisión no haga del debate abierto por el Sr. Shi sobre esta cuestión fundamental un debate sobre la oposición Norte-Sur. El poder es en efecto un concepto muy relativo y algunos países del Tercer Mundo no tienen nada que envidiar en materia de contramedidas a ciertos Estados desarrollados, muchos de los cuales no están ciertamente fuera del alcance de las críticas. La Comisión debe tratar de formular normas equilibradas sin preocuparse demasiado del segundo plano político. Como indica el Relator Especial en su tercer informe, su tarea es concebir los medios por los cuales sería posible reducir los efectos de la gran desigualdad que se manifiesta entre los Estados cuando adoptan y ponen en práctica contramedidas. No se trata de reforzar el poder de algunos sino, por el contrario, de limitar sus efectos para tener en cuenta el hecho de que existen Estados ricos y pobres.

[6] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 35.

17. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el tema que se examina merece sin duda una reflexión más a fondo y que se reserva el derecho de volver a examinar más detenidamente sus diferentes aspectos. No obstante, desea hacer ya algunas observaciones sobre la cuestión de las contramedidas, que reviste especial importancia en el marco de la codificación del derecho de la responsabilidad internacional.

18. La desigualdad entre los Estados es un hecho innegable. Así pues, para la minoría de Estados más ricos y más poderosos es grande la tentación de comportarse como si estuvieran perpetuamente amenazados por la gran mayoría de los Estados más débiles y tratar de hacer prevalecer su interés particular sobre la definición de normas y de reglas verdaderamente destinadas a proteger el interés general.

19. Si se considera la forma en que se han aplicado las contramedidas durante centenares o incluso millares de años se advierte que con frecuencia han reflejado la ley del más fuerte, que las ha impuesto al más débil sin preocuparse de obtener su consentimiento o su participación voluntaria en el proceso. ¿Se puede en estas condiciones considerar que esta práctica —por antigua que sea— constituye una base aceptable de codificación y desarrollo del derecho internacional?

20. Esta cuestión fundamental ha sido ya planteada de manera clara y resuelta por el Sr. Shi, para quien la práctica de las contramedidas sigue siendo sumamente discutible y en ningún caso puede considerarse como el fundamento de normas de derecho internacional universalmente reconocidas. Sin ser quizás tan categórico, el orador se pregunta también por las consecuencias lógicas de un intento de codificación del derecho a partir de esa base.

21. El Sr. Pellet ha dicho que al no poder suprimir las contramedidas hay que limitar y reglamentar su ejercicio; pero además sería preciso que en esta «reglamentación» se tuviesen verdaderamente en cuenta los intereses y los puntos de vista de todos los Estados interesados, sin lo cual la injusticia será todavía mayor. El Sr. Bowett ha dicho que un Estado que adopte contramedidas debería paralelamente hacer a la parte contraria una oferta de solución pacífica que, de ser aceptada, entrañaría la suspensión de las contramedidas. La idea es excelente, siempre que la aplicación de las contramedidas no confiera al que las aplica una posición de superioridad en la negociación que le permita imponer su ley a la parte contraria, aun cuando el carácter «ilícito» de los hechos o actos que le han conducido a violar una obligación no esté absolutamente demostrado. Hay que evitar transponer al plano del derecho las relaciones de fuerza que pueden existir en el plano político. Sólo si los Estados más poderosos dan pruebas de moderación y aceptan ciertos sacrificios será posible edificar un sistema de reglas de derecho que asegure a todos una protección equitativa.

22. Respondiendo brevemente, el Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) recuerda que la Sexta Comisión y muchos miembros de la CDI han insistido en la necesidad de hacer avanzar el tema de la responsabilidad de los Estados si se quieren obtener algunos resultados antes de que finalice el actual mandato quinquenal.

23. Cree que las opiniones y sugerencias de sus colegas sobre sus informes tercero y cuarto representan, en su conjunto, un paso en la buena dirección. El debate que se ha desarrollado hasta ahora sobre los proyectos de artículos 11 y 12 ciertamente contribuirá a la elaboración de un régimen jurídico de contramedidas adecuado. Espera recibir más contribuciones de los miembros sobre estos dos proyectos de artículos y sobre los proyectos de artículos 13, 14 y 5 *bis*, así como sobre el problema que planteó respecto del artículo 4 de la segunda parte aprobada en primera lectura. Confía en que el debate se centrará en los méritos de la posible mejor reglamentación de las contramedidas, dejando de lado, por el momento al menos, las dudas surgidas respecto a la pertinencia de los esfuerzos de la Comisión para redactar esa reglamentación. Sea como fuere, la estructura del sistema inter-Estado permanece esencialmente inorgánica. En consecuencia, como ha señalado en una respuesta anterior al Sr. Shi, las represalias están destinadas a permanecer por algún tiempo como el más común e importante medio para hacer aplicar el derecho internacional en caso de violación de una obligación internacional.

24. No está seguro de comprender el punto señalado por el Sr. Pellet cuando lamenta que el Relator Especial no ha desarrollado más sus ideas en el cuarto informe. En todo caso, a su modo de ver, corresponde ahora al conjunto de la Comisión profundizar en la reflexión sobre el tema.

25. Finalmente, desea señalar que al preparar su presentación sobre los proyectos de artículos propuestos en el documento A/CN.4/444/Add.1 tuvo dudas con respecto a la redacción del artículo 14 tal como figura en ese documento. Por consiguiente, se verá obligado a presentar una tercera adición, de una sola página, al documento A/CN.4/444, a fin de prestar el mejor servicio posible a la Comisión.

Se levanta la sesión a las 11.20 horas.

2275.ª SESIÓN

Jueves 18 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis* y

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que continúe la presentación de la parte restante de su cuarto informe (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) así como de los proyectos de artículos 13 y 14, que dicen:

Artículo 13.—Proporcionalidad

Ninguna medida adoptada por el Estado lesionado a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 deberá ser desproporcionada a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a sus efectos.

Artículo 14.—Contramedidas prohibidas

1. El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:

***a*) a la amenaza o al uso de la fuerza [en contravención del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas];**

***b*) a cualquier comportamiento:**

i) que no esté en conformidad con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales;

ii) que cause un grave perjuicio a la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral;

iii) que sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional general;

iv) que consista en la violación de una obligación para con cualquier Estado distinto del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

2. La prohibición enunciada en el apartado *a* del párrafo 1 comprende no sólo la fuerza armada, sino también cualesquiera medidas extremas de coacción política o económica que pongan en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que estén dirigidas.

***Artículo 5* bis**

Cuando sean varios los Estados lesionados, cada uno de ellos podrá ejercitar los derechos que legalmente le correspondan de conformidad con las normas enunciadas en los artículos siguientes.

2. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el proyecto de artículo 13 (Proporcionalidad) está redactado expresamente en términos negativos y no positivos, afirmando que ninguna medida deberá ser desproporcionada a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a su efectos. El artículo no especifica ni la medida en

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

que podría ser desproporcionada ni la modalidad particular que podría revestir la desproporción de la contramedida.

3. En la versión revisada del proyecto de artículo 14 (Contramedidas prohibidas) se enuncian cinco categorías principales: *a*) la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza; *b*) el respeto de los derechos humanos; *c*) el derecho diplomático; *d*) las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*; y *e*) el respeto de los derechos de terceros Estados. Algunos miembros podrían argumentar que es innecesario elaborar expresamente disposiciones separadas sobre las contramedidas prohibidas, como se hace en el artículo 14. Sin embargo, dos razones de peso justifican ese proceder. En primer término, la relación de responsabilidad entre el Estado lesionado y el Estado infractor es una relación de tipo particular respecto de la cual conviene subrayar la validez continuada y la aplicación efectiva de ciertas restricciones generales a la libertad de los Estados. En segundo término, precisamente cuando las normas de derecho no son suficientemente explícitas y detalladas los Estados tratan de eludir el cumplimiento de sus obligaciones.

4. El apartado *a* del párrafo 1 del artículo 14 prohíbe toda contramedida que esté en contravención con el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, esto es, la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza armada, prohibición que debería abarcar también cualesquiera medidas extremas de coacción política o económica que pongan en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que estén dirigidas. Esta cuestión queda precisada en el párrafo 2 del artículo. El Sr. Arangio-Ruiz es consciente de que la interpretación de la palabra «fuerza», que se utiliza en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, es una cuestión polémica. Sin embargo, después de mucho reflexionar ha llegado a la conclusión de que para todos los efectos prácticos y teóricos, la prohibición del uso de formas extremas de presión económica o política es parte integrante de la definición de la fuerza en el sentido de ese Artículo. Esta opinión está respaldada por la práctica internacional que refleja, en parte, el desarrollo del principio de no intervención. Aun si su opinión no encontrase apoyo, de todos modos la prohibición de esas medidas en virtud del artículo 14 sería conveniente a los fines del desarrollo progresivo del derecho, en el interés de los Estados más débiles y más pequeños. El artículo 14, en cuanto especifica que sólo están prohibidas las formas extremas de coacción económica o política, permite disipar toda posible duda acerca de sanciones económicas o políticas ordinarias que son seguramente legítimas y deben permanecer disponibles a los Estados lesionados.

5. El Sr. Arangio-Ruiz desea disipar también las dudas de algunos miembros sobre la utilidad de la parte del cuarto informe relativa a la relación entre la prohibición del uso de la fuerza armada como medio de contramedida (o represalia), por un lado, y esas atenuaciones de la prohibición general del uso de la fuerza armada que una parte de la doctrina parece prever a la luz de cierta práctica de los Estados, por otro. Se refiere a las supuestas interpretaciones «evolucionarias» del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas debatidas en el cuarto informe. El propósito de ese debate es de aclarar lo que pueden ser los méritos de tales interpretaciones; no conciernen, o afectan, en lo más mínimo la prohibición del recurso a la fuerza mediante contramedidas (represalias). Por supuesto, esto no tiene que estipularse en el proyecto de artículo sobre prohibición. Sin embargo, tiene que señalarse en el informe por dos razones. Primero, es necesario llamar la atención de los miembros de la Comisión de la necesidad de evitar cualquiera mala interpretación en cuanto a la severidad de la prohibición de las contramedidas por la fuerza (represalias). Segundo, el asunto deberá tratarse en el comentario al apartado *a* del proyecto de artículo 14. De allí la necesidad de asegurarse de que el punto se incluye en el informe. No sería apropiado, en su opinión, limitarse, como un miembro parece sugerir, a tomar nota del hecho de que las represalias armadas están prohibidas en virtud de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[4] u otros instrumentos no obligatorios —bien que perentorios— de tipo similar.

6. En los incisos del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 14 se tratan diversas cuestiones. El inciso i) establece que un Estado lesionado debe abstenerse de recurrir, a modo de contramedida, a cualquier comportamiento que no esté en conformidad con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales. A este respecto, se pregunta si los derechos humanos fundamentales abarcan el derecho a la propiedad privada. ¿Hasta qué punto se debe o no proteger ese derecho? El inciso ii) prohíbe cualquier contramedida que cause un grave perjuicio a la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral. El inciso iii) prohíbe las contramedidas que sean contrarias a una norma imperativa de derecho internacional general y, a este respecto, hace notar que las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* no son de igual naturaleza. La obligación internacional puede ser una obligación *erga omnes* sin que tenga carácter de norma imperativa.

7. La existencia de los regímenes autónomos es pertinente tanto respecto de los proyectos de artículos sobre contramedidas como de las consecuencias sustantivas de los hechos internacionalmente ilícitos, relación que el Comité de Redacción ha comprendido claramente. En realidad, no existe ningún régimen tan absolutamente autónomo que no admita la posibilidad de un «retorno» a las normas del derecho internacional general o, dicho de otro modo, la posibilidad de invocar la aplicación de esas normas, ya sea respecto a las consecuencias sustantivas de los hechos internacionalmente ilícitos o respecto a las contramedidas. Por ello, no se requiere ninguna disposición especial para tratar los problemas que plantean los regímenes autónomos; la interpretación y aplicación fieles de las normas generales aplicables a cualquier consecuencia sustantiva o medida unilateral bastan para solucionar esos problemas.

8. El artículo 2 de la segunda parte[5] es discutible tanto en lo que respecta a las normas consuetudinarias como a

[4] Véase 2265.ª sesión, nota 5.

[5] Para el texto, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 87.

las reglas especiales aplicables a los tratados. La finalidad perseguida por los Estados cuando incluyen en un tratado normas especiales para regular las consecuencias de su violación no es excluir, en las relaciones entre ellos, las garantías mutuas que dimanan de la aplicación normal de las reglas generales sobre la responsabilidad de los Estados. Por el contrario, la finalidad perseguida es reforzar las garantías normales, inorgánicas y no siempre satisfactorias del derecho general haciéndolas más seguras y eficaces; pero esto sin renunciar a la posibilidad de «retorno» a garantías menos evolucionadas o «generales». La presunción de abandono total de esas garantías «generales», como la contenida en el artículo 2, parece ser así doblemente inaceptable: por una parte, frustra el propósito de los Estados al establecer regímenes especiales mediante la atribución de efectos derogatorios no deseados a esos regímenes y, por la otra, al conferir carácter «supletorio» a las normas generales, frustra el fin mismo de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en la esfera de la responsabilidad de los Estados.

9. Si se ha de mantener el artículo 2, es necesario revisar su texto. En primer lugar, ese artículo debería aclarar que la excepción a las normas generales enunciadas en el proyecto de artículos es una excepción que debe dimanar de los instrumentos contractuales y no de las normas consuetudinarias. En segundo término, el artículo debería señalar que, para que surta efecto una verdadera excepción a las normas generales, las partes en el instrumento no deben limitarse a prever más o menos exhaustivamente las consecuencias de la violación del régimen sino que deben indicar expresamente que, al adherirse al sistema previsto en el tratado, excluyen la aplicación de algunas o de todas las normas generales de derecho internacional relativas a las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos. En tercer término, en el comentario al artículo se debería dejar en claro que la excepción no se aplicaría en el caso de una violación del sistema de tal gravedad y magnitud que justificase, como medida de carácter proporcional contra el Estado infractor, la suspensión o terminación del sistema convencional en su conjunto.

10. El artículo 4 de la segunda parte del proyecto merece un estudio más a fondo y se presentará en otra adición del presente informe. En lo que respecta a la opinión de Hans Kelsen sobre la relación entre las facultades atribuidas al Consejo de Seguridad en virtud de los Capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Relator Especial dice que sólo pruebas abrumadoras lo convencerían de que esa opinión es incorrecta o de que, a los fines del pensamiento jurídico, se deba dejar de lado *ab initio*. En un artículo del tratadista alemán Eckart Klein[6] se señala que, como las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad no se refieren a los aspectos sustantivos de la controversia, en ese sentido la CIJ no está obligada a respetar esas resoluciones, salvo en cuanto ellas sean obligatorias para las partes y en la medida en que lo sean. En consecuencia, el texto de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad no es necesariamente artículo de fe, al menos en lo que respecta al derecho internacional.

11. La cuestión de los llamados Estados «indirectamente» lesionados, que se examina en el informe, plantea una serie de problemas en razón de las dos situaciones que pueden presentarse. En primer término, un hecho internacionalmente ilícito puede lesionar a más de un Estado, probablemente a muchos o a todos los Estados, especialmente cuando se trata de violaciones de los derechos humanos de carácter general o *erga plurimos*. En segundo término, los Estados afectados pueden no haber sido perjudicados de la misma manera (diferencias cualitativas) o en la misma medida (diferencias cuantitativas). Nuevas observaciones sobre esta cuestión serían útiles para el Comité de Redacción. La única finalidad que se propone el nuevo proyecto de artículo 5 *bis* es reconocer expresamente que todos los Estados lesionados son Estados directamente lesionados —aunque de diferente manera—, de modo que en virtud de las normas generales de la segunda parte, cada Estado puede ejercer directamente sus propios derechos o facultades sustantivas. Evidentemente, esto suscita ciertos problemas, los que no guardan ninguna relación con el carácter directo o indirecto del daño. Cualquier sugerencia que permita dar soluciones más claras en las normas operativas pertinentes es bienvenida y ciertamente el Comité de Redacción la necesita con carácter de urgencia.

12. El Sr. ROSENSTOCK dice que en su exposición inicial, el Relator Especial había señalado que no es fundamental determinar si la no intervención es una cuestión distinta de la disposición del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, tal como está redactado, el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 parece prejuzgar la cuestión al remitirse a los términos enunciados en ese Artículo de la Carta. Dado su carácter tan controvertible, este asunto puede dar lugar a interminables debates y apartar a la Comisión de su cometido, esto es, el examen de disposiciones aceptables sobre las contramedidas. Esto es lamentable si se tiene en cuenta la importancia de elaborar un conjunto de disposiciones sobre ese tema. Otra cuestión que el Sr. Rosenstock desea plantear es la existencia o, en cierto modo, el reconocimiento de obligaciones *erga omnes* no basadas en convenios que no tengan carácter de *jus cogens*. El artículo 14 parece sugerir la existencia de ese tipo de obligaciones, pero, por su parte, agradecería que el Relator Especial diera algunos ejemplos concretos.

13. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que al recapitular el debate dará respuesta a la segunda cuestión planteada por el Sr. Rosenstock. En cuanto a la primera, debe reconocer que la cuestión de la no intervención suele plantearse con criterios de parcialidad. Por razones históricas, que guardan relación con ciertas políticas aplicadas por la principal Potencia de su hemisferio, los Estados de América Latina tienden a considerar que toda persona que critica el concepto de intervención por su carácter vago, como hace el Relator Especial, se ha «vendido» a los Estados Unidos de América. Sin embargo, si, en lo sustancial, la intervención se define como inclusiva de formas extremas de coacción política o económica —definición que es la suya—, lo más probable es que esa definición desaliente a la otra parte y, en par-

[6] E. Klein, «Paralleles Tätigwerden von Sicherheitsrat und Internationalem Gerichtshof bei friedensbedrohenden Streitigkeiten», *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, R. Bernhardt y otros, eds., Berlín/Heidelberg/Nueva York, Springer-Verlag, 1983, vol. 81, págs. 467 y ss.

ticular, a uno de los miembros de la Comisión. Con todo, en su opinión, ciertas formas extremas de coacción económica y política quedan comprendidas en la prohibición de fuerza de la Carta, independientemente de si se designan como uso no permisible de fuerza o como intervención no permisible. Si, como algunos miembros parecen pensar, el recurso a estas formas de coacción como represalia no está prohibido *de lege lata*, debería, según su propia opinión, ser prohibida mediante un desarrollo progresivo. Sería, por supuesto, otro asunto en el caso de aquellos hechos internacionalmente ilícitos más graves que se designan como «crímenes». Estos serán tratados, como quiera que se llamen, más adelante.

Cooperación con otros organismos

[Tema 8 del programa]

Declaración del Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano

14. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Njenga, quien participa en la sesión de la Comisión en su calidad de Secretario General del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano.

15. El Sr. NJENGA (Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano) dice que los vínculos de larga data establecidos con la Comisión son muy valiosos para el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano. En su calidad de Secretario General del Comité y de ex miembro de la Comisión, tiene el decidido compromiso de consolidar las relaciones entre ambos órganos, en beneficio de sus comunes intereses. A comienzos del año, el Presidente saliente de la Comisión, Sr. Koroma, participó en el 31.° período de sesiones del Comité, que tuvo lugar en Islamabad. Los demás participantes acogieron con profundo reconocimiento la declaración hecha por el Sr. Koroma, que se refirió a la fructífera cooperación entre ambos órganos, destacando que los comentarios del Comité sobre los temas del programa de la Comisión eran siempre bienvenidos.

16. Es un hecho generalmente reconocido que la Comisión aborda en profundidad cuestiones de importancia fundamental para la comunidad internacional. Tres de los temas de su programa son de especial interés para las regiones de Asia y Africa: el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Este último tema figura también en el programa de trabajo del Comité, el que acogió complacido los proyectos de artículos aprobados en primera lectura por la Comisión[7], por considerarlos una sólida base para un futuro convenio. En lo que respecta al segundo tema, en su 31.° período de sesiones el Comité reiteró que el medio ambiente es una cuestión de interés común para toda la humanidad. Por disposición del Comité, tiene el encargo de solicitar a la Comisión que, como cuestión de prioridad, examine el tema de los «Aspectos jurídicos de la protección del medio ambiente de los espacios públicos internacionales *(global commons)*». La cuestión de los espacios públicos internacionales se había planteado en el sexto informe[8] sobre la responsabilidad internacional del Relator Especial, Sr. Barboza, y en el 43.° período de sesiones de la Comisión varios miembros sugirieron que se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo. El tema es importante, sobre todo si se considera que en la CNUMAD se ha aprobado la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[9] y se han abierto a la firma dos importantes convenios, sobre los cambios climáticos y la protección de la diversidad biológica. En esa Conferencia, el Secretario de la CIJ hizo una declaración sobre el papel que en esa materia incumbía a la Corte, y el Sr. Njenga confía en que la Comisión tendrá en cuenta esa declaración al momento de adoptar una decisión.

17. Para su 29.° período de sesiones, la secretaría del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano había preparado un documento sobre el papel que incumbe al Comité en el logro de los objetivos del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional[10]. Posteriormente, el Comité encargó un estudio a fondo sobre ese tema, que refleja sus opiniones respecto de todos los objetivos del Decenio, estudio que se presentó al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas. La secretaría ha enviado asimismo a la Oficina de Asuntos Jurídicos un informe sucinto acerca de las actividades que el Comité llevará a cabo en los dos primeros años del Decenio para la consecución de sus objetivos. En los años venideros ese tema seguirá siendo de primera actualidad en el programa del Comité, que desea continuar con su contribución positiva a las labores del Decenio.

18. La secretaría del Comité ha previsto también un estudio sobre el mejor aprovechamiento de la CIJ y la promoción de medios y métodos para el arreglo pacífico de las controversias entre Estados, incluido el recurso a esa Corte, en la forma en que se señala en la resolución 45/40 de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1990, relativa al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional. El Secretario de la Corte ha ofrecido toda su cooperación para ese estudio, que se centrará fundamentalmente en el fortalecimiento del papel de la Corte en lo relativo a la protección del medio ambiente. En mayo de 1991, el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje convocó a un grupo de trabajo integrado por juristas, que se reunió en La Haya, el cual recomendó que la Corte celebrara acuerdos de cooperación con otros órganos que se ocupan de esa materia, incluidos los centros de arbitraje establecidos bajo los auspicios del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano en el Cairo, Kuala Lumpur y Lagos. Los centros de arbitraje podrían ofrecer sus servicios a la Corte Permanente de Arbitraje en el caso de que decida reunirse fuera de La Haya. Como medida complementaria, la secretaría del Comité se propone establecer contacto con el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje así como con los directores de los centros regionales

[7] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D.

[8] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1, párrs. 71 a 87.

[9] Documento A/CONF.151/26, vol. I, anexo I.

[10] Véase 2255.ª sesión, nota 5.

de arbitraje, a fin de poner en marcha los acuerdos de cooperación en ese sentido.

19. El Comité, que asigna asimismo gran importancia al derecho del mar, hizo una contribución a la labor de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En su 31.° período de sesiones, el Comité examinó un informe sobre la labor de la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. La secretaría del Comité ha instado también a los Estados miembros que todavía no lo han hecho a que ratifiquen la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982. Esa ratificación reviste ahora un carácter todavía más urgente si se considera que la Convención abarca gran parte de las cuestiones que figuran en el Programa 21 de la CNUMAD. En ese mismo período de sesiones, el Comité instó a la Comisión de Derecho Internacional a que examinara la posibilidad de incluir en su programa de trabajo un tema titulado «Desarrollo progresivo del concepto de preservación con fines pacíficos en lo que respecta a la alta mar, la zona internacional de los fondos marinos y la investigación científica marina». El Sr. Njenga confía en que la Comisión considere la posibilidad de incluir ese tema en su programa de trabajo a largo plazo.

20. Otra esfera de trabajo ha sido la activa participación de la secretaría en las reuniones del Comité Preparatorio de la CNUMAD, el Comité Intergubernamental de Negociación de una convención general sobre los cambios climáticos y el Comité Intergubernamental de Negociación de un convenio sobre la diversidad biológica. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano celebró en Islamabad una reunión especial de dos días de duración dedicada al medio ambiente y el desarrollo, la cual aprobó una declaración sobre los principios generales del derecho ambiental internacional que se envió para su distribución a la CNUMAD (A/CONF.151/PC/WG.III/5). En marzo de 1992, el Comité y el PNUMA firmaron un memorando de entendimiento con miras a fortalecer la cooperación entre ambos órganos en la esfera de derecho ambiental. A la espera de que entren en vigor los convenios sobre los cambios climáticos y la diversidad biológica, el Comité, en colaboración con el PNUMA, ha decidido reunir a dos grupos de trabajo prácticos sobre la legislación nacional en esa esfera.

21. El actual programa de trabajo abarca también cuestiones como el estudio de la condición jurídica y el tratamiento de los refugiados; la deportación de los palestinos en cuanto violación del derecho internacional, especialmente de los Convenios de Ginebra de 1949; los criterios para diferenciar el terrorismo internacional de los movimientos nacionales de liberación; la extradición de los delincuentes fugitivos; la carga de la deuda para los países en desarrollo; el concepto de zona de paz en el derecho internacional; el océano Indico como zona de paz; el marco jurídico de las empresas mixtas de carácter industrial y las cuestiones del derecho mercantil internacional. Esos temas serán examinados en el 32.° período de sesiones, que se celebrará en Kampala del 1.° al 6 de febrero de 1993. Habida cuenta de la importancia que reviste para el desarrollo económico la armonización de los regímenes jurídicos por los que se rige el comercio internacional, el Comité ha establecido en su sede de Nueva Delhi una dependencia de reunión de datos para facilitar el intercambio de experiencias entre sus Estados miembros. Existe el proyecto de que cuando esa dependencia disponga de personal suficientemente capacitado para reunir y analizar los datos, se creará un centro autónomo de investigación y desarrollo de los regímenes jurídicos aplicables a las actividades económicas en los países en desarrollo. Esa dependencia, que dispone ya de los medios técnicos necesarios, está preparando el material de programación y solicitando asistencia a los Estados miembros y a las organizaciones internacionales pertinentes para el suministro de datos.

22. Por último, en nombre del Comité, el Sr. Njenga invita al Presidente de la Comisión a que participe en el 32.° período de sesiones del Comité, que se celebrará en Kampala, y le expresa las seguridades de una calurosa bienvenida.

23. El PRESIDENTE da las gracias al Sr. Njenga por su instructiva y clara reseña de la labor del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano. Ciertamente la Comisión prestará debida atención a la proposición del Comité sobre la inclusión de nuevos temas en el programa de la CDI. Por último, desea expresar su particular agrado por la presencia del Sr. Njenga en la reunión.

24. El Sr. BARBOZA, hablando en nombre de los miembros de los Estados de América Latina, da una calurosa bienvenida al Sr. Njenga, quien, en su calidad de ex miembro de la Comisión, puede hacer una contribución especialmente útil a su labor. En un plano más personal, recuerda que comparte el interés en el medio ambiente del Sr. Njenga y que juntos han participado en muchas importantes reuniones internacionales en la materia. Los miembros de la Comisión siguen muy de cerca las actividades del Comité, habida cuenta en particular de su común interés en el fortalecimiento del imperio de la ley en las relaciones internacionales.

25. El Sr. RAZAFINDRALAMBO, hablando en nombre de los miembros de los Estados de Africa, da las gracias al Sr. Njenga por su reseña extremadamente clara y completa de las actividades del Comité, cuyo amplio programa de trabajo abarca temas de la mayor importancia para la comunidad internacional y, en particular, para los países en desarrollo, de los cuales muchos son Estados de Africa. Desde la elección del Sr. Njenga como Secretario General del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, la cooperación entre el Comité y la Comisión se ha estrechado cada vez más y es grato observar que ello ocurre bajo la dirección de un jurista africano. Evidentemente, la ampliación de las actividades del Comité contribuirá a fortalecer la cooperación con la Comisión.

26. El Sr. Sreenivasa RAO, hablando en nombre de los miembros de los Estados de Asia, se complace en dar la bienvenida al Sr. Njenga, uno de los juristas más eminentes del mundo en desarrollo. Su informe sobre la labor del Comité destaca algunas importantes actividades que revisten gran interés para la comunidad jurídica de Asia y Africa, que ve en el período de sesiones anual del Comité un foro indispensable para la proyección mundial de sus intereses comunes y un medio de participar efectivamente en el desarrollo y la codificación del dere-

cho internacional mediante la negociación de importantes regímenes en las conferencias celebradas bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Por ello, era de prever que el Comité hiciera una contribución al desarrollo del derecho de los tratados, del derecho del mar y de otras esferas del derecho internacional. La valiosa experiencia adquirida por el Sr. Njenga en su calidad de ex miembro de la Comisión y negociador en la esfera internacional así como su condición de consejero y amigo de abogados de Asia y Africa en cuanto Secretario General del Comité permiten abrigar la esperanza de una nueva era de cooperación con la Comisión de Derecho Internacional. Por último, rinde homenaje a la gran labor de desarrollo del derecho internacional realizada por el Comité, especialmente meritoria por la escasez de sus medios, sus restricciones económicas y la posición de desventaja de sus miembros.

27. El Sr. EIRIKSSON, hablando en nombre de los miembros del grupo de los Estados de Europa occidental y otros Estados, se asocia a la bienvenida dada al Sr. Njenga y a las expresiones de reconocimiento por su exposición. Por su parte, tiene los más gratos recuerdos de su trabajo con el Sr. Njenga en las Naciones Unidas, especialmente en cuanto colegas en la Comisión y en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. A este respecto, observa con satisfacción que el Comité mantiene vivo su interés en el derecho del mar. Existen sobradas razones para agradecer al Comité su lealtad respecto de la labor de la Comisión, la que queda una vez más de manifiesto en las sugerencias concretas hechas sobre la labor futura de la Comisión, que se tendrán seriamente en cuenta.

28. De ser posible, sus colegas de los servicios jurídicos de los Estados nórdicos asisten a los períodos de sesiones del Comité pues esa experiencia es siempre útil.

29. El Sr. VERESHCHETIN, hablando en nombre de los miembros de los Estados de Europa oriental, expresa su más caluroso reconocimiento al Sr. Njenga por su interesante exposición acerca de las actividades del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano. Su informe es valioso para la Comisión, que no trabaja en el aislamiento pues sus temas son de interés directo para los especialistas en derecho internacional de las diversas regiones del mundo. Como su país, la Federación de Rusia, está situado tanto en Europa como en Asia, los juristas rusos especialistas en derecho internacional, como el propio orador, tienen especial interés en la labor del Comité. Otro motivo que justifica ese interés es el surgimiento de nuevos Estados asiáticos que antes eran parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Las actividades del Comité serán muy útiles para esos nuevos países que todavía no disponen de muchos especialistas en derecho internacional y los vínculos que establezcan con el Comité serán, pues, muy valiosos para ellos. El Sr. Vereshchetin confía en que las excelentes relaciones de cooperación entre la Comisión y el Comité se fortalezcan todavía más en el futuro.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

2276.ª SESIÓN

Viernes 19 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis* y

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El Sr. PELLET dice que sus observaciones se referirán al conjunto del cuarto informe (A/CN.4/444 y Add.1 a 3), aun cuando el documento A/CN.4/444/Add.2 no se ha publicado todavía en francés, y a las exposiciones correspondientes que figuran en el tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1).

2. En la 2274.ª sesión explicó por qué compartía la opinión del Relator Especial sobre el principio de la inclusión de contramedidas en el proyecto de artículos, a la vez que manifestó su simpatía por las preocupaciones de los miembros de la Comisión que han subrayado que si no se toman precauciones las contramedidas se convierten en un arma en manos de los más fuertes y contribuyen a reforzar un orden internacional injusto en nombre del derecho.

3. Le parece pues indispensable que el régimen jurídico de las contramedidas adoptadas en respuesta a un hecho ilícito se inspire en el deseo de no conceder ventajas indebidas a los Estados poderosos sino, por el contrario, permitir que todos los Estados hagan respetar sus derechos cuando éstos son lesionados. En efecto, no se trata en este caso de hacer respetar el derecho internacional en

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

general sino de reaccionar frente a una infracción del derecho internacional de la que es víctima el Estado que reacciona. Esto se deriva directamente del plan general del proyecto de artículos establecido desde 1975[4], cuya primera parte se refiere a las condiciones en que entra en juego la responsabilidad y la segunda a la determinación de sus consecuencias. Estas consecuencias son la reparación y, en su caso, las contramedidas, que, si el orador ha comprendido bien el tercer informe, el Relator Especial define como el conjunto de medidas a las que puede recurrir un Estado ante una infracción del derecho internacional que le causa un perjuicio, definición que debía figurar en el proyecto de artículos. El perjuicio o el daño desempeña aquí un papel fundamental, el mismo que desempeña la infracción en la primera parte del proyecto de artículos. La infracción es el hecho generador de la responsabilidad, el perjuicio es la condición fundamental de las reacciones frente a lo ilícito. De no existir daño no caben ni la reparación ni las contramedidas. Esta idea aflora por otra parte en el artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos[5] y parece que debe ser la base del proyecto de artículo 11. Si no es así, convendría expresar con más claridad el nexo entre la posibilidad de recurrir a contramedidas y la existencia de un daño, lo cual es tanto más necesario cuanto que en el párrafo 2 del cuarto informe y en los dos primeros párrafos del capítulo II del tercer informe, que introducen esta disposición, se subraya exclusivamente no el daño sino el hecho internacionalmente ilícito. Ahora bien, al no interesarse por el hecho internacionalmente ilícito sino como condición de desencadenamiento de las contramedidas, se llega a confundir la responsabilidad propiamente dicha y sus consecuencias. Esto supondría volver a la concepción positivista clásica que asimilaba la responsabilidad y la reparación. En otros términos, pese al silencio de los dos informes sobre este punto, ¿se entiende que la referencia al Estado lesionado en el proyecto de artículo 11 implica que este Estado, autor de las contramedidas, ha de haber sufrido una vulneración de un derecho jurídicamente protegido, lo que se enuncia con bastante claridad en el artículo 5[6], que se traduce en un daño, lo que no se dice expresamente en el artículo 5, siendo así que los proyectos de artículos 7 y 8 examinados en el 41.° período de sesiones[7] mantienen el daño como condición de la reparación?

4. No se trata de una cuestión puramente teórica pues tiene muchos efectos prácticos. En efecto, si se prescinde del daño en el sentido estricto del término, consistente en una violación concreta de un derecho subjetivo, y si se admite la idea de que basta un simple daño jurídico, idea que el orador por su parte rechaza, se termina admitiendo que toda violación del derecho puede entrañar contramedidas, aunque concretamente el Estado que las adopte no haya sufrido ninguna consecuencia negativa de la violación invocada. Así es como a los más fuertes les resulta fácil constituirse en enderezadores de entuertos, gendarmes del mundo y, con el pretexto de hacer cesar el hecho ilícito, hacer triunfar no el derecho sino la concepción particular que de él puedan tener.

5. El orador reconoce que el Relator Especial cuida de precisar que la función de las contramedidas no es castigar, pero al mismo tiempo rehúsa decirlo expresamente en el proyecto de artículos y, siendo así que indica que no habla más que de delitos, dedica largas exposiciones a las reacciones frente a violaciones de obligaciones *erga omnes*, que sin duda no son todas crímenes pero que a menudo lo son. Si el orador está dispuesto a admitir que los crímenes pueden entrañar castigos no sucede lo mismo con las simples infracciones.

6. Esta consideración conduce al orador a abrir un paréntesis. Los informes tercero y cuarto del Sr. Arangio-Ruiz le parecen totalmente paradójicos. El Relator Especial señala que no habla de crímenes, cuyo estudio tiene el propósito de abordar ulteriormente, pero en realidad trata de ellos en forma extensiva. La gran mayoría de los ejemplos que da de violaciones del derecho internacional está constituida por recursos a la fuerza armada, actos de terrorismo, secuestros de diplomáticos, intervenciones masivas en los asuntos internos de los Estados, y la propia enumeración de las contramedidas prohibidas que hace en el proyecto de artículo 14 muestra que de hecho no puede resistir la fascinación que ejerce sobre él la noción de crimen. La cuestión del recurso a la fuerza, la violación de los derechos fundamentales de la persona, la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y el respeto de las demás normas de *jus cogens* no presentan interés alguno si se trata de otra cosa que no sean crímenes. La exigencia de la proporcionalidad prohíbe de todas maneras medidas de este género si sólo tienen por objeto responder a delitos. Hay ahí una ambigüedad fundamental: el informe y los proyectos de artículos parecen referirse a la vez a crímenes y a delitos.

7. Volviendo a las contramedidas, el orador dice que le parece, en primer lugar, que no tienen ninguna función punitiva, sin la cual estarían reservadas únicamente a los Estados poderosos; en segundo lugar, que están exclusivamente vinculadas a la reparación, o más exactamente a la imposibilidad de obtener una reparación o al riesgo de que sea imposible obtenerla; y, en tercer lugar, que por consiguiente sólo pueden ser utilizadas si el Estado que recurre a ellas ha sufrido un daño. Por lo demás, se puede interpretar en este sentido el proyecto de artículo 11 pero, tal como está redactado actualmente, este proyecto no ofrece plenas seguridades sobre este punto, sobre todo a la luz de los comentarios relativos al mismo. Conviene sin embargo evitar toda derivación de las contramedidas hacia un sistema generalizado de aplicación imperativa del derecho internacional en el que todo Estado, si no se toman precauciones, pueda adoptar contramedidas para imponer no ya el respeto de sus propios derechos sino el del derecho en general. Existen mecanismos para ello, a saber, las sanciones que pueden adoptar algunos órganos internacionales, como el Consejo de Seguridad, de los que habla el Relator Especial en su tercer informe, pero sobre los cuales se muestra discreto en su cuarto informe. El Relator Especial tiende a tener de las contramedidas nacionales una concepción muy amplia que las emparenta con sanciones; en tal caso deberían

[4] *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 60 a 64, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

[5] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 30.

[6] Véase 2275.ª sesión, nota 5.

[7] Para el texto y un resumen del debate, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), págs. 77 y 78, párrs. 229 y 230, y págs. 81 y ss., párrs. 256 a 301.

corresponder a la competencia de un órgano internacional. El orador toma como prueba un comentario del cuarto informe que le parece y que teme revelador: «las medidas unilaterales o de autotutela seguirán constituyendo por fuerza, durante mucho tiempo, el alma del régimen jurídico de la responsabilidad de los Estados». Con ello, el Relator Especial subestima gravemente la mutación fundamental que constituye el Pacto de la Sociedad de las Naciones, confirmada por la Carta de las Naciones Unidas y a la que el nuevo estado del mundo da sin duda una nueva oportunidad de afirmarse de manera más concreta.

8. Por eso el orador se ve obligado a expresar una reserva bastante firme con respecto a otra omisión, comprobada en el proyecto de artículo 12. Este proyecto se refiere esencialmente a la solución de las controversias, lo que remite de manera implícita al Capítulo VI de la Carta. ¿Pero qué sucede entonces con el Capítulo VII? En el cuarto informe, el Relator Especial se refiere exclusivamente a los párrafos 3 y 4 del Artículo 2 y a los Artículos 33 a 38 de la Carta, sin decir nada del Capítulo VII. Ahora bien, el recurso a las medidas que se prevén en el Capítulo VII de la Carta parece constituir, en opinión del Sr. Pellet, el primer límite indispensable a la utilización unilateral de contramedidas. Si el Consejo de Seguridad ha decidido aplicar sanciones, conforme a los Artículos 41 y 42 de la Carta, parece más que dudoso que los Estados puedan no preocuparse por ello y continuar aplicando las medidas de su invención, exactamente de la misma manera que la legítima defensa individual o colectiva sólo es aceptable en caso de agresión, según el Artículo 51,

> [...] hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Si el Consejo de Seguridad ha decidido adoptar medidas en el sentido de los Artículos 41 y 42, los Estados ya no son libres de decidir adoptar contramedidas con arreglo a su voluntad.

9. El orador considera pues necesario completar el proyecto de artículo 12 a fin de hacer ver que las contramedidas no podrán aplicarse sino en la medida en que un órgano internacional competente no haya decidido aplicar sanciones. Por otra parte, piensa que esta omisión responde a un propósito deliberado por parte del Relator Especial. La restricción que el orador propone a las contramedidas parece en efecto discutida en su principio por el Relator Especial, al menos en el capítulo VII de su cuarto informe, en el que niega la existencia de regímenes autónomos de reacción frente a lo ilícito. Al orador no le convence del todo esta argumentación y, en todo caso, no está seguro de que la hipótesis que mantiene sea la del capítulo VII del cuarto informe. En efecto, tiene la convicción de que las conclusiones del Relator Especial no son válidas si un órgano internacional facultado para adoptar sanciones las adopta, como tampoco si un órgano jurisdiccional como la CIJ ha indicado medidas cautelares en el marco de una controversia que se le haya sometido.

10. El proyecto de artículo 12 suscita en el orador otras vacilaciones, más anodinas. En lo que respecta al párrafo 1, es bastante escéptico, al igual que el Sr. Bowett (2274.ª sesión), sobre el fundamento de la exigencia del agotamiento de los procedimientos de solución amistosa disponibles. Es indiscutible que el Estado considerado responsable de una infracción que ha causado un daño debe aceptar un procedimiento de solución amistosa del litigio; pero que el Estado víctima deba esperar hasta que hayan fracasado todos los medios de solución disponible parece discutible y además contrario a la jurisprudencia más clara sobre este punto, la del arbitraje francoamericano dictado en 1978 en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos*[8]. Además, tal exigencia penalizaría a los Estados que han aceptado el mayor número posible de los medios de solución de controversias. Si las negociaciones son el único medio disponible, los Estados podrían tomar contramedidas con bastante rapidez; en cambio, un Estado que respete el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que se haya comprometido a resolver mediante toda una serie sucesiva de medios de solución las controversias que le enfrenten a otros Estados deberá esperar indefinidamente antes de poder tomar contramedidas, lo que parece constituir una desigualdad inaceptable en derecho.

11. Esta objeción, de carácter quizá un poco teórico, se añade a los inconvenientes prácticos de la solución adoptada por el Relator Especial. Sería a la vez más realista y más razonable decir que las contramedidas no deben suponer un obstáculo a la solución amistosa de la controversia ni agravarla. Si se presentan así las cosas sería más lógico trasladar el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 12 así redactado al proyecto de artículo 14. Una contramedida que impida o haga más difícil la solución amistosa debería estar y probablemente está prohibida por el derecho internacional.

12. El párrafo 3 del proyecto de artículo 12 debería trasladarse también al proyecto de artículo 14, por estar naturalmente prohibidas las contramedidas que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales. Queda entonces el párrafo 2 del proyecto de artículo 12 que constituiría, con el apartado *b* del párrafo 1, el único objeto real del proyecto de artículo 12. Este proyecto de artículo podría redactarse de una manera más sencilla que el texto actual; en lugar de prever una cascada de excepciones se podría decir simplemente que el Estado lesionado puede recurrir a contramedidas, primero, si el Estado al que puede atribuirse el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la búsqueda de una solución amistosa; segundo, si no ha intervenido previamente un órgano internacional competente para decidir la adopción de sanciones o medidas cautelares; tercero, si el Estado al que puede atribuirse el hecho internacionalmente ilícito no respeta esta sanción o estas medidas cautelares; y cuarto, a reserva de que la intención de recurrir a contramedidas haya sido comunicada en la forma y en el momento debidos.

13. El proyecto de artículo 13 no plantea problemas, contrariamente al proyecto de artículo 14 en su nueva versión. En primer lugar, el orador estima que una parte del actual proyecto de artículo 12 debería incorporarse, como ya lo ha dicho, al proyecto de artículo 14. En segundo lugar, hay algunas dudas sobre la formulación del inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1. Sería más simple

[8] Véase 2267.ª sesión, nota 8.

decir que están prohibidas las contramedidas que lesionan derechos de terceros. En tercer lugar, se pregunta si el proyecto de artículo 14 no encierra redundancias. En el inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 se prevé con razón la imposibilidad de vulnerar las normas imperativas de derecho internacional general, pero nadie discute que entre esas normas figuran por lo menos la prohibición del recurso a la fuerza, la protección de los derechos humanos fundamentales y sin duda normas fundamentales de la representación diplomática. En este caso, el apartado *a* y los incisos i) y ii) del apartado *b* del párrafo 1 y el párrafo 2 parecen superfluos. No se trata de transcribir todo el derecho internacional sino de extraer los principios generales aplicables en materia de responsabilidad. La Comisión corre el riesgo de enredarse en debates interminables si con ocasión de estos trabajos trata de enumerar las diferentes normas de *jus cogens*.

14. En lugar de simplificar los apartados *a* y *b* del párrafo 1 previstos en la versión precedente, el Relator Especial propone un texto que puede complicar la tarea de la Comisión, en particular separando en dos párrafos las disposiciones relativas al recurso a la fuerza. El orador figura entre quienes piensan, como por otra parte el propio Relator Especial, que, en efecto, la prohibición enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas no se refiere únicamente a la fuerza armada y que más allá de un cierto umbral de coerción el recurso a la fuerza, incluso a la fuerza no armada, está prohibido por el derecho internacional contemporáneo. Su objeción no se refiere pues al fondo de las propuestas del Relator Especial sino al método excesivamente analítico que parece elegir. Por razones que probablemente son diferentes de las del Sr. Rosenstock (2275.ª sesión), está de acuerdo con él en que no es necesario lanzarse a un debate que varias generaciones de diplomáticos y de juristas no han logrado zanjar. Sería preferible no detallar las normas de *jus cogens* y por lo tanto no mencionar expresamente la prohibición del recurso a la fuerza ni los principios fundamentales que protegen a la persona humana. Si la Comisión quiere a toda costa hacer mención del recurso a la fuerza debería emplear una de esas fórmulas suficientemente ambiguas y tan frecuentes en derecho internacional como: «Un Estado lesionado no deberá recurrir como contramedida a la amenaza o el empleo de la fuerza en contra de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas» o «[...] a la amenaza o el empleo de la fuerza prohibidos por el derecho internacional».

15. El orador se abstendrá de hacer observaciones sobre el proyecto de artículo 5 *bis* pues ello le llevaría a expresar dudas sobre el fundamento de las definiciones dadas en el propio proyecto de artículo 5, aprobado en primera lectura, que no convendría cuestionar de nuevo en la fase actual de los trabajos.

16. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que estima, quizá equivocadamente, que el trabajo que realiza en el seno de la Comisión es el de universitario. No se considera en modo alguno como un diplomático o como un político. Como universitario, no le importaba, dentro de límites, ser más bien original. Por eso cuando algunos miembros de la Comisión no comparten sus opiniones o no aprueban sus proyectos de artículos o alguna parte de sus informes, en cierto sentido le complace, pues significa que su trabajo no ha sido del todo inútil. Por lo tanto, no se siente ofendido en lo más mínimo cuando un miembro de la Comisión expresa, incluso con gran énfasis, opiniones diferentes de las suyas. Pero hay cosas que le es difícil aceptar. El orador anterior, al comienzo de su declaración ha dicho que reconoce como el Relator Especial que hay que tratar de las contramedidas. Ha tratado de las contramedidas no porque sea idea suya sino porque forman parte del programa de trabajo adoptado desde hace largo tiempo por la Comisión. El anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, ya había abordado la cuestión. El mismo orador ha añadido que, no obstante, hay que reglamentar las contramedidas de manera que se eviten los abusos por parte de los Estados poderosos y ricos en detrimento de los Estados débiles y pobres. Eso es precisamente lo que ha escrito el Relator Especial en los párrafos introductorios de su tercer informe y lo que ha repetido en sus declaraciones durante el período de sesiones anterior y en el período de sesiones en curso. Ha hecho lo posible por expresar con toda claridad, tanto por escrito como verbalmente, lo que pensaba de la diferencia entre los fuertes y los débiles y de la necesidad de tomar en cuenta esa diferencia a fin de eliminar o reducir la ventaja de los fuertes. No ve pues ninguna razón para volver sobre este punto como si no se hubiera tratado.

17. Por lo que respecta al fondo, se ha dicho que el hecho de utilizar la noción de perjuicio para definir al Estado lesionado y para definir al Estado que tiene derecho a recurrir a contramedidas podía resultar ventajoso para los Estados fuertes. El Relator Especial desearía saber en qué sentido sería posible suponer que al basarse en el mismo concepto de un Estado lesionado formulado en el artículo 5 del proyecto aprobado por la Comisión, y repite, por la Comisión, en primera lectura, está favoreciendo a los Estados fuertes con perjuicio de los débiles.

18. Se ha hablado de los derechos humanos y se ha dicho que las violaciones de los derechos humanos son crímenes. Es verdad que esas violaciones constituyen a veces crímenes o muy graves infracciones, pero hay otras que no son igualmente graves y a las cuales deben reaccionar los Estados, incluidos los que no han sufrido ningún daño pero que se han visto lesionados en su derecho a que los derechos humanos sean respetados por todos los Estados que tienen la obligación de respetarlos en virtud del derecho internacional. Comparando lo que el Relator Especial ha hecho en sus informes tercero y cuarto y lo que hizo en sus informes preliminar[9] y segundo[10], se ha empleado la palabra «paradójico». En sus dos primeros informes, el Relator Especial dijo que trataría por separado los crímenes en una fase ulterior, mientras que en sus informes tercero y cuarto ha mencionado con frecuencia ejemplos o casos de hechos que son crímenes y no simples delitos. Cuando emprendió la tarea que se le ha confiado, el Relator Especial declaró que no estaba preparado para abordar inmediatamente los crímenes pues, a la sazón, por lo menos un miembro de la Comisión pensaba que los crímenes debían tratarse en primer lugar. El Relator Especial declaró con toda humildad que

[9] *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/416 y Add.1.

[10] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/425 y Add.1.

no sabía de los crímenes nada más que lo que se decía en el artículo 19 de la primera parte del proyecto[11] y que prefería ejecutar su tarea partiendo de lo que sabía o por lo menos de lo que le era menos ajeno para avanzar progresivamente hacia lo desconocido. De hecho, la convicción a la que llega el Relator Especial es que no existe una clara línea de demarcación entre lo que se denomina crímenes y lo que se denomina delitos; unos y otros se sitúan en un continuo, los crímenes son los delitos más graves entre los hechos internacionalmente ilícitos. Por eso, cuando se comienza a tratar de las consecuencias es quizás más difícil hacer una separación bien neta entre los delitos y los crímenes de lo que se podría pensar a primera vista. Pero, de todas formas, el Relator Especial no ha mencionado solamente casos de crímenes en sus informes tercero y cuarto. Y algunas «simples» violaciones de los derechos humanos, siendo hechos ilícitos, no son los hechos ilícitos que quienes creen en una distinción bien neta califican de crímenes. Cabe preguntarse también si una violación contra un ser humano es mucho menos grave que una violación contra millares de seres humanos.

19. En cuanto a la idea de la función punitiva de las contramedidas, el Relator Especial sabe muy bien que la mayoría de los miembros de la Comisión y de los gobiernos no la acoge favorablemente. Por esta razón, respetuoso de este sentimiento general y habiendo sostenido y sosteniendo que el proyecto de artículo 10 contiene quizá un elemento de castigo, ha explicado por qué ha titulado de esa manera el artículo 11 y ha precisado que no quiere tocar la cuestión de si las contramedidas tienen o no una finalidad punitiva, aunque es difícil negar, en su opinión, que los Estados recurren a las contramedidas no sólo para obtener reparación sino que también para infligir un castigo. También ha explicado que aun las formas más discretas de reparación desempeñan, después de todo, una implícita función punitiva. Con todo, aun sobre la función de las contramedidas el mismo orador ha encontrado argumentos para afirmar que este Relator Especial debería ser calificado de partidario de los poderosos contra los débiles y de los ricos contra los pobres. Al parecer por razón de que el castigo es atributo sólo de los poderosos contra los débiles, sólo de los ricos contra los pobres. Esto es totalmente falso. El Relator Especial ha mencionado en su informe dos casos en que dos pequeños Estados en desarrollo han adoptado una actitud punitiva con respecto a dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

20. Por lo que se refiere a la omisión de toda referencia al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Relator Especial señala que a propósito de los procedimientos de solución pacífica de las controversias ha mencionado los párrafos 3 y 4 del Artículo 2 de la Carta, el Capítulo VI de la Carta y todos los instrumentos pertinentes. ¿Por qué habría tenido que mencionar el Capítulo VII de la Carta? De hecho, al Relator Especial no le agrada mucho la forma en que el Capítulo VII ha podido y puede todavía dar lugar a abusos, precisamente por parte de los poderosos. Considera singular pues que el orador en cuestión le haya considerado públicamente como alguien que apoya a los poderosos contra los débiles, a los ricos contra los pobres. Lo que hace es exactamente lo contrario y mejor que nadie, salvo quizás los débiles y los pobres mismos.

21. Pasando a referirse por último a las opiniones del mismo orador respecto al *jus cogens*, el Relator Especial recuerda que en la sesión precedente dijo claramente que más de un lector podría preguntarse sobre la oportunidad de mencionar expresamente en el artículo 14 las contramedidas prohibidas, dado que algunas de ellas, pero no todas, son o pueden ser consideradas como contrarias al *jus cogens*. El Relator Especial recuerda que ha dado las dos razones, a su juicio muy sólidas, que han motivado su elección.

22. El Relator Especial concluye diciendo que no hay nada peor que atribuir a alguien opiniones que jamás ha expresado con el solo propósito de criticar más fácilmente.

23. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que el tema en estudio, que pone en juego los conceptos de guerra, intervención y actos unilaterales que afectan a terceros Estados, es perturbador pero no obstante hay que estudiarlo. En este sentido, el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) y la presentación que de él se ha hecho son de suma utilidad, tanto más cuanto que el tema es muy polémico en la medida en que afecta a esferas sensibles de lo que se considera como el privilegio de las Potencias y complejo porque ningún país puede pretender que tiene justamente el privilegio, el monopolio de la intervención y del empleo de la fuerza. Existen en todos los continentes países que, a despecho de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional, se entregan a actos de intervención y emplean la fuerza, y países que resultan lesionados por esos hechos.

24. El Relator Especial ha planteado bien su concepción del alcance de la responsabilidad, las condiciones en que las represalias que implican la amenaza o el empleo de la fuerza hacen nacer la responsabilidad de su autor y los casos y las condiciones en que sería posible reglamentar el recurso a las represalias.

25. Refiriéndose a la tesis propuesta por el Sr. de Saram, según la cual algunos hechos ilícitos que generan la responsabilidad del Estado cesan de ser ilícitos en ciertas condiciones, el orador se pregunta cuándo, en qué condiciones y en qué circunstancias es así. En todos los ordenamientos jurídicos nacionales, el estado de necesidad y la legítima defensa excluyen la responsabilidad penal para no mantener más que la responsabilidad civil en ciertos casos. El Estado tiene el monopolio del empleo de la fuerza, pero este último está reglamentado por la constitución, la legislación y los tratados en que el Estado considerado sea parte. Todo abuso se reprime y entraña una responsabilidad, incluida la del Estado. Esta teoría podría trasponerse al derecho internacional.

26. En la esfera de las difíciles relaciones entre Estados, la cuestión del empleo de la fuerza suscita indefectiblemente polémicas, aunque existe un movimiento permanente que milita contra el empleo de la fuerza a título de represalias. Se trata en este caso de determinar cuándo y en qué casos podría justificarse el empleo de la

[11] Véase 2261.ª sesión, nota 8.

fuerza en la adopción de represalias y no generar la responsabilidad del Estado. ¿Qué margen de tolerancia convendría admitir?

27. Si en derecho interno el estado de necesidad y la legítima defensa autorizan el empleo de la fuerza, en derecho internacional debe existir un vínculo estrecho entre esta noción del empleo de la fuerza, de una parte, y el estado de necesidad o la legítima defensa, de otra, con el fin de prohibir el empleo de la fuerza a modo de represalias. La legítima defensa no puede asimilarse a las represalias ni justificarlas.

28. A juicio del Sr. Villagrán Kramer, la intervención es ilícita y lo es porque existe una norma que consagra su ilicitud: las disposiciones de los párrafos 4 y 7 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Y en los años transcurridos desde 1965 esta norma ha sido reafirmada por la Asamblea General en diversas resoluciones, en particular la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía[12], 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[13], la Definición de la agresión[14], la resolución sobre la no injerencia en los asuntos internos de los Estados[15], la Declaración sobre la afirmación y consolidación de la distensión internacional[16], la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados[17]. Si los gobiernos han declarado así en diversos períodos que la intervención es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y al derecho internacional, la Comisión no puede desconocer la dimensión política y jurídica de este fenómeno. Es cierto que algunos argumentan que muchas de las resoluciones de la Asamblea General tienen un valor simplemente declaratorio y carecen de fuerza obligatoria. De hecho, el Sr. Villagrán Kramer no cree que todas las resoluciones de la Asamblea General tengan un valor puramente declaratorio. ¿Acaso no fue invocada incluso por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad al final de la guerra de Corea la resolución titulada «Unión pro paz»?[18]

29. Se plantea pues la cuestión de si estos textos debidamente adoptados por un órgano competente producen efectos jurídicos. El orador cree que sí y la razón para creerlo es que la CPJI ha dicho que la forma en que las partes interpretan y ejecutan un tratado concertado entre ellas les obliga. Esto es válido también para las resoluciones adoptadas por la Asamblea General, que enuncian normas secundarias con relación a las reglas primarias que enumera la Carta de las Naciones Unidas. Las resoluciones de la Asamblea General tienen pues un gran valor. Por lo menos el orador está personalmente convencido de ello.

30. Volviendo a la cuestión de saber si conviene o no prohibir en forma general las represalias, el orador señala que, al igual que el Sr. Shi (sesiones 2267.ª y 2273.ª), se inclina a creer que teóricamente tal prohibición general está perfectamente fundada. Sin embargo, no existen normas que prohíban las represalias cuando no implican el recurso unilateral a la fuerza. ¿Hay que deducir en esas circunstancias que lo que no está expresamente prohibido es admisible y por consiguiente preguntarse en qué medida este comportamiento admisible puede generar responsabilidades? Cabe señalar que en algunos sistemas regionales que forman parte de sistemas autónomos, como el sistema interamericano, las represalias están expresamente prohibidas, impliquen o no el recurso a la fuerza. Eso es lo que se desprende por ejemplo del artículo 22 (antes 19) de la Carta de la OEA[19]. Otros sistemas, como el GATT, admiten por el contrario el recurso a represalias en el plano económico. Los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea anuncian incluso las represalias que se proponen ejercer con el fin de favorecer la apertura de negociaciones y obtener así satisfacción. Se trata pues de saber si existen en el plano internacional normas limitativas de las represalias que no implican el recurso de la fuerza. A este respecto, el orador señala a la atención de la Comisión la resolución 36/103 de la Asamblea General, que contiene en anexo la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados, y en particular sobre el apartado *k* de la sección II de esta Declaración, en el que se dice expresamente:

> [...] el deber de un Estado de no [...] adoptar medidas de represalia o de bloqueo económico multilaterales o unilaterales y de impedir el uso de empresas transnacionales y multinacionales bajo su jurisdicción o control como instrumentos de presión y coerción política contra otro Estado, en violación de la Carta de las Naciones Unidas.

Es verdad que no todos los Estados votaron en favor de esta resolución, pero este texto prohíbe de alguna manera las represalias y esta prohibición, pronunciada por la Asamblea General en ejercicio de las facultades que le concede la Carta de las Naciones Unidas, tiene un enorme peso político que la Comisión debe tener en cuenta. Dado que en el plano regional las represalias o están totalmente prohibidas, como en el caso de la OEA, o son admisibles, como en el del GATT, conviene llegar a una transacción para poder avanzar. La lectura de la Carta debe ser un proceso dinámico y sobre esta base el Relator Especial ha buscado un fundamento jurídico a la limitación de las medidas de represalias. El orador no puede menos que apoyarlo en ese esfuerzo, pero lo insta a considerar la posibilidad de reducir más aún el campo de la licitud de las represalias, siguiendo así la tendencia general que parece vislumbrarse en el mundo actual.

31. El Sr. FOMBA señala que las soluciones y los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial en su cuarto informe se basan en un estudio más a fondo de la práctica y de la doctrina. A propósito de las contramedidas, desea precisar de entrada que suscribe globalmente el punto de vista expresado por el Relator Especial y

[12] Véase 2265.ª sesión, nota 6.

[13] *Ibid.*, nota 5.

[14] Véase 2267.ª sesión, nota 11.

[15] Resolución 31/91 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1976.

[16] Resolución 32/155 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1977.

[17] Resolución 36/103 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1981, anexo.

[18] Resolución 377 (V) de la Asamblea General, de 3 de noviembre de 1950.

[19] Véase 2267.ª sesión, nota 9.

el Sr. Pellet (2274.ª sesión), cuya argumentación es contraria a la sostenida por el Sr. Shi (sesiones 2267.ª y 2273.ª).

32. En lo que concierne a los requisitos y funciones de las contramedidas, en el plano jurídico y político parece evidente que la aplicación de contramedidas debe subordinarse a la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Este postulado no requiere comentario especial, salvo tal vez sobre la cuestión de saber si hay que tener en cuenta efectivamente la buena fe o el error excusable del Estado que recurre a las contramedidas sin que se haya producido un hecho internacionalmente ilícito cuando se trate de evaluar el grado de responsabilidad de ese Estado, como afirma el Relator Especial. En efecto, cabe preguntarse en qué medida el Estado lesionado tiene derecho a equivocarse. Por lo que respecta a la función de las contramedidas, el orador aprueba las conclusiones formuladas por el Relator Especial en la materia. En cuanto a la protesta, intimación, conminación o demanda de cesación y reparación, apoya la propuesta del Relator Especial relativa a la elaboración de una norma específica en la materia. Por lo que se refiere al fondo de la comunicación requerida, desearía no obstante saber en qué es diferente la solución «menos fastidiosa» preconizada por el Relator Especial de la posición expresada por el Sr. Bowett (2274.ª sesión), que sostiene que se trata aquí no de un requisito previo sino más bien de una obligación paralela. El orador comparte también el punto de vista del Relator Especial en cuanto a la cuestión de la demora y apoya la idea de que las medidas cautelares no deben sustraerse a ciertos requisitos previos mínimos.

33. En lo que concierne al efecto de las obligaciones de solución pacífica de las controversias, el Sr. Fomba no tiene inconveniente alguno en responder afirmativamente a la cuestión planteada en la tercera deducción de la conclusión del capítulo II del cuarto informe. A propósito del debate sobre el proyecto de artículo 10, conviene subrayar el alcance jurídico del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos jurídicos contemporáneos. El Sr. Fomba estima finalmente que los tres elementos de análisis propuestos por el Relator Especial son pertinentes y que, efectivamente, habría que desarrollar el derecho de la solución de las controversias; para ello, la Comisión debe dar pruebas de una cierta audacia, al mismo tiempo que de prudencia y realismo.

34. Pasando a los proyectos de artículos propuestos, el Sr. Fomba desearía saber si por la expresión «... no hayan obtenido... la respuesta debida...» que figura en el proyecto de artículo 11 hay que entender «no hayan recibido respuesta alguna». Comprueba, por otra parte, que la contramedida se define en este texto —de manera implícita— como el hecho de que un Estado lesionado no cumpla una o varias de sus obligaciones para con el Estado autor del hecho ilícito pero que no se emplea el término «contramedida». Convendría quizá mencionar por lo menos el término «medida», tanto más cuanto que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo 12. Este es satisfactorio en términos generales, pero en el apartado *b* del párrafo 1 el término «intención» es demasiado vago y habría que precisar que se trata de la intención de tomar contramedidas. Finalmente, el Sr. Fomba no tiene ninguna dificultad en aceptar las excepciones a la obligación previa de agotamiento de los procedimientos de solución amistosa previstas en el párrafo 2 de este proyecto de artículo, al igual que la excepción a estas excepciones que se enuncia en el párrafo 3. Ulteriormente se referirá a los proyectos de artículos 13 y 14.

35. El Sr. YANKOV da las gracias al Relator Especial por su excelente informe que contiene no sólo un estudio más a fondo de la cuestión considerada sino también una serie de proyectos de artículos sobre los elementos constitutivos de las contramedidas, sus requisitos de aplicación, sus funciones y las limitaciones a su ejercicio que en muchos aspectos mejoran en cuanto al fondo el proyecto de artículo sobre el mismo tema elaborado por el anterior Relator Especial.

36. El proyecto de artículo 11 propone una definición general del concepto de contramedidas sobre la base de la idea de que la existencia de un hecho internacionalmente ilícito es la condición fundamental de toda contramedida. Aun aprobando el texto propuesto, tanto en cuanto al fondo como en cuanto a la forma, el Sr. Yankov desearía saber por qué se ha sustituido la frase «podrá, como medida de represalia, suspender el cumplimiento de sus demás obligaciones para con el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito», que figuraba en el texto propuesto para este mismo artículo (antiguo artículo 8[20]) por el anterior Relator Especial, por las palabras «podrá... abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado». La primera formulación era más flexible y se podía deducir de ella que el Estado lesionado no cumpliría sus obligaciones temporalmente, mientras que el texto actual hace pensar que se trata de una decisión definitiva. Por otra parte, sin desear insistir en este punto, el orador sugiere al Relator Especial que piense en la posibilidad de indicar de una manera u otra que las obligaciones que el Estado lesionado no cumpliría corresponderían a las que han sido violadas. Esto puede naturalmente limitar el alcance de las contramedidas y, por consiguiente, la libertad de acción del Estado lesionado, pero sería también un medio de prevenir toda tentativa de abuso por parte del Estado más poderoso.

37. En lo que respecta al proyecto de artículo 12, el Sr. Yankov comparte la opinión expresada por el Sr. Bowett y otros oradores según la cual la condición enunciada en el apartado *a* del párrafo 1 sería inaplicable en la práctica. El agotamiento de los procedimientos de solución amistosa debería ser no una condición previa sino una obligación paralela a las contramedidas tomadas por el Estado lesionado. Por otra parte, el Sr. Yankov opina que el texto actual del párrafo 3 del proyecto de artículo 12 no es muy claro, puesto que no establece distinción expresa entre las contramedidas y las medidas cautelares previstas en el artículo 41 del Estatuto de la CIJ.

38. El proyecto de artículo 13, que trata de la proporcionalidad, no plantea ningún problema especial. A juicio del orador, la proporcionalidad es un elemento esencial de toda contramedida y constituye una garantía contra los abusos del derecho de recurrir a represalias.

---

[20] Véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 21, nota 66.

Señala, no obstante, que las palabras «manifiestamente desproporcionado», utilizadas por el anterior Relator Especial en el párrafo 2 del artículo 9 del proyecto de artículos que propuso, no figuran ya en el texto propuesto por el actual Relator Especial y desearía que se le diesen aclaraciones sobre este punto.

39. Por lo que respecta al proyecto de artículo 14, por cuyo nuevo texto hay que felicitar al Relator Especial, el orador tiene dudas en cuanto a la utilidad del párrafo 2 en su forma actual, como interpretación del sentido del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En efecto, puede debilitar el alcance de la disposición que figura en el apartado *a* del párrafo 1 o suscitar una controversia sobre un artículo relativo a la prohibición del empleo de la fuerza. Por otra parte, la expresión «actividad normal» que figura en el inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 es muy general y demasiado vaga. Lo que es más, no son únicamente los posibles afectados los diplomáticos. Puede verse afectada también la inviolabilidad de las misiones diplomáticas, su material o sus archivos. Sería preferible, pues, a su juicio, recoger los términos que figuran en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 y sustituir «actividad normal» y las palabras que siguen por «el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas».

40. Para terminar, el Sr. Yankov subraya la necesidad de no perder de vista la importancia de los «regímenes autónomos» y adoptar un enfoque más flexible, siguiendo el modelo de algunas otras convenciones que existen ya en esta esfera. Felicitando al Relator Especial por su notable trabajo, recuerda que conviene utilizar en la mayor medida posible los proyectos de artículos propuestos por el anterior Relator Especial. Finalmente, propone que se remita al Comité de Redacción el proyecto de artículo sobre las contramedidas.

Clausura del Seminario sobre derecho internacional

41. El PRESIDENTE concede la palabra al Sr. Blanca, Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, para la ceremonia de clausura de la 28.ª reunión del Seminario sobre derecho internacional.

42. El Sr. BLANCA (Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra) recuerda que cuando acogió a los participantes en la 28.ª reunión del Seminario sobre derecho internacional expresó el deseo de que esta reunión se desarrollara en un ambiente constructivo y de apertura y constituyera para todos una experiencia enriquecedora. Este deseo se ha convertido en realidad y las diversas conferencias pronunciadas por los eminentes miembros de la Comisión y por diferentes funcionarios de la Secretaría de las Naciones Unidas han sido sin duda alguna para ellos una fuente de inspiración y de reflexión.

43. Por primera vez en el presente año los participantes han podido confrontar sus ideas y ponerlas en práctica en el marco de cuatro grupos de trabajo dedicados al estudio de un problema concreto tratado por la CDI, a saber: el establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Esta iniciativa ha sido posible gracias a la cooperación del Presidente y al apoyo de los miembros de la Comisión. Ha constituido un verdadero ejercicio práctico en el que la acción ha venido a completar la teoría. Los cuatro miembros de la Comisión que han dirigido a los grupos de trabajo han escuchado con mucho interés la presentación de los informes que han salido de ellos. Después de todo, ¿no es la actividad práctica la finalidad última de los estudios universitarios? Es, en particular, este saber práctico el que ha permitido a la Comisión elaborar grandes textos jurídicos internacionales buscando transacciones viables sobre todas las cuestiones en que se manifestaban oposiciones.

44. El Sr. Blanca da las gracias, en nombre de las Naciones Unidas, a los gobiernos que han hecho contribuciones voluntarias y ofrecido becas para el Seminario, favoreciendo así la enseñanza, el estudio, la difusión y la comprensión más amplios del derecho internacional. Su ayuda ha permitido a jóvenes juristas procedentes principalmente de países en desarrollo asistir a las sesiones de la Comisión y adquirir una experiencia práctica en la elaboración de textos jurídicos internacionales. Gracias a su generosidad se han podido conceder 16 becas para un total de 22 participantes, sin contar a los cuatro becarios del UNITAR que el Seminario acoge tradicionalmente. El Sr. Blanca expresa su reconocimiento también muy en particular a la Directora del Seminario, Sra. Noll-Wagenfeld, que ha hecho todo lo posible por asegurar el buen desarrollo de las actividades.

45. Está convencido de que las enseñanzas extraídas del Seminario ayudarán a los participantes a construir y configurar el mundo de mañana y a promover el diálogo, la comprensión, la tolerancia y la apertura. Les desea pleno éxito en sus actividades futuras.

46. El PRESIDENTE señala que la CDI atribuye una gran importancia al Seminario sobre derecho internacional, cuyo objeto es permitir que jóvenes juristas se familiaricen con los trabajos de la Comisión y comprendan mejor también las dificultades con que a veces tropieza. En el curso de esta reunión los participantes habrán podido darse cuenta de la importancia del trabajo individual, pero también de las virtudes del diálogo y de la cooperación. Un jurista debe saber escuchar y tomar en serio los argumentos que más le desagradan.

47. Por vez primera se ha pedido a los participantes que desempeñen un papel activo contribuyendo a los trabajos de la Comisión. Los resultados de su reflexión sobre el estatuto de una jurisdicción penal internacional han resultado particularmente alentadores y sus exposiciones serán distribuidas a todos los miembros de la CDI que podrán así tenerlas en cuenta en sus deliberaciones.

48. La participación en el Seminario sobre derecho internacional es, de alguna manera, un rito de iniciación, puesto que un número no pequeño de los miembros actuales de la CDI tuvieron sus primeros contactos con la Comisión precisamente en el marco de este Seminario. Espera, pues, que un cierto número de participantes volverán un día a la Comisión para formar parte de ella.

49. El Sr. NHERERE, tomando la palabra en nombre de los participantes en el Seminario sobre derecho internacional, agradece a los miembros de la Comisión, y en particular a los Sres. Crawford, Tomuschat, Pellet y Villagrán Kramer, que han dirigido los cuatro grupos de

trabajo, su ayuda, su comprensión y su gran disponibilidad. Expresa también su profundo reconocimiento a la Sra. Noll-Wagenfeld, Directora del Seminario. La sensación de asistir a la creación misma del derecho en el curso de los debates, en los que la creatividad rivalizaba con la originalidad de pensamiento, ha sido para todos los participantes una experiencia fascinante y enriquecedora, y en lo sucesivo leerán los informes de la CDI con ojos nuevos y un renovado interés. Esta estancia en Ginebra ha sido también para muchos de ellos la ocasión de tener por primera vez contactos internacionales en perfecta consonancia con el espíritu de las Naciones Unidas. Espera que el Presidente y otros miembros actuales de la Comisión estén presentes todavía cuando algunos participantes en el Seminario tengan la oportunidad de volver un día a la Comisión de Derecho Internacional en calidad de miembros.

El Director General entrega a los participantes un certificado de asistencia a la 28.ª reunión del Seminario sobre derecho internacional.

Se levanta la sesión a las 12.15 horas.

2277.ª SESIÓN

Martes 23 de junio de 1992, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Visita de un miembro de la Corte Internacional de Justicia

1. El PRESIDENTE da una cordial bienvenida al Príncipe Ajibola, magistrado de la Corte Internacional de Justicia y ex miembro de la Comisión, y está seguro de que habla en nombre de todos los miembros de la Comisión al expresar su convicción de que la contribución del Príncipe Ajibola a la labor de la Corte será tan fructífera como la que hizo a la obra de la Comisión.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis* y

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

2. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) desea hacer una aclaración respecto del último párrafo del capítulo VII de su cuarto informe (A/CN.4/444/Add.2), en el cual señalaba que el proyecto de artículo 4[4] de la segunda parte del proyecto merecía quizás una mayor reflexión, de ser necesario, en otra breve adición al informe. El hecho de no haber preparado esa adición no significa que no siga considerando pertinente esa cuestión, sino más bien que su importancia es tal que merece un examen a fondo. Le complacería mucho conocer la opinión de los miembros sobre esta cuestión, a la que ya se ha referido en otras oportunidades; por ejemplo, en las sesiones 2267.ª y 2275.ª.

3. En su opinión, el artículo 4 en su forma actual tendría el efecto de subordinar las disposiciones del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados tanto a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales como a los procedimientos previstos en ella. En particular, esto significa que el proyecto de artículos quedaría subordinado a cualquier recomendación o decisión adoptadas por el Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus funciones en materia de arreglo de controversias y seguridad colectiva. La Carta señala inequívocamente que la función del Consejo de Seguridad consiste en formular recomendaciones no vinculantes, en virtud del Capítulo VI, que trata del arreglo de controversias, y en adoptar también decisiones obligatorias, en virtud del Capítulo VII, que trata de las medidas relativas a la seguridad colectiva. Según la doctrina —que no parece haber sido impugnada realmente ni en los escritos de los tratadistas ni en la práctica—, el hecho fundamental es que el Consejo de Seguridad, cuando actúa en virtud del Capítulo VII, no está facultado para imponer arreglos en virtud del Capítulo VI de tal manera de cambiar la naturaleza de sus decisiones en virtud del Capítulo VI, que constituyen recomendaciones, para que se transformen en decisiones obligatorias sobre arreglo de controversias o de situaciones.

4. ¿Qué sucedería si el Consejo de Seguridad tratara de imponer arreglos de controversias obligatorios? ¿Subordinaría el artículo 4, aprobado por la Comisión y even-

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

[4] Véase 2266.ª sesión, nota 11.

tualmente incorporado en un tratado, la interpretación y la aplicación de algunas disposiciones de una convención de codificación del derecho de la responsabilidad de los Estados a alguna decisión del Consejo de Seguridad que imponga el arreglo de una controversia o situación? Aunque no ha podido llegar a una opinión considerada sobre el asunto, puede de momento pensar en dos ejemplos. Primero, si una decisión del Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, afecta una controversia o situación entre uno o más Estados lesionados y uno o más Estados infractores de una manera no conforme con las normas establecidas en una convención sobre la responsabilidad de los Estados, de la cual forma parte el artículo 4, ¿cuáles serían las implicaciones para la relación en términos de la responsabilidad, ya sea de carácter sustantivo o instrumental, entre los Estados interesados? Segundo, en la ocurrencia de una situación de esa naturaleza, ¿cuál sería la relación entre la competencia de la CIJ, por una parte, y la del Consejo de Seguridad, por otra, en el caso en que, sobre la base de una relación jurisdiccional válida, el Estado B entabla unilateralmente una acción contra un Estado A infractor ante la CIJ y la Corte se encuentra con una contradicción entre una de las disposiciones de la convención sobre la responsabilidad de los Estados y una decisión tomada por el Consejo de Seguridad en violación de la limitación de su competencia en virtud del Capítulo VI de la Carta?

5. Aunque por el momento no podría responder sobre tan delicadas y difíciles cuestiones, piensa que ellas no pueden ser ignoradas por la Comisión. En todo caso, respecto a la inclusión del artículo 4 en el proyecto, opina que para mantener tal disposición sería necesario que la Comisión la estudiara en profundidad y extensión adecuadas. También se da cuenta de que, por el momento, el mandato de la Comisión no parece suficientemente amplio como para interpretar la Carta de las Naciones Unidas, en particular los Capítulos VI y VII, o para determinar la relación entre el Consejo de Seguridad y la CIJ, o para determinar la consecuencia que tendría el Artículo 103 de la Carta sobre específicas disposiciones de las normas sobre la responsabilidad de los Estados en la forma codificada por la Comisión y aprobada por los Estados en una convención. Cree, por consiguiente, que sería mejor que la Comisión dejara fuera del proyecto el artículo 4. Cualquier cuestión respecto a la relación entre una posible convención sobre la responsabilidad de los Estados y la Carta de las Naciones Unidas debería regirse por el Artículo 103 de la Carta.

6. El Sr. BARBOZA, al felicitar al Relator Especial por sus informes tercero (A/CN.4/440 y Add.1) y cuarto (A/CN.4/444 y Add.1 a 3), que contienen información muy valiosa, desea subrayar, en particular, la importancia del análisis de los regímenes autónomos y del problema de la pluralidad de Estados lesionados. En lo que respecta a la necesidad de codificación y quizás de desarrollo progresivo del derecho relativo a las contramedidas, si bien reconoce la mala fama que las represalias tienen tanto en el derecho internacional como en las relaciones internacionales, no puede compartir la posición del Sr. Shi (sesiones 2267.ª y 2273.ª) porque las represalias siempre han sido y seguirán siendo una realidad de la vida internacional. Como es dudoso que se lleguen a abolir las contramedidas, a su juicio, la Comisión debería presentar a la Asamblea General un proyecto que regule detalladamente las condiciones necesarias para la adopción de represalias. Esta es la única garantía que el derecho internacional puede ofrecer a los Estados más pequeños y más débiles.

7. El Sr. Barboza está de acuerdo con otros miembros en que el objetivo de las contramedidas se debe limitar fundamentalmente al logro de la cesación del hecho ilícito así como a su reparación. Aun en el caso de que el objetivo sea lograr satisfacción, las contramedidas no se pueden considerar como medidas de carácter punitivo. La satisfacción es quizás la única manera que cabe de indemnizar al Estado lesionado por el daño sufrido como consecuencia de la violación de sus derechos subjetivos. En el derecho internacional moderno no cabe considerar, pues, que las represalias cumplen una función punitiva, independientemente de las razones subjetivas que impulsan al Estado lesionado a adoptar esas medidas. Un artículo que enunciara esta circunstancia constituiría una nueva salvaguardia para los Estados más pequeños. A este respecto observa que el Relator Especial no es partidario de que se incluya esa disposición y prefiere recurrir al principio de la proporcionalidad para evitar que las contramedidas revistan un carácter punitivo. Sin embargo, la proporcionalidad no siempre tiene un significado claro y por esa razón es necesario un artículo sobre la función de las represalias. El Sr. Barboza está de acuerdo también en que el proyecto no debe hacer ninguna referencia a las sanciones en cuanto tales. Como la retorsión se ha omitido del proyecto y la reciprocidad, que figuraba en el antiguo artículo 8[5], se ha equiparado a las represalias, que figuraban en el antiguo artículo 9[6], lo que aprueba plenamente, las contramedidas se limitan ahora exclusivamente a las represalias. Sin embargo, el Relator Especial ha señalado que la expresión «contramedidas» no es un concepto útil o claro. ¿Por qué no usar entonces la palabra «represalias», a pesar de sus connotaciones desafortunadas?

8. Al igual que el Sr. Calero Rodrigues (2274.ª sesión), el Sr. Barboza aprueba la frase final del artículo 11: «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado», pero se pregunta por qué se ha omitido la palabra «suspender» utilizada en los antiguos artículos 8 y 9 elaborados por el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen. La oración actual denota un cierto grado de permanencia cuando en realidad las represalias deberían cesar al lograrse el fin perseguido. También en este caso está de acuerdo con el Sr. Calero Rodrigues en que esa circunstancia se debe enunciar claramente en el proyecto. El artículo 11 dispone además que el Estado lesionado sólo podrá poner en marcha el procedimiento de solución de controversias previsto en el artículo 12 cuando no haya recibido la «respuesta debida» a sus demandas con arreglo a los artículo 6 a 10. Habida cuenta de lo dispuesto en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12 y del hecho de que la represalia quizás esté encaminada a poner en marcha un procedimiento de solución, una contramedida podría ser aceptable siempre que su legalidad se examine en el marco de ese procedimiento.

9. En lo que respecta al artículo 12, a pesar de la excepción establecida en el apartado *a* del párrafo 2, el

[5] Véase 2273.ª sesión, nota 10.

[6] *Ibid.*

Sr. Barboza tiene dudas acerca del significado exacto de la expresión «todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición...» que figura en el apartado *a* del párrafo 1 y preferiría que las palabras «todos los» se reemplazaran por las palabras «cualquiera de». Los apartados *b* y *c* del párrafo 2, al igual que el párrafo 3, reflejan al parecer el mismo razonamiento expuesto en los párrafos de la conclusión del capítulo II del cuarto informe sobre la naturaleza y la función objetiva de la medida prevista. No obstante, el artículo no refleja las diferencias en cuanto a las consecuencias de los procedimientos de solución y de las contramedidas mencionadas en el informe.

10. El artículo 13, sobre la proporcionalidad, es una disposición fundamental y, al igual que los laudos en el incidente de Naulilaa[7] y en el asunto del *Acuerdo sobre los servicios aéreos*[8], está redactada en términos negativos. Ese texto representa una mejora respecto del antiguo proyecto de artículo 9 redactado por el Relator Especial anterior —que sólo mencionaba los efectos de la represalia— en la medida en que introduce un elemento a la vez cualitativo y cuantitativo y en que omite la expresión «manifiestamente», cuyos alcances son muy amplios. La comparación hecha por el Relator Especial en su informe entre dos males, representados por la violación y la reacción a la violación, hace recordar la *lex talionis* del derecho primitivo, cuyo propósito era fijar límites a la venganza privada y establecer los rudimentos de una sanción de carácter más civil que penal. Sin embargo, abundan las razones en apoyo de la sugerencia del Sr. Bowett (2274.ª sesión) de que las contramedidas son necesarias para lograr, en primer término, la cesación del hecho ilícito y, en segundo término, el recurso a los medios pacíficos de arreglo. El hecho de aplicar más coacción que la necesaria es una clara indicación del carácter desproporcionado de la represalia.

11. En el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 14, sea en la versión original presentada[9] o en la revisada, quizás sea preferible utilizar las expresiones «en contravención de la Carta de las Naciones Unidas y no sólo del párrafo 4 de su Artículo 2». El apartado *b* de la versión original es quizás preferible al párrafo 2 de la versión revisada, aunque su texto podría no ser aceptable. El objetivo perseguido por el Relator Especial en el párrafo 2 es el de imponer una limitación a los efectos de las represalias en cuanto dispone que no pueden poner en peligro «la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que estén dirigidas». Aunque esa idea merece estudiarse, cabe preguntarse primero si no basta el principio mismo de la proporcionalidad para dar carácter de ilegal a cualquier represalia de efectos tan catastróficos. También se plantea una segunda cuestión: si la reacción que produce esos resultados catastróficos es, de hecho, proporcionada a la violación, ¿eso no significa acaso que la propia violación ha puesto en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado lesionado? Ahora bien, de la aplicación del párrafo 2 del artículo 14 y del principio de la proporcionalidad se llega a la conclusión de que, al adoptar represalias, el Estado lesionado no puede ir tan lejos como ha ido el Estado infractor al cometer el hecho ilícito. Es un hecho paradójico que la exigencia de proporcionalidad entre la coacción utilizada y la finalidad objetiva de la represalia significa que la represalia debe terminar no bien cesa el hecho ilícito o se logra la reparación.

12. En la versión revisada están en juego dos elementos: la naturaleza de las contramedidas que ponen en peligro la integridad territorial o la independencia política de un Estado y la equiparación de ciertas contramedidas al uso de la fuerza. El artículo parece dar a entender que las prohibiciones a que se refiere el apartado *a* del párrafo 1 dimanan de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, el Sr. Barboza se pregunta si el artículo 14 no introduce nuevos elementos de interpretación de la Carta que son ajenos a ella. El Sr. Barboza está dispuesto a aceptar el contenido de los cuatro incisos del apartado *b* del párrafo 1. Sin embargo, tal como está redactado, el inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 puede dar lugar a la utilización abusiva de las contramedidas. Por consiguiente, preferiría que se sustituyeran las palabras «que cause un grave perjuicio a» a fin de que su texto sea el siguiente: «que obstaculice la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral».

13. El informe contiene también información valiosa sobre el problema de los Estados no directamente lesionados. En particular, el razonamiento expuesto en la sección C del capítulo VIII del cuarto informe es útil para aclarar la cuestión de la responsabilidad en el caso de la contaminación de los espacios públicos internacionales, en el supuesto de que el deber de no contaminar esos espacios sea una obligación *erga omnes*. La Comisión debería examinar más a fondo la cuestión de los Estados no directamente lesionados y el proyecto de artículo 5 *bis* propuesto por el Relator Especial.

14. El Sr. BENNOUNA considera interesante el amplio análisis doctrinal hecho por el Relator Especial en su cuarto informe. Sin embargo, le preocupa que ese enfoque lleve a la Comisión a plantear una controversia interminable, frustrando el objetivo de elaborar un conjunto de proyectos de artículos.

---

[7] Véase 2267.ª sesión, nota 7.

[8] *Ibid.*, nota 8.

[9] La versión original presentada por el Relator Especial decía:

«Artículo 14.—Contramedidas prohibidas

»El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:

»*a*) a la amenaza o al uso de la fuerza armada en violación de la Carta de las Naciones Unidas;

»*b*) a cualquier otro comportamiento que pueda poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que esté dirigido;

»*c*) a cualquier comportamiento:

»i) que no esté en conformidad con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales;

»ii) que cause un grave perjuicio a la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral;

»iii) que sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional general;

»iv) que consista en la violación de una obligación para con cualquier Estado distinto del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.»

Posteriormente, el Relator Especial presentó un texto revisado en la 2275.ª sesión, párr. 1.

15. En general, el Sr. Bennouna está de acuerdo con las observaciones del Relator Especial sobre la proporcionalidad y aprueba el contenido del proyecto de artículo 13. Sin embargo, todavía no se ha resuelto la cuestión de los criterios para evaluar la proporcionalidad. Por ejemplo, la equidad es un criterio muy vago y generalmente su aplicación depende de la definición dada a ese término en el procedimiento de solución de controversias.

16. Las contramedidas pueden ser el pretexto invocado por un Estado, o un grupo de Estados, para imponer a otro Estado su concepción propia del orden internacional. De ahí que se plantee la cuestión de si es aceptable que un grupo regional, como la Comunidad Europea, tras determinar unilateralmente que un Estado ha violado los derechos humanos o el derecho a la libre determinación, pueda suspender o terminar su asociación con este Estado, poniendo en peligro de ese modo su equilibrio económico y social. Dicho de un modo más general, ¿puede la Comunidad Europea ampararse en una violación de los derechos humanos para no seguir cumpliendo ciertas obligaciones específicas contraídas respecto de otro Estado cuando el objetivo real es el de imponer a ese Estado un sistema económico y social de carácter más favorable para la Comunidad? Evidentemente, al enfocar el principio de la proporcionalidad y la cuestión conexa de las contramedidas, uno de los elementos fundamentales que cabe tener en cuenta es el objetivo real de esas medidas. Esta cuestión merece estudiarse con más detenimiento. La relación entre las contramedidas y la prohibición del uso de la fuerza es una cuestión profundamente delicada. El Sr. Bennouna teme que la manera en que la enfoca el Relator Especial en su cuarto informe lleve a ampliar las posibilidades de uso de la fuerza. En su opinión, la Comisión debería adoptar el enfoque contrario: al tratar la cuestión del uso de la fuerza, bastaría que se remitiera a la norma del derecho internacional generalmente aceptada, en la forma en que se establece en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En realidad, todas las justificaciones para el uso de la fuerza mencionadas en el informe del Relator Especial son simplemente diversos medios de ampliar el alcance de la única excepción legítima a la prohibición del uso de la fuerza, esto es, la legítima defensa. En la sección A del capítulo V del informe se proporcionan diversos ejemplos, pero no se dice que la legítima defensa se ha invocado como un medio de encubrir otros objetivos inconfesables, hecho corriente en la época de las zonas de influencia: en ese período, la finalidad real era asegurar la unidad ideológica de una determinada región.

17. Cabe tener presente que las contramedidas están prohibidas por el derecho internacional, aun en el caso en que sean adoptadas por un grupo de Estados, a menos que estén comprendidas en el ámbito de aplicación del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas y sean autorizadas por el Consejo de Seguridad con fines de mantenimiento de la paz. A este respecto, el Sr. Bennouna considera inaceptable la afirmación en la sección A del capítulo V del informe, según la cual

> La licitud de la intervención armada para proteger a los nacionales que se encuentren en peligro en el extranjero parece generalmente aceptarse no tanto en virtud del Artículo 51 [...] cuanto al amparo de la excepción de legítima defensa tal como se entiende en la práctica de los países anglosajones, es decir, la legítima defensa en sentido amplio.

Es fundamental el reconocimiento de que la licitud de la legítima defensa basada en un estado de necesidad no es una cuestión generalmente aceptada ni por la doctrina ni por los propios Estados. Al contrario, ella es impugnada decididamente por los tratadistas, entre los que cabe mencionar a Jiménez de Aréchaga y Tanzi. La doctrina que propicia una interpretación amplia del concepto de legítima defensa está basada, en gran parte, en asuntos fallados antes de que entrara en vigor la Carta de las Naciones Unidas, en 1945. Esos asuntos son de un interés meramente histórico y no tienen ya ninguna cabida en el pensamiento moderno sobre la cuestión de la legítima defensa. Uno de los asuntos fundamentales en la materia es el del *Estrecho de Corfú*, que data de 1949, y en el cual la CIJ en su fallo rechazó los argumentos del Reino Unido en defensa de la «Operation Retail» como un método de autoprotección o autoayuda, y sostuvo que el «respeto de la soberanía territorial es un principio fundamental de las relaciones internacionales entre Estados soberanos»[10]. Es un hecho también que muchos Estados se han negado a aceptar el planteamiento de aquellos Estados que invocan la legítima defensa alegando un estado de necesidad. En razón de esa oposición generalizada, la interpretación amplia del concepto de legítima defensa no ha pasado a ser parte de las normas generalmente aceptadas del derecho internacional. No se debe colocar a los miembros de la Comisión en la situación de tener que adherirse a una doctrina profundamente discutible, cual es la del estado de necesidad. La Comisión no tiene ningún mandato para abordar detalladamente las cuestiones de la prohibición del uso de la fuerza o de la naturaleza de la legítima defensa.

18. En términos generales, el Sr. Bennouna está de acuerdo con las observaciones del Relator Especial sobre el uso de las medidas económicas y políticas como medios de coacción. Probablemente, la Comisión no necesita iniciar un prolongado debate a este respecto. En el artículo 13 (Proporcionalidad) y en el párrafo 2 del texto revisado del artículo 14 (Contramedidas prohibidas), el Relator Especial ha definido apropiadamente las restricciones a que deben estar sujetas esas medidas.

19. El Sr. Bennouna está de acuerdo también con las secciones del cuarto informe, que trata de la relación entre las contramedidas y el respeto de los derechos humanos, así como con las observaciones del Relator Especial respecto de las normas sobre inviolabilidad de los agentes diplomáticos y otras personas protegidas. No obstante, debe objetar el texto de la penúltima oración del último párrafo de la sección D del capítulo V del informe, según el cual esas normas surgieron mucho antes que las normas sobre la protección de los derechos humanos y las normas de *jus cogens*. El concepto de *jus cogens* no corresponde a normas específicas. Ese concepto guarda relación más bien con la jerarquía de las normas en un ordenamiento jurídico, de modo que el lugar que se ocupa en esa jerarquía determina el carácter de la norma. Existe al parecer una cierta confusión entre las obligaciones *erga omnes* y las obligaciones dimanantes de tra-

[10] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 35.

tados multilaterales; estos dos conceptos son diferentes y no deben confundirse. Las obligaciones *erga omnes* son aplicables a todos los Estados.

20. En resumen, el proyecto de artículos no le plantea ningún problema en cuanto a su sustancia, pero le preocupa el hecho de que los propios artículos no reflejen plenamente la doctrina del cuarto informe.

21. El Sr. BOWETT comprende la renuencia de algunos miembros de la Comisión a la idea de que el proyecto apruebe las contramedidas en razón del desagradable recuerdo que tienen de la coacción ejercida sobre los Estados débiles por las principales Potencias en el siglo XIX. Sin embargo, se debe ser realista: los Estados no están dispuestos a renunciar a su derecho a adoptar contramedidas y, ciertamente, el proyecto de artículos brinda la oportunidad de que las contramedidas se utilicen como un medio positivo y constructivo de promover la observancia del derecho. El proyecto debe, pues, tener presentes tres objetivos: el primero, eliminar el aspecto punitivo de las contramedidas; el segundo, utilizar las contramedidas como un medio de obligar a los Estados a volver a la observancia del derecho; y el tercero, someter la controversia que originan las contramedidas a un procedimiento de arreglo imparcial a cargo de un tercero, que abarque también el examen de la legalidad de cualquier contramedida adoptada.

22. En lo que respecta a la anterior versión del proyecto de artículo 14, el Sr. Bowett dice que no tiene ninguna dificultad en aceptar la disposición del apartado *a* de que las contramedidas no deben entrañar la amenaza o el uso de la fuerza, o la disposición del apartado *c*, a excepción de su inciso ii), cuyo carácter es muy amplio y muy subjetivo. Si la idea es que no se adopten contramedidas que afecten al personal o a los locales de las misiones diplomáticas, el proyecto debe señalar esa circunstancia. El párrafo 2 del proyecto de artículo 14 revisado suscita serias dificultades y, por su parte, preferiría que se eliminara una disposición que haría extensiva la prohibición del uso de la fuerza, contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, a la coacción política y económica, posición que ha sido rechazada terminantemente en las resoluciones aprobadas por la Asamblea General sobre la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía[11] y la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados[12]. Aunque se podría incluir una disposición separada que prohíba las contramedidas por ser incompatibles con la obligación de no intervención, sin referencia al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, ello sería también inaceptable. En su informe, el Relator Especial muestra claramente que la obligación de no intervención es extremadamente amplia pues abarca, en los términos del párrafo 1 de la resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965,

> [...] cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen [...].

Si la prohibición se estableciera en esos términos tan amplios, prácticamente todas las contramedidas quedarían prohibidas. Evidentemente, el objetivo del Relator Especial no es el de dar ese alcance tan amplio a la prohibición sino el de que ella sólo abarque

> las medidas de naturaleza económica o política que pueden dar lugar a consecuencias muy gravemente perjudiciales, cuando no catastróficas, para el Estado contra el que se adoptan.

Pero si las únicas medidas prohibidas han de ser las medidas extremas de este tipo, la prohibición existiría de todos modos, ya que esas medidas serían desproporcionadas. No es necesaria una disposición separada al respecto, excepto para subrayar la necesidad de la proporcionalidad.

23. En su exposición inicial, el Relator Especial se refirió al proyecto de artículo 4 de la segunda parte, aprobado provisionalmente por la Comisión, señalando que la Comisión tal vez deba examinarlo una vez más. El texto del artículo 4 es el siguiente:

> «Las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado enunciadas en las disposiciones de la presente parte estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.»

24. Probablemente, la cuestión que preocupa al Relator Especial es la posibilidad de que las contramedidas puedan ser prohibidas no por aplicación de una disposición expresa de la Carta de las Naciones Unidas sino de una decisión del Consejo de Seguridad de carácter obligatorio para los miembros en virtud de lo dispuesto en el Artículo 25 de la Carta. El Sr. Bowett considera que el lugar apropiado para tratar ese problema es el comentario y desea sugerir algunas cuestiones que se deberían incluir en él.

25. En primer término, habida cuenta de los propósitos y principios de la Carta, no es de suponer que el Consejo de Seguridad utilice sus poderes para denegar a un Estado cualquiera el ejercicio de sus derechos o los recursos jurídicos de que dispone, con inclusión del derecho a adoptar contramedidas lícitas. En segundo término, es un hecho reconocido que incumbe al Consejo de Seguridad la responsabilidad principal en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En tercer término, es un hecho aceptado que el Consejo de Seguridad tiene atribuciones para observar la aplicación de las contramedidas y señalar si, en un caso determinado, esas contramedidas son, a su juicio, desproporcionadas. En cuarto término, el Consejo de Seguridad puede pedir a un Estado que aplace la adopción de contramedidas cuando, en su opinión, ellas agraven la situación y constituyan una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y cuando exista una expectativa razonable de arreglo pacífico. Por último, en el supuesto de que el Estado infractor adopte una posición recalcitrante negándose a poner término a su comportamiento ilícito, o a aceptar un arreglo pacífico, el Consejo de Seguridad, aparte de pedir un plazo razonable para la búsqueda de una solución, no tendría ningún derecho a pedir a un Estado que no adopte contramedidas lícitas.

26. El Sr. CRAWFORD dice que está de acuerdo con el Relator Especial en lo tocante a muchas cuestiones,

[11] Véase 2265.ª sesión, nota 6.

[12] *Ibid.*, nota 5.

como la retorsión; la terminología aplicable a las contramedidas; el rechazo de una categoría especial de medidas recíprocas, aunque a este respecto tiene una reserva; el requisito de que exista un hecho realmente ilícito, lo que es distinto de la mera creencia de que un hecho sea lícito ya que, en este último caso, el Estado actúa creando su propio riesgo; y la no pertinencia en el plano jurídico de cualquier propósito punitivo de carácter subjetivo de parte del Estado que adopta las contramedidas. También está de acuerdo en que las contramedidas no deben ser de carácter punitivo. Pero se debería hacer una distinción entre las contramedidas provisionales y las definitivas, es decir, entre los hechos reversibles y los no reversibles. Aun en el caso de que las contramedidas sean la reacción a un hecho ilícito de carácter irreversible, como su objetivo ha de ser lograr la cesación y la reparación del hecho, esas medidas deben ser pues, en lo posible, de carácter reversible. Por consiguiente, el Sr. Crawford está de acuerdo con el Sr. Barboza en que el artículo 11 debe permitir al Estado lesionado suspender las obligaciones contraídas con el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito; pero ese artículo no debe hablar simplemente de incumplimiento.

27. El artículo 12 plantea el problema de las negociaciones en cuanto procedimiento de solución de controversias. Las negociaciones pueden dar lugar a demoras: el Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito podría prolongar indefinidamente las negociaciones. Por ello, sería conveniente establecer ciertas limitaciones en el apartado *a* del párrafo 1 y en el apartado *a* del párrafo 2. Con este fin, una posibilidad sería limitar el procedimiento de solución de controversias al arbitraje de un tercero; también se podría introducir en el apartado *a* del párrafo 1 y en el apartado *a* del párrafo 2 una reserva para el caso de que el Estado lesionado tenga motivos para suponer que mediante ese procedimiento no se logrará ninguna solución a la controversia en un plazo razonable. Una tercera posibilidad, sugerida por el Sr. Bowett y que el Sr. Crawford considera preferible, sería la de hacer de un acuerdo satisfactorio sobre solución de controversias una condición suspensiva para la aplicación de contramedidas.

28. El texto del apartado *b* del párrafo 2 del artículo 12 difiere del principio que se enuncia en la sección E del capítulo II del informe. La diferencia relacionada al período anterior a la aplicación de las medidas cautelares provisionales podría ser ordenada por una corte o un tribunal. El texto del artículo es preferible al del informe. Otra solución, de carácter intermedio, sería la de dar al Estado lesionado, con sujeción a determinadas condiciones, el derecho a adoptar medidas cautelares a la espera de la decisión de la corte o del tribunal. En ciertos casos, por ejemplo, cuando se deben embargar haberes, probablemente esas medidas no tendrían ningún efecto si no se adoptasen de inmediato. En ese sentido, la proposición formulada en la sección E del capítulo II del informe no parece viable.

29. El párrafo 3 del artículo 12 no es satisfactorio. Su texto es extremadamente vago y, en todo caso, su objetivo declarado se lograría ya en el marco de la obligación fundamental de la proporcionalidad. El Sr. Crawford se pregunta cuál sería el significado de la expresión «justicia», pues ella depende «del cristal con que se mire». En todo caso, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es una cuestión que incumbe al Consejo de Seguridad. El ejercicio del derecho de los Estados a adoptar contramedidas no debe quedar sujeto a restricciones vagas e imprecisas, siempre que esas medidas no sobrepasen los límites debidos. Además, en esta esfera, la obligación de los Estados de no agravar sus controversias no se puede aplicar unilateralmente al Estado perjudicado.

30. El artículo 13 enuncia el concepto de la proporcionalidad en cuanto establece una relación entre las contramedidas y la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y sus efectos, principio que merece su aprobación. La idea del Sr. Barboza de que el comportamiento del Estado lesionado debe ser proporcionado al logro de los dos legítimos objetivos de las contramedidas, a saber, la cesación y la reparación, es interesante. En cuanto al problema de los Estados lesionados de diferente manera, se podría introducir una disposición especial al respecto, a lo que se opone el Relator Especial; o bien, especificar que la gravedad y los efectos del hecho internacionalmente ilícito se determinan en relación con el Estado de que se trate. En otros términos, sólo se podrán adoptar contramedidas cuando la gravedad de la violación las justifique *vis-à-vis* al Estado que toma la contramedida, y por el daño sufrido por ella. De lo contrario, la facultad de adoptar contramedidas revestiría un carácter muy amplio y no guardaría relación con los efectos del hecho ilícito. A este respecto se plantea también la cuestión de las contramedidas colectivas, en el caso de que los Estados más gravemente afectados soliciten la asistencia de otros Estados. Si ese Estado o esos Estados decidieran no adoptar contramedidas, podría ser que los terceros Estados no deberían estar autorizados para adoptarlas. El derecho a adoptar esas medidas debería por consiguiente quedar subordinado al daño sufrido por el Estado de que se trate, de modo que en la práctica sólo lo ejerzan los Estados más afectados. Pero aun en ese caso se plantea la cuestión de las contramedidas adoptadas por instigación del Estado más lesionado, problema que deberá analizarse a fondo.

31. La cuestión de las contramedidas prohibidas se trata en el proyecto de artículo 14 revisado[13]. El Sr. Crawford está de acuerdo con la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza que figura en el apartado *a* del párrafo 1, dado que el artículo trata de una cuestión distinta de la legítima defensa. El inciso i) del apartado *b* del párrafo 1 no es suficientemente claro: ¿la prohibición se refiere a todos los derechos humanos o sólo a algunos de ellos y, en ese caso, a cuáles? El Comité de Redacción deberá, sin duda, adoptar una decisión al respecto. El alcance del inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1, sobre las inmunidades diplomáticas, es muy vago; en particular, no define lo que se entiende por «grave perjuicio». Es más, parece frustrar el objetivo de las disposiciones relativas a las contramedidas, que es solucionar las controversias en lugar de agravarlas. Dado que las vías diplomáticas normales deben quedar abiertas, el Sr. Crawford sugiere aclarar que la aplicación de contramedidas en violación de la inmunidad diplomática y consular estará sujeta a un régimen estricto de reciprocidad, lo que significa que ellas sólo pueden aplicarse en respuesta a una violación de obligaciones similares o relacionadas en la esfera de la inmunidad diplomática y consular.

[13] Véase nota 9 *supra*.

32. El inciso iii) del apartado *c* del párrafo 1 plantea la cuestión de las contramedidas contrarias al *jus cogens*. El Sr. Crawford no comparte la opinión del Sr. Pellet (2276.ª sesión) de que las disposiciones relativas a los derechos humanos y la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza puedan dejarse para ser incluidas en la referencia general al *jus cogens*. Del mismo modo, tampoco estarían incluidos en el inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 los efectos de las contramedidas en las relaciones diplomáticas. En el comentario se podría incluir quizás una oración aclarando que la prohibición de un comportamiento contrario a las normas imperativas del derecho internacional general es de carácter general y no refleja una idea de que las demás prohibiciones enunciadas en los incisos i) y ii) del apartado *b* del párrafo 1 no son normas de *jus cogens*. El Sr. Crawford no puede aceptar la prohibición de las «medidas extremas de coacción política o económica», que figura en el párrafo 2. El texto del artículo relativo a la proporcionalidad se debería redactar de manera que limite la adopción de medidas extremas a los casos en los que el propio Estado lesionado sea víctima de medidas extremas que pongan en peligro su integridad territorial o su independencia política. En cuanto a los regímenes autónomos, el proyecto de artículos no debería tratar de solucionar esa cuestión, ya que para ello es indispensable una interpretación del tratado pertinente. No se debe suprimir el artículo 2 de la segunda parte; en cambio, su texto se debería redactar según el modelo del artículo 5 (Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional[14].

33. El Sr. Crawford, pasando a referirse una vez más a la cuestión de los Estados afectados de diferente manera, sugiere que la facultad de los Estados menos afectados de adoptar contramedidas o determinar la *restitutio in integrum* quede sujeta a dos limitaciones. En primer término, que las contramedidas sean proporcionales al grado del daño sufrido por el Estado que las adopta; en segundo término, que en el caso de que el Estado o los Estados más afectados renuncien a la *restitutio in integrum*, ningún otro Estado pueda pedirla. El Comité de Redacción tal vez podría incorporar estas sugerencias, ya sea en los propios artículos o en el comentario.

34. Por último, en lo que respecta al proyecto de artículo 4 de la segunda parte, no es pertinente que al examinar el proyecto mismo sobre responsabilidad de los Estados o su comentario la Comisión trate de solucionar los problemas dimanantes de la Carta de las Naciones Unidas, pues ello incumbe al Consejo de Seguridad. A ese respecto, el Sr. Crawford está de acuerdo con el Sr. Bowett. Es necesario suprimir las palabras «según corresponda» que figuran en ese texto, ya que el proyecto de artículo no debería ser incompatible con las disposiciones de la Carta.

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

[14] Para el texto remitido al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 11.

2278.ª SESIÓN

Viernes 26 de junio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis y*

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que el cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) desarrolla y concreta las principales orientaciones del tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1) que la Comisión ya ha debatido. En ese debate el orador tuvo la ocasión de señalar, con el Relator Especial, que el recurso a las contramedidas está admitido en derecho internacional como derecho propio de la soberanía de los Estados —recogiendo una expresión empleada por la CIJ— y que se trata pues de una prerrogativa de preeminencia cuyo ejercicio se deja a la discreción de los Estados. También destacó que la labor de encuadramiento jurídico de este ejercicio tenía por finalidad transformar dicha prerrogativa de preeminencia en facultad de suplencia, a fin de prevenir los deslices y procurar que los abusos del derecho de recurrir individualmente a contramedidas encuentren sus límites naturales en un orden libremente aceptado de la comunidad de los Estados. A este respecto formuló en particular tres preguntas: primera, ¿qué es lo que condiciona la regularidad de las contramedidas, el hecho internacionalmente ilícito o el daño? Segunda, ¿hay que descartar las contramedidas concertadas? Tercera, ¿puede ser compatible el régimen de las contramedidas con el derecho reconocido a los Estados de formular reservas a las disposiciones de un tratado?

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

2. Los proyectos de artículos 11 a 14 ofrecen elementos de respuesta a estas cuestiones, aunque su formulación no siempre sea acertada. Por otra parte, los diferentes capítulos del cuarto informe se corresponden y se completan en un orden equilibrado que pone de relieve las cualidades de realismo y de audacia del Relator Especial. El espíritu de realismo le lleva a partir siempre del derecho existente, lo que nos recuerda que la materia de las contramedidas se presta muy bien a codificación. La reglamentación de las contramedidas integra a la vez elementos que son propios del derecho de la responsabilidad, cuando se trata de definir el concepto mismo de contramedidas, y elementos extraídos del derecho internacional general, cuando se trata de enunciar las condiciones del recurso a las contramedidas y de determinar algunos casos de prohibición. En este último terreno es en el que se afirma la audacia del Relator Especial, como demuestra la formulación del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 revisado[4]. Es un hecho que algunas presiones tienen efectos más virulentos que un ataque armado y hay que excluirlas sin equívocos del ámbito de las contramedidas. La reglamentación de las contramedidas hace entrar aquí a la Comisión en el terreno del desarrollo progresivo del derecho internacional.

3. El orador no cree que haya que seguir la opinión de algunos oradores que han propuesto atenerse a fórmulas generales, vagas o ambiguas. En todo caso, la formulación de una norma jurídica es un proceso lento y su lentitud permite al sistema en el que ha de integrarse la norma establecer las compensaciones necesarias. En la formulación de normas jurídicas, como en el recurso a las contramedidas, todo es cuestión de oportunidad. Hay que saber aprovechar la ocasión cuando se presenta y la reglamentación de las contramedidas es una buena ocasión de hacer una labor útil en el ámbito del desarrollo progresivo del derecho. La Comisión debería agradecer al Relator Especial por sus propuestas.

4. En su tercer informe, el Relator Especial ha hecho de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito la condición fundamental. Pero la condición fundamental del ejercicio del derecho de recurrir a contramedidas ¿no es más bien la existencia de un daño real que se preste a una evaluación objetiva? El Relator Especial lo ha comprendido así puesto que en su proyecto de artículo 11 reserva exclusivamente la aplicación de contramedidas al Estado lesionado. Aun así, las precisiones sobre la naturaleza o la gravedad del perjuicio permitirían una lectura más funcional y menos general de este artículo.

5. Otro aspecto de las contramedidas que realmente no se tiene en cuenta en los textos que se examinan es el del factor tiempo. En el intervalo que separa la comprobación de que el daño no se ha reparado y la puesta en práctica de las condiciones previas al ejercicio de las contramedidas puede producirse un acontecimiento que sea imputable a la víctima y que no guarde necesariamente relación con el daño inicial. ¿Puede este acontecimiento privar de objeto a la adopción de contramedidas? En las relaciones entre el Estado A y el Estado B habría en cierto modo una equivalencia de situación, pues la amenaza de contramedidas podría ser esgrimida tanto por uno como por otro. ¿No debería funcionar esta equivalencia de situación como una excepción a la aplicación de las contramedidas e incluirse entre las condiciones enunciadas en el proyecto de artículo 12? De esta noción de equivalencia de situación se pasa naturalmente a la cuestión de la proporcionalidad de las contramedidas. La proporcionalidad no es evidentemente una condición del ejercicio de las contramedidas. Es una cualidad de la contramedida que se aprecia con posterioridad a la aplicación de ésta en función de toda una serie de parámetros. Presupone la existencia de una relación de correspondencia entre la medida y el daño. Pero esta relación no es constante: puede variar en función de la gravedad del daño y de las frustraciones que en su caso genere la falta de cooperación del autor del hecho internacionalmente ilícito y en función del tiempo transcurrido. Estos diferentes factores influirán fatalmente en la energía con que va a reaccionar el Estado lesionado. La exposición dedicada al problema de los criterios de la proporcionalidad en el capítulo IV del cuarto informe merecería verse enriquecida con un análisis dedicado a los elementos o factores de la proporcionalidad, que debería contribuir a poner de relieve el carácter dinámico y elástico de ésta.

6. De hecho, la formulación del proyecto de artículo 13 deja bastante que desear. En la versión francesa, la expresión «hors de proportion» debería sustituirse por el adjetivo «disproportionnée». Al orador le perturba también el artificio de redacción consistente en hacer del hecho internacionalmente ilícito y sus efectos un factor común en relación con la gravedad, conceptos subjetivos si los hay y con respecto a los cuales no se propone el menor criterio de apreciación. Constituyendo la gravedad en definitiva la base de apreciación de la proporcionalidad, convendría, en una nueva formulación del proyecto de artículo 13, presentar la noción de gravedad de manera más concreta, a fin de que este artículo 13, que es la piedra angular del régimen de las contramedidas, resultara más fácil de utilizar.

7. El Sr. VERESHCHETIN felicita al Relator Especial por su cuarto informe y por sus proyectos de artículos propuestos, que se distinguen como siempre por su seriedad y que facilitarán el progreso de los trabajos de la Comisión sobre la cuestión de la responsabilidad de los Estados. No obstante, habiendo ya expresado detenidamente su opinión cuando se examinó el tercer informe (2265.ª sesión), se limitará a referirse aquí básicamente a dos cuestiones que se abordan en los capítulos VII y VIII del cuarto informe, a saber, los regímenes «autónomos» y la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados.

8. El Relator Especial estima que las contramedidas son un mal inevitable para el clima actual de las relaciones internacionales y el estado actual del derecho internacional. Es probable, sin embargo, que dadas la imperfección del sistema jurídico internacional y las insuficiencias de las instituciones y del nivel de «colectivización» de los medios de recurso, los Estados exijan durante largo tiempo aún poder recurrir a medidas unilaterales, o contramedidas «horizontales», como las llama el Relator Especial por contraposición a las contramedidas «verticales», aplicadas por órganos internacionales. El Sr. Vereshchetin reconoce también que las contramedidas unilaterales son un mal inevitable y que, por

[4] Véase 2277.ª sesión, nota 9.

consiguiente, hay que insertarlas en un marco estricto y limitarlas al máximo. Ahora bien, aun cuando en el informe y en los proyectos de artículos se haga referencia a esas limitaciones, le parece que en su interpretación de los regímenes autónomos el Relator Especial se ha apartado de esta línea general relativa a la limitación de las contramedidas al poner reparos a su tipificación como «supletorias» en el régimen general, en contraposición a los regímenes especiales de los acuerdos multilaterales que reglamentan las consecuencias de su violación. Desde este punto de vista hay en los razonamientos del Relator Especial algunas inconsecuencias. Los regímenes autónomos son calificados por el Relator Especial de un «bien jurídico de gran importancia». En efecto, esos regímenes tienden a limitar las situaciones en las que el Estado se va a erigir en juez y hacerse su propia justicia. Claro está que no todos los regímenes «convencionales» garantizan medios de recurso adecuados o excluyen el recurso a los medios previstos por el derecho internacional general, pero esto tiende a confirmar que la cuestión de la aceptabilidad de las contramedidas unilaterales no puede hallar respuesta sino después de un análisis de la convención multilateral apropiada.

9. *A priori*, afirmar que los Estados, incluso los que han concertado acuerdos especiales pertinentes, tienen siempre derecho a recurrir a contramedidas unilaterales, es decir, a represalias, equivale a dar a este derecho el valor de una norma de *jus cogens*, lo que, a juicio del orador, no concuerda con el desarrollo progresivo del derecho internacional. Por eso no aprueba la conclusión del Relator Especial según la cual si se hace de las normas generales relativas al ejercicio de contramedidas normas «supletorias» o secundarias en relación con los regímenes autónomos, se frustra la finalidad misma de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad de los Estados que la Asamblea General ha iniciado por medio de la Comisión. El orador llega por su parte a la conclusión inversa, aun estando de acuerdo con el Relator Especial en que la excepción a las reglas generales relativas a las contramedidas unilaterales debe ser resultado, en principio, de instrumentos convencionales y no de normas no escritas.

10. A juicio del orador, el problema de la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados debe examinarse con la misma voluntad no de ampliar sino de poner el máximo de límites al régimen de las contramedidas unilaterales. A semejanza de otros miembros de la CDI y de diversos autores que se han expresado sobre la materia, estima que en el caso de violaciones, o de hechos ilícitos calificados de «delitos», la facultad de recurrir unilateralmente a contramedidas no corresponde en general más que a los Estados «directamente» lesionados. Aunque las nociones de «Estados directamente lesionados» o de «Estados indirectamente lesionados» no estén muy claramente definidas, rechazándolas no se aclararán los derechos y las obligaciones de los Estados vinculados a normas *erga omnes* ni se precisará la reglamentación del régimen de las contramedidas unilaterales.

11. A propósito de la introducción de un artículo complementario 5 *bis*, en el que se reconocen los mismos derechos «de respuesta» a los Estados no directamente lesionados, el orador se une a quienes estiman que la violación de una norma *erga omnes* debe dar lugar ante todo a una reacción colectiva o a una acción por parte de mecanismos institucionales. El Relator Especial menciona también esta idea en su informe pero no la recoge en su proyecto de artículos. Por eso quizá no haya que rechazar precipitadamente las ideas que propuso a este respecto el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, en su proyecto de artículo 11[5].

12. El orador piensa también que en lo que respecta a las contramedidas sería preferible decir «suspensión» más que «cesación» del efecto de las obligaciones del Estado lesionado con respecto al Estado autor del hecho ilícito. Así se subrayaría el carácter temporal de las contramedidas que, en un determinado momento, cuando han perdido su razón de ser, pueden transformarse en hechos ilícitos. Comparte también la opinión de algunos colegas que estiman que la preparación de artículos relativos a la responsabilidad de los Estados, particularmente cuando se trata de delitos, no debe vincularse a la cuestión de las facultades del Consejo de Seguridad.

13. Por último, aunque las observaciones que acaba de hacer en relación con algunas partes del informe le parecen importantes, no se refieren a lo esencial del informe y puede decir pues que comparte en general el planteamiento del Relator Especial, cuyo objeto es poner el máximo de límites al máximo e incluso prohibir en ciertos casos el recurso a contramedidas unilaterales. Estima pues que los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial se pueden muy bien remitir al Comité de Redacción. No obstante, piensa que en una determinada etapa de sus trabajos sobre el proyecto de artículos relativo a la responsabilidad de los Estados, la Comisión debería incluir, en los propios artículos o en los comentarios, una disposición sobre el objetivo de las contramedidas y sobre el hecho de que los medios de protección del derecho que se ha violado, en el caso de un delito, no se reducen únicamente a la aplicación de medidas unilaterales, en el sentido del artículo 30 de la primera parte[6]. Las contramedidas, en el sentido más amplio del término, comprenden efectivamente toda una gama de medios jurídicos legítimos para asegurar la protección de una relación jurídica primaria u obtener la reparación del daño causado, medios que van desde la retorsión hasta las medidas adoptadas por los órganos internacionales. Precisándolo así se evitaría dar la impresión de que la CDI cree que no se puede reaccionar frente a un mal, una violación de un derecho, si no es con otro mal, otra violación del derecho.

14. El Sr. AL-KHASAWNEH felicita al Relator Especial por su cuarto informe, que constituye una mina de informaciones y que se caracteriza por la sutileza del análisis y el vigor estilístico que son la característica de su autor.

15. Si, como ha recordado el Sr. Shi (sesiones 2267.ª y 2273.ª), las consecuencias adjetivas de los hechos internacionalmente ilícitos se calificaban en otro tiempo de medidas de coerción «no belicosas» *(short of war)*, hoy está de moda hablar de represalias pacíficas o, mejor aún, de contramedidas unilaterales en tiempo de paz. Se

[5] Véase 2273.ª sesión, nota 10.

[6] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

podría ciertamente incluir estas consecuencias en la rúbrica de «reglas terciarias», habida cuenta de la distinción que la Comisión ha hecho entre normas primarias y normas secundarias, pero, en definitiva, el nombre que se utilice para designarlas es más una cuestión de estilo jurídico que de fondo o de técnica establecida. Sea cual fuere ese nombre, lo importante es que al recurrir a las medidas en cuestión los Estados se hacen justicia a sí mismos. Es posible que en algunas circunstancias esto sea desde el punto de vista jurídico y moral defendible y que las contramedidas sirvan de sanción a las normas de derecho internacional y obliguen a respetar las obligaciones primarias que se han violado. Sin embargo, es evidente que ningún sistema es estático y que por definición el sistema de derecho internacional tiene por objetivo establecer la primacía del derecho en el plano internacional. Ahora bien, no se puede contribuir a la realización de este objetivo previendo expresamente, en un trabajo de codificación, la posibilidad de una reacción descentralizada a las violaciones de las normas.

16. En la introducción de su tercer informe, el Relator Especial declara que son dos los rasgos principales del régimen de las consecuencias adjetivas. El primero sería una disminución muy neta, si no una desaparición total, de las semejanzas con el derecho privado. El orador no está convencido de ello. Si se considera por ejemplo el principio *inadimplenti non est adimplendum*, se sabe no sólo que ha evolucionado por analogía con el derecho privado sino también, gracias a Anzilotti, cuándo ha tenido lugar esta transformación. En efecto, Anzilotti declaró, con ocasión del asunto de las *Tomas de agua del Mosa*, que este principio es «tan justo, tan equitativo, tan universalmente reconocido que debe aplicarse también en las relaciones internacionales»[7]. Cabe mencionar igualmente, como lo hace el Relator Especial en su cuarto informe, la opinión de Morelli, según el cual «la analogía con la pena del derecho interno es más rigurosa en el caso de las represalias que en el caso de la satisfacción»[8]. En tal caso, la analogía con el derecho penal interno es más rigurosa cuando se trata de una consecuencia adjetiva que cuando se trata de una consecuencia sustantiva. Otros ejemplos, algunos de los cuales se mencionan en el informe, muestran que la disminución de las semejanzas entre las consecuencias adjetivas y ciertas nociones e instituciones del derecho privado no es tan marcada como sugiere el Relator Especial en la introducción de su tercer informe. No obstante, el Sr. Al-Khasawneh desea decir de inmediato que suscribe, aunque por razones totalmente diferentes, la conclusión del Relator Especial según la cual en el ámbito de las consecuencias adjetivas la Comisión no puede tomar las decisiones esenciales tan absolutamente segura de sí en cuanto al fundamento de sus opciones como pudo estarlo cuando examinó las consecuencias sustantivas. De hecho, la prudencia es en este caso muy preferible a la seguridad en uno mismo y a la certidumbre doctrinal y ello por varias razones.

17. La primera es que la aplicación de contramedidas puede dar lugar a abusos, sobre todo dadas las disparidades de poder entre los Estados. Es un tema al que en el curso del debate se ha dedicado gran atención. Hay que señalar no obstante que el abuso no es prerrogativa de los Estados ricos y poderosos; en los Estados pequeños y pobres, cuando el proceso de adopción de decisiones es arbitrario y no hay distinción entre las relaciones exteriores y las relaciones personales, las contramedidas pueden provocar una escalada perjudicial para la estabilidad de las relaciones diplomáticas y los intercambios comerciales y culturales, así como para los movimientos transfronterizos de personas y mercancías. Se dirá, claro está, que las contramedidas previstas en el proyecto no pueden tener estos efectos puesto que se prevén también garantías contra la desproporcionalidad y la intención punitiva. Esta cuestión de la función punitiva de las contramedidas se halla en el origen de la segunda razón por la cual el orador estima que la Comisión debe dar muestras de prudencia en la materia.

18. La presencia de una intención punitiva en las contramedidas se deduce generalmente de las declaraciones que las acompañan. El Sr. Villagrán Kramer (2276.ª sesión) ha señalado que la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América presentan las contramedidas que toman de una manera «refinada». Se puede comparar a título de ejemplo la iniciativa del Congreso de los Estados Unidos cuando modificó la ley sobre el azúcar de 1948, reduciendo así el contingente azucarero de Cuba «de conformidad con el interés nacional», con la reacción cubana a esta medida, a saber, la expropiación de los bienes norteamericanos, expropiación que el Relator Especial considera en el capítulo I de su cuarto informe como caracterizada por la presencia de un elemento punitivo. En los dos casos existía probablemente una intención punitiva, pero en el caso de los Estados Unidos estaba mejor disimulada porque existía en ese país un sistema jurídico y legislativo más complejo. No carece de significación que los tres casos mencionados por el Relator Especial en su informe como casos que revelan una pronunciada intención punitiva se refieren a Estados del Tercer Mundo que han adquirido recientemente la independencia: Cuba, Indonesia y Libia. Es importante recordarlo porque en el curso del presente debate se ha dicho que la Comisión podía eliminar la función punitiva de las contramedidas vinculando la proporcionalidad no a la gravedad del hecho ilícito sino al interés que se ha de proteger. Quizá se podrá así reducir de manera sensible el efecto punitivo de las contramedidas, pero es dudoso que se pueda resolver el problema con tanta facilidad, pues la verdadera intención que motiva las contramedidas puede disimularse cuidadosamente.

19. El tercer motivo de prudencia es que la noción de proporcionalidad es insuficiente en cuanto limitación eficaz del alcance de las contramedidas. El Relator Especial anterior no lo ignoraba cuando declaró que

> si la limitación de fondo de la proporcionalidad da lugar a divergencias de interpretación (o quizás ni siquiera es estrictamente aplicable), y en particular si la alegación de que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito es discutida, la primera reacción unilateral podría provocar a su vez una contrarreacción, lo que entrañaría un riesgo de escalada.

Paul Reuter mostró con elocuencia que en sí misma la proporcionalidad es susceptible de interpretaciones divergentes, declarando en su opinión disidente en el asun-

[7] Fallo de 28 de junio de 1937, *C.P.J.I., serie A/B, N.° 70*, pág. 50.

[8] Para la fuente, véase la nota pertinente en la sección B del capítulo I.

to relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos* lo siguiente:

> Acepto el análisis jurídico del tribunal, en particular la idea de que para evaluar la proporcionalidad de las contramedidas es necesario tener en cuenta no sólo los propios hechos sino también las cuestiones de principio que plantean Esas cuestiones deben examinarse no obstante habida cuenta de sus probables efectos. Así, la proporcionalidad debería evaluarse sobre la base de lo que efectivamente ha constituido la controversia y no exclusivamente sobre la base de los hechos presentados al tribunal[9].

20. Los problemas que se plantean en esta esfera resultan más complejos aun si se considera que las contramedidas no se limitan a las medidas de reciprocidad. Es notable que el Relator Especial no haya recogido la distinción que hizo su predecesor entre la reacción en forma de reciprocidad (art. 8) que se corresponde con la obligación violada y la reacción en forma de represalias (art. 9) que se refiere a obligaciones distintas de la violada. Así es posible que una violación desencadene una contramedida en una esfera de las relaciones entre los Estados interesados sin relación alguna con la esfera en que se produjo la violación inicial. Como ha dicho Zemanek:

> En los casos en que no entran en juego medidas de reciprocidad, la proporcionalidad es difícil de apreciar, en particular cuando no existen un sistema universal de valores que pueda servir de parámetro y un procedimiento obligatorio en el que se recurra a un tercero dirimente[10].

En tales casos no es exagerado decir que la proporcionalidad induce a error pues da la impresión de que existe una medida exacta del carácter razonable de la acción y de la reacción, siendo así que de hecho no existe. Por eso el orador no puede suscribir las propuestas hechas en el curso del debate encaminadas a limitar las categorías de contramedidas prohibidas sobre la base de que la proporcionalidad colmaría las lagunas existentes, como la propuesta encaminada a que se suprima el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 revisado presentado por el Relator Especial. En efecto, piensa como Zemanek que:

> Para la protección de los intereses esenciales de los Estados parece preferible ampliar el grupo de normas que están protegidas contra las represalias y abandonan la proporcionalidad a las demás en lugar de contar con un concepto vago y que se presta a opiniones individuales[11].

21. La cuarta razón que impone prudencia es que no se puede estar seguro de que las cuatro excepciones enumeradas en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 14 engloben todas las contramedidas prohibidas posibles. A este respecto cabe tomar como ejemplo los tratados por los que se establecen fronteras o se efectúa una cesión de territorios, que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, sustrae al efecto del cambio fundamental de circunstancias por razón de la importancia de su estabilidad y su durabilidad. En el caso de un tratado que prevea la retrocesión de un territorio a la expiración de un arrendamiento y que se haya concertado pero que todavía no se haya aplicado, ¿puede el Estado que ha aceptado retroceder el territorio (Estado A) invocar, para suspender la ejecución del tratado, el hecho de que el otro Estado (Estado B), violando los derechos de sus propios nacionales, ha incumplido una obligación para con él en virtud de un tratado multilateral para la protección de los derechos humanos? Cabe preguntarse también si es deseable prohibir expresamente en el proyecto las contramedidas que puedan afectar gravemente al derecho de libre determinación. Claro está, también se podría afirmar que esta prohibición está ya prevista en el inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 14, relativo a las normas de *jus cogens*. Pero convendría que el Relator Especial examinara la cuestión.

22. De igual modo, la prohibición de las contramedidas que no están en conformidad con las normas del derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales podría desarrollarse de manera que se precisaran las categorías de derechos humanos que deben constituir la excepción. En su informe, el Relator Especial estima que el derecho de propiedad no debía figurar entre los derechos humanos protegidos de las contramedidas. Sigue así un planteamiento basado en las categorías más que en la importancia de los derechos en cuestión y un planteamiento similar debería recogerse en los proyectos de artículos. Por lo que respecta al derecho de propiedad, el orador considera, a diferencia del Relator Especial, que este derecho debería protegerse. En efecto, tanto a los países exportadores de capital como a los países del Tercer Mundo les interesa estar protegidos respectivamente contra la nacionalización y la congelación de activos como contramedidas. Las contramedidas deberían afectar esencialmente a las relaciones entre los Estados y sus efectos sobre los particulares deberían reducirse al mínimo. Esta es, por otra parte, la quinta razón por la cual hay que dar pruebas de prudencia en relación con el régimen de las consecuencias adjetivas, pues las contramedidas pueden tomar la forma de castigos colectivos. Es desconcertante comprobar que poderes exorbitantes conferidos durante un conflicto armado —cabe mencionar a este respecto la ley británica de 1939 titulada Trading with the Enemy Act— puedan permanecer en la legislación en tiempo de paz y dar al ejecutivo en numerosos países desarrollados el poder de congelar los activos de particulares en el marco de medidas unilaterales en tiempo de paz. Aunque estas disposiciones se presenten como temporales y anulables, algunas de ellas siguen en vigor desde hace decenios.

23. El orador precisa que es partidario de la prudencia en relación con el régimen de las consecuencias adjetivas, no porque crea que las contramedidas no deben ser objeto de disposiciones en el proyecto sino solamente porque piensa que el estudio del tema requiere la máxima precisión. Quizá habría que examinar de nuevo, por ejemplo, algunos de los conceptos con los cuales ha trabajado la Comisión hasta ahora, como el de proporcionalidad, pues cuando los juristas dejan la puerta abierta a las interpretaciones a menudo aprovecha para entrar la injusticia. El orador indica, por otra parte, que no ha considerado necesario presentar observaciones sobre las partes del informe que apoya plenamente; por ejemplo, las relativas a la conminación, la función de la solución de las controversias por intervención de un tercero o la conclusión del Relator Especial según la cual el recurso a

[9] *Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (N.° de venta: E/F.80.V.7), pág. 488.

[10] *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, pág. 372.

[11] *Ibid.*

contramedidas debe subordinarse a la existencia de una violación previa.

24. Por lo que respecta a los regímenes autónomos, el orador piensa como el Sr. Crawford (2277.ª sesión) que la Comisión no tiene que pronunciarse, puesto que se trata de una cuestión de interpretación de los tratados. Subraya, no obstante, que en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*[12], la CIJ no consideró la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, como un régimen autónomo, sino que tuvo en cuenta el conjunto del derecho internacional de las inmunidades diplomáticas, cuyo carácter consuetudinario recalcó. En este caso por lo menos no se trataba pues de interpretar un tratado. Por otra parte, si bien suscribe el análisis del Relator Especial, según el cual en todas las situaciones se pueden utilizar los recursos que ofrece el derecho internacional, el orador desearía vivamente que se examinara el concepto de régimen autónomo con más detenimiento. En el ámbito de la responsabilidad de los Estados se tiende al establecimiento de regímenes diferentes para los diversos tipos de responsabilidad. Esta división en compartimentos dará más precisión y claridad a las normas que rigen las consecuencias adjetivas y quizá podrá permitir también una evaluación más exacta de la proporcionalidad. Por lo que respecta a la noción de pluralidad de Estados desigualmente lesionados, el orador pregunta al Relator Especial si el deber de no reconocimiento previsto por el Relator Especial anterior en el marco del artículo 14 por lo que respecta a los crímenes no debería formar parte de las consecuencias adjetivas no sólo en el caso de los crímenes sino también en el de los delitos. Parece que cuando varios Estados son desigualmente lesionados, el no reconocimiento y la abstención de toda ayuda o asistencia sean una consecuencia adjetiva especialmente apropiada. Sea como fuere, el orador agradecería al Relator Especial que indicase lo que piensa acerca de ello.

25. El Sr. CALERO RODRIGUES estima que el proyecto de artículo 13 expresa bien el principio de proporcionalidad que se desarrolla en el capítulo IV del cuarto informe del Relator Especial y por su parte sólo tiene que plantear dos cuestiones. En primer lugar, se pregunta si en vez de decir que una medida no debe ser «desproporcionada» a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito no sería preferible decir, como hacía el anterior Relator Especial, que no debe ser «manifiestamente desproporcionada» con respecto a la gravedad de ese hecho. Esta cuestión podría resolverla el Comité de Redacción. Una segunda cuestión, que parece corresponder también al Comité de Redacción, se refiere al lugar del proyecto de artículo 13. En efecto, esta disposición parece romper la continuidad natural que existe entre el proyecto de artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas) y el proyecto de artículo 14 (Contramedidas prohibidas). Probablemente sería preferible tratar de la proporcionalidad en un segundo párrafo del proyecto de artículo 11 o en un artículo aparte que siguiera inmediatamente a este último.

26. Por lo que respecta al proyecto de artículo 14, que establece las limitaciones de fondo a las contramedidas, analizadas en el tercer informe y en la primera adición del cuarto informe, a saber, la prohibición del empleo de la fuerza, la protección de los derechos humanos, la inviolabilidad de personas especialmente protegidas, el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* (o *erga pluribus*), bajo el título de «Contramedidas prohibidas», el Sr. Calero Rodrigues suscribe, con una o dos excepciones, lo esencial de esas disposiciones, estimando que el Comité de Redacción podría mejorar el texto.

27. El recurso a la fuerza armada está prohibido por la Carta de las Naciones Unidas y es difícil aceptar la opinión, a la que hace referencia el Relator Especial, de que aunque esté prohibido *de jure*, este recurso parece ser cada día más aceptado *de facto*. Aunque esta opinión sea realista —y ciertamente lo es—, la Comisión no puede admitir la posibilidad de unas represalias armadas «razonables», lo que equivaldría a hacer caso omiso de una disposición muy clara y de fuerza superior de la Carta. Sobre este punto, el Sr. Calero Rodrigues está totalmente de acuerdo con el Relator Especial. Cree también, como este último, que en el ámbito de la responsabilidad de los Estados y de las consecuencias de los delitos cometidos por éstos, la Comisión no debe mantener el concepto de autotutela o de «intervención armada con fines humanitarios»: las contramedidas en las que se utiliza la fuerza armada deben prohibirse de manera clara y absoluta.

28. De igual modo, la Comisión no debe tratar de interpretar el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas sino dejar que lo haga la CIJ. Ahora bien, por el efecto combinado del nuevo párrafo 2 y de la versión revisada del apartado *a* del párrafo 1, la Comisión interpretaría esta disposición si aceptara la nueva versión del artículo 14 conservando las palabras que figuran entre corchetes en ese apartado *a*.

29. Por otra parte, aun cuando se descarte esta posibilidad de interpretación queda en pie la cuestión sumamente espinosa de saber si la prohibición debe aplicarse a las medidas de coacción distintas de la fuerza armada. El Sr. Calero Rodrigues cree comprender que el Relator Especial ha pensado en dos soluciones. En la versión original del apartado *b* del proyecto de artículo 14 proponía que se prohibiera «... cualquier... comportamiento que pueda poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que esté dirigido»; en la versión revisada de este artículo 14, si se omite la referencia a la Carta, que figura actualmente entre corchetes, la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza se refiere no sólo a la fuerza armada sino también a «cualesquiera medidas extremas de coacción política o económica que pongan en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que estén dirigidas» (párr. 2). En los dos casos el Sr. Calero Rodrigues estima, como el propio Relator Especial, que las contramedidas no deben considerarse legítimas cuando amenazan la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que se adoptan. Este tipo extremo de coacción —aunque se suponga que tiene por objeto obligar a un Estado a cumplir una obligación internacional que ha violado— no debería autorizarse: las medidas de este tipo serían contrarias de todas formas a los principios de la proporcionalidad que la Comisión parece dispuesta a aceptar, como ha explicado muy bien el Sr. Bowett (2277.ª sesión). No hay que olvidar que se

[12] Véase 2261.ª sesión, nota 5.

considera que la disposición de que se trata y la prohibición que contiene son una reacción frente a un delito internacional, es decir, la violación de una obligación que no es «esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional», recogiendo los términos del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos[13]. La Comisión deberá examinar ulteriormente cuáles son las contramedidas legítimas contra las violaciones más graves, a saber, los crímenes, y en ese momento deberá preguntarse en qué medida debe ampliarse la aplicación de las contramedidas. No obstante, aun en el caso de los crímenes, el Sr. Calero Rodrigues dice que, dadas su concepción de las contramedidas y su fidelidad a la posición tradicional que es la de América Latina en la materia y que está ya consagrada en instrumentos y resoluciones interamericanos, duda mucho de que pueda aceptar que se autorice el recurso a medidas que puedan conducir de hecho a la destrucción de un Estado aun cuando ese Estado sea responsable de un crimen internacional. Por el momento, y tratándose de delitos, el Sr. Calero Rodrigues no puede menos de reafirmar que es partidario de una prohibición estricta de las medidas que afecten a la integridad territorial o a la independencia política de un Estado. La elección entre los dos textos propuestos por el Relator Especial para el artículo 14 puede dejarse al Comité de Redacción pues estos textos no son diferentes en cuanto al fondo y por el momento no hay que excluir ninguno.

30. El Sr. Calero Rodrigues piensa, como el Relator Especial, que las contramedidas no deben afectar a los derechos humanos fundamentales, las relaciones diplomáticas, las normas de *jus cogens* ni los derechos de terceros Estados. Claro está, esto no significa necesariamente que apruebe el texto de los proyectos de artículos, pero estima que si la Comisión está de acuerdo en cuanto al fondo, las cuestiones de redacción deben dejarse al Comité de Redacción.

31. Por lo que respecta al nuevo artículo 5 *bis* propuesto por el Relator Especial, el Sr. Calero Rodrigues señala que el artículo 5[14], aprobado provisionalmente por la Comisión, indica de manera detallada, para algunos demasiado detallada, cómo identificar a un Estado lesionado. Si a raíz de un hecho internacionalmente ilícito hay más de un Estado lesionado y si los artículos enuncian derechos en beneficio de los Estados lesionados, parece evidente que cada Estado lesionado puede hacer valer los derechos sustantivos al igual que los derechos adjetivos, conforme a las disposiciones del proyecto de artículos. Se establecen nuevas relaciones bilaterales entre el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito y cada uno de los Estados lesionados, teniéndose en cuenta en esta relación la naturaleza y la gravedad del perjuicio sufrido por cada uno de esos Estados. Un Estado lesionado podrá, por ejemplo, reclamar reparación, otro satisfacción, otro podrá preferir la *restitutio naturalis* o la indemnización. Esto parece evidente, hasta el punto de que cabe preguntarse si es necesario decirlo de manera expresa. Ahora bien, después de un capítulo interesante sobre el problema de la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados, el Relator Especial propone una disposición a este efecto, el artículo 5 *bis*. A juicio del Sr. Calero Rodrigues, este artículo no es necesario, pero si la Comisión piensa con el Relator Especial que es útil y «probablemente indispensable» no se opondrá a que se incluya en el proyecto de artículos.

32. El Sr. Sreenivasa RAO destaca que la cuestión de las contramedidas utilizadas o que pueden utilizarse como reacción frente a un hecho ilícito, que tan brillantemente ha expuesto el Relator Especial en los diferentes informes presentados, ha suscitado, tanto dentro como fuera de la Comisión, un rico debate en el que no han dejado de expresarse opiniones diametralmente opuestas. En efecto, mientras algunos ven en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en la materia una labor al servicio fundamentalmente de los intereses de los Estados poderosos y económicamente favorecidos, otros ven en las contramedidas un mal necesario y consideran que su estricta reglamentación interesa a la vez a los poderosos y a los débiles, a los ricos y a los pobres. Por otra parte, mientras algunos desean una definición estricta del ámbito de las contramedidas, otros estiman que estas medidas deben dejarse en general a la discreción de los Estados. Finalmente, las opiniones divergen en cuanto a las condiciones o a las limitaciones a las que debería someterse efectivamente el recurso a las contramedidas. A este respecto se han planteado cuestiones acerca de la función de los procedimientos de solución pacífica de las controversias, el tenor del criterio de proporcionalidad, la pertinencia de las medidas cautelares y la extensión de las facultades y las funciones de los instrumentos, órganos y organizaciones de carácter multilateral, entre ellos el Consejo de Seguridad, y, sobre todo, la aplicabilidad de los principios generales del derecho internacional, las obligaciones *erga omnes* y el *jus cogens*.

33. Antes de pasar a esas cuestiones, el orador desea expresar al Relator Especial su gratitud por su franqueza. En primer lugar, el Relator Especial no ha ocultado que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en la materia representan una tarea formidable, pues los sistemas nacionales ofrecen pocos ejemplos de sistemas generalmente aceptados de aplicación de las obligaciones internacionales y los instrumentos colectivos aplicables tienen un carácter meramente rudimentario. En segundo lugar, ha destacado con razón el hecho de que la práctica de los Estados en la materia examinada se caracteriza por la inexistencia de semejanza, de conformidad, de certidumbre y de previsibilidad, en el sentido de que las prácticas observadas, como dice en la introducción de su tercer informe, «no parecen ofrecer, sean cuales fueren las circunstancias de cada caso particular, las garantías indispensables de regularidad y objetividad», y a continuación ha expresado su preocupación en estos términos:

> Cuesta mucho a veces determinar el contenido exacto de algunas de las normas generales que algunas de las denominadas prácticas unilaterales ponen en tela de juicio; la incertidumbre es manifiesta en la doctrina de los llamados regímenes «autónomos»; y parece difícil definir las tendencias de la evolución ulterior del derecho y la dirección en que la Comisión prudencialmente podría proponer mejoras a la Asamblea General y, finalmente, a los Estados.

34. Convendrá tener debidamente en cuenta esas observaciones, fruto de una madura reflexión y bien fundadas, cuando se elaboren políticas fundamentales que hayan de regir la aplicación de un régimen de contrame-

[13] *Ibid.*, nota 8.

[14] Véase 2275.ª sesión, nota 5.

didas apropiado. Es evidente que no podrá tratarse en lo esencial más que de recomendaciones relativas a los elementos que se han de incorporar en ese régimen para alcanzar determinados objetivos. El orador estima por su parte que esos objetivos deben ser los siguientes: *a*) desalentar en general la autoprotección; *b*) promover el respeto del derecho y la primacía del derecho; *c*) favorecer la solución de las controversias mediante un repertorio de medios mutuamente aceptables para las partes; *d*) atribuir a las contramedidas una función positiva y constructiva; *e*) evitar dar a las contramedidas una finalidad punitiva; *f*) preservar la integridad territorial y la independencia política de los Estados; y *g*) obtener la cesación del hecho ilícito y una indemnización o satisfacción apropiadas.

35. El orador se congratula de que numerosos miembros de la Comisión se hayan pronunciado en contra de toda idea de dejar a los Estados una libertad desenfrenada que les permita usar y abusar de las contramedidas sin condición previa, sin moderación y sin respeto del derecho, aun cuando se considere que responden a una violación del derecho o a un hecho ilícito. A este respecto desea apoyar la propuesta que se ha hecho de incluir en el régimen de contramedidas que se elabore una disposición expresa que prohíba a los Estados entregarse a represalias punitivas o tomar contramedidas con fines punitivos. Como ha señalado con razón el Sr. Barboza (2277.ª sesión), la aplicación del criterio de proporcionalidad no basta en este caso.

36. De igual modo, existe en general un entendimiento sobre varias condiciones previas del recurso a las contramedidas: en primer lugar, debe haber un hecho ilícito por parte de un Estado; en segundo lugar, debe presentarse al Estado autor del hecho ilícito una petición sin ambigüedades de cesación del hecho ilícito y de satisfacción o indemnización razonable y satisfactoria por el daño causado; en tercer lugar, en caso de desacuerdo en cuanto a la naturaleza del hecho en cuestión y las demandas formuladas es necesario recurrir sin demora a un procedimiento de solución de las controversias. El orador remite a este respecto a las conclusiones a que ha llegado recientemente el American Law Institute en su *Restatement of the Law Third*[15], citadas en la sección C del capítulo I del cuarto informe. Subraya que las partes deben buscar y aplicar de buena fe todos los medios de solución de las controversias aplicables y aceptables para ellas. A este respecto convendría ante todo evitar que se tomen contramedidas al mismo tiempo que se hace una oferta de solución pacífica de la controversia. El orador remite también sobre este punto a los ejemplos citados en una nota de pie de página a este capítulo del informe sobre la práctica del siglo XIX. Desea añadir que estas ofertas de solución pacífica de la controversia deben ser razonables. Habría que prever debidamente recurrir con prioridad a los mecanismos aplicables previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en el marco de las Naciones Unidas o de otros instrumentos y organizaciones de carácter multilateral. El propio hecho ilícito debe ser un hecho que tenga consecuencias inaceptables o importantes, no un hecho secundario o de carácter técnico. Y, sobre todo, no sólo debería preverse el recurso a las contramedidas cuando se haya determinado, con ayuda de ciertos criterios objetivos, que el Estado autor del hecho lesivo saca provecho del hecho ilícito, que deniega sin justificación toda satisfacción al Estado lesionado mientras persiste en la violación.

37. El debate ha permitido discernir varias limitaciones al recurso a las contramedidas. La más importante de ellas se refiere a la reafirmación del principio fundamental según el cual el uso de la fuerza armada está prohibido a título de contramedida en respuesta a hechos ilícitos iniciales que no impliquen un ataque armado o el uso de la fuerza armada. Conviene respetar estrictamente los principios enunciados en el párrafo 4 del Artículo 2 y en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, so pena de poner en peligro el futuro del orden mundial, ya delicado y amenazado. De ello se sigue que las contramedidas lícitas previstas no son medidas tomadas en ejercicio del derecho de legítima defensa, que se rige por la Carta. Las contramedidas a las que se podría recurrir deberían estar en conformidad con la primacía del derecho. Puesto que están llamadas a ser reconocidas en derecho, deberían inscribirse en la esfera estricta del derecho. Se trata de un principio que fue muy bien enunciado en el laudo arbitral dictado en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos*, entre los Estados Unidos de América y Francia, en el que además se declara sin ambigüedad que no se deben tomar contramedidas cuando se disponga de medios «en un marco institucional que proporcione cierta garantía de ejecución de las obligaciones»[16]. La CIJ se pronunció en el mismo sentido en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*[17].

38. El criterio del carácter razonable y de la proporcionalidad es igualmente importante. En otros términos, las contramedidas previstas deben, en primer lugar, ser proporcionadas a la gravedad del hecho ilícito y, en segundo lugar, tener por objeto obtener la cesación del hecho ilícito y resolver la controversia que pueda surgir de este hecho con la ayuda de medios pacíficos mutuamente aceptables.

39. A este respecto, algunos tratan de establecer una distinción entre los actos de retorsión y las represalias y entre el criterio de equivalencia y el criterio de proporcionalidad. Se ha dicho también que proporcionalidad no es equivalencia. El orador cree que la diferencia entre estos dos conceptos no es más que una diferencia de grado y de apreciación. El criterio de proporcionalidad no puede ampliarse en ningún caso para justificar la adopción de medios, métodos y medidas totalmente desproporcionados o la obtención de resultados fuera de proporción con relación a los efectos del hecho ilícito. En este sentido, la proporcionalidad debe juzgarse con arreglo a su conformidad con la equivalencia. Esta idea se deriva lógicamente de la posición que ha convenido la Comisión: las contramedidas, considerándose que tienen la sanción del derecho, deben aplicarse en el marco del derecho y

[15] The American Law Institute, *Restatement of the Law—The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minn.), 1987, págs. 380 y ss.

[16] Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVIII, pág. 445.

[17] Véase 2261.ª sesión, nota 5.

revestir un carácter razonable. Esto es en todo caso lo que se desprende del laudo arbitral dictado en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos*, en el que se dice que las contramedidas tienen por objetivo reconstituir «de una manera negativa la simetría de las posiciones iniciales»[18]. En otros términos, el tribunal arbitral se refirió a alguna forma de restitución o equivalencia y el Relator Especial ha recogido bien esta idea en el capítulo VI de su tercer informe.

40. La cuestión de las limitaciones al recurso a las contramedidas que implican esencialmente medidas económicas y políticas que no equivalen al empleo de la fuerza es bastante compleja y la forma en que se trata esta cuestión en la práctica de los Estados, en la doctrina e incluso en cierta medida en el informe del Relator Especial crea alguna confusión.

41. A este respecto conviene ante todo precisar bien que ningún Estado puede recurrir a título de contramedidas a presiones económicas y políticas que tengan por efecto comprometer la integridad territorial o la independencia política del Estado autor del hecho ilícito. El Relator Especial se muestra perfectamente claro sobre este punto en el último párrafo de la sección B del capítulo V de su cuarto informe. En segundo lugar, la mayoría de las medidas económicas y políticas adoptadas por los Estados no son contramedidas *stricto sensu*: son medidas que no están prohibidas por el derecho internacional, como por ejemplo la cesación de la ayuda al desarrollo que un Estado concede libremente a otros Estados en su interés mutuo. En tercer lugar, se admite en general que un Estado no puede recurrir a contramedidas si se ve afectado únicamente en sus intereses y no en sus derechos. Esta distinción entre intereses y derechos es tanto más importante cuanto que en las relaciones internacionales tiende a enmascararse con frecuencia. Finalmente, cabe recordar que la aplicación de medidas económicas como estrategia y contramedidas se rige estrictamente por varios acuerdos internacionales y regímenes autónomos, bilaterales y multilaterales. Conviene pues no polarizarse sobre el recurso a medidas económicas a título de contramedidas fuera del marco de los regímenes autónomos.

42. Es un hecho interesante que la práctica de los Estados muestra que para persuadir al Estado autor del hecho ilícito los Estados recurren a menudo a medidas económicas. Se trata con frecuencia de medidas de escasa intensidad que en general no despiertan inquietud por la paz y la seguridad internacionales, aun cuando susciten vivos desacuerdos y resentimientos que afectan a los planes de desarrollo de un país y, por tanto, una cierta tensión en las relaciones y más tarde en las negociaciones. En este sentido, el animado debate sobre las contramedidas está quizá en lo esencial desplazado e incluso injustificado.

43. A este respecto, como han subrayado algunos miembros de la Comisión, convendría no tocar los regímenes llamados «autónomos», es decir, regímenes establecidos en el marco de tratados. Y de hecho el propio Relator Especial ha llegado prácticamente a esta conclusión cuando declara:

> Así pues, sólo se debe recurrir a medidas unilaterales «externas» en casos extremos, a saber, sólo como respuesta frente a hechos ilícitos de tal gravedad que justificarían una reacción que pueda poner en peligro un bien jurídico valorado en alto grado tanto por el Estado lesionado como por el Estado infractor. Dicho de otro modo, el principio de la proporcionalidad tendrá que aplicarse de un modo muy especial —y muy estrictamente—, siempre que la medida a que se recurra consista en la suspensión o terminación de las obligaciones dimanantes de un régimen presuntamente «autónomo».

44. El orador iría incluso más allá. En efecto, cuando los Estados conciertan tratados específicos, en particular tratados exhaustivos, cuando determinan las sanciones correspondientes a las violaciones de ese régimen convencional, excluyen con ello expresamente todas las medidas correspondientes a cualquier otro sistema. Ciertamente sería útil que las partes pudieran expresar claramente su intención a este respecto, como recomienda el Relator Especial, pero esto no siempre es necesario y la intención puede verificarse de otra manera. De no existir indicación concreta de la intención, la presunción favorecería la exclusión de medidas externas más que su inclusión, como lo expresa de manera persuasiva la máxima *expressio unius est exclusio alterius*.

45. Se plantea también la cuestión de la aplicabilidad de las contramedidas en caso de violaciones de los derechos humanos. El orador conviene con el Sr. Villagrán Kramer (2276.ª sesión) en que las contramedidas no son aplicables en este caso y por excelentes razones. En primer lugar, las violaciones de los derechos humanos dependen de regímenes convencionales autónomos, que responden al derecho internacional contemporáneo y que progresivamente son concebidos por los Estados por vía de consenso y con un espíritu realista. Suponer, pues, que pueda haber otras medidas a las que puedan recurrir los Estados para asegurar la aplicación de estos regímenes convencionales equivaldría a comprometer el propio proceso. En segundo lugar, sería extraordinariamente difícil determinar en estos casos un grado de equivalencia o de proporcionalidad por razón de las diferencias que existen entre los Estados en la esfera de los derechos humanos y que dependen de valores de orden económico, cultural, religioso e incluso político. Finalmente, para garantizar el disfrute de los derechos humanos no convendría negar el ejercicio de los derechos humanos a título de medida proporcionada o equivalente.

46. A este respecto es muy convincente la afirmación del American Law Institute, citada en una nota de pie de página en la sección B del capítulo X del tercer informe, según la cual

> las medidas de autoprotección que está permitido adoptar frente al Estado infractor no se extienden a las medidas dirigidas contra los nacionales de dicho Estado que sean contrarias a los principios que rigen los derechos humanos y el trato de los extranjeros.

Conviene mencionar también en este sentido la opinión de Schachter, citada en el mismo capítulo, según el cual no pueden vulnerarse los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de guerra, los diversos tratados relativos a los derechos humanos y las convenciones sobre el estatuto de los refugiados, sobre el genocidio y sobre la esclavitud a título de contramedida.

[18] Véase nota 16 *supra*.

47. También se ha hecho mención de las limitaciones del recurso a las contramedidas resultantes de la aplicabilidad de las obligaciones *erga omnes* y del *jus cogens*. El Sr. Rosenstock (sesiones 2273.ª y 2275.ª) ha planteado con razón la cuestión de la distinción entre estos dos conceptos y el Sr. Pellet (2276.ª sesión) ha alertado a la Comisión contra la marginación del concepto de *jus cogens*, aun cuando no exista certidumbre alguna en un caso determinado en cuanto a los principios o las obligaciones en juego. El orador piensa que convendría presumir que las contramedidas lícitas están sometidas a limitaciones resultantes de obligaciones *erga omnes* y del *jus cogens* y no indicarlo expresamente a menos que la Comisión no pueda, mediante ejemplos concretos, definir estos conceptos y la forma como operan en cuanto limitaciones.

48. Sobre este punto, es importante la cuestión que ha planteado el Sr. Crawford (2277.ª sesión) acerca del concepto de Estados desigualmente lesionados. El Relator Especial ha destacado con razón este problema, que no obstante debe resolverse, como recomienda el Sr. Crawford: conviene dar la primacía a la reacción o a la no reacción por parte del Estado más directamente lesionado y someter los derechos de los demás Estados menos afectados a la estricta aplicación de los principios de licitud y proporcionalidad.

49. Sin embargo, el orador no comparte la opinión del Sr. Crawford y de otros miembros de la Comisión con arreglo a la cual el criterio de proporcionalidad sería suficiente para regir las medidas de coacción extremas. En efecto, ¿se puede pretender que un Estado que haya violado obligaciones *erga omnes* o una norma de *jus cogens* deba sufrir por parte del Estado lesionado represalias que violen las mismas obligaciones, de manera igual o proporcionada? ¿Convendría también que frente a una agresión cometida por un Estado otros Estados pudieran ir más allá de la reacción y del restablecimiento del *statu quo ante* y poner en peligro la independencia política y la integridad territorial del Estado agresor? ¿Existe algún concepto de Estado sometido que sea válido en derecho contemporáneo, habida cuenta de la Carta de las Naciones Unidas y de los diferentes precedentes a este respecto? El Sr. Sreenivasa Rao no lo cree. Refiriéndose a la propuesta hecha por el Sr. Bowett (2277.ª sesión) con respecto a la limitación de la amplitud de los poderes y las funciones del Consejo de Seguridad para que no pueda impedir a los Estados recurrir a contramedidas legítimas, el orador considera en primer lugar que el problema que se ha planteado es falso y en segundo lugar que la propuesta es inaceptable y que no se justifica en derecho. Por ejemplo, si la mayor parte de las contramedidas son por definición medidas de escasa intensidad que no hacen pesar ninguna amenaza sobre la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad, en general, no se interesará y la cuestión de la prohibición de esas contramedidas por el Consejo de Seguridad no se plantea. De otra parte, cuando las contramedidas amenacen la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad, en virtud de las facultades y funciones que le confiere la Carta y de la responsabilidad primordial que le incumbe de mantener la paz y la seguridad internacionales, podrá indicar el camino que se ha de seguir. Reducir esas facultades del Consejo de Seguridad sería negarle la función primordial que cumple. Además, el Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas es objeto de un gran debate jurídico y limitar categóricamente su ámbito de aplicación en el marco de la aplicación de un régimen de contramedidas equivaldría a invertir el orden de prioridades y es inaceptable. En otros términos, el orador cree que las contramedidas deben someterse a los principios generales de derecho internacional, a la Carta de las Naciones Unidas y a las funciones primordiales del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, sin lo cual el Artículo 25 se prestaría a una interpretación jurídica rigurosa que no podría suscribir *a priori* ningún Estado, sea cual fuere la fuerza de sus convicciones políticas.

50. Pasando a los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial, el orador considera totalmente inaceptable el artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado). En primer lugar, plantear el problema solamente en función de la inexistencia de una respuesta satisfactoria por parte del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito es desconocer las condiciones previas del recurso a las contramedidas que van apoyadas por la práctica de los Estados y que varios miembros de la Comisión han preconizado. En segundo lugar, reconocer al Estado lesionado el derecho de «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones» para con el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito sería en este caso inapropiado y contrario al principio de proporcionalidad. En el artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), el criterio enunciado en el apartado *a* del párrafo 1 es fundamental, pero podría formularse de manera diferente, debiendo ponerse el acento en la elección y la aplicación de buena fe de un procedimiento de solución razonable, realista y aceptable para todas las partes. En cuanto a las condiciones previstas en el párrafo 2, al orador le parecen parciales. Convendría formularlas de manera más neutra y equilibrada exigiendo igualmente la buena fe al Estado lesionado, sin mermar por ello la confianza y la credibilidad del Estado autor de la infracción. Por lo que respecta a las medidas cautelares, el orador conviene con el Sr. Calero Rodrigues en que puesto que forman parte de las contramedidas es superfluo mencionarlas. La primacía concedida a la paz y la seguridad internacionales y a la justicia en el párrafo 3 del artículo 12 es un criterio importante, pues no conviene que las contramedidas lleguen a agravar las relaciones internacionales y las relaciones amistosas entre los Estados.

51. El orador, por haberse extendido sobre el criterio de proporcionalidad, no se referirá al artículo 13 (Proporcionalidad). Considera que el artículo 14 (Contramedidas prohibidas) requiere modificación y precisión. El criterio del respeto de los derechos humanos fundamentales es importante pero no el de la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral, que convendría simplemente suprimir. En cuanto al criterio enunciado en el inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1, debería formularse de manera diferente para que hiciera referencia a toda norma de derecho internacional general y no únicamente a una norma imperativa de derecho internacional general, so pena de dejar la puerta abierta a la ley de la selva.

52. Refiriéndose al capítulo IV del cuarto informe, el Sr. FOMBA dice que reconoce la importante función

que desempeña la proporcionalidad en el análisis de las contramedidas. Pero el problema es definir con precisión el contenido y los criterios de apreciación. A la proporcionalidad *stricto sensu*, el Sr. Fomba prefiere la proporcionalidad *lato sensu* y el uso de fórmulas relativamente neutras como «desproporcionada» o «fuera de proporción», como propone el Relator Especial. En cuanto a los criterios de apreciación, debe prevalecer el principio de la indisociabilidad de los factores pertinentes, cualitativos y cuantitativos. Conviene precisar no obstante que el problema de la finalidad de las contramedidas no debe confundirse con el de la proporcionalidad. En lo que concierne al capítulo V sobre contramedidas prohibidas, el orador aprueba la iniciativa del Relator Especial de tratar por separado los problemas que corresponden al *jus cogens*, desde el momento en que se respeta la coherencia intelectual de este concepto.

53. Por lo que respecta a la prohibición del recurso a la fuerza, el alcance del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas está a su juicio suficientemente claro y aceptado por la comunidad internacional para que se ponga término definitivamente al debate sobre esta cuestión. Por lo que se refiere a los Artículos 42 a 47 de la Carta y las posibles consecuencias que se hayan de extraer de su éxito mitigado, no es necesario entrar en este debate; basta simplemente remitir a las normas generales sobre el recurso a la fuerza. El orador suscribe por otra parte la opinión de que admitir la intervención armada en nombre del «estado de necesidad» equivaldría a consagrar la política de la fuerza, lo cual es inadmisible.

54. En cuanto al problema de las medidas económicas y políticas como formas de coacción, el orador opina que hay que prohibir claramente las medidas que ponen en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el cual se dirigen.

55. Por lo que respecta a las medidas y el respeto de los derechos humanos, le parece inútil enumerar los derechos más fundamentales; basta con referirse simplemente a la categoría de derechos de que se trata, en la inteligencia de que el alcance concreto de esta referencia varía *ratione temporis*.

56. Por lo que se refiere a la cuestión de la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y otras personas especialmente protegidas, el orador estima que conviene confirmar el derecho diplomático positivo. De todos modos, se podría limitar el alcance de la inviolabilidad a aquellas obligaciones cuyo respeto es indispensable para preservar el funcionamiento normal de los circuitos de la diplomacia. Parece evidente, por otra parte, como indica el Relator Especial en su cuarto informe, que las normas relativas a la inviolabilidad de los agentes diplomáticos tienen un fundamento y un fin políticos suficientemente importantes y autónomos para sustraerlos a las contramedidas.

57. En lo que concierne a la pertinencia de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*, no parece necesario extenderse sobre esta restricción general que se deriva de la necesidad jurídica de ajustarse a toda norma imperativa de derecho internacional general. Dicho esto, conviene afirmar la posición de la Comisión sobre esta cuestión, que se refleja en el párrafo 2 del artículo 29, en el artículo 30 y en el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 33 de la primera parte del proyecto de artículos[19]. Sin embargo, la distinción que hace el Relator Especial entre las obligaciones dimanantes de normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*, que parece asimilar las normas de los tratados multilaterales, y entre las obligaciones *erga omnes*, las normas imperativas y las normas del derecho general consuetudinario no es muy clara y el orador espera que se den más explicaciones. Estima, no obstante, que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, y la sentencia dictada el 5 de febrero de 1970 por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*[20] aclaran ya un poco la cuestión. Finalmente, el orador apoya la idea del Relator Especial de que la prohibición de las contramedidas adoptadas en violación de obligaciones *erga omnes* debería formularse de manera que cubriera la totalidad de esas obligaciones, tanto consuetudinarias como convencionales.

58. En cuanto a los proyectos de artículos propuestos, el orador está dispuesto a aceptar el proyecto de artículo 13 en su forma actual pues le parece satisfactoria la fórmula «desproporcionada a la gravedad del hecho...». Suscribe también en general la redacción del proyecto de artículo 14, tal como se ha revisado, pero sugiere no obstante que se hagan algunos retoques en el párrafo 1: al final del apartado *a*, tras las palabras «Carta de las Naciones Unidas» deberían añadirse las palabras «y del derecho internacional ulterior», y en el inciso ii) del apartado *b* deberían sustituirse las palabras «cause un grave perjuicio a...» por las palabras «impida o dificulte...». Se podría pensar también en incorporar el contenido del párrafo 2 al párrafo 1, pero el orador está dispuesto a aceptar la solución de un párrafo aparte para subrayar bien su alcance complementario.

59. El Sr. KABATSI desea elogiar al Relator Especial por el notable trabajo que ha realizado. Sus informes tercero y cuarto sobre la responsabilidad de los Estados son el resultado de un estudio sumamente profundo y erudito de la cuestión que halla su aplicación práctica en los cuatro proyectos de artículos presentados. En el proyecto de artículo 11 se reconoce la legitimidad de las contramedidas cuando se reúnen las condiciones del recurso a esas medidas, enunciadas en el proyecto de artículo 12. El proyecto de artículo 13 tiene por objeto limitar las contramedidas mediante la aplicación del criterio de proporcionalidad a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y el proyecto de artículo 14 precisa en qué casos están prohibidas las contramedidas o no serían jurídicamente aceptables. Los textos propuestos constituyen, en opinión del Sr. Kabatsi, una base útil para los debates de la Comisión.

60. Es un hecho que las contramedidas, que son medidas adoptadas unilateralmente por los Estados lesionados por un hecho ilícito, sólo están al alcance de los Estados ricos y poderosos y que al legalizarlas se refuerzan los privilegios de esos Estados y se comete una injusticia con respecto a los Estados débiles y pobres. Es éste un

[19] Véase nota 6 *supra*.

[20] *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3.

argumento de peso que aducen ampliamente todos los que se oponen a las contramedidas. Pero no es menos cierto que las contramedidas existen, siempre se han utilizado, y es de suponer que continuarán utilizándose en el futuro previsible. En la medida en que no es posible eliminarlas del todo es preciso por lo menos reglamentar y limitar su utilización. Tal es la solución que ha adoptado el Relator Especial y el Sr. Kabatsi está dispuesto a seguirlo por esa vía en las circunstancias actuales. Las condiciones del recurso a las contramedidas enunciadas por el Relator Especial en el proyecto de artículo 12 constituyen de hecho una garantía contra los abusos y los posibles errores. Es inexacto decir que estas condiciones no se respetarán porque son demasiado largas de aplicar o que impedirán de hecho todo recurso a las contramedidas. En efecto, hay que partir del principio de que las contramedidas deben ser la excepción y no la regla y que no debe ser tan fácil recurrir a ellas. De todas maneras, cualquiera que sea el régimen internacional que se establezca en la materia sólo tendrá valor si favorece la realización del principal objetivo de las Naciones Unidas claramente enunciado en el Preámbulo de la Carta, que es, entre otros,

[...] promover el progreso social y [...] elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Precisamente para promover este objetivo es necesario desarrollar el derecho internacional y no hay que olvidar que el poder es transitorio e ilusorio y que los poderosos de ayer pueden convertirse en los débiles de mañana.

61. Por lo que se refiere a los proyectos de artículos propiamente dichos, el orador comparte la opinión del Sr. Al-Khasawneh acerca de la necesidad de dar muestras de prudencia en relación con el concepto de proporcionalidad, cuyo contenido no está muy definido, lo que puede conducir a abusos. Estima también, como el Sr. Sreenivasa Rao, que las medidas cautelares no son fundamentalmente diferentes de las contramedidas y que de todas maneras las contramedidas también deberían ser provisionales. A su juicio, es posible mejorar todavía los proyectos de artículos en cuanto al fondo y la forma, y el Comité de Redacción debería dedicarse a ello.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2279.ª SESIÓN

Miércoles 1.º de julio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis* y

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, dice que el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) es un texto alentador y bien documentado. La primera cuestión que cabe examinar es la de si el proyecto de artículos debe incluir siquiera disposiciones sobre las contramedidas. A este respecto, está en desacuerdo con la sugerencia del Sr. Shi (2273.ª sesión) de que se dejen de lado esas medidas, al menos transitoriamente. El derecho a adoptar contramedidas es uno de los medios de recurso de que dispone un Estado lesionado y si la Comisión no aborda esta cuestión, las viejas normas seguirán siendo aplicadas. Por su parte, está firmemente convencido de que la Comisión debe tratar de establecer un régimen nuevo que represente una mejora. El hecho de que en el pasado las represalias se hayan utilizado a veces como un pretexto para cometer abusos, lejos de ser un factor de disuasión debería impulsar a la Comisión a buscar soluciones innovadoras. A este respecto se puede hacer una comparación útil con el derecho humanitario: la existencia de la prohibición del uso de la fuerza no significa que nunca se habrá de recurrir a la fuerza. De ahí que no se pueda prescindir del *jus in bello*. La omisión de normas apropiadas sobre las contramedidas no ayudará a luchar contra los peligros inherentes a ellas y es claro que la Comisión está obligada a abordar este capítulo manifiestamente desagradable de su labor.

2. El Presidente apoya el enfoque adoptado por el Relator Especial de no asignar carácter punitivo a las contramedidas, pero en cuanto al fondo el proyecto de artículo 11 es realmente muy pobre dado que no define bien la función de las contramedidas. Ese texto debería señalar claramente que las contramedidas son un medio encaminado a inducir al Estado infractor a volver a la senda de la legalidad.

3. En realidad, todas las contramedidas son básicamente medidas cautelares provisionales. El Presidente está

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

de acuerdo con el Sr. Barboza (2277.ª sesión) en que el Estado lesionado tiene derecho a suspender transitoriamente el cumplimiento de sus propias obligaciones. Sin embargo, tan pronto como el Estado infractor reanude el cumplimiento de sus obligaciones, se deben levantar las contramedidas adoptadas. La expresión «contramedidas» debe figurar en el cuerpo del artículo 11. En su versión actual, ese artículo no permite diferenciar a las contramedidas de las medidas de legítima defensa.

4. La cuestión más importante que se plantea en relación con el artículo 12 es la de si las contramedidas sólo se pueden adoptar una vez agotados todos los procedimientos de solución amistosa. Las diferenciaciones hechas en el informe no se reflejan en la versión propuesta. La mera referencia a «todos» los procedimientos no es nada apropiada. Entre los medios de arreglo pacífico, el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas menciona la negociación. De ahí que las normas sugeridas por el Relator Especial tendrían el efecto de favorecer al Estado infractor, lo que constituye una solución injusta y claramente no viable. La Comisión no debe, por ningún motivo, adoptar una norma rígida que aliente las violaciones del derecho internacional.

5. Al igual que el Sr. Calero Rodrigues (2278.ª sesión), el Presidente ha experimentado una cierta perplejidad ante el texto del párrafo 3 del artículo 12, pero si bien se entiende, ese párrafo parece enunciar una regla bastante simple, a saber, que si no ha agotado los procedimientos de solución amistosa un Estado no puede adoptar contramedidas que pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales o la justicia. En realidad, esa norma no es necesaria ni apropiada. Desde luego, ella está inspirada en el párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, artículo que prohíbe el uso de la fuerza como un medio de arreglo de controversias. En su opinión, esa disposición no es aplicable realmente a las situaciones que resultan de las contramedidas, aun cuando sobre esta cuestión puede haber opiniones muy divergentes.

6. En lugar de basarse tanto en los procedimientos de solución de controversias —de los cuales algunos son ineficaces y todos son lentos y engorrosos—, el Relator Especial habría debido, en términos generales, subrayar la necesidad de que las contramedidas tengan carácter colectivo, esto es, que pasen a ser sanciones aplicadas por la comunidad internacional organizada en lugar de mantenerse en el ámbito de la relación bilateral entre el Estado infractor y el Estado víctima. A este respecto, el artículo 2 de la segunda parte del proyecto se orienta en la debida dirección, aunque su texto es de carácter muy abstracto y general. Como cuestión de principio, se deben aplicar de preferencia los procedimientos establecidos en virtud de convenios internacionales existentes, aunque podría haber un «retorno» a la aplicación de las normas generales para que el Estado lesionado adopte unilateralmente las contramedidas. En opinión del Presidente, es un error el enfoque adoptado por el Relator Especial en el capítulo VII de su informe, en el que trata de mostrar que los regímenes autónomos no existen realmente. En cambio, se debería favorecer la reacción colectiva al comportamiento ilícito. En la actualidad, son pocos los regímenes que prevén una acción organizada de carácter colectivo contra los hechos ilícitos. Sin embargo, esos mecanismos se deberían considerar como modelos aplicables en otras esferas de la vida internacional.

7. El Presidente comparte las observaciones del Relator Especial sobre la proporcionalidad, pero no comprende las razones por las cuales en el capítulo V se hace un análisis detallado de casos del uso de fuerza. Como la Comisión no ha emprendido ningún estudio sobre la Carta de las Naciones Unidas, basta señalar que las contramedidas que entrañan el uso de la fuerza son ilícitas. Por otra parte, habría sido útil trazar una línea divisoria entre las contramedidas y la legítima defensa. Evidentemente, si el Estado actúa en legítima defensa, puede recurrir a la fuerza armada. Por su parte, el Presidente tiene serias dudas en cuanto a las medidas económicas y políticas como formas de coacción. El hecho de que una medida esté prohibida en virtud del principio de no intervención no significa que se prohíba adoptar esa medida como reacción a un comportamiento ilícito, es decir, como contramedida. Por consiguiente, el Presidente no está de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 14. Los problemas a que alude esa disposición podrían solucionarse mediante la aplicación del principio de la proporcionalidad.

8. Es de celebrar la limitación relativa a los derechos humanos que se enuncia en el inciso i) del apartado *b* del artículo 14, pero se debe mejorar su redacción. El adjetivo calificativo «fundamentales» que acompaña a la expresión «derechos humanos» realmente no refleja la opinión del Relator Especial de que sólo serían inviolables los derechos humanos más elementales. Además, el informe debió haber mencionado el Protocolo adicional I de 1977 de los Convenios de Ginebra de 1949. En el proyecto de artículos se debería hacer referencia específica al derecho humanitario, porque hasta el presente las prohibiciones más importantes que existen respecto de las contramedidas han sido establecidas en virtud de convenios humanitarios.

9. Los términos utilizados en el inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 14 son muy vagos. La prohibición de las contramedidas se debería aplicar sólo a las cuestiones esenciales. El Presidente tiene también serias dudas en cuanto a la excepción enunciada en el inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1, que guarda relación con el efecto de una obligación *erga omnes*, en la forma en que la entiende el Relator Especial. En opinión del Presidente, no existe una diferencia conceptual entre las normas de *jus cogens* y las normas dimanantes de obligaciones *erga omnes*. En el asunto de la *Barcelona Traction*[4], la CIJ se refirió concretamente a ese problema; cuando están en juego los intereses fundamentales de la comunidad internacional, todos los Estados están obligados a respetarlos. Así, los conceptos de obligaciones *erga omnes* y de normas de *jus cogens* son de alcances muy similares. No obstante, la concepción muy personal que tiene el Relator Especial lo lleva a calificar como obligaciones *erga omnes* algunos derechos humanos que no figuran entre los derechos más fundamentales. La disposición del inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1 parecería excluir cualquier contramedida que guarde relación con derechos protegidos en virtud de un tratado multilateral.

[4] Véase 2278.ª sesión, nota 20.

Así, si algún país privara a los nacionales alemanes que se encuentren en su territorio de la libertad de circulación, protegida por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Alemania no podría, a título de represalia, restringir el derecho correspondiente de los nacionales de ese país que se encuentren en su territorio en razón de que Alemania ha prometido respetar la libertad de circulación no sólo respecto de ese país sino también de los demás Estados Partes en el Pacto. Esta tesis es errada debido a la especial relación que existe entre Alemania y el país de que se trate en razón de la violación por este último de las disposiciones del Pacto.

10. A este respecto, el Presidente expresa su desacuerdo fundamental con la tentativa del Relator Especial de demostrar que, en el caso de la violación de una obligación multilateral relativa a los derechos humanos o el medio ambiente, todos los Estados se encuentran en igual situación. En particular, la nota en la sección B del capítulo VIII en que se detallan las categorías de Estados lesionados en el caso de un acto de agresión muestra que el razonamiento jurídico del Relator Especial tiene bases muy inciertas. Según la Carta de las Naciones Unidas, si bien la prohibición de la agresión constituye una norma general de carácter obligatorio para todos los Estados en sus relaciones mutuas, el derecho primordial de legítima defensa incumbe a la víctima directa de la agresión. Evidentemente, otros Estados podrían participar en medidas colectivas de legítima defensa, pero, en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua* c. *Estados Unidos de América)*[5], la CIJ claramente ha hecho una distinción en la situación jurídica entre la víctima real de la agresión y otros Estados que, en cierto sentido artificial, podrían considerarse «legalmente afectados», cuando declaró que «no existe una norma que permita el ejercicio de la autodefensa colectiva en la ausencia de una petición por parte del Estado que se cree víctima de un ataque armado». La regla aplicable a la legítima defensa debe aplicarse también a las contramedidas. Un Estado no directamente lesionado no está en la misma situación jurídica que la víctima primordial de un hecho internacionalmente ilícito. El Relator Especial defiende un concepto meramente teórico que no está de acuerdo con la realidad práctica, si bien ese concepto encuentra un cierto apoyo en el texto del artículo 5 de la segunda parte, aprobado provisionalmente por la Comisión[6]. La cuestión relativa a los recursos de que dispondrían los Estados no directamente perjudicados no se soluciona mediante el artículo 5 *bis* sugerido por el Relator Especial. Se podría alentar a esos Estados a que reaccionen recurriendo a los medios de acción colectiva, pero la víctima directa debería disfrutar de mayor libertad de acción. El Relator Especial no parece dar un tratamiento muy favorable a la víctima real, pero, en cambio, a Estados remotos, que no tienen ningún vínculo real con el hecho ilícito, les atribuye una función que no sólo no les corresponde sino que no están en condiciones de desempeñar. Por último, el Presidente desea destacar que en el fallo al que se ha referido, la CIJ utiliza siempre la expresión «terceros Estados» para referirse a los Estados distintos del Estado lesionado.

11. El Relator Especial enfoca la cuestión de las contramedidas fundamentalmente desde el punto de vista de la relación bilateral entre el Estado infractor y el Estado lesionado. Sin embargo, la comunidad internacional organizada debería tener cabida en el proyecto; en las proposiciones hechas por el Relator Especial, la presencia de esa comunidad internacional aparece sólo indirectamente, en el marco de los mecanismos de solución de controversias. Los mecanismos de control deberían establecerse en una etapa anterior, cuando se determine si se han de aplicar contramedidas. A este respecto, el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, había tenido una visión más de futuro, aunque fuerza es reconocer que hasta ahora la comunidad internacional sólo tiene modestas ambiciones en la materia. El principal problema que se plantea respecto de las contramedidas es el de que ellas deberían estar subordinadas a algún tipo de control de la comunidad internacional, la que se demora en asumir este papel.

12. El Sr. AL-BAHARNA dice que en su alentador tercer informe, el Relator Especial (A/CN.4/440 y Add.1) especifica que las medidas que el Estado lesionado puede adoptar contra el Estado infractor son la legítima defensa, las sanciones, la retorsión, las represalias, la reciprocidad, las contramedidas y la resolución y suspensión de los tratados. La naturaleza y el alcance de esos recursos jurídicos siguen siendo una cuestión controvertida en el derecho internacional y, dado que no le incumbe codificar o desarrollar las normas de derecho internacional relativas a esas medidas, la Comisión debe abstenerse de adoptar cualquier decisión que suscite críticas en cuanto rebasaría el marco de su mandato. Un debate detallado acerca de la legítima defensa, las sanciones o la retorsión no tendría cabida en el ámbito del tema sobre la responsabilidad de los Estados. En cuanto a la legítima defensa, en su informe el propio Relator Especial reconoce que ese concepto plantea complejos problemas jurídicos y que su enfoque debería mantenerse en el contexto del artículo 34 de la primera parte del proyecto[7]. Según señala el Relator Especial, el concepto de sanción es problemático en la teoría y aún más en la práctica de la responsabilidad internacional. El concepto de retorsión —de carácter no amistoso— puede considerarse como un recurso jurídico a los fines del proyecto. El Relator Especial define las represalias como «medidas adoptadas como reacción a un hecho internacionalmente ilícito por la parte lesionada contra el Estado ofensor». Pero el término «represalias» se vincula tradicionalmente al uso de la fuerza, uso que ahora es ilícito *per se*. Es más, las diversas categorías de represalias son motivo de controversia y, por lo tanto, se ha sugerido reemplazar ese término por otro más neutro, como «contramedidas», cuyo alcance es suficientemente amplio para abarcar una cierta gama de medidas correctivas que puede adoptar el Estado lesionado.

13. El Sr. Al-Baharna está de acuerdo con la opinión expresada por el Relator Especial de que para que las contramedidas sean legítimas es necesario que se haya

[5] *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 105, párr. 199.

[6] Véase 2266.ª sesión, nota 11.

[7] Véase 2272.ª sesión, nota 2.

cometido un hecho ilícito y que la convicción de buena fe del Estado lesionado de que se ha cometido ese hecho no basta para justificar la adopción de contramedidas. Ilustran esta cuestión las medidas «defensivas» contra un Estado considerado como atacante o atacante potencial. También en este caso el Relator Especial señala acertadamente que las contramedidas pueden desempeñar una función a la vez restitutoria y penal, pero esa afirmación tiende a esfumar la distinción entre los dos tipos de consecuencias de los delitos. En sus dos primeros informes[8], el Relator Especial distinguía entre las consecuencias «adjetivas» o «procesales» y las consecuencias «sustantivas», que abarcan la cesación y la restitución. Cabe observar una superposición entre ambas categorías por el hecho de que se pueden emplear medidas «instrumentales» como medio para asegurar los recursos «sustantivos» de la restitución y la reparación. La superposición sería menor y el régimen más lógico y práctico si el proyecto enunciara los derechos y las obligaciones que incumben al Estado lesionado y al Estado infractor a los efectos de la reparación del delito.

14. El capítulo III del tercer informe trata de la función y los fines de las contramedidas, a los que define como cesación, reparación y retribución. La cuestión de la retribución no será fácilmente aceptable dado el deseo de evitar medidas punitivas contra Estados de igual condición, por ser reminiscencias del derecho internacional del siglo XIX. La función retributiva debe considerarse una función secundaria, admisible sólo en los casos de inobservancia o escarnio manifiesto del derecho. Por ello, se deberían privilegiar más los aspectos de las contramedidas que guardan relación con la indemnización y la reparación. La demanda de cesación o reparación debe ser siempre el primer paso obligatorio en un proceso de reacción gradual. El Sr. Al-Baharna tiene ciertas dudas en cuanto a la opinión de Wengler, citada en el capítulo IV del tercer informe, de que «el Estado ofendido puede recurrir legítimamente a las represalias, sin ninguna diligencia preliminar, en caso de dolo del Estado que ha infringido la norma»[9]. La demanda previa sólo podría no ser exigible en el caso de amenaza grave a la vida y la integridad física de las personas, o de daño inminente e irreparable a los bienes, y siempre que las medidas adoptadas estén encaminadas a prevenir esas situaciones.

15. En el capítulo V del informe se plantea la cuestión de si es lícita la reacción del Estado lesionado que no ha recurrido previamente a uno o más de los medios de arreglo de controversias previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. En opinión del Sr. Al-Baharna, si el hecho internacionalmente ilícito pone en peligro la paz y la seguridad internacionales, el Artículo 33 entra a aplicarse automáticamente; en el caso contrario, ese Artículo no es aplicable y tienen prioridad las normas propuestas en el proyecto de artículos. No cabe permitir la adopción de medidas provisionales si no existe una «demanda previa» dado que estas medidas podrían dar lugar a abusos y, probablemente, a la iniciación de las hostilidades.

16. El concepto de la proporcionalidad, de que trata el capítulo VI del informe, da lugar a diversas interpretaciones. Sin embargo, por razones tanto de principios como de lógica, la Comisión debe adoptar un enfoque restrictivo. El Sr. Al-Baharna discrepa de la opinión del Relator Especial, expresada en el informe, de que el requisito de la proporcionalidad debe formularse en relación con tres elementos: el daño sufrido, la importancia de la norma violada y la finalidad de la medida a la que se recurre. Es dudoso que el requisito de la proporcionalidad se pueda definir en términos tan precisos; es más, las circunstancias especiales de cada caso particular pueden obligar a tener en cuenta elementos diferentes. A los efectos de la proporcionalidad, la naturaleza, la forma y la cuantía del daño siempre serán pertinentes pero no necesariamente la importancia de la norma violada. Al enfocar el requisito de la proporcionalidad, la Comisión no debe adoptar posiciones teóricas; sobre todo, no debe incluir ciertos aspectos controvertidos en circunstancias de que se han excluido otros.

17. El capítulo VII, relativo a la suspensión y la terminación de los tratados a título de contramedidas, examina la cuestión de si la codificación y el desarrollo del derecho sobre la responsabilidad de los Estados plantea ciertas cuestiones no comprendidas en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En caso afirmativo, la Comisión podría adoptar normas sobre la suspensión y la terminación de los tratados como contramedidas en el caso de violación de una obligación internacional. A los efectos del régimen general de la responsabilidad de los Estados, el Relator Especial señala acertadamente que no se puede considerar que la disposición enunciada en el artículo 60 agote el régimen jurídico de la suspensión y terminación de los tratados. El American Law Institute llega a la misma conclusión al señalar que:

> Las medidas que puede adoptar un Estado de conformidad con la presente sección [...] abarcan: la suspensión o la terminación, de carácter general, de las relaciones establecidas mediante tratados o de un determinado acuerdo o disposición internacional; [...][10].

Pero, sea cual fuere la posición adoptada por el derecho internacional tradicional, la Comisión no debería dar a los Estados el derecho ilimitado de suspender o terminar los tratados. En consonancia con el espíritu del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la Comisión debería limitar ese derecho a los casos de violación grave de una obligación internacional y, en cambio, excluirlo totalmente respecto de los tratados de carácter humanitario y de los que establecen obligaciones «indivisibles» o «integrales». De lo contrario, se pondría en peligro el principio *pacta sunt servanda.* La Comisión debe examinar también si, en razón de consideraciones humanitarias y en aras del imperio del derecho, se debería restringir todavía más el derecho a suspender y terminar los tratados; por ejemplo, si cabe limitar ese derecho a los casos en los que exista una estrecha relación entre la violación de la obligación internacional y el tratado de que se trate. Como la finalidad de la suspensión o terminación del tratado es la de mitigar las consecuencias de la violación, es razonable exigir

[8] Véase 2266.ª sesión, notas 17 y 18.

[9] Para la fuente, véase la nota pertinente en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/440 y Add.1.

[10] Véase 2278.ª sesión, nota 15.

que haya una relación entre la violación y la contramedida correspondiente.

18. En lo que respecta al capítulo IX, el Sr. Al-Baharna duda de que se pueda calificar a los Estados como Estados «directamente lesionados» y «no directamente o indirectamente lesionados». En la práctica, esa clasificación no cumple ninguna finalidad real. En definitiva, la responsabilidad del Estado infractor es una cuestión que resulta del daño sufrido por el Estado lesionado. Este problema se ha tratado apropiadamente en el artículo 5 de la segunda parte y no existe ninguna necesidad de enmendar ese artículo o de agregar un nuevo capítulo relativo a los «Estados indirectamente lesionados». En su tercer informe, el propio Relator Especial admite que la situación de esos Estados podría muy bien ser una cuestión de grado y, de ser así, la distinción es innecesaria.

19. El capítulo X trata de la prohibición del uso de la fuerza, el respeto de los derechos humanos, la inviolabilidad de las personas especialmente protegidas así como de la pertinencia del *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes* en el contexto de la licitud de las contramedidas. Como no existe acuerdo acerca del alcance y la aplicación exactos de esos principios, el esfuerzo de la Comisión por establecer disposiciones detalladas sería infructuoso. Mucho más conveniente sería enunciar el principio fundamental utilizando, siempre que sea posible, los términos de la Carta de las Naciones Unidas y de otros instrumentos internacionales básicos, acompañado de un breve comentario. Se debe evitar toda cuestión polémica o todavía no solucionada, como el uso de la coacción económica a título de contramedida, la protección de los bienes extranjeros como una cuestión de derechos humanos y la restricción de las contramedidas en virtud de las obligaciones *erga omnes*. La Comisión debe incluir sólo los aspectos dimanantes de las normas de derecho internacional generalmente aceptadas.

20. El cuarto informe (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) contiene una exposición erudita de valiosos antecedentes jurídicos. Los proyectos de artículos 11 a 14 reflejan las tendencias actuales del derecho internacional en lo que respecta al concepto de las contramedidas que, a juicio del Relator Especial, es un elemento fundamental del derecho sobre la responsabilidad de los Estados. Desde ese punto de vista, las normas del derecho internacional contemporáneo no dan cabida a los recursos tradicionales como las sanciones o las represalias de carácter punitivo. El Sr. Al-Baharna se felicita por el hecho de que el artículo 11 destaque el principio de que sólo se puede recurrir a las contramedidas cuando el Estado contra el cual se dirigen esas medidas ha cometido realmente un hecho internacionalmente ilícito. La frase final del artículo 11, «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado», está mejor formulada que las disposiciones pertinentes de los artículo 8 y 9 de la segunda parte[11] propuestos por el anterior Relator Especial. También cabe felicitarse de que en el nuevo artículo 11 se omita la expresión «represalias».

21. El Sr. Al-Baharna observa complacido que el artículo 12 enuncia las condiciones que ha de satisfacer el Estado lesionado para poder adoptar contramedidas. Está de acuerdo con el Relator Especial en que el artículo 12 reviste un carácter más flexible que el de las disposiciones pertinentes de los proyectos de artículos 1 y 2 de la tercera parte[12] propuestos por el anterior Relator Especial. En el apartado *a* del párrafo 1, la referencia al agotamiento por el Estado lesionado de «todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias de que sea parte», sin duda tiene alcances más amplios que los del párrafo 1 del artículo 10 de la segunda parte propuesto por el anterior Relator Especial. Es efectivo que las excepciones previstas en los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 2 establecen, como el Relator Especial ha dicho (2273.ª sesión, párr. 29),

> [...] algún equilibrio en la relación entre el Estado lesionado y los autores de la infracción en la evaluación de la existencia o no de esa condición esencial para la licitud de un acto de represalias, a saber, el agotamiento de los procedimientos de solución disponibles.

No obstante, el Sr. Al-Baharna sigue pensando que las «medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado» a que se refiere el apartado *b* del párrafo 2 no estarían justificadas en el caso de que el Estado lesionado adopte unilateralmente esas medidas antes de que un órgano internacional se haya pronunciado acerca de su admisibilidad. Por otra parte, en aras de la claridad, sugiere que la referencia al artículo «anterior» y al párrafo «precedente» que figura en el artículo 12 se reemplace por la numeración correspondiente a esas disposiciones. En el apartado *c* del párrafo 2, las palabras «ese órgano» se deberían reemplazar por las palabras «el órgano internacional».

22. La disposición del artículo 13 se expresa mejor en términos negativos y no positivos. En su formulación actual, ese artículo tiene en cuenta tanto la gravedad del hecho ilícito como sus efectos. El Comité de Redacción deberá examinar también hasta qué punto las contramedidas podrían ser desproporcionadas. Como ya ha señalado, al examinar el principio de la proporcionalidad, la Comisión debe evitar los aspectos más controvertidos de esa cuestión. El Sr. Al-Baharna celebra el alcance de las restricciones a las contramedidas, de que trata el artículo 14, pero desea aplazar sus comentarios habida cuenta de las cuestiones sustantivas que plantea este artículo.

23. El texto de un posible artículo 5 *bis* se ha propuesto «muy provisionalmente». El Sr. Al-Baharna ha manifestado ya su opinión de que un artículo relativo a los denominados «Estados indirectamente lesionados» no sería necesario dado que la definición de los «Estados lesionados» que figura en el artículo 5 de la segunda parte es totalmente apropiada. En consecuencia, está de acuerdo con el Sr. Rosenstock (2273.ª sesión) en que el artículo 5 *bis* nada agrega al proyecto de artículos.

24. Por último, el Sr. Al-Baharna desea expresar su reconocimiento por la notable contribución hecha por el Relator Especial a la codificación del tema.

[11] Véase 2273.ª sesión, nota 10.

[12] *Ibid.*, nota 12.

25. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en sus comentarios al proyecto de artículo 11, concretamente en referencia a las obligaciones del Estado lesionado respecto del Estado infractor, varios miembros han manifestado su preferencia por la expresión «suspender el cumplimiento» en lugar de la expresión «abstenerse de cumplir». El Sr. Arangio-Ruiz, habiendo reflexionado sobre esta cuestión, considera que dicha expresión plantea un problema; en efecto, es difícil que un Estado se limite a suspender el cumplimiento de su obligación de no emprender ensayos nucleares en el caso de que otro Estado haya violado ya una obligación a ese respecto dimanante de un tratado. Se pregunta también cómo se podría definir la suspensión en el caso de que el Estado esté sujeto a una obligación de cumplimiento instantáneo, es decir, de hacer o de entregar algo en un momento preciso. La expresión «abstenerse de cumplir» parecería abarcar todas las situaciones hipotéticas mientras que la de «suspender el cumplimiento» abarcaría sólo algunas de ellas. El Relator Especial invita a los miembros a que reflexionen sobre esa cuestión.

26. El Sr. YAMADA da las gracias al Relator Especial por sus excelentes e ilustradores informes, especialmente valiosos para las autoridades de los Estados que deben hacer frente a esas cuestiones en la práctica.

27. Las contramedidas son una cuestión a la vez compleja y difícil. Aunque los ejemplos sobre la práctica de los Estados son abundantes, es difícil extraer de ellos conclusiones. Es un hecho que los Estados recurren a las contramedidas y, en ese caso, suelen rebasar los límites teóricos de la legitimidad. El Sr. Yamada dice que si bien comprende la opinión del Sr. Shi (2273.ª sesión) de que la Comisión no debe abonar la legitimidad de un concepto tan polémico como las contramedidas, no la comparte. La negativa a tratar esta cuestión no mejorará la situación. Sin duda, los Estados seguirán usando las contramedidas como un medio para hacer frente a los hechos internacionalmente ilícitos. Hasta qué punto los Estados recurran a esas medidas es una cuestión estrechamente relacionada con la existencia de procedimientos de solución de controversias. Por ello, lo más conveniente sería que la Comisión formulara ciertos artículos encaminados a restringir las contramedidas, acompañándolos de un conjunto de artículos sobre procedimientos de solución de controversias. Más adelante, la Comisión podrá probar si ese régimen jurídico es aceptable para los gobiernos.

28. El Sr. Yamada desea subrayar la importancia de que los artículos de la segunda parte sean coherentes con los de la primera parte del proyecto. En el capítulo V de la primera parte, la ilicitud de ciertas contramedidas queda excluida en virtud de lo dispuesto en los artículos 29, 31, 32, 33 y 34[13]. Por consiguiente, no es necesario que la Comisión examine esas contramedidas en la segunda parte, en la cual debería tratar más bien las contramedidas a las que se hace referencia en el artículo 30 de la primera parte, a saber, las contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito. También es necesario examinar separadamente las contramedidas que se adoptan contra un crimen internacional, cuestión que reviste interés para la comunidad internacional en su conjunto. Sin duda, el régimen jurídico aplicable a las contramedidas que se adopten contra un crimen internacional será distinto del aplicable a las contramedidas en el caso de un delito internacional, si bien es difícil trazar una línea de demarcación totalmente clara. Por ahora, la Comisión debe limitarse a examinar las contramedidas que se adopten contra los delitos internacionales. El Sr. Yamada confía en que en la debida oportunidad el Relator Especial formulará comentarios acerca de las contramedidas contra un crimen internacional.

29. Las contramedidas previstas en el proyecto de artículo 11 revisten distintos caracteres. La función de las medidas provisionales es simplemente la de proteger al Estado lesionado, es decir, prevenir o mitigar los efectos de un hecho ilícito. Las contramedidas que suelen utilizarse con más frecuencia son las de carácter coactivo encaminadas a lograr la cesación y la reparación. En el otro extremo del espectro se encuentra el Estado lesionado que se hace justicia por sí mismo, logra por sí mismo la reparación por equivalencia e incluso aplica un castigo al Estado infractor. El Relator Especial no ha considerado apropiado establecer limitaciones expresas a las contramedidas según la función que desempeñan. En cambio, ha tratado de restringir esas medidas estableciendo ciertos requisitos de procedimiento y el principio de la proporcionalidad. Ese enfoque, si bien es práctico, no es suficiente. A menos que también se tenga en cuenta la función de las contramedidas, las prohibiciones serán de carácter muy vago y darán lugar a abusos.

30. El artículo 11, tal como está redactado, impone al Estado lesionado la obligación de cumplir ciertos requisitos de procedimiento. Sin embargo, como esos requisitos figuran en el artículo 12, su inclusión en el artículo 11 es, pues, innecesaria. Por consiguiente, el Sr. Yamada sugiere eliminar del artículo 11 la frase «cuyas demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10 no hayan obtenido del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la respuesta debida».

31. En principio, el Sr. Yamada está de acuerdo con la condición establecida en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12 de que el Estado lesionado agote todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición. No obstante, en ciertos casos, esa condición puede entrañar una carga injustificada para el Estado lesionado. Después de todo, el Estado lesionado es la víctima y sólo está reaccionando ante un hecho ilícito; por otra parte, las contramedidas no son, necesariamente, actos no amistosos. El Relator Especial no ha establecido ningún requisito de procedimiento respecto de las medidas provisionales; esa exención respecto de ciertos requisitos de procedimiento tal vez sea conveniente en otros casos, en los que las contramedidas cumplen funciones limitadas.

32. El principio de la proporcionalidad debe desempeñar un importante papel a los efectos de restringir el uso de las contramedidas. Estas medidas son actos legítimos que nacen como reacción a hechos internacionalmente ilícitos. En consecuencia, es difícil ponderar unos y otros para lograr el debido equilibrio. El artículo 13, aunque no va más allá del concepto abstracto y de sentido común de la proporcionalidad, probablemente es la mejor solución.

[13] Véase 2272.ª sesión, nota 2.

33. La versión revisada del artículo 14, relativo a las contramedidas prohibidas, contiene algunos elementos discutibles. Debería haber consenso en cuanto al significado exacto del inciso i) del apartado *b* del párrafo 1, que prohíbe cualquier comportamiento que no esté en conformidad con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales. Además, el párrafo 1 debería ser coherente con los apartados *b*, *c* y *d* del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte[14], que tratan de los crímenes internacionales relacionados con las violaciones de los derechos humanos.

34. El inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 14 subraya la importancia de mantener abiertos los cauces de negociación diplomática. Sin embargo, en la práctica, la ruptura de las relaciones diplomáticas es una contramedida muy eficaz a la que recurre un gran número de Estados. El Sr. Yamada prefiere, pues, la formulación propuesta en el apartado *a* del artículo 12 presentado por el anterior Relator Especial, a saber, que el Estado lesionado no tendría derecho a suspender el cumplimiento de las obligaciones que le incumban en cuanto Estado receptor en lo concerniente a las inmunidades que han de concederse a las misiones diplomáticas y consulares y a su personal.

35. El Sr. Yamada está de acuerdo en que, según se especifica en el inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1, las contramedidas que infringen los derechos de terceros Estados no están justificadas. Ese principio fue invocado por el tribunal arbitral germano-portugués en la decisión adoptada respecto del asunto «*Cysne*»[15]. Sin embargo, en esa decisión, el tribunal reconoció que las represalias contra el Estado infractor podían afectar a nacionales de Estados inocentes. En opinión del tribunal, no se podía considerar ilícita la contramedida por el solo hecho de que tuviera efectos no deseados o indirectos. En un mundo tan interdependiente, la cuestión de los efectos indirectos no es ya de carácter teórico sino de ocurrencia diaria. Ciertamente se debe abordar la cuestión del daño a terceros y lo más apropiado sería que la responsabilidad por ese daño se atribuyera al Estado infractor.

36. El párrafo 2 del artículo 14, que asimila la coacción política o económica a la categoría de la fuerza, es inaceptable y su único efecto será suscitar controversias sobre la interpretación del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. El Sr. Yamada, si bien hace suya la prohibición de las contramedidas que ponen en peligro la integridad territorial o la independencia política de un Estado, considera que se debe eliminar toda referencia a la coacción política y económica.

37. El análisis del Relator Especial sobre el problema de la pluralidad de Estados lesionados o de los Estados lesionados de diferente manera es muy ilustrativo. Sin embargo, el artículo 5 *bis* parece enunciar un principio muy evidente y el Sr. Yamada duda de que sea necesario un artículo separado a este respecto. En su examen de los artículos de la segunda parte, la Comisión deberá abordar otra cuestión dimanante del problema de la pluralidad de Estados lesionados: la relación entre los Estados lesionados y los Estados infractores y la atribución de responsabilidad a estos últimos.

Expresiones de condolencia al Gobierno y al pueblo de Argelia por el asesinato de su Presidente, Sr. Mohammed Boudiaf

38. El Sr. THIAM dice que Argelia acaba de pasar por una terrible prueba como consecuencia del fanatismo y la ciega intolerancia. Por ello, desea pedir a la Comisión que exprese su solidaridad con un país por el cual siente el mayor aprecio. Los acontecimientos en Argelia no pueden menos que reforzar la conciencia acerca del significado que tienen, tanto para la Comisión como para la comunidad internacional en su conjunto, ciertos temas de los que los miembros de la CDI se ocupan desde hace algún tiempo.

39. En particular, el Sr. Thiam desea expresar al Sr. Mahiou las sinceras condolencias de los miembros. Un país capaz de generar hombres de tanta calidad como el Sr. Mahiou ciertamente puede abrigar esperanzas de un futuro mejor.

40. El Sr. PELLET, hablando en nombre de los miembros del grupo de los Estados occidentales y otros Estados, desea expresar sus más sinceras condolencias a su colega, Sr. Mahiou, y al pueblo argelino por el asesinato del presidente Boudiaf. Ese hecho frustra las esperanzas de todo un pueblo, amenazado por la intolerancia y el odio. En esas condiciones, el apoyo de una comunidad de juristas, como la Comisión, tiene un significado que va más allá de una mera formalidad, puesto que el asesinato de un jefe de Estado asesta también un golpe mortal al Estado de derecho.

41. El Sr. Sreenivasa RAO se suma a los demás miembros de la Comisión expresando sus sinceras condolencias al pueblo argelino por el asesinato de un gran dirigente.

42. El Sr. ARANGIO-RUIZ también desea expresar sus condolencias a Argelia y al pueblo argelino.

43. El Sr. MIKULKA, hablando en nombre de los miembros de los Estados de Europa oriental, desea sumarse a las expresiones de condolencia de los demás miembros.

44. El Sr. VARGAS CARREÑO, hablando en nombre de los miembros de los Estados de América Latina, expresa sus sinceras condolencias al Gobierno y al pueblo de Argelia. Sin duda, el trágico hecho acaecido en Argelia confirma la fe de la comunidad de juristas en el imperio de la ley y su rechazo de todas las formas de violencia.

45. El Sr. KUSUMA-ATMADJA desea sumarse a los demás miembros en sus expresiones de condolencia a Argelia.

46. El PRESIDENTE dice que los miembros de la Comisión están profundamente impresionados y conmovidos por el asesinato del Sr. Boudiaf. La violencia en nada favorece la causa de la justicia y los miembros de

[14] Véase 2261.ª sesión, nota 8.

[15] Véase *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1929-1930*, Londres, 1935, vol. 5, pág. 490, N.º 287.

la Comisión, en su calidad de juristas, no pueden menos que deplorar esos actos y compartir el duelo del pueblo argelino.

47. El Sr. MAHIOU dice que las sinceras expresiones de condolencia de los miembros y el minuto de silencio que se observará representan un particular homenaje de parte de un órgano cuyo mandato es luchar contra el crimen, y especialmente el terrorismo, que amenaza las bases mismas de la comunidad internacional. Desea agradecer a los miembros de la Comisión sus expresiones de condolencia y pesar por el vil asesinato del presidente Boudiaf, uno de los padres de la revolución argelina y personaje de gran estatura moral, conocido por su integridad, modestia y discreción. Los autores de este crimen, al asesinar a un hombre, buscaban destruir una esperanza, simbolizada por el rechazo del fanatismo y de todo acto que pone en peligro a una democracia naciente. El Sr. Mahiou está seguro de que, al igual que en el pasado, el pueblo argelino tendrá la fuerza necesaria para hacer frente con dignidad a esta prueba y al desafío de la violencia terrorista.

Los miembros de la Comisión observan un minuto de silencio en homenaje a la memoria del Presidente de Argelia, Sr. Mohammed Boudiaf.

Se levanta la sesión a las 11.25 horas.

2280.ª SESIÓN

Jueves 2 de julio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis y*

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El Sr. MIKULKA dice que dado el carácter rudimentario del mecanismo centralizado de aplicación del derecho internacional, los medios individuales de coacción o coerción que son las contramedidas constituyen un elemento indispensable de ese derecho. Ciertamente la cuestión es muy compleja y delicada pero la Comisión debe asumir su responsabilidad en la materia. Al elaborar los proyectos de artículos sobre las contramedidas, debe evitar petrificar el estado actual —en gran medida insatisfactorio— del derecho relativo al empleo de las contramedidas en las relaciones internacionales e identificar todos los elementos progresivos que se desprenden de la práctica reciente para completarlos con miras a llegar a unas normas claras y precisas que refuercen las garantías contra los abusos. Al proceder así, la Comisión podría prestar un gran servicio a la comunidad internacional.

2. El proyecto de artículo 11 enuncia la norma principal en la materia, a saber, que un Estado lesionado tiene derecho a recurrir a contramedidas, precisando no obstante sin equívocos que el recurso a contramedidas no es una consecuencia directa y automática de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, sino que sólo existe cuando no han obtenido respuesta satisfactoria las demandas dirigidas al Estado autor por el Estado lesionado con miras a obtener la cesación del hecho ilícito o su reparación. La finalidad de este artículo es pues reducir las posibilidades de recurso prematuro —y por lo tanto abusivo— a las contramedidas y el Sr. Mikulka no puede menos de suscribir este planteamiento.

3. En el curso del debate se ha propuesto en repetidas ocasiones que se subraye más el carácter temporal o reversible de las contramedidas sustituyendo en el artículo 11 las palabras «abstenerse de cumplir» por «suspender la ejecución de». No cabe duda de que las contramedidas deben tener un carácter temporal y desaparecer en el momento en que el Estado autor de un hecho ilícito indica que asume las obligaciones que se derivan de su responsabilidad respecto de ese hecho y sobre este punto no hay ninguna divergencia de opiniones en el seno de la Comisión. El orador estima no obstante que la introducción del concepto de «suspensión» limitaría demasiado la latitud que se deja al Estado lesionado, haciendo pensar que sólo las obligaciones de medios que tienen un carácter continuo, por contraposición a las obligaciones de resultado, entrarían en el ámbito de las contramedidas. El Sr. Mikulka no puede suscribir esa conclusión y estima que el problema merece un examen más a fondo.

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

4. Por otra parte, el orden en que se suceden las disposiciones relativas a las condiciones del recurso a las contramedidas (art. 12), a la proporcionalidad (art. 13) y a las contramedidas prohibidas (art. 14) ganaría quizá si se modificase. Después del artículo 11, que enuncia la norma general según la cual un Estado lesionado tiene derecho, a título de contramedida, a no cumplir una o varias de sus obligaciones para con el Estado autor del hecho ilícito, habría que indicar inmediatamente que el incumplimiento, a modo de contramedida, de ciertas categorías de obligaciones internacionales está rigurosamente prohibido. Las excepciones a la regla general, es decir, las categorías de obligaciones que no pueden ser objeto de contramedidas, enumeradas actualmente en el artículo 14, deberían estar inmediatamente después del artículo 11, incluso en un nuevo párrafo 2 de ese artículo. Tal enfoque tendría entre otras la ventaja de tener en cuenta las preocupaciones de los miembros de la Comisión que desean que ésta elabore en primer lugar normas que establezcan garantías contra los posibles abusos del recurso a las contramedidas. Si desea avanzar en esa dirección, la Comisión podría por otra parte adoptar una solución todavía más radical, que consistiría en enumerar las categorías de contramedidas prohibidas en un nuevo párrafo 2 del artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos[4], que excluye la ilicitud en el caso de las contramedidas. Para ello, claro está, habría que esperar a la segunda lectura de la primera parte del proyecto de artículos. Este planteamiento es en efecto el adoptado para elaborar los demás artículos del capítulo V de la primera parte del proyecto relativos a las demás circunstancias que excluyen la ilicitud, a saber, el consentimiento (art. 29[5]) y el estado de necesidad (art. 33[6]): en estos artículos la regla principal va siempre acompañada de sus excepciones.

5. Por lo que respecta al fondo del artículo 14, el orador apoya la idea expresada en el inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 de este artículo, a saber, que un Estado lesionado no debe recurrir como contramedida a un comportamiento que sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional. La prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en contravención de las disposiciones del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, a que se refiere el apartado *a* del párrafo 1, así como una parte por lo menos de las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales, a que se refiere el inciso i) del apartado *b* del párrafo 1, corresponden sin duda alguna al *jus cogens*. No obstante, la forma en que se expresa en el artículo 14 la prohibición del uso de la fuerza, de la violación de las normas relativas a los derechos humanos y de las normas imperativas del derecho internacional general podría dar lugar a interpretaciones *a contrario* inadmisibles. Desde este punto de vista, debe modificarse el párrafo 1 del artículo 14.

6. Por lo que respecta al inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1, que prohíbe todo comportamiento que no se ajuste a las normas del derecho diplomático, se refiere a una categoría de normas que no pueden colocarse al mismo nivel que las normas imperativas o las relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales antes mencionadas: en efecto, sería difícil admitir que en este caso la prohibición de las contramedidas sea igualmente absoluta. El orador comparte a este respecto la opinión de los miembros de la Comisión que estiman que la prohibición del recurso a contramedidas de reciprocidad en el marco del derecho diplomático no está justificada. En esta esfera no está prohibido el recurso a contramedidas, aunque esté considerablemente limitado.

7. Por lo que se refiere al inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1, representa una garantía útil contra el uso extensivo de contramedidas.

8. En cuanto al párrafo 2 del artículo 14, el orador aprueba su tenor pero se pregunta si añade algo a las disposiciones del apartado *a* del párrafo 1 y, por lo tanto, si es necesario.

9. Por lo que concierne al proyecto de artículo 12, el orador comparte, en relación con el apartado *a* del párrafo 1, el temor expresado por varios miembros de la Comisión de que una obligación redactada en términos tan generales sitúe al Estado lesionado en una posición desventajosa. Las observaciones del Sr. Bowett (2277.ª sesión) a este respecto han sido muy convincentes.

10. El párrafo 3 del artículo 12 suscita algunas dificultades ya mencionadas por el Sr. Calero Rodrigues (2278.ª sesión). Esta disposición, cuyo objeto es excluir el recurso a contramedidas no conformes con la obligación de resolver las controversias de tal manera que no se pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, debería tener un alcance más general que el que se le asigna en el marco del artículo 12, que lo limita a las excepciones enunciadas en el párrafo 2.

11. Por lo que respecta al artículo 13 (Proporcionalidad), el orador apoya la propuesta encaminada a sustituir el criterio de la gravedad del hecho ilícito y de sus efectos por otro criterio que tendría en cuenta la finalidad de las contramedidas, a saber, la cesación del hecho ilícito y la reparación. Con todo, no se puede poner en duda la validez de los argumentos aducidos por el Sr. Al-Khasawneh (2278.ª sesión) sobre el carácter sumamente subjetivo de toda evaluación de la proporcionalidad, sea cual fuere el criterio elegido.

12. Finalmente, por lo que respecta al proyecto de artículo 5 *bis*, el Sr. Mikulka señala que en el comentario que le acompaña se hace constantemente referencia al concepto de obligación *erga omnes*, creando así la impresión de que la cuestión de la pluralidad de Estados lesionados es asimilable a la de las obligaciones *erga omnes*, lo cual no es cierto. Las obligaciones *erga omnes*, como ha hecho observar el Sr. Bennouna, corresponden al *jus cogens* y por consiguiente se refieren a los crímenes internacionales, materia que en la presente etapa la Comisión todavía no ha comenzado a examinar. De hecho, el problema de la pluralidad de Estados lesionados no se plantea solamente respecto de las obligaciones *erga omnes*; se plantea respecto de cualquier régimen de obligaciones multilaterales. Es en este sentido que la cuestión se plantea también en el contexto de los delitos internacionales.

[4] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.*

13. El Sr. MAHIOU señala que antes de pasar a los aspectos sustanciales de los proyectos de artículos propuestos, desea hacer algunas observaciones sobre los conceptos y nociones a propósito de los cuales el Relator Especial se ha esforzado por facilitar aclaraciones y hacer ciertas precisiones en su tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1) antes de proponer el proyecto de artículo 11.

14. En términos generales, la Comisión debe abstenerse de utilizar ciertos conceptos y negarles carta de naturaleza porque no corresponden al derecho internacional y pueden incluso pervertir su espíritu. El Sr. Mahiou piensa en particular en el concepto de «legítima defensa preventiva», invocado para tratar de justificar de manera más o menos perniciosa el recurso a la fuerza y que no es más que una perversión de la noción de legítima defensa. Cabe recordar a este respecto el comentario de Clemenceau: «Una nación que quiere hacer la guerra está siempre en estado de legítima defensa». La Comisión debe cuidar pues, como recomienda el Relator Especial, de no sancionar ninguna interpretación extensiva o abusiva de ciertos conceptos que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas o de otras normas que pueda minar los fundamentos mismos del derecho internacional.

15. Por otra parte, se ha declarado que las medidas de retorsión no corresponden a las contramedidas puesto que por hipótesis no son contrarias al derecho internacional. Es cierto, pero cabe preguntarse también si no hay que hacer una distinción según que estas medidas se tomen en respuesta a un acto simplemente inamistoso o en respuesta a un hecho ilícito. En este último caso, como consecuencia de un hecho ilícito, corresponden al tema que se examina y quizá no sería inútil recordar, si no en un proyecto de artículo sobre el principio de proporcionalidad, por lo menos en el comentario correspondiente, que las medidas de retorsión tomadas en estas condiciones quedan sometidas a este principio como todas las demás contramedidas.

16. En cuanto a saber si hay que hablar de «represalias» o de «contramedidas», el Sr. Mahiou comprende que se pueda vacilar, sobre todo habida cuenta de las posiciones expresadas en el seno de la Comisión que detrás de la cuestión terminológica dejan entrever un problema de fondo, incluso de concepción del derecho internacional. Dos razones esenciales parecen en particular desaconsejar la utilización del término «represalias». La primera es el riesgo de confusión por contagio entre represalias armadas y represalias no armadas, y el orador remite a este respecto a los ejemplos tomados de la historia que menciona el Relator Especial. Hay que distinguir netamente las reacciones no armadas del recurso de la fuerza y no hablar de contramedidas más que cuando no se utiliza la fuerza, para hacer ver que se trata de dos ámbitos fundamentalmente diferentes. La segunda razón para rechazar el término «represalias» es que detrás de éste se transparenta la idea de castigo de un Estado por otro, o de una jerarquía entre Estados culpables y Estados que pueden castigar a estos últimos por los actos reprensibles que hayan cometido. Ahora bien, tal idea no solamente carece de fundamento en derecho internacional sino que es peligrosa en cuanto que podría ser invocada por un Estado que deseara desempeñar el papel de gendarme internacional. Por otra parte, cabe preguntarse si hablar de «contramedidas» no equivale a presentar bajo un aspecto tranquilizador algo que no lo es, olvidando que en última instancia las contramedidas amenazan el derecho y el orden internacionales igual que las represalias. ¿No sería preferible entonces hablar de represalias por razón de los riesgos y amenazas inherentes a todas las contramedidas, para que éstas mantengan el carácter sospechoso que es su característica fundamental? El orador señala que después de haber vacilado finalmente ha decidido suscribir el término «contramedidas», consagrado ya por lo demás en el título del artículo 30 de la primera parte y en el proyecto de artículo 11 propuesto por el Relator Especial, por optimismo y quizás con la esperanza de que cubriendo al lobo con una piel de cordero se le hará más dócil y más fácil de dominar.

17. Con respecto al artículo 12, el orador aprueba las disposiciones del párrafo 1, que prohíbe a un Estado lesionado recurrir a contramedidas antes de haber agotado todos los procedimientos de solución amistosa de que se disponga y de haber comunicado su intención de hacerlo. Se trata de dos condiciones mínimas y la primera en particular es absolutamente fundamental y merece retener la atención de la Comisión. En efecto, es la ocasión de subrayar el recurso a los mecanismos de solución pacífica de las controversias y de realizar un progreso en esta esfera, y a este respecto el orador apoya por entero los argumentos expuestos por el Relator Especial en el capítulo V de su tercer informe. Para que las contramedidas no sean el punto de partida de una escalada y de reacciones en cadena entre Estados lesionados y Estados infractores es necesario, de una parte, eliminar o reducir al mínimo el carácter subjetivo de la apreciación de la existencia y de la gravedad de un hecho ilícito y, de otra parte, reforzar la credibilidad de los procedimientos de solución de las controversias, en particular los de carácter jurisdiccional.

18. No es menos cierto que la relación entre contramedidas y procedimientos de solución pacífica de las controversias es compleja y que conviene preguntarse no solamente si las contramedidas son posibles mientras se halla en curso un procedimiento de solución sino también plantear el problema en términos de complementariedad y de subsidiariedad. En efecto, el recurso a las contramedidas puede justificarse cuando contribuya a mejorar el funcionamiento de los procedimientos de solución pacífica, por ejemplo ejerciendo presión sobre el Estado autor del hecho ilícito para inducirle a aceptar o a facilitar tal procedimiento; las contramedidas aparecen entonces como complementarias del procedimiento de solución. Las contramedidas pueden también justificarse para paliar la inexistencia o el fracaso de un recurso a los procedimientos de solución pacífica y entonces es cuando se puede hablar de subsidiariedad. En el párrafo 2 del artículo 12 se tiene en cuenta esta relación cuando se trata de reglamentar las contramedidas y de inducir a los Estados lesionados a respetar ciertas condiciones sin favorecer ni alentar por ello a los Estados autores de hechos ilícitos. Como han subrayado algunos miembros, el elemento temporal no debe olvidarse en esta situación y se trata de evitar que el transcurso del tiempo penalice al Estado lesionado en beneficio del Estado infractor.

19. Por lo que respecta al párrafo 3 del artículo 12, está redactado de una manera bastante oscura. El orador cree comprender la intención del Relator Especial, a saber,

enunciar una excepción a la excepción, pero la utilización, al menos en el texto francés, de tres negaciones en cuatro líneas hace difícil de entender la disposición. El Comité de Redacción debería sin embargo poder subsanar esta dificultad. El principio de proporcionalidad, objeto del artículo 13, es sin duda el menos polémico y queda solamente por determinar cómo enunciarlo y sobre todo cómo caracterizar la proporcionalidad. En cuanto al enunciado, el Relator Especial ha estudiado las diversas formulaciones posibles, negativa o positiva, remitiéndose en particular a la sentencia dictada en el asunto del *Acuerdo sobre los servicios aéreos*[7] y a la propuesta del Instituto de Derecho Internacional[8]. El Sr. Mahiou por su parte se inclina a preferir la formulación positiva porque le parece que limita más el margen de apreciación subjetiva que la formulación negativa.

20. La proporcionalidad debe caracterizar todas las reacciones del Estado lesionado, incluidas las medidas de reciprocidad y las medidas de retorsión. En este sentido se manifiesta de la manera más patente, tras la igualdad abstracta y la simetría formal, la desigualdad de hecho entre los Estados poderosos y los que lo son menos. La interpretación del principio de proporcionalidad debe ser la misma sea cual fuere la reacción, y sobre este punto el orador no comparte la opinión del Relator Especial, que en su tercer informe se refiere, es verdad que con mucha prudencia, a una «aplicación más precisa» en el caso de las medidas de reciprocidad. La proporcionalidad debe aplicarse de la manera más rigurosa posible para evitar todo desequilibrio entre las contramedidas y el hecho ilícito que las ha motivado. Por ejemplo, una medida de reciprocidad adoptada por un Estado ribereño contra un Estado enclavado puede tener para este último consecuencias verdaderamente catastróficas. En tales situaciones la proporcionalidad reviste una importancia fundamental al impedir que los Estados poderosos abusen de su posición en perjuicio de los Estados más débiles haciéndoles soportar las consecuencias excesivas de un hecho ilícito, sea cual fuere la gravedad de éste.

21. En cuanto a los parámetros que permiten definir la proporcionalidad, el artículo 13 retiene la gravedad del hecho ilícito y de sus efectos. El problema es, a este respecto, evitar la aplicación de la ley del talión. La tarea no es fácil, sobre todo si la evaluación de la gravedad del hecho ilícito y de sus efectos se deja a la apreciación del Estado lesionado. Quizás es en este punto donde la Comisión debería esforzarse por promover el recurso a los procedimientos de solución pacífica de las controversias, pues no hay otro medio de limitar el margen discrecional dejado al Estado lesionado y las posibilidades de abuso que el de hacer intervenir a un tercero en la apreciación de la gravedad del hecho ilícito; el problema reside en saber cómo hacer posible la intervención de ese tercero.

22. El orador señala, por otra parte, que el Relator Especial parece considerar que el criterio de la finalidad no tiene cabida entre los parámetros de la proporcionalidad. La desconfianza del Relator Especial está justificada en parte en lo que respecta a la finalidad en general, pero cabe preguntarse si algunas finalidades, por ejemplo, obtener la cesación del hecho ilícito o el recurso a un procedimiento de solución pacífica no deberían tenerse en cuenta en la apreciación de la proporcionalidad de las contramedidas. Tomar en consideración estas finalidades concretas contribuiría a descartar la aplicación de la ley del talión que puede ser resultado de la apreciación de la gravedad del hecho ilícito o de sus efectos.

23. Por lo que concierne al artículo 14 (Contramedidas prohibidas), el apartado *a* del párrafo 1 merece por su importancia una atención especial. En efecto, a juicio del Sr. Mahiou, el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe todo recurso a la fuerza fuera de los casos de legítima defensa, entendida ésta —y lo repite porque es de capital importancia— en el sentido más estricto, excluyendo en particular el concepto de legítima defensa preventiva y otros conceptos invocados para justificar los actos prohibidos por la Carta y el derecho internacional general. El orador no puede menos de expresar su oposición ante ciertos razonamientos, por lo demás mencionados por el Relator Especial, que, en nombre de la lógica y el realismo, invocan el comportamiento de un pequeño número de Estados que han recurrido a la fuerza para sostener que el párrafo 2 del Artículo 4 de la Carta permitiría el recurso a la fuerza y que sostienen que no deberían ser condenados de manera absoluta. Si este mismo razonamiento se aplicara en otras esferas, se podría llegar a la conclusión de que porque un cierto número de Estados, más numerosos aún que los que han recurrido a la fuerza armada, realizan prácticas condenadas por numerosas convenciones, por ejemplo la tortura, estas prácticas son legítimas. A juicio del Sr. Mahiou, si hay una esfera en que la Comisión debe negarse absolutamente a sancionar ciertas interpretaciones perniciosas del derecho es la del recurso a la fuerza, que debe estar prohibido de manera absoluta.

24. El párrafo 2 del artículo 14 plantea el enorme problema de las medidas de coacción política o económica y de su prohibición cuando ponen en peligro la integridad territorial o la independencia política de un Estado. Es cierto que las medidas de este carácter pueden tener consecuencias tan graves, incluso más graves que el recurso a la fuerza armada, pero hay que calificarlas mejor para restringir el alcance de la prohibición. En el texto propuesto por el Relator Especial ésta viene condicionada por el carácter «extremo» de las medidas de coacción pero, además de la imprecisión del calificativo empleado, lo que debe retener la atención no es tanto la naturaleza intrínseca de las medidas como su finalidad, a saber el peligro para la integridad territorial o la independencia política de un Estado. El peligro para la integridad territorial es relativamente fácil de reconocer o determinar pero no sucede lo mismo para la independencia política, que en definitiva podría considerarse inherente a toda contramedida. El concepto de independencia política exige pues una nueva reflexión que permita definir un umbral de gravedad a partir del cual habría prohibición y ello identificando las características y dimensiones que hay que proteger, en lo que respecta en particular a los aspectos esenciales de la soberanía del Estado.

25. En el capítulo VII de su cuarto informe (A/CN.4/444/Add.2), el Relator Especial estudia detenidamente la cuestión de los regímenes llamados autónomos y sus relaciones con el proyecto de artículo 2 de la

[7] Véase 2267.ª sesión, nota 8.

[8] *Ibid.*, nota 10.

segunda parte[9]. El orador no cree que sea preciso abrir de nuevo el debate sobre este artículo. De una parte, la interpretación rígida que de él se da en el cuarto informe, no es la única posible, pues las normas que la Comisión está estableciendo pueden tener también un carácter supletorio en relación con los regímenes llamados autónomos. De otra parte, la Comisión deberá quizá reanudar el debate sobre el proyecto de artículo 2 de la segunda parte cuando examine las relaciones entre la convención en curso de codificación y los demás acuerdos internacionales que rigen la responsabilidad en una determinada esfera. Los regímenes convencionales pueden entrar en el ámbito del proyecto de la Comisión en caso de hecho ilícito, por eso hay que saber si conviene prever una disposición que precise las relaciones entre la convención en curso de preparación y las convenciones existentes o bien si hay que remitirse a las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. El Relator Especial ha delimitado y clarificado bien este problema, pero quizá es demasiado pronto para hallarle una solución.

26. Al proponer un proyecto de artículo 5 *bis*, el Relator Especial cuestiona la vía seguida por su predecesor que condujo al artículo 5[10] aprobado en primera lectura. Tras una argumentación rigurosa, sólida y bastante eficaz llega a la conclusión de que la distinción entre Estados directamente lesionados y Estados no directamente lesionados es inaceptable por ser inapropiada y sobre todo por no estar jurídicamente fundada. Cabe señalar a este respecto que al preparar y aprobar el artículo 5 la Comisión no parece haber hecho suya esta distinción, que ha seguido siendo esencialmente la del Relator Especial anterior. A este problema de la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados el Relator Especial propone una solución que el orador se inclina a juzgar en muchos aspectos más coherente y más satisfactoria y que consiste en basarse no en el carácter directo o indirecto de la lesión sino en la naturaleza y el grado del perjuicio sufrido. Esta solución presenta ante todo la ventaja de situar el problema en el terreno más claro y más conocido del perjuicio, noción que guía toda la segunda parte. Además, está exenta de las incertidumbres que afectan a las nociones de Estados directamente o indirectamente lesionados. Finalmente, evita una posible confusión entre Estados directamente o indirectamente lesionados y daños directos o indirectos. Evidentemente, queda por saber si permitirá definir con claridad la posición de los diferentes Estados en beneficio de los cuales existen obligaciones violadas, las consecuencias sustantivas o adjetivas que van a derivarse para cada Estado y las contramedidas que pueden aplicarse según la naturaleza y el grado del perjuicio sufrido. El Relator Especial ha aclarado ya algunas de estas cuestiones, pero otras permanecen en la sombra. En todo caso, su manera de proceder permite una interpretación más coherente del artículo 5, cuya estructura y contenido no se ponen en cuestión. ¿Debería concretarse necesariamente mediante la adición de un artículo 5 *bis* como el propuesto por el Relator Especial? En definitiva, si un problema merece ser planteado y aclarado puede justificarse una disposición en ese sentido. De todas maneras, el conjunto de los proyectos de artículos propuestos puede remitirse al Comité de Redacción.

27. El Sr. RAZAFINDRALAMBO comparte en lo esencial las grandes opciones de los informes tercero y cuarto, que no se desvían sustancialmente de las expuestas por el anterior Relator Especial y examinadas ya por la Comisión en su 37.° período de sesiones. Sus observaciones no se referirán pues más que a algunos problemas que plantea el Relator Especial y a puntos concretos de los proyectos de artículos que propone.

28. La cuestión de la oportunidad de tratar de las medidas adoptadas por el Estado lesionado en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito no es gratuita si se considera que puede ponerse en duda la realidad de la lesión y si se tiene presente que en un pasado no lejano Estados poderosos, pretendiéndose lesionados por un hecho atribuido a Estados débiles, tomaban contra estos últimos represalias en forma de expediciones militares punitivas cuya finalidad era atribuirse ventajas exorbitantes. Sobre estas prácticas, contrarias a la justicia si no al derecho internacional y que han caracterizado la historia reciente de los antiguos países coloniales, las relaciones que se examinan parecen correr un púdico velo como para no despertar viejos demonios. Pero ¿han desaparecido realmente estas prácticas o simplemente toman nuevas formas? La Comisión no puede ocultar este fenómeno, tanto menos cuanto que ha dedicado una disposición específica, el artículo 30, al ejercicio legítimo de las contramedidas en reacción frente a un hecho internacionalmente ilícito. Sería extraño además que después de haber examinado las formas de reacción del Estado lesionado, que el Relator Especial llama consecuencias sustantivas, se abstenga de pasar a otras formas, las que se refieren a la suspensión del cumplimiento de las obligaciones del Estado lesionado, es decir, las consecuencias adjetivas. Dadas las siniestras connotaciones del término «represalias», el Relator Especial, aprobado en esto por la casi totalidad de los oradores anteriores, ha preferido atenerse al de «contramedidas», que ya ha sido utilizado por la Comisión y que se encuentra en la jurisprudencia arbitral, en el asunto del *Acuerdo sobre los servicios aéreos*, de 1978, y en la de la propia CIJ, en el asunto de *Nicaragua*[11].

29. El régimen de contramedidas diseñado en los informes tercero y cuarto se articula en torno a tres ideas maestras: necesidad de un hecho internacionalmente ilícito, que sería de alguna manera la condición de la existencia de las contramedidas, exigencia de una demanda previa de reparación y del agotamiento de los procedimientos de solución amistosa y finalmente limitaciones de fondo al recurso a las contramedidas. El Sr. Razafindralambo suscribe por entero este plan general, pero el debate que ha suscitado le inspira algunas observaciones. La primera se refiere a la tentación que podría tener un Estado de recurrir a contramedidas sin haber sufrido un perjuicio; es el «síndrome» del gendarme de la totalidad o parte del planeta. En realidad, el sistema concebido por el Relator Especial establece un vínculo necesario entre la contramedida y la demanda de restitución en especie

[9] Para el texto, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 87.

[10] *Ibid.*

[11] Véase 2267.ª sesión, nota 6.

(art. 7[12]) y de reparación por equivalencia (art. 8[13]), demanda que es previa y que tiene por objeto la reparación de un daño sufrido. Otro problema, conexo con el anterior, se refiere a la necesidad de conferir a las contramedidas una función estrictamente compensatoria y reparadora, habida cuenta de las consecuencias ya mencionadas de las represalias punitivas.

30. El Relator Especial cuestiona la validez del concepto de regímenes «autónomos» y se pregunta al mismo tiempo sobre el alcance del artículo 2 que la Comisión ya aprobó provisionalmente en 1986. A juicio del orador, el mantenimiento de este artículo, por el momento, no puede tener incidencia alguna en el estudio de las disposiciones sobre las consecuencias jurídicas tratadas en la segunda parte del proyecto, de manera que la mejor solución sería quizá volver a examinar el problema cuando los Estados hayan formulado sus observaciones sobre el conjunto del proyecto, una vez aprobado éste en primera lectura. Por lo que concierne a la cuestión de la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados, la conclusión a que llega el Relator Especial parece fundada, pero como no introduce ningún cambio fundamental en la regla general parece inútil concretarla mediante la adición de un artículo 5 *bis*.

31. Pasando a las observaciones que le inspiran más concretamente los proyectos de artículos propuestos, el orador subraya que el artículo 11, que no es más que la prolongación del artículo 30 de la primera parte y está condicionado por el fracaso de las solicitudes hechas al amparo de los artículos 6 a 10, tiene por objeto abarcar todas las formas de contramedidas, y especialmente las represalias y la reciprocidad, lo que explica el abandono de la condición de correspondencia entre las obligaciones violadas por el Estado infractor y las obligaciones incumplidas por el Estado lesionado. No es menos cierto que la fórmula «abstenerse de cumplir» parece indicar que el Estado no tiene otra opción que poner fin definitivamente a sus propias obligaciones. El concepto de «suspensión de la ejecución» parece más compatible con el carácter provisional de las medidas previstas en el párrafo 2 del artículo 12, más en particular cuando un órgano internacional ha de decidir en el marco de un procedimiento de solución por intervención de tercero. Claro está, hay casos en que las obligaciones no pueden suspenderse materialmente, pero el Comité de Redacción podría sin duda hallar una fórmula que combine la suspensión y la revocación.

32. Por lo que respecta al artículo 12, la condición del agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa puede pasar quizá por un defecto latente del sistema, pero ¿por qué actuar con precipitación? En virtud del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, las partes en una controversia deben buscarle solución por los medios de arreglo, que son muchos. En el plano de la redacción de dicho artículo sería preciso, según el Sr. Razafindralambo, dar prioridad a los procedimientos de solución previstos por un instrumento en el que el Estado lesionado sea parte en relación con los demás procedimientos mencionados en el apartado *a* del párrafo 1. Si el párrafo 2 no plantea problema alguno, en cambio el párrafo 3 no parece suficientemente claro y el Relator Especial podría tal vez revisarlo. Por lo que respecta al artículo 13, la forma negativa parece la indicada para una norma que tiene un valor de prohibición. Por otra parte, esta norma tiene por objeto moderar los efectos del derecho previsto en el artículo 11 y debería situarse pues allí donde el anterior Relator Especial la había colocado, después del enunciado de ese derecho.

33. El orador suscribe el principio de la prohibición de ciertos tipos de contramedidas enunciado en el artículo 14. Apoya resueltamente la idea del Relator Especial de precisar el alcance de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza haciéndola extensiva no sólo a la fuerza armada sino también a todas las medidas extremas de coacción política o económica. De todos modos, así entendidos, la amenaza o el uso de la fuerza constituyen una violación de las disposiciones del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Por ello, la nueva versión del artículo 14, al relegar una parte de la definición a un párrafo 2 aparte, debilita el alcance de la prohibición y parece pues menos buena que la primera[14]. Quizá el Comité de Redacción hallará la formulación ideal. El inciso i) del apartado *b* hace referencia a la noción de derechos humanos fundamentales, que no figura más que en el Preámbulo de la Carta, pues el Artículo 1 se refiere a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. En el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se estipula que no habrá suspensión alguna de los derechos humanos enumerados en los artículos que siguen; fórmula más precisa y que corresponde a la utilizada en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en la definición de una norma imperativa de derecho internacional (art. 53). Cabe pues preguntarse si los derechos humanos fundamentales no corresponden simplemente al *jus cogens* y si, por consiguiente, el inciso i) del apartado *b* del párrafo 1 no duplicaría el inciso iii). El orador opta sin embargo por el mantenimiento de una prohibición en relación con la protección de los derechos humanos fundamentales porque no excluye que esta noción evolucione y que algunos derechos sociales y económicos, incluso derechos como el derecho al medio ambiente, puedan algún día formar parte de ella.

34. La formulación del inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 es preferible a la del apartado *a* del artículo 12, propuesto por el anterior Relator Especial[15], en cuanto la prohibición afecta a todas las formas de diplomacia bilateral y multilateral, pero en otros aspectos parece menos concreta. No hace ninguna distinción entre los privilegios y las inmunidades diplomáticas y no dice nada de los efectos de la prohibición sobre el principio de la reciprocidad. En cuanto al inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1, no parece indispensable dado que el *jus cogens* reviste por definición una fuerza imperativa.

35. El inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1 plantea en cambio más dificultades, en el sentido de que, bajo una apariencia anodina, se pretende en él tratar de la violación de las obligaciones *erga omnes*. A juicio del Relator Especial, la solución propuesta por su predecesor en los

[12] Para el texto propuesto por el Relator Especial, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 78, párr. 230.

[13] Para el texto propuesto por el Relator Especial, véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. B, párr. 344, nota 271.

[14] Véase 2277.ª sesión, nota 9.

[15] Véase 2273.ª sesión, nota 10.

apartados *a* y *b* del párrafo 1 y en el párrafo 2 de su proyecto de artículo 11[16] no toma en consideración más que las obligaciones *erga omnes* previstas en tratados multilaterales, dejando a un lado las que se derivan de normas de derecho general, consuetudinario o no escrito. Esta observación ya se ha formulado con respecto al artículo 5 de la segunda parte[17], que para definir al Estado lesionado se refiere justamente al derecho internacional consuetudinario [apartado *e* del párrafo 2 e inciso ii) del mismo apartado]. Para colmar la laguna señalada con razón por el Relator Especial bastaría insertar en el texto introductorio del apartado *a* del artículo 11 propuesto por el anterior Relator Especial la mención «o una norma de derecho internacional consuetudinario por la cual están vinculados». El Relator Especial podría ayudar al Comité de Redacción a hallar una fórmula más completa y más aceptable que permita «desempolvar» el artículo 11. Sea como fuere, el orador está de acuerdo en que los artículos 11 a 14 se remitan al Comité de Redacción.

36. El Sr. FOMBA recuerda que ya ha formulado sus observaciones sobre los capítulos IV, V y VI del cuarto informe (A/CN.4/444/Add.1) (2278.ª sesión); se limitará pues a comentar brevemente los capítulos VII y VIII (A/CN.4/444/Add.2).

37. En lo que se refiere a los regímenes autónomos, el Relator Especial plantea la cuestión central de saber si las normas constitutivas de esos regímenes afectan al derecho de los Estados partes de recurrir a las contramedidas autorizadas por el derecho internacional general. El Relator Especial trata de responder a ello de manera pragmática basándose en el examen de los principales casos de regímenes llamados autónomos (orden jurídico de la Comunidad Europea, normas relativas a la protección de los derechos humanos, normas relativas a las relaciones diplomáticas y el sistema del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) y considera que estos ejemplos no son convincentes. De ello extrae la conclusión de que

> [...] no sería apropiado, al codificar el derecho de la responsabilidad de los Estados, pensar en la inclusión de disposiciones que impongan restricciones «especiales» a las medidas consistentes en la suspensión o terminación de las obligaciones derivadas de tratados que crean regímenes especiales u organizaciones internacionales. [...] la debida interpretación y aplicación de las normas generales que rigen cualquier medida unilateral... deberían ser suficientes para resolver los problemas que pueden surgir en relación con los tratados que establecen organizaciones internacionales o regímenes supuestamente «autónomos».

El Sr. Fomba comparte esta conclusión pues en materia jurídica es partidario de la mayor «integración» posible, es decir, de una complementariedad entre el sistema jurídico global y los subsistemas especiales. En realidad, tras la noción teórica de regímenes autónomos le parece ver perfilarse el viejo debate sobre la dialéctica entre el «macrocosmos» y el «microcosmos» jurídico, debate en el cual la Comisión no tiene que entrar, salvo quizá para subrayar la coherencia y la interdependencia de los dos.

38. Las observaciones formuladas por el Relator Especial en su cuarto informe acerca del proyecto de artículo 2 de la segunda parte, aprobado en primera lectura, y su propuesta de volver a examinar este artículo sin esperar a su examen en segunda lectura, por razón del vínculo existente entre su objeto y los regímenes llamados «autónomos», dejan un tanto perplejo al Sr. Fomba, pero considera que sea cual fuere la posición que finalmente adopte la Comisión sobre la cuestión de los regímenes «autónomos» deberá estar en armonía con el espíritu y la letra del proyecto de artículo 2. No tiene comentario alguno que formular con respecto al proyecto de artículo 4 que, según el Relator Especial, requeriría también una reflexión más a fondo.

39. En lo que respecta al problema de la pluralidad de Estados igual o desigualmente lesionados que es objeto del capítulo VIII del cuarto informe, el orador ha tomado nota debidamente de las razones por las cuales el Relator Especial considera inaceptable la noción de Estados no directamente lesionados. Le agradece que haya recordado la génesis de esta noción y los debates que tuvieron lugar en la CDI y en la Sexta Comisión en 1984.

40. A propósito de la definición de Estado lesionado en el artículo 5, efectivamente es importante subrayar que el hecho internacionalmente ilícito consiste las más de las veces en una lesión de un derecho, constituyendo esa lesión —con o sin daño— el perjuicio. Es otro aspecto del principio «sin interés, no hay acción».

41. Al orador le ha parecido muy interesante el análisis teórico que hace el Relator Especial de los casos relativos a la posición de los diversos Estados en cuanto a las consecuencias de las obligaciones *erga omnes*.

42. En la sección B del capítulo VIII ha llamado su atención la nota del penúltimo párrafo. Se dice en esta nota que el concepto de Estado «indirectamente» lesionado es fruto de un equívoco, que se deriva de una insuficiente «asimilación» de la definición del hecho internacionalmente ilícito enunciada en el artículo 3 de la primera parte del proyecto. Cabe preguntarse a quién se hace referencia: ¿a los miembros de la CDI o a los miembros de la Sexta Comisión?

43. El orador aprueba la conclusión enunciada por el Relator Especial, según la cual el único punto de partida razonable para las consecuencias, tanto sustantivas como adjetivas, de una violación de obligaciones *erga omnes* es la caracterización de la posición de cada Estado lesionado según la calidad y la entidad del daño sufrido.

44. Finalmente, en la sección C del capítulo VIII relativa a las soluciones posibles en caso de pluralidad de Estados lesionados, el Relator Especial, después de haber recordado que el hecho de que la violación de obligaciones *erga omnes* se traduzca en la existencia de una pluralidad de Estados lesionados, unido al hecho de que esos Estados no son lesionados de la misma manera ni en el mismo grado, complica la relación de responsabilidad, analiza muy juiciosamente la manera en que se ven alteradas las consecuencias tanto sustantivas como adjetivas de la violación. Subraya en particular que estos problemas sólo se han previsto en relación con hechos ilícitos considerados como «crímenes» en virtud del artículo 19 de la primera parte, pero que pueden plantearse también respecto de las consecuencias de hechos ilícitos más ordinarios que se designan comúnmente con la denominación de «delitos».

---

[16] *Ibid.*

[17] Véase 2266.ª sesión, nota 11.

45. El orador se suma en general a las conclusiones formuladas por el Relator Especial al final de este capítulo del informe y en particular a la de que los problemas particulares que plantea la violación de obligaciones *erga omnes* exigen simplemente que las normas generales adoptadas o propuestas hasta ahora se comprendan y se apliquen correctamente.

46. Finalmente, por lo que respecta al proyecto de artículo 5 *bis*, le parece que se justifica por las razones siguientes: el hecho de que el concepto de «Estado lesionado» no lleve consigo, *ipso facto*, un trato igualitario de los Estados lesionados; el recurso, para determinar el Estado o los Estados lesionados a la definición *stricto sensu* del hecho internacionalmente ilícito; y la determinación, sobre la sola base de esta definición estricta, de los derechos o facultades reconocidos a cada Estado. Dicho esto, el alcance del artículo 5 *bis* podría muy bien deducirse de una lectura inteligente del artículo 5, pero quizá sea necesario formularlo expresamente para eliminar todo equívoco. Por lo demás, se trata de una cuestión de redacción.

47. El Sr. VARGAS CARREÑO considera que se ofrece a la Comisión una oportunidad histórica para avanzar con mayor rapidez en el tema que se examina. La falta de confrontación ideológica como consecuencia del final de la guerra fría, las mayores facilidades que proporcionan las relaciones internacionales para lograr el consenso y el hecho de que numerosos Estados hayan venido a reforzar la comunidad internacional son otras tantas circunstancias favorables que la Comisión debe aprovechar. El orador cree que hay que dar prioridad al tema de la responsabilidad de los Estados en el próximo quinquenio, de manera que se pueda adoptar un proyecto definitivo de convención durante el actual decenio del derecho internacional.

48. El problema que aborda la Comisión en el presente período de sesiones, el de las consecuencias adjetivas de un hecho internacionalmente ilícito —o de las contramedidas—, no es fácil. Como ha señalado el Relator Especial, es un tema que no presenta prácticamente ninguna similitud con el régimen de la responsabilidad estatal que reconocen los ordenamientos jurídicos nacionales. La falta en el actual derecho internacional de un marco institucional adecuado hace difícil determinar los elementos de cualquier reglamentación del comportamiento de los Estados. Por otra parte, si bien existe una abundante práctica interestatal, los elementos de *lex lata* no son de por sí suficientes para que ellos solos sirvan de base a un proceso de codificación, por lo que es necesario complementarlos con un desarrollo progresivo en el que se tomen en consideración la actual realidad internacional, los diferentes sistemas jurídicos y la necesidad de lograr fórmulas que permitan soluciones de consenso.

49. El requisito básico para poder recurrir legítimamente a una contramedida es la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que conculca un derecho del Estado que adopta esta reacción. No es suficiente que ese Estado crea de buena fe que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito en contra suya. Si toma contramedidas basándose en esa presunción de ilicitud del comportamiento del otro Estado, debe asumir el riesgo por su conducta y por ende puede él mismo llegar a ser responsable internacionalmente si se llega a la conclusión de que ninguno de sus derechos ha sido conculcado.

50. La función principal de las contramedidas es procurar la cesación del comportamiento ilícito o la reparación del daño causado o la garantía de que el hecho no volverá a repetirse, o las tres cosas a la vez. Su función penal es más dudosa y el orador conviene con el Relator Especial en que sería inadecuado incluir esa función punitiva en el proyecto de artículos. Conviene subrayar igualmente que las contramedidas no pueden ser adoptadas en forma automática y que deben ir precedidas en principio de alguna forma de protesta, intimidación, reclamación o conminación.

51. Refiriéndose más concretamente al proyecto de artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), el orador declara apoyar totalmente la disposición del apartado *a* del párrafo 1, según la cual el Estado lesionado, antes de tomar contramedidas, debe haber agotado todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o los instrumentos relativos a la solución de controversias en los que sea parte. Piensa también, como se dice en el apartado *a* del párrafo 2, que esta condición no es aplicable cuando el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución pacífica.

52. Pero el orador tiene serias dudas en cuanto a la necesidad o la conveniencia de incluir disposiciones que se refieran a medidas cautelares, sobre todo si en el proyecto se autoriza expresamente el recurso a esas medidas antes de que se inicie el procedimiento de arreglo pacífico o incluso, como se ha propuesto, en el curso de ese procedimiento. El apartado *b* del párrafo 2 podría dar origen a dificultades y a unas conductas abusivas por parte de Estados que se ampararan en esa autorización, que debilita el alcance del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Es cierto que en algunas circunstancias puede ser legítimo recurrir inmediatamente a medidas cautelares sin esperar a que se inicie un procedimiento de arreglo pacífico. Pero la misma prudencia que ha inducido al Relator Especial a no incluir el aspecto punitivo de las contramedidas debe disuadirlo de prever una disposición sobre las medidas cautelares que parece ofrecer más inconvenientes que ventajas.

53. El orador dice que está de acuerdo con los proyectos de artículos 11 y 12, pero preferiría que se suprimieran los apartados *b* y *c* del párrafo 2 del artículo 12 o que se formularan de nuevo de tal manera que no se ponga en duda la regla fundamental enunciada en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

54. Respecto al proyecto de artículo 13 (Proporcionalidad), se declara de acuerdo con los planteamientos del Relator Especial, sobre todo en cuanto a la necesidad de evaluar esa proporcionalidad habida cuenta no sólo de los elementos meramente cuantitativos del daño causado sino también de los factores cualitativos, como son la importancia del interés protegido por la norma conculcada y la gravedad de la violación.

55. En el proyecto de artículo 14 (Contramedidas prohibidas) revisado, el Relator Especial propone prohibir al Estado lesionado recurrir a modo de contramedida a la

amenaza o al uso de la fuerza armada y a otros diversos comportamientos enumerados en los incisos i) a iv) del apartado *b*. El orador desearía examinar detenidamente esas disposiciones.

56. En primer lugar, por lo que respecta a la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza armada, definida con más amplitud en el proyecto de artículo 14 revisado, parece que la prohibición enunciada en el Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas posea el rango de una norma de derecho internacional general, esto es de *jus cogens*. Así lo confirman toda la doctrina y diversas sentencias de la CIJ, sin contar las resoluciones de la Asamblea General. De la génesis de este artículo de la Carta y de las interpretaciones de que ha sido objeto posteriormente se desprende que por «fuerza» debe entenderse sólo la fuerza física o militar y no otro tipo de coacciones que, aunque ilícitas y contrarias al derecho internacional, no tienen su fundamento en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta. Sosteniendo pues una interpretación restrictiva de este párrafo, el orador sostiene esa misma interpretación con respecto a casos muy excepcionales en que es legítimo el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Esos casos son dos: la legítima defensa individual o colectiva y la intervención de los órganos competentes de las Naciones Unidas con el objeto de restablecer la paz.

57. Por lo que respecta a la primera excepción, la de la legítima defensa, sólo procede en respuesta a un ataque armado, esto es ante un acto de violencia consumado. Cualquier otra interpretación que justifique las represalias armadas no fundadas en razones humanitarias o en la necesidad de proteger a nacionales en el extranjero no puede ser considerada compatible con el derecho internacional.

58. Por lo que respecta al segundo caso excepcional, la intervención de los órganos de las Naciones Unidas plantea diversos problemas jurídicos. La Comisión no es el lugar adecuado para analizarlos pero el Relator Especial ha invitado a los miembros a reflexionar sobre el artículo 4 de la segunda parte[18] aprobado provisionalmente por la Comisión, que somete las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito a la Carta de las Naciones Unidas. Como dice el propio Relator Especial, es una disposición que ofrece también más inconvenientes que ventajas y que plantea problemas que trascienden el de la responsabilidad internacional de los Estados puesto que remiten al tema de la solución de las controversias, a la distinción entre controversias jurídicas y políticas, a las facultades del Consejo de Seguridad y a sus relaciones con los demás órganos de las Naciones Unidas, especialmente con la CIJ. ¿Significa este artículo 4 que el Consejo de Seguridad no podría hacer uso de las facultades que le confiere el Capítulo VI de la Carta? ¿Qué efectos tiene esa disposición sobre la competencia de la CIJ? ¿Acaso la Corte no es competente para reparar las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito?

59. Volviendo al proyecto de artículo 14, el orador declara preferir la anterior versión a la nueva. En efecto, es mejor distinguir lo que es estrictamente la amenaza o el uso de la fuerza y otras situaciones que no constituyen una aplicación estricta del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Si se retiene pues la primera versión habrá que recoger quizá, para expresar el elemento de coacción política y económica que debería figurar en ella, una terminología como la de los artículos 18 y 19 de la Carta de la OEA, que la Asamblea General ha recogido en algunas de sus resoluciones, en particular en la resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, que prohíbe aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquiera otra índole para coaccionar a otro Estado.

60. El orador analiza a continuación las diversas limitaciones que el proyecto de artículo 14 impondría al derecho del Estado lesionado de adoptar unilateralmente contramedidas. La primera, contenida en el inciso i) del apartado *c*, se refiere a las contramedidas no conformes con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales. El derecho internacional de los derechos humanos ha experimentado recientemente un desarrollo vertiginoso y la prohibición propuesta por el Relator Especial parece aceptarse fácilmente. La distinción que establece entre los derechos humanos «fundamentales» o «esenciales» y los demás está recogida en los principales instrumentos en la materia, que distinguen todos entre los derechos que no pueden ser suspendidos (como es el caso del derecho a la vida) y las libertades que sí pueden ser suspendidas. Al emplear la expresión «derechos humanos fundamentales» en esta disposición se sustraen pues, por ejemplo, los derechos patrimoniales de los extranjeros presentes en el país lesionado. La práctica estatal reciente no sólo presenta casos de expropiación de bienes de extranjeros a modo de contramedidas sino también casos de congelación de activos de extranjeros como reacción al comportamiento ilícito del Estado del que son nacionales.

61. En el inciso ii) del apartado *c* se excluyen también las medidas que causen un grave perjuicio a la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral. Pero la fórmula propuesta parece demasiado vaga y amplia. Si hay una esfera en la cual las contramedidas son perfectamente legítimas es precisamente en el derecho diplomático. Los ejemplos abundan: la ruptura o suspensión de las relaciones diplomáticas; el no reconocimiento de un gobierno; el retiro de un embajador o incluso de toda una misión diplomática; la declaración de persona *non grata* de un diplomático, y otros. Estos comportamientos pueden efectivamente causar perjuicio a la actividad normal de la diplomacia bilateral. En el sector de la diplomacia multilateral, sobre todo cuando se trata de organizaciones internacionales de carácter regional, hay también ejemplos de actos legítimos que no obstante pueden causar un perjuicio a las relaciones normales. Así sucedió en 1976, con ocasión de la Asamblea General de la OEA, que debía celebrarse en Santiago de Chile pero en la cual el Gobierno mexicano se negó a participar por estar a la sazón en el poder en el país huésped un gobierno militar. Así sucedió también en 1978, cuando el Gobierno uruguayo se ofreció para acoger a la Asamblea General en Montevideo, oferta aceptada en principio, pero al no haber invitado este Gobierno a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, varios Estados intervinieron para pedir que la Asamblea General se celebrara en otro país. El texto propuesto sería aceptable si se añadie-

[18] *Ibid.*

ran consideraciones relativas a las inmunidades de los agentes diplomáticos y consulares y a la situación de los locales. El orador propone pues que la prohibición se haga extensiva a las contramedidas que atenten contra la inviolabilidad de las personas y de los locales protegidos por el derecho diplomático, fórmula más concreta y más conveniente en este caso.

62. El inciso iii) del apartado *c* prohíbe las medidas contrarias a las normas imperativas de derecho internacional general. Es una disposición prudente pues las prohibiciones anteriores no agotan el *jus cogens* que además presenta un carácter histórico y puede pues ampliarse, reducirse o modificarse con el tiempo sin que para ello sea necesario modificar una convención.

63. Se propone además una restricción que constituye una aplicación del efecto *erga omnes* de determinadas obligaciones jurídicas internacionales. La obligación *erga omnes* no se caracteriza por la importancia del interés protegido por la norma sino más bien por la indivisibilidad jurídica del contenido de la obligación. Es ésta una materia compleja que ya ha sido en parte recogida en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En el informe que se examina el Relator Especial la recoge, con razón, de una manera cautelosa.

64. Resumiendo su posición, el orador declara que los proyectos de artículos 11 a 14 presentados por el Relator Especial le parecen en términos generales acertados. El Comité de Redacción introducirá en ellos las modificaciones necesarias y la Comisión podrá seguir avanzando.

65. El Sr. KUSUMA-ATMADJA expresa su admiración al Relator Especial por el enorme trabajo que ha realizado. Piensa como él que no hay que apresurarse demasiado en redactar proyectos de artículos. En efecto, se puede tomar tiempo suficiente para reflexionar sin renunciar por ello a obtener resultados concretos de aquí a cinco años.

66. Existe un vínculo evidente entre los trabajos que la Comisión realiza actualmente sobre la responsabilidad de los Estados y los otros temas que tiene ante sí, a saber la creación de un tribunal penal internacional y la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Desde el momento en que las contramedidas autorizadas por el derecho internacional causan al Estado contra el que van dirigidas daños desproporcionados en relación con lo que era necesario para obtener satisfacción nace una responsabilidad «objetiva» *(liability)* a cargo del Estado autor de esas contramedidas. Y quien dice responsabilidad objetiva dice reparación del daño causado. Este aspecto es particularmente interesante pues la Comisión no debe ocuparse solamente de redactar leyes y convenciones sino también preocuparse por su resultado en el plano humano. A este respecto el Sr. Shi (sesiones 2267.ª y 2273.ª) ha insistido muy justamente en los peligros que encierra la codificación de las contramedidas, que pueden ser la expresión de la ley del más fuerte. No obstante, la conclusión del orador es diferente de la suya: este peligro es una razón más para que la Comisión se ocupe del problema, pues es preferible mirar de frente las realidades de este mundo, que se caracteriza por una extremada diversidad de situaciones. El recurso a la fuerza, apenas imaginable en algunos países ricos y desarrollados, es todavía moneda corriente en otras partes del mundo y el nacionalismo, que puede parecer una idea anticuada, dista de estar muerto, como demuestra la situación actual en la Europa del Este y en la antigua Unión Soviética.

67. Por lo que concierne a los proyectos de artículos 11 a 14, sobre la cuestión de las contramedidas, el Sr. Kusuma-Atmadja se adhiere a la orientación general dada por el Relator Especial aun cuando le parezcan aconsejables algunas pequeñas modificaciones de redacción. Aprecia en particular que las contramedidas se hayan tratado como una solución muy excepcional que no debe utilizarse más que en situaciones extremas. Comparte no obstante la opinión del Sr. Razafindralambo con respecto al hecho de que en el artículo 13, relativo a la proporcionalidad, habría que haber utilizado quizá la forma negativa para dar más fuerza a la prohibición.

68. En lo que concierne a los regímenes autónomos, experimenta las mismas dificultades que el Relator Especial pero piensa que el artículo 5 *bis* no es necesario y que lo que se dice en él podría relegarse a un comentario. En esta esfera, como en la de las contramedidas, la Comisión debe ser mesurada en sus formulaciones. No conviene que se detenga demasiado en situaciones excepcionales so pena de producir una especie de «monstruo». En su conservadurismo los anteriores proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial precedente tenían aspectos acertados y si se combinaran estas antiguas versiones con las propuestas más audaces del actual Relator Especial se podría sin duda llegar a un buen resultado. Por lo que respecta a la relación entre los regímenes autónomos y las obligaciones *erga omnes* dimanantes de tratados o de convenciones, la Comisión debería dejarse guiar por las normas generales derivadas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Después de todo ¿no son los regímenes autónomos también tratados?

69. Tampoco en este caso hay que pretender apresurarse a redactar disposiciones, pues si se estudian ejemplos concretos se ve por ejemplo que los países miembros de la Comunidad Europea han necesitado años, tanto individualmente como en cuanto comunidad de Estados, para adaptarse al nuevo régimen establecido por las Convenciones de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. De hecho, en esta esfera, como en la de las contramedidas, hay que considerar que se trata de aspectos muy particulares del derecho internacional y obrar en consecuencia. ¿Sería tolerable, por ejemplo, que los artículos que la Comisión se esfuerza por elaborar disminuyan o debiliten las obligaciones *erga omnes* dimanantes de los Convenios de Ginebra de 1949? Esto lleva al orador a hablar de la cuestión de las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos que el Relator Especial menciona con toda razón en el proyecto de artículo 14. Este aspecto, que efectivamente merece reflexión y que podrá desarrollarse más en el comentario relativo a ese artículo, tiene una gran importancia para el tema que se examina. Así, por ejemplo, los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, que son esenciales para los países en desarrollo, son escarnecidos a menudo por las sociedades de explotación transnacionales que no piensan más que en sus beneficios y operan sin tener en cuenta las reglamentacio-

nes locales. En este caso, si el país huésped toma contramedidas, en su opinión, están perfectamente justificadas. Claro está que es preciso que las violaciones de los derechos humanos que dan lugar a contramedidas hayan sido persistentes y violentas. A este respecto se pregunta si la expresión «uso de la fuerza» que se utiliza en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 14 designa únicamente la fuerza física o toda clase de fuerza. No tiene una respuesta a esta cuestión, pero quisiera advertir a los miembros de la Comisión que se corre el riesgo aquí de abrir la caja de Pandora. Insiste en el hecho de que hay que ser mesurado y consciente de los límites que no se deben traspasar.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2281.ª SESIÓN

Viernes 3 de julio de 1992, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr.Yamada, Sr. Yankov.

Cooperación con otros organismos *(continuación*)*

(Tema 8 del programa)

DECLARACIÓN DE LA OBSERVADORA DEL COMITÉ EUROPEO DE COOPERACIÓN JURÍDICA

1. El PRESIDENTE da la cordial bienvenida a la Sra. Margaret Killerby, Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, y la invita a dirigir la palabra a la Comisión.

2. La Sra. KILLERBY (Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica) dice que desde julio de 1991 dos Estados más, Polonia y Bulgaria, se han sumado al Consejo de Europa y que se espera que los demás Estados de Europa Central y Oriental pasen a ser miembros del Consejo en el próximo futuro. El Consejo consta actualmente de 27 Estados miembros europeos. El Consejo continúa su amplio programa de cooperación en la esfera jurídica para los Estados de Europa Central y Oriental. El programa Demo-Droit, destinado a facilitar el establecimiento de instituciones y marcos legislativos basados en el principio de la democracia pluralista, los derechos humanos y el imperio del derecho, contiene programas multilaterales y ajustados a los países que tienen en cuenta las prioridades de los Estados interesados. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha sido mantenido al tanto regularmente de las actividades de la Comisión, y en su 56.° período de sesiones, en noviembre de 1991, tuvo el placer de oír una declaración del Sr. Eiriksson sobre ese tema.

3. En su período de sesiones de junio de 1992, el Comité adoptó un proyecto de segundo protocolo para enmendar la Convención sobre la reducción de los casos de múltiple nacionalidad y de obligaciones militares en los casos de múltiple nacionalidad. El proyecto de protocolo permite la doble nacionalidad y facultará a los Estados contratantes a permitir a los emigrantes de segunda generación que adquieran la nacionalidad del país de acogida manteniendo su nacionalidad de origen. También permitirá a un cónyuge adquirir la nacionalidad del otro cónyuge sin perder la nacionalidad de origen, y a los hijos de ambos cónyuges tener las dos nacionalidades. El proyecto de protocolo será examinado en otoño por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el mismo período de sesiones, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha invitado al Comité de Ministros a adoptar dos proyectos de recomendación: uno sobre la protección de los datos personales en materia de servicios de telecomunicación, con particular referencia a los servicios telefónicos; y el segundo sobre la enseñanza, la investigación y la formación en materia de derecho y tecnología de la información.

4. Un comité de expertos del Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha concluido su trabajo sobre el proyecto de convención sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, cuyo objeto es asegurar la debida indemnización por esos daños y proporcionar medidas de prevención y restablecimiento. Establece un equilibrio entre las necesidades de la protección ambiental y las necesidades de la industria. Aplica la responsabilidad estricta a una amplia gama de actividades peligrosas y los agentes son responsables en derecho civil por los daños causados por sus actividades incluso si no han transgredido el derecho y no han cometido falta alguna. Las actividades consideradas peligrosas para el medio ambiente son las que producen o utilizan sustancias peligrosas, o que hacen uso de organismos modificados genéticamente, así como las que comportan el tratamiento de desechos y el vertido de desechos. La futura convención estará abierta a todos los países europeos y también a otros países de fuera de Europa. El texto será examinado por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica en su período de sesiones de diciembre de 1992.

5. Otro comité de expertos del Comité Europeo de Cooperación Jurídica está preparando un proyecto de convención europea sobre el ejercicio de los derechos por las personas menores de 18 años, teniendo en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, y especialmente el artículo 4, en virtud del cual los Estados están obligados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo para la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención. El proyecto de convención europea tiene por objeto asegurar que los niños reciban asistencia y dispongan de derechos de procedimiento a fin de aplicar sus derechos, en

---

* Reanudación de los trabajos de la 2275.ª sesión.

particular los derechos personales y económicos; en la futura convención a las personas comprendidas entre los 16 y 18 años se les denomina «jóvenes». En una fase ulterior el Comité examinará las disposiciones para crear un mecanismo a nivel nacional y a nivel europeo.

6. Otros comités del Comité Europeo de Cooperación Jurídica están trabajando sobre el derecho administrativo, la protección de datos, la eficacia y equidad de la justicia civil y comercial, la protección y prevención de los daños al medio ambiente, la múltiple nacionalidad y la elaboración electrónica de datos jurídicos.

7. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica está encargado, junto con el Comité Europeo de Problemas de la Delincuencia, de la preparación de las conferencias de Ministros europeos de Justicia. En la 18.ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Nicosia en junio de 1992, los Ministros adoptaron resoluciones sobre el fortalecimiento del Estado basadas en el imperio del derecho; sobre los aspectos jurídico-penales de la economía de mercado, y sobre el proyecto de convención sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente.

8. El Comité Directivo de Bioética ha comenzado a preparar un convenio marco sobre la bioética que comprenderá principios fundamentales y protocolos sobre la investigación médica y el trasplante de órganos.

9. El año pasado, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público celebró tres sesiones, y en su próxima reunión, en París, en septiembre de 1992, examinará, entre otras cosas, la sucesión de Estados en Europa en lo que respecta a los tratados, los bienes, archivos y deudas de los Estados; los proyectos de artículos preparados por la Comisión de Derecho Internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes; el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional; y las conclusiones de un grupo de especialistas sobre publicaciones relativas a la práctica de los Estados en materia de derecho público y derecho internacional.

10. La Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa ha examinado un informe relativo a la creación de un tribunal internacional para juzgar los crímenes de guerra, preparado por la Sra. Haller, de Suiza, Relatora sobre el tema ante el Comité de Asuntos Jurídicos y de Derechos Humanos de la Asamblea. El informe tiene en cuenta la labor de la Comisión sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional, y del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Según el informe, el Comité, a diferencia de la Comisión, considera que ese tribunal podría crearse con independencia de la adopción de un código de crímenes internacionales, que tal vez no se haga realidad durante cierto tiempo. El Comité considera que una convención por la que se cree un tribunal encargado de juzgar los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad parece totalmente factible, ya que esos tres tipos de crímenes se han definido en un tratado. El informe propugna la creación de un tribunal de ese tipo por medio de una convención multilateral, que no perjudique la adopción del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En su reunión de Budapest, el 1.° de julio de 1992, el Comité Permanente de la Asamblea Parlamentaria adoptó una recomendación sobre el establecimiento de un tribunal internacional para juzgar los crímenes de guerra. El texto, que está sujeto a enmiendas, actualmente dice:

1 La Asamblea lamenta el hecho de que, pese a la distensión internacional, aún persisten los conflictos, y es consciente de que la comunidad internacional se siente ultrajada por el hecho de que criminales de guerra que cometieron crímenes durante conflictos recientes permanezcan impunes.

2 Recuerda que, aunque los criminales de la segunda guerra mundial fueron juzgados por los tribunales de Nuremberg y Tokio, aún no hay un tribunal internacional permanente para juzgar a los criminales de guerra En el actual derecho internacional no hay un tribunal internacional con jurisdicción sobre los crímenes de guerra, o sobre los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad, incluido el crimen de genocidio, que son igualmente inaceptables para la conciencia de la humanidad

3 Estos tres tipos de crímenes se han definido en varios textos internacionales generalmente aceptados, en particular, la Carta de Londres, de 8 de agosto de 1945, la Convención de las Naciones Unidas sobre la prevención y sanción del crimen de genocidio, de 9 de diciembre de 1948; los Convenios de Ginebra de 1949 y varias otras convenciones de las Naciones Unidas

4 Varias iniciativas encaminadas a establecer un tribunal penal internacional han fracasado hasta ahora, particularmente porque han fijado como condición la previa codificación de esos tipos de crímenes.

5 La Asamblea no considera necesario elaborar un código previo al establecimiento de un tribunal internacional, para el que la reciente evolución de las relaciones internacionales parece hoy favorable

6 Recuerda la resolución adoptada por la Unión Interparlamentaria en su 86.° período de sesiones, del 4 al 12 de octubre de 1991, en Santiago de Chile, en la que insta a los Estados Partes en la Convención sobre la prevención y la sanción del crimen de genocidio a establecer el tribunal penal internacional previsto en la Convención

7 La Asamblea recomienda la creación de un tribunal penal internacional por medio de una convención multilateral elaborada por una conferencia diplomática internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas

8. Por consiguiente, la Asamblea recomienda que el Comité de Ministros pida a los Estados miembros que actúen por medio de las Naciones Unidas para lograr la convocación de una conferencia diplomática internacional encargada de preparar una convención sobre el establecimiento de un tribunal penal, y que apoye esa acción

9 Además, la Asamblea pide a la Comisión de Derecho Internacional que llegue a resultados concretos en esta esfera durante los próximos 12 meses.

La recomendación será examinada por el Comité de Asesores Jurídicos de Derecho Internacional Público en su reunión de septiembre de 1992, en el contexto de las cuestiones relativas a las Naciones Unidas, y la versión definitiva se enviará a la Comisión tan pronto como esté disponible.

11. El PRESIDENTE da las gracias a la Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica por su valioso informe. La información que contiene es sumamente importante. La labor de la Comisión sobre el proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional aún está en fase preparatoria y la Comisión aún ha de recibir de la Asamblea General un mandato oficial sobre el tema.

12. El Sr. BARBOZA, hablando en nombre de los miembros de la Comisión de los Estados de América Latina, agradece cordialmente a la Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica la información sobre la rica y variada labor de ese Comité. Las relaciones entre el Comité y la Comisión siempre han sido provechosas y varios temas aparecen en los programas de ambos órganos. Personalmente, agradece particularmente la cooperación recibida de la Sra. Killerby y del Comité en rela-

ción con todo el material que ha necesitado sobre el proyecto de convención sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, material que le ha sido de gran ayuda como Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

13. El Sr. KOROMA dice que desearía recibir más información con respecto a la indicación de que el proyecto de convención revela responsabilidades del agente aunque éste no incumpla el derecho.

14. Hablando en nombre de los miembros de la Comisión de los Estados africanos, da las gracias a la Observadora del Comité Europeo por su amplia y lúcida exposición. El Comité y la Comisión mantienen una relación simbiótica que se refleja de muchas maneras y la Comisión se ha beneficiado considerablemente de la labor del Comité, que es imponente en términos de volumen, y abarca tanto el derecho internacional público como privado. El proyecto sobre múltiple nacionalidad será ciertamente de gran interés y, ahora que la Comisión está examinando la posibilidad de incluir nuevos temas en su programa, podría sugerir trabajos para el futuro. El trabajo sobre las investigaciones médicas y el trasplante de órganos, dos temas muy interesantes, también es de importancia.

15. La sucesión de Estados, especialmente en Europa, es tema de inmediato interés. Naturalmente, la Comisión ha realizado una labor considerable sobre ese tema que debería ser útil para los órganos europeos. En cuanto al tema de un tribunal penal internacional, el Comité ha planteado la cuestión a la Comisión. La recomendación adoptada por el Comité de Asesores Jurídicos de Derecho Internacional Público sería un incentivo para la Comisión y es alentador observar la conclusión de que no existe una barrera insuperable para el establecimiento de una jurisdicción penal internacional.

16. El Sr. de SARAM, hablando en nombre de los miembros de la Comisión de los Estados asiáticos, agradece a la Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica por su presencia y la valiosa y detallada declaración sobre el actual trabajo en la esfera del derecho internacional privado y público, bajo los auspicios del Comité. Es una declaración muy útil e informativa. Se ha hecho referencia a un número de asuntos que son de importancia para los temas que considera actualmente la Comisión. Está seguro que la declaración ha sido de mucho interés para los miembros de la Comisión de los Estados de Asia, porque es igualmente informativa sobre los muchos procesos de cooperación y consulta auspiciados por el Consejo de Europa, además de otros varios órganos en Europa, como el CEPE, la Comunidad Europea y el OCDE. Mancomunar y compartir el conocimiento jurídico y la experiencia práctica ha alcanzado un alto grado en Europa. Existen comienzos de tales procesos de cooperación y consulta en la esfera jurídica en el Asia que, con el tiempo, el orador espera, sea tan importante y avanzado. Un ejemplo es, por supuesto, el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano. Tal vez en la actual sesión, teniendo en cuenta también la creciente y bienvenida ola de conciencia mundial, pueda llegarse a una más completa y continua cooperación y consulta interregional en la esfera del derecho internacional privado y público, entre el Comité Europeo y la región del Asia, posiblemente a través del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano.

17. El Sr. YANKOV, hablando en nombre de los miembros de los Estados de Europa central y oriental, da las gracias a la Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica por su declaración, tan rica en ideas y tan plena de información sobre los logros alcanzados. Varios países de Europa central y oriental ya han pasado a ser miembros del Consejo de Europa y muchos otros se encuentran en el proceso de solicitar la admisión. Los temas del activo programa del Comité son de importancia crucial para esos Estados. Uno de ellos es el de la doble nacionalidad, especialmente en lo que respecta a la cuestión candente de los emigrantes de segunda generación. El proyecto de convención sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente también es de particular importancia. El problema de la sucesión de Estados en Europa es vital y el trabajo sobre el tema habrá de revelar que la mayoría de los precedentes y casos proceden de Europa central y oriental, en tanto que los procesos de transición democrática han ido acompañados de problemas nacionales, gestiones fronterizas y la reestructuración de los Estados federales preexistentes en Estados independientes individuales. Al orador le impresiona el dinamismo con que el Comité aborda los problemas y la forma en que su trabajo está íntimamente relacionado con las cuestiones pertinentes de índole social, política, humanitaria y ambiental.

18. El Sr. ROSENSTOCK dice que ciertamente hablará en nombre de los miembros de aquellos Estados que tienen el privilegio de ser observadores en el Consejo de Europa al dar las gracias por una declaración informativa y su aprecio de los beneficios derivados de los trabajos del Consejo de Europa. Personalmente acoge complacido la información de que se va a preparar una publicación sobre la práctica de los Estados.

19. La relación simbiótica entre el Comité y la Comisión ha sido evidente durante muchos años. La Comisión recibe gran ayuda de actividades que también ha descrito la Observadora del Comité. Ahora bien, en la cuestión del tribunal penal internacional, señala que la Comisión aún no ha recibido un mandato para hacer lo que el Consejo de Europa espera de ella. No obstante, la Comisión está preparando un informe que probablemente estará en consonancia con muchas de las ideas contenidas en la recomendación europea. En cuanto a la sucesión de Estados, y la posibilidad de que la Comisión continúe los trabajos sobre ese tema, las actividades del Comité Europeo de Cooperación Jurídica necesariamente han de ser muy útiles. Existen muchos otros temas, tales como el medio ambiente y los derechos humanos en los que se están realizando trabajos de gran valor a nivel europeo. Espera con interés recibir los documentos del Comité sobre el tribunal penal internacional y sobre el tema de la responsabilidad.

20. El Sr. VERESHCHETIN expresa su sincero agradecimiento por el informe sumamente informativo. Dice que todos los aspectos tratados son de vital interés para los miembros de la Comisión y desea señalar particularmente a la atención los trabajos del Comité sobre el tribunal penal internacional.

21. La Sra. KILLERBY (Observadora del Comité Europeo de Cooperación Jurídica) da las gracias a los miembros por sus amables palabras. Dice que el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano tiene la condición de observador ante el Comité Europeo de Cooperación Jurídica y éste acoge con gran placer la cooperación del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano. En cuanto a la cuestión planteada por el Sr. Koroma, según el proyecto de convención sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, los agentes podrán ser responsables aunque no hayan transgredido el derecho. Si la ley dispone que no deben rebasar ciertos niveles de contaminación, los agentes podrán responder también por daños aun cuando no hayan rebasado el nivel. Ahora bien, hay una excepción a la norma, ya que según el artículo 8 del proyecto un agente no responderá si puede demostrar que el daño resultó necesariamente del cumplimiento de una orden específica o de una medida obligatoria de una autoridad pública. Le complacerá facilitar el texto del proyecto de convención a los miembros que lo soliciten.

22. Varios miembros mencionaron los problemas de la sucesión de Estados en Europa, problemas que los órganos europeos han examinado en varias ocasiones. En enero de 1991 se celebró una reunión especial para estudiar la cuestión. Además, el Consejo de Europa siempre está preparado a prestar asistencia técnica a los países europeos sobre el tema de la sucesión de los Estados. En cuanto a los problemas jurídicos de la asociación de los Estados que se plantean para la Comunidad de Estados Independientes, está programada una reunión que se celebrará en Moscú dentro de pocos días.

23. Por último, da las gracias a la Comisión por la invitación de asistir a la sesión y destaca que el Consejo de Europa acogerá complacido la ulterior cooperación con la Comisión.

Se levanta la sesión a las 10.55 horas.

2282.ª SESIÓN

Miércoles 8 de julio de 1992, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(conclusión*)* [A/CN.4/443[1], A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

1. El PRESIDENTE presenta el informe del Grupo de Trabajo establecido por la Comisión en su 2273.ª sesión, el 16 de junio de 1992, para considerar algunas de las cuestiones generales relativas al alcance del tema, la metodología y la posible orientación de los futuros trabajos de la Comisión al respecto. El informe (A/CN.4/L.470) contiene el resumen de las conclusiones y recomendaciones del Grupo de Trabajo[2].

2. El Sr. BENNOUNA, refiriéndose a la versión francesa, dice que para traducir la expresión inglesa «remedial measures» preferiría que se empleara la palabra «remèdes» en lugar de la expresión «mesures correctives».

3. El Sr. IDRIS opina que se deben introducir ciertas modificaciones al texto. La segunda oración del párrafo 5, que comienza con las palabras «Sin embargo, debe darse prioridad...», no deja en claro que se trata sencillamente de una prioridad en el tiempo y no de un orden de prioridad a los efectos del examen de esas cuestiones. A su juicio, sería más conveniente decir: «Sin embargo, la cuestión de la prevención debe estudiarse en primer lugar». No es efectivo, como se señala en el párrafo 8, que «el Grupo de Trabajo recomienda que la Comisión adopte como hipótesis de trabajo...», dado que la decisión a este respecto se adoptó hace ya mucho tiempo. Sería más acertado señalar que el Grupo «recomienda que la Comisión siga manteniendo como hipótesis de trabajo...». En la primera oración del párrafo 9 convendría precisar que «El Grupo de Trabajo tomó nota con aprobación de los informes anteriores...». En la segunda oración del mismo párrafo, la recomendación de que el Relator Especial «examine de nuevo... las cuestiones» no es muy acertada por cuanto parece indicar que el Relator Especial debe examinar de nuevo el tema en su conjunto. La expresión «siga examinando» sería más apropiada. Por último, el Sr. Idris preferiría que al final del párrafo 9 las palabras «un conjunto completo y definitivo de proyectos de artículos» se reemplazaran por «un conjunto revisado de proyectos de artículos».

4. El Sr. CALERO RODRIGUES, el Sr. EIRIKSSON, el Sr. GÜNEY, el Sr. KOROMA, el Sr. PELLET, el Sr. Sreenivasa RAO, el Sr. RAZAFINDRALAMBO, el Sr. ROSENSTOCK, el Sr. VERESHCHETIN, el Sr. VILLAGRÁN KRAMER y el Sr. YANKOV participan en el debate sobre las proposiciones antes señaladas y sobre la conveniencia de modificar el texto del informe.

5. El Sr. EIRIKSSON, el Sr. ROSENSTOCK y el Relator Especial proponen que al final de la primera ora-

---

* Reanudación de los trabajos de la 2273.ª sesión.

[1] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[2] Las recomendaciones en su forma aprobada por la Comisión figuran en *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. B *in fine*.

ción del párrafo 6 se añadan las palabras «y en esta etapa la Comisión no debe tratar de otras actividades que, de hecho, causan daño transfronterizo» y que se suprima la segunda parte de la tercera oración del párrafo («a saber, si ha de continuar la misma labor o una labor similar con respecto a las actividades que causan daño transfronterizo»).

6. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) recuerda que ha presentado ya dos informes en los cuales trata la cuestión de la prevención de modo que, para presentar un conjunto revisado de proyectos de artículos respecto de las actividades que presentan un riesgo, bastaría, pues, revisar los proyectos de artículos relativos a la prevención propuestos en ambos informes. A este respecto, el informe siguiente no aportaría realmente ninguna novedad. Por ello, para adelantar el examen del tema y habida cuenta de que el mandato enunciado en el párrafo 9 del informe del Grupo de Trabajo no es de carácter limitativo, el Relator Especial desea presentar en el próximo período de sesiones proyectos de artículos sobre la responsabilidad civil y sobre otros aspectos de las actividades de riesgo.

7. El PRESIDENTE, resumiendo las deliberaciones, observa que la Comisión no desea abrir un nuevo debate sobre el fondo, que es precisamente lo que se proponía evitar al crear el Grupo de Trabajo.

8. El Presidente dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide tomar nota del informe del Grupo de Trabajo sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (A/CN.4/L.470), con las enmiendas propuestas oralmente por el Sr. Eiriksson, el Sr. Idris y el Sr. Rosenstock, que han recibido apoyo general.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.10 horas.

2283.ª SESIÓN

Viernes 10 de julio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación*)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

TERCERO Y CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 5 *bis y*

ARTÍCULOS 11 A 14[3] *(continuación)*

1. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial), antes de recapitular el debate desea dar las gracias a los demás miembros de la Comisión por su contribución a las deliberaciones. Independientemente de que estén o no de acuerdo con las proposiciones formuladas, los miembros de la Comisión han desempeñado con distinción su función esencial de vigilancia de la labor del Relator Especial y han formulado observaciones críticas, sin las cuales ningún progreso es posible en un tema de carácter difícil.

2. El Sr. Arangio-Ruiz desea subrayar dos aspectos generales. En primer término, el debate ha sido tan nutrido que no cabe esperar una respuesta plena y satisfactoria a todas las cuestiones planteadas. Sin embargo, ninguna de esas valiosas observaciones quedará sin atender y se tendrán debidamente en cuenta en el informe de la Comisión. En segundo término, el Sr. Arangio-Ruiz no hace suyas todas las sugerencias sobre modificación de los proyectos de artículos. En todo caso, la decisión final incumbe al Comité de Redacción y a la Comisión en su conjunto. Si se encontrase en una posición de minoría respecto de una determinada cuestión, el Relator Especial respetará la voluntad de la mayoría y dejará constancia en el acta resumida de su opinión disidente.

3. En lo que respecta al proyecto de artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), parece haber consenso general en cuanto a que el recurso a las contramedidas está subordinado a dos condiciones fundamentales: la existencia efectiva de un hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado contra el cual se adoptan esas medidas y la demanda previa de cesación y/o reparación. Se ha planteado la cuestión de cuán específica ha de ser esa demanda y se ha subrayado que no debe imponerse una carga excesiva al Estado lesionado. En su opinión, si bien la demanda o reclamación previas no siempre han de formularse en términos tan exactos como los que se emplearían al someter el asunto a un tribunal arbitral o a la CIJ, es evidente que deben ser suficientemente claras para que el Estado infractor pueda evaluar todos los aspectos de la situación y dar una respuesta razonable. Por ello, el requisito de la demanda previa está claramente vinculado al concepto de

---

* Reanudación de los trabajos de la 2280.ª sesión.

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto de los proyectos de artículos 11 y 12, véase 2273.ª sesión, párr. 18; para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis*, 13 y 14, véase 2275.ª sesión, párr. 1.

respuesta debida del Estado infractor. Es más, seguramente la pertinencia de la respuesta se habrá de juzgar también en función de los términos de la demanda formulada por el Estado lesionado. El tipo de contramedidas previstas por el Estado lesionado determinará asimismo la naturaleza de sus reclamaciones.

4. El Relator Especial no desea minimizar la importancia de la exactitud de las demandas o reclamaciones. Es necesario que haya una manera de precaverse de la tendencia de los Estados poderosos a aplicar contramedidas sin mayor discusión. Un asunto reciente, del que han tenido conocimiento tanto el Consejo de Seguridad como la CIJ, parece mostrar la inconveniencia de que se formulen contra un Estado cargos vagos e indefinidos. Al mismo tiempo, la aplicación de las contramedidas no debe dilatarse indebidamente pidiendo al Estado lesionado datos que le sería difícil reunir.

5. Un miembro ha observado acertadamente que ciertos hechos pueden ser atribuibles al Estado lesionado y no guardar ninguna relación con el hecho inicial de carácter internacionalmente ilícito. Ese miembro se pregunta si el concepto de equivalencia de los actos, que constituiría en última instancia la base para la indemnización, no debería considerarse como una excepción a la adopción de contramedidas. En opinión del Relator Especial, esa situación quedaría comprendida en el ámbito de la regla de la proporcionalidad y del principio de causalidad. Otro miembro ha opinado también que el hecho de que el propio Estado infractor no adopte medidas apropiadas debe ser una condición para el recurso a las contramedidas. En principio, esta condición estaría implícita en el concepto de respuesta debida.

6. Se ha sugerido también que el daño es una condición fundamental para el recurso a las contramedidas. El Relator Especial puede compartir esa opinión siempre que por daño se entienda todo perjuicio en un sentido amplio, que abarque asimismo el mero perjuicio jurídico o moral. Una cuestión conexa es la cuantía del daño, que condiciona el tipo y la gravedad de las contramedidas. Este aspecto queda comprendido en el criterio de la proporcionalidad y, en su opinión, el daño es uno de los elementos de juicio para determinar la proporcionalidad.

7. En la Comisión existe consenso general en cuanto a que la frase que figura en el artículo 11 «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones» abarca en términos escuetos toda la gama de medidas a las que puede recurrir el Estado lesionado y, por lo tanto, evita complejos problemas de definición. Varios miembros han sugerido que las palabras «abstenerse de cumplir» se sustituyan por las palabras «suspender el cumplimiento de» a fin de subrayar el carácter provisional de las contramedidas. Otros miembros consideran que ese artículo debe especificar si, una vez lograda su finalidad, se debería poner término de inmediato a las contramedidas y que sólo cabría recurrir a ellas como un modo de obligar al Estado infractor a cumplir obligaciones sustantivas de carácter secundario. Se ha trazado una distinción entre contramedidas provisionales y definitivas; se ha señalado que aun en el caso de que se adopten como reacción a un hecho ilícito irreversible, como la finalidad de las contramedidas es lograr la cesación y la reparación, ellas deben ser, pues, de carácter reversible. El Relator Especial, al igual que otros miembros, ha señalado que la proposición de que se reemplacen las palabras «abstenerse de cumplir» por «suspender el cumplimiento» merece una reflexión más a fondo dado que ese cambio podría limitar el ámbito de aplicación de las contramedidas a las obligaciones de carácter continuado, excluyendo las obligaciones que entrañan el logro de un resultado específico. Se ha señalado también que, por razones de orden material, ciertas obligaciones no se pueden suspender y, por lo tanto, sería necesario encontrar el término que abarque a la vez la noción de suspensión y la de terminación. En realidad, la cuestión de la reversibilidad o irreversibilidad de las contramedidas y de la finalidad de esas medidas queda comprendida en el ámbito de la proporcionalidad.

8. Según ha señalado un miembro, el hecho de que el artículo 11 no haga ninguna referencia a la función de las contramedidas no significa que se excluya la función punitiva, como queda demostrado por el texto del artículo 10 (Satisfacción y garantías de no repetición)[4]. En efecto, varios miembros han opinado que la cuestión de la función de las contramedidas no está tratada apropiadamente en el artículo 11, texto que debería prohibir expresamente toda finalidad punitiva. El Relator Especial opina que la retribución siempre será una de las finalidades de las contramedidas, aun cuando el objetivo explícito y declarado se limite a la cesación y la reparación. Todo exceso en la finalidad punitiva de las contramedidas violaría la norma de la proporcionalidad.

9. Algunos miembros opinan que se debe invertir el orden en el que figuran los artículos en la sección que se examina, cuestión de la que se podría ocupar el Comité de Redacción. Se ha sugerido que la palabra «contramedidas» debería figurar en el cuerpo del artículo 11, pero, seguramente, su mención en el título es más que suficiente. También se ha señalado que la frase «cuyas demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10 no hayan obtenido del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la respuesta debida» debería eliminarse dado que esa condición está ya establecida en el artículo 12. Se ha preguntado además si la expresión «no hayan obtenido... la respuesta debida» abarca los casos en que simplemente no haya respuesta, a lo que el Relator Especial responde afirmativamente. Aunque todas esas sugerencias son muy útiles, algunas pueden ser incompatibles entre sí o con otras peticiones hechas por los miembros de la Comisión. El Comité de Redacción deberá examinar todas esas cuestiones.

10. En lo que respecta al artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), se ha afirmado que el agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa a disposición del Estado lesionado previsto en el apartado *a* del párrafo 1 es un requisito desmedido, sobre todo en relación con la negociación y el arbitraje. El Relator Especial discrepa de esta posición por tres razones. En primer término, en el caso de que, para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, el Estado infractor trate de tergiversar un arreglo negociado o un procedimiento arbitral, el Relator Especial está seguro de que el Estado lesionado podrá demostrar que el otro Estado no actúa de

[4] Para el texto, véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. B, párr. 388, nota 291.

buena fe. En segundo término, según se señala en términos generales en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 12, el Estado lesionado puede adoptar medidas cautelares provisionales. En tercer término, el Estado lesionado puede defenderse contra las tácticas dilatorias del Estado infractor invocando la disposición del apartado *a* del párrafo 2, conforme a la cual si este Estado no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles, el Estado lesionado queda eximido de la obligación de agotar todos los procedimientos que estén a su disposición.

11. En el curso del debate se ha hecho gran hincapié en la falta de claridad del párrafo 3 del artículo 12 que sin duda deberá mejorarse. El Relator Especial ha redactado ese párrafo con el ánimo de que sea un recordatorio de los términos del párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 2, ciertas contramedidas no están subordinadas al requisito del agotamiento de todos los posibles procedimientos de solución amistosa. Sin embargo, esas contramedidas deberían quedar sujetas, por lo menos, a la condición de que no pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. Se pueden poner en peligro la paz y la seguridad internacionales no sólo mediante las amenazas directas o los actos de agresión, sino también mediante un comportamiento de los Estados que provoque esas amenazas o actos. La condición de que las contramedidas no pongan en peligro la justicia es un complemento útil de las demás condiciones para el recurso a las contramedidas, por ejemplo, la proporcionalidad. Es más, una condición de esa naturaleza tal vez dé satisfacción a los miembros que consideran que las medidas cautelares previstas en los apartados *b* y *c* del párrafo 2 están encaminadas a proteger los derechos jurídicos tanto del Estado lesionado como del Estado infractor.

12. En vez de eliminar ciertas partes del artículo 12, el Relator Especial preferiría incorporar alguna disposición adicional, ya sea en el propio párrafo 3 o en un párrafo separado. El Relator Especial piensa en una disposición análoga a la del principio sobre el arreglo de las controversias por medios pacíficos contenido en 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[5], y a la del párrafo 5 del Principio V del Acta Final de Helsinki[6], según el cual los Estados partes en una controversia «se abstendrán de toda acción que pueda agravar la situación hasta el punto de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y que, por tanto, pueda dificultar el arreglo de la controversia por medios pacíficos». La Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad se remite tanto al principio de la no agravación de las controversias como a la obligación de obrar de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

13. Las observaciones relativas al artículo 13 (Proporcionalidad) son de carácter más variado y el Comité de Redacción puede atender a la mayoría de ellas. Se ha sugerido que se prohíban sólo las contramedidas «exageradamente desproporcionadas» o «totalmente desiguales». El Relator Especial considera que esta solución daría al Estado lesionado demasiado margen de acción y podría dar lugar a abusos. Además, esos términos son todavía menos restrictivos que la expresión «manifiestamente desproporcionado» propuesta por el anterior Relator Especial. En realidad, se debería prohibir toda contramedida desproporcionada, cualquiera sea su alcance.

14. Un miembro ha deplorado que el proyecto de artículos que se examina no mantenga la distinción hecha por el anterior Relator Especial entre medidas de reciprocidad y medidas de represalia. Sin embargo, las medidas de reciprocidad son también represalias y podrían aplicarse de manera desproporcionada. De hecho, existen contramedidas distintas de las medidas de reciprocidad, que quizás sean las de uso más frecuente. Así, en la mayoría de los casos la «contramedida» es un nombre inapropiado y todas esas medidas presentan la misma dificultad.

15. En realidad, el Relator Especial se pregunta si acaso no sería más acertado que la proporcionalidad se evaluara en relación con elementos distintos de la gravedad del hecho ilícito y sus efectos. Un miembro ha sugerido que la proporcionalidad se evalúe en función de la finalidad de la contramedida y se ha preguntado si un grupo de Estados puede negarse a cumplir las obligaciones contraídas con otro Estado alegando que éste viola los derechos humanos cuando, en realidad, la finalidad es imponer a este Estado un determinado sistema económico y social. El Relator Especial opina que la negativa de un grupo de Estados a cumplir sus obligaciones no resultaría tan inapropiada si las violaciones de los derechos humanos estuvieran vinculadas a un determinado sistema económico y social.

16. El Relator Especial espera haber aclarado las razones por las que en el artículo 13 ha decidido no anteponer la palabra «manifiestamente» a la palabra «desproporcionada». En el debate se ha sugerido que en la versión inglesa las palabras «not be out of proportion» se sustituyan por las palabras «not be disproportionate», cuestión de la que podría ocuparse el Comité de Redacción. Por último, se ha sugerido que la disposición sobre proporcionalidad debería figurar inmediatamente después del artículo 11 a fin de que no haya solución de continuidad entre los artículos 12 y 14 y de señalar claramente que la norma de la proporcionalidad tiene por objeto moderar los efectos del derecho establecido en el artículo 11.

17. Evidentemente, la prohibición del uso de la fuerza militar enunciada en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 14 es indiscutible, sin perjuicio de la cuestión de que se deba hacer referencia al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, se han planteado dos cuestiones en relación con la legítima defensa y con el enfoque de las medidas de coacción económica y política. En lo que respecta a la primera cuestión, algunos miembros dudan de que sea conveniente referirse a las consecuencias de la prohibición del uso de la fuerza y un miembro ha dicho que esta cuestión se soluciona mediante una simple remisión a la prohibición expresa de las represalias armadas contenida en la Declaración sobre los principios de derecho internacio-

[5] Véase 2265.ª sesión, nota 5.

[6] *Ibid.*, nota 7.

nal referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Otros miembros han afirmado que las justificaciones del uso de la fuerza mencionadas en el informe del Relator Especial en realidad reflejan los intentos de ampliar el ámbito de la única excepción legítima a la prohibición del uso de la fuerza, a saber, la legítima defensa, y que el informe nada dice acerca de que la legítima defensa suele invocarse como pantalla de otros objetivos inconfesados. También se ha señalado que la doctrina en favor de una interpretación amplia del concepto de legítima defensa se basa en casos anteriores a la Carta, que ya no guardan relación con el pensamiento contemporáneo y que la licitud de la legítima defensa basada en un estado de necesidad no es generalmente reconocida ni por la doctrina ni por los propios Estados.

18. Aunque no tiene ninguna duda de que el proyecto de la Comisión debe condenar las represalias armadas, el Relator Especial considera que existen varias hipótesis en las que el recurso a la fuerza puede difumar la prohibición básica de las represalias armadas contenida en la Declaración mencionada anteriormente. El proyecto es importante para recordar la confusión en torno a los conceptos de autoayuda, legítima defensa, legítima defensa preventiva, estado de necesidad, intervención por razones humanitarias e intervención armada para proteger a nacionales, y la necesidad de hacer una distinción entre las contramedidas de ese tipo y las contramedidas de las que se ocupa la Comisión. El empleo del término «contramedidas», que abarca todo, no hace más que agravar el problema. A este respecto, el Relator Especial no cree haber aceptado muy fácilmente los argumentos de los Estados que han recurrido al uso de la fuerza en violación del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y han ampliado hasta un límite inadmisible el sentido del Artículo 51 de la Carta.

19. Las propuestas del Relator Especial respecto de la otra cuestión principal planteada, la coacción económica y política, han sido objeto de muchas críticas aunque, por su parte, considera que existe un apoyo sustancial a la prohibición de ese tipo de coacción, especialmente entre los miembros latinoamericanos de la Comisión. El Relator Especial confía en que el Comité de Redacción pueda solucionar esta cuestión en el siguiente período de sesiones de la Comisión. Se ha planteado asimismo la cuestión de la fuente de la prohibición de las medidas de coacción política o económica. ¿Se basa esa prohibición en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas o en una norma equivalente del derecho internacional general, o en el principio de no intervención? En realidad, si se ha de condenar la coacción económica y política, poco importa que esa prohibición se remita al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta o al principio de no intervención. Por consiguiente, si se considera que, habida cuenta de la presente interdependencia económica de las naciones y de la analogía con la fuerza armada, la elaboración de una norma de esta naturaleza es una cuestión de desarrollo progresivo del derecho, el Comité de Redacción quizás pueda ocuparse de ella, tanto en lo concerniente a la formulación concreta de la disposición como a la fuente a la que se atribuye su origen. La cuestión del uso de la palabra «extremas», que se ha criticado, podría remitirse también al Comité de Redacción.

20. Los demás comentarios sobre el artículo 14 se refieren, en su mayor parte, a cuestiones de forma. A este respecto, el Relator Especial desea dejar en claro que la expresión «derechos humanos fundamentales» utilizada en el inciso i) del apartado *b* del párrafo 1 no pretende poner en tela de juicio la terminología de la Carta que, por lo demás, ha tenido ocasión de defender, junto con el Presidente de la Comisión, en el marco de los debates que tuvieron lugar hace algunos años sobre la definición de «Estados lesionados» en el artículo 5 de la segunda parte del proyecto. Su propósito es simplemente identificar los elementos esenciales de los derechos humanos y las libertades fundamentales que deben quedar protegidos contra toda violación que pueda afectarlos como consecuencia de una contramedida. Otro concepto vago es el de los derechos humanos que no admiten suspensión, pero, también en este caso, el Comité de Redacción quizás se pueda ocupar de esta cuestión.

21. El Relator Especial tiene serias dudas, tanto de fondo como de forma, en cuanto a las restricciones en la esfera diplomática. Además de la ruptura de relaciones diplomáticas, que debe seguir siendo una contramedida a la que se pueda recurrir, se debe respetar a los diplomáticos tanto en cuanto personas, como cuestión de respeto de sus derechos humanos, como en el ejercicio de sus funciones, para no poner en peligro las relaciones diplomáticas. Sin embargo, el Relator Especial no es partidario de ampliar demasiado el alcance de esta prohibición.

22. El Relator Especial tiene muy poco que agregar a lo señalado en sus informes sobre el concepto de *jus cogens*, respecto del cual no es muy entusiasta. Ese concepto no es igual al de las obligaciones *erga omnes* porque bien pueden existir normas de este tipo que no sean de carácter imperativo. Es más, el inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 14 no se refiere sólo a las obligaciones *erga omnes*. Esa disposición simplemente declara ilegítima toda contramedida que lesione los derechos de Estados distintos del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito y contra el cual se dirige la contramedida. Esta disposición se aplica en el caso de que, como consecuencia de las contramedidas, se violen normas que crean derechos en favor de otros Estados que no son el Estado infractor, independientemente de que dichas normas sean consuetudinarias o dimanen de un tratado multilateral. Evidentemente, se plantea el problema de los efectos «indirectos», pero también en este caso el Relator Especial sólo puede confiar en que los miembros del Comité de Redacción desplieguen todo su talento en el próximo período de sesiones de la Comisión.

23. El Presidente de la Comisión ha observado que la disposición del inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1 parece tener el efecto de privar a un Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a cuyos nacionales se les niegue la libertad de circulación en otro Estado parte en ese Pacto, del derecho a restringir, a título de represalia, el derecho correspondiente de los nacionales de ese otro Estado en razón de que el primer Estado tiene la obligación de respetar la libertad de circulación de los nacionales de todos los Estados partes en el Pacto, lo que se considera una conclusión inadmisible. A este respecto, el Relator Especial dice que no puede sino pedir al Presidente que trate de solucionar un problema indudablemente difícil.

24. El Relator Especial tal vez no ha sido suficientemente claro en lo que respecta a los regímenes autónomos y el artículo 2 de la segunda parte aprobado en primera lectura. Su idea es la de que esos regímenes —algunos de los cuales, en cierta medida, reducen beneficiosamente el estado inorgánico de las relaciones interestatales y, en ese sentido, ciertamente constituyen un elemento positivo— no llegan a sustituir del todo el régimen de la responsabilidad de los Estados ni respecto de las consecuencias sustantivas ni respecto de las consecuencias adjetivas de un hecho internacionalmente ilícito. En cuanto al artículo 2, el Relator Especial simplemente sugiere que se enmiende su texto para que no excluya la posibilidad de un «retorno» a las disposiciones del proyecto, que parece no ser el caso con arreglo al texto actual, y considera que algunos miembros están de acuerdo con este cambio.

25. En lo que respecta al problema de la pluralidad de Estados lesionados o de los Estados lesionados de diferente manera, el Relator Especial reconoce que el artículo 5 *bis* no soluciona todas las dificultades. Algunas de las observaciones hechas a este respecto, y en particular las del Sr. Crawford (2277.ª sesión), permitirán una reflexión más profunda. No obstante, sigue considerando que una disposición en el sentido del artículo 5 *bis* es necesaria para disipar la confusión creada por el concepto de Estados «indirectamente» lesionados que, en el caso de los derechos humanos y también de ciertos aspectos del medio ambiente, podría limitar la posibilidad de una reacción legítima en circunstancias de que, en realidad, ella debe mantenerse.

26. Las normas enunciadas en los artículos 11 a 14 son lo que el Relator Especial denominaría normas «puras» en el sentido de que no están acompañadas con ninguna disposición sobre mecanismos de aplicación, excepto la referencia indirecta a los procedimientos de solución amistosa hecha en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12. Por consiguiente, la aplicación de esas normas por los Estados presuntamente lesionados y los Estados presuntamente infractores puede dar lugar a abusos y, por fuerza, al abuso de los Estados poderosos y ricos en perjuicio de los Estados débiles y pobres. Prácticamente todos los oradores que han intervenido en el debate subrayan esta cuestión. En realidad, el problema se había abordado ya en 1963, en que la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados previó la necesidad de agregar una tercera parte, sobre aplicación, para contrarrestar los inconvenientes de las contramedidas, en particular, habida cuenta de que no existía ningún recurso internacional «organizado» contra un hecho internacionalmente ilícito. Indudablemente, sólo la incorporación de esa tercera parte, redactada de manera imaginativa aunque prudente, permitiría contrarrestar significativamente esos inconvenientes. La tercera parte establecería un sistema igualitario y democrático y, en la medida en que sea aceptado por los gobiernos, ese sistema aseguraría su aplicación. Además de la negociación, la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial, se contemplarían otros medios auxiliares, como las misiones de determinación de hechos y otras formas de investigación *ad hoc*. Los órganos pertinentes estarían integrados por personas elegidas principalmente, aunque no exclusivamente, sobre bases *ad hoc* por el presunto Estado lesionado y el presunto Estado infractor. Así, ningún Estado que aceptara el procedimiento de arreglo podría considerarlo manifiestamente incompatible con su igualdad soberana. De hecho, este principio se enuncia expresamente en la sección pertinente de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad.

27. La Comisión faltaría a su deber de codificar y desarrollar progresivamente el derecho sobre la responsabilidad de los Estados si no dedicara la máxima atención a los procedimientos de solución pacífica de controversias enunciados en la tercera parte. El Relator Especial recuerda a los miembros de la Comisión que las controversias en la esfera de la responsabilidad de los Estados quedan comprendidas al menos en dos de las cuatro categorías de controversias susceptibles de arreglo judicial, esto es, las mencionadas en los apartados *c* y *d* del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la CIJ. Las controversias que pueden solucionarse mediante arreglo judicial también pueden solucionarse mediante arbitraje, esto es, mediante la aplicación, por jueces elegidos por el presunto Estado lesionado y el presunto Estado infractor, de las normas contenidas en las partes primera y segunda del proyecto.

28. En lo que respecta a los criterios de necesidad, el debate muestra un alto grado de consenso en favor de un serio esfuerzo en la dirección señalada por el Relator Especial, pero no se trata de una opinión unánime porque algunos miembros han manifestado su preferencia por las medidas colectivas o las contramedidas concebidas como sanciones de la comunidad internacional organizada. El propio Relator Especial se ha referido ya a ese concepto al examinar los denominados regímenes autónomos. Esta idea es aceptable tal vez en el caso de los sistemas convencionales de carácter igualitario que establecen garantías para el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en un determinado acuerdo regional o cualquier otro tipo de régimen especializado, aun cuando la prudencia es de rigor, además de la posibilidad de un «retorno» a las normas sobre la responsabilidad en determinadas situaciones como las señaladas en el capítulo VII del cuarto informe.

29. El concepto de «comunidad internacional organizada» se debe enfocar con la cautela y las reservas del caso cuando se entra en el ámbito de la competencia a que hace referencia el artículo 4 aprobado en primera lectura. Una cosa es invocar el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, pero otra muy distinta es invocar el Capítulo VII, que tal vez no sea en absoluto adecuado para asegurar que las normas de una convención sobre la responsabilidad de los Estados se apliquen con el debido respeto de la igualdad de los Estados y la primacía del derecho en las relaciones internacionales. Habida cuenta de que los documentos de la Comisión se leen también fuera del círculo de las Naciones Unidas y, en particular, por estudiantes de derecho internacional, el Relator Especial ha remitido a esos lectores al apéndice de su obra sobre la función normativa de la Asamblea General[7]; por lo menos los estudiantes de derecho inter-

[7] G. Arangio-Ruiz, «The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», with an appendix on «The concept of international law and the theory of international organisation», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, Leyden, Sijthoff, 1974, t. 137, págs. 629 y ss., especialmente págs. 663 y ss. y 682 a 684.

nacional no deben confundir un simple sistema de diplomacia multilateral con la organización de un super-Estado a nivel mundial.

30. El Relator Especial, destacando una vez más la necesidad de fortalecer la tercera parte del proyecto, señala que desde hace muchos años la Comisión examina el tema de un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el cual ha previsto seriamente la posibilidad de que jefes de Estado o de gobierno sean enjuiciados ante los tribunales de otro Estado, o probablemente ante un tribunal penal internacional. En consecuencia, le es difícil comprender por qué una Comisión que prevé esa posibilidad se abstendría de examinar con igual dedicación el principio del arreglo pacífico de controversias. Por su parte, el Relator Especial no puede aceptar la idea de que la cuestión del arreglo pacífico de controversias no esté comprendida en el mandato de la Comisión sobre el presente tema.

31. El Sr. KOROMA está de acuerdo en que la Comisión debe prestar la mayor atención a la tercera parte del proyecto. Sin embargo, tal vez el Relator Especial pueda aclarar si se ha de recurrir al mecanismo de solución de controversias antes de adoptar las contramedidas o después de haberlas adoptado.

32. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la respuesta dimana del apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12, texto que ha suscitado las dudas del Sr. Bowett (2277.ª sesión). Esa disposición señala que no se adoptará ninguna contramedida hasta agotar todos los procedimientos de solución amistosa. En cuanto a lo que se entiende por «todos» los procedimientos de solución, si bien el Relator Especial desea que se fortalezca la tercera parte del proyecto no llega hasta el punto de hacer suya una formulación como la propuesta de Suiza en 1973 a la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa para su inclusión en el Acta Final de Helsinki[8], en la cual se esboza un sistema que abarca la conciliación, el arbitraje obligatorio y la jurisdicción obligatoria tanto de la CIJ como de un nuevo tribunal que se crearía para los países miembros de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, que son 35 en la actualidad. Los Estados no están dispuestos todavía a aceptar una proposición en este sentido. Según el enfoque del Relator Especial, los Estados deben tener a su disposición un alto grado de procedimientos de arreglo pacífico, incluidos el arbitraje y el arreglo judicial. La aceptación generalizada de una tercera parte ampliada ayudaría a impedir o reducir la posibilidad de que el Estado lesionado recurra a las contramedidas o, al menos, que ese recurso sea menos arbitrario.

33. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER señala a la atención del Relator Especial y de la Comisión la resolución 1991/72, titulada «Responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales», aprobada el 6 de marzo de 1991 por la Comisión de Derechos Humanos[9]. En el párrafo 2 de esa resolución se considera que

> el establecimiento de nuevas normas claras que regulen la responsabilidad por las violaciones de derechos humanos podría constituir una de las garantías preventivas básicas destinadas a evitar toda violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales

Además, en el párrafo 3 de la resolución se invita a «los órganos competentes de las Naciones Unidas a que examinen la cuestión de la responsabilidad de los Estados por las violaciones de obligaciones internacionales en la esfera de los derechos humanos y las libertades fundamentales»[10]. El Sr. Villagrán Kramer insta al Relator Especial a que considere la posibilidad de presentar algunas indicaciones preliminares o incluso adelantar ideas sobre el tema de la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos.

34. El Sr. AL-KHASAWNEH pide al Relator Especial que aclare dos cuestiones no mencionadas en su recapitulación. La primera es la de si se puede considerar que los tratados relativos a la cesión de territorio o a la delimitación de fronteras están a salvo de las contramedidas. La segunda es la de si constituye una contramedida el no reconocimiento de parte de un Estado lesionado como reacción a un hecho internacionalmente ilícito.

35. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en el caso de un tratado relativo a la cesión de territorio se plantea la cuestión de si el Estado lesionado puede suspender el cumplimiento del tratado como una contramedida respecto de la violación de los derechos humanos por otro Estado. Todo depende del tipo de violación de que se trate. En el caso de la violación manifiesta de los derechos humanos o de la violación del derecho de libre determinación de todo un pueblo, se podrá suspender el cumplimiento de un tratado de cesión. Se trata de una cuestión de proporcionalidad, siempre que no surjan otros problemas como, por ejemplo, de *jus cogens*.

36. Sin duda, el no reconocimiento es una contramedida justificable y se trata en realidad de una de las medidas políticas que ha considerado como posibles contramedidas. Desde luego, el Relator Especial parte de la base de que existe una obligación de reconocer. En cuanto al acto de reconocimiento, los Estados pueden libremente reconocer o no a un gobierno o Estado extranjeros. Sin embargo, esto no significa que el Estado que no otorga el reconocimiento pueda ignorar legalmente la existencia del Estado infractor, por ejemplo, enviando aeronaves que violen el espacio aéreo de dicho Estado. El no reconocimiento, considerado como contramedida, está sujeto a las mismas limitaciones que las establecidas para las contramedidas en el proyecto de artículos.

37. Por último, el Relator Especial señala a la atención de la Comisión la opinión consultiva de 21 de junio de 1971 de la CIJ en el asunto de *Namibia*[11] en relación con el no reconocimiento de la soberanía de Sudáfrica sobre Namibia.

---

[8] Conference on Security and Cooperation in Europe, Stage I — Helsinki, Open Sessions, verbatim records, 3 a 7 de julio de 1973, CSCE/I/PV.6, págs. 32 y ss.

[9] *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1991, Suplemento N.° 2* (E/1991/22), pág. 168.

[10] *Ibid*

[11] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, opinión consultiva de 21 de junio de 1971, *C.I.J. Recueil 1971*, pág. 16

38. El PRESIDENTE dice que de lo que se trata es del no reconocimiento por terceros Estados de un presunto cambio de soberanía. Como se señala en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General que contiene 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:

> No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza.

En la opinión consultiva de 1971, a la que se ha referido el Relator Especial, la CIJ señala que los terceros Estados «están obligados a reconocer la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia»[12].

39. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que al establecerse el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia se expidió a los namibianos un documento de viaje reconocido como pasaporte valedero.

40. El Sr. SHI dice que, aun cuando no se opondrá al proyecto de artículos sobre contramedidas que se ha de remitir al Comité de Redacción, desea que quede constancia en el acta de sus reservas sobre la inclusión de las contramedidas en el proyecto de artículos.

41. El Sr. Sreenivasa RAO dice que todavía no se ha dado respuesta a varias cuestiones planteadas en el curso del debate. Por su parte, también desea que quede constancia en el acta de sus reservas, en términos análogos a los del Sr. Shi.

42. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que la recapitulación del Relator Especial refleja muy bien el debate. En su examen de este grupo de artículos, el Comité de Redacción deberá tener ante sí el texto del acta de la presente sesión y la recapitulación del debate.

43. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que las reservas formuladas por dos de los miembros de la Comisión confirman su opinión de que debe darse un alcance más amplio a las disposiciones de la tercera parte.

44. El Sr. KOROMA dice que sigue manteniendo su imparcialidad en cuanto a la inclusión en el proyecto de las disposiciones sobre las contramedidas y, por lo tanto, reserva su posición.

45. El PRESIDENTE dice que, si no hay otras observaciones, entenderá que la Comisión acuerda remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos 11 a 14 y 5 *bis*, para su examen a la luz de los debates.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

[12] *Ibid.*, pág. 58.

2284.ª SESIÓN

Martes 14 de julio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación*)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

1. El PRESIDENTE invita al Presidente del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional a que presente el informe del Grupo de Trabajo.

2. El Sr. KOROMA (Presidente del Grupo de Trabajo) dice que el Grupo de Trabajo, integrado por el Sr. Thiam (Relator Especial, *ex officio*), el Sr. Al-Baharna, el Sr. Arangio-Ruiz, el Sr. Crawford, el Sr. de Saram, el Sr. Idris, el Sr. Jacovides, el Sr. Mikulka, el Sr. Pellet, el Sr. Robinson, el Sr. Rosenstock, el Sr. Tomuschat, el Sr. Vereshchetin, el Sr. Villagrán Kramer y él mismo, ha celebrado 15 sesiones, esforzándose por cumplir el mandato que se le había encomendado en la resolución 46/54 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991, que es el siguiente: «seguir estudiando y analizando las principales cuestiones planteadas en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42.° período de sesiones en relación con la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, incluidas las propuestas relativas a la creación de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional» y elaborar recomendaciones concretas sobre esas cuestiones.

* Reanudación de los trabajos de la 2264.ª sesión.

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

3. El informe del Grupo de Trabajo, que es el resultado de un verdadero esfuerzo colectivo, está dividido en tres partes. La parte A contiene el resumen y las recomendaciones concretas; la parte B consta del texto completo del informe y la parte C, que es un apéndice al informe, consiste en un resumen de las proposiciones hechas en el pasado sobre una jurisdicción penal internacional, con indicación de los mecanismos previstos para la presentación de reclamaciones ante el tribunal y el enjuiciamiento.

4. Esa modalidad de presentación del informe se ha adoptado exclusivamente por razones de orden práctico, para subrayar desde un comienzo, en la parte A, que el Grupo de Trabajo formula sus recomendaciones concretas sobre la base de lo que considera como el denominador común mínimo posible capaz de generar en la Asamblea General un consenso que permita proseguir los trabajos sobre esta cuestión en los años venideros. En la parte B, el Grupo de Trabajo examina en detalle los problemas que plantea el establecimiento de un tribunal penal internacional o de otro mecanismo procesal internacional y pasa revista a las diferentes opciones posibles para llegar a conclusiones concretas. La parte A contiene, pues, los elementos esenciales de las conclusiones y recomendaciones a las que cabe llegar sobre la base del análisis que figura en la parte B. Cabe notar asimismo que, en la parte A, el Grupo de Trabajo subraya el hecho de que la Comisión debería señalar claramente a la Asamblea General que considera concluida la fase de estudios preliminares y que para proseguir sus trabajos sobre esta cuestión y elaborar un proyecto de estatuto detallado requeriría un nuevo mandato de la Asamblea.

5. En lo que respecta al contenido mismo del informe, según se señala en la introducción a la parte B, y habida cuenta de los debates realizados en sesión plenaria sobre la cuestión de una jurisdicción penal internacional, en primer término, el Grupo de Trabajo ha definido cinco grupos de cuestiones importantes, a saber, la estructura básica de un tribunal o de las otras opciones relativas a un «mecanismo jurisdiccional penal internacional»; el modo de incoación del proceso penal y de inculpación formal de los presuntos culpables; la relación entre el tribunal y el sistema de las Naciones Unidas y, en especial, el Consejo de Seguridad; la ley y el procedimiento aplicables y, en especial, la cuestión de las garantías procesales de los inculpados; y, por último, el modo de hacer comparecer al acusado ante el tribunal, la relación entre este acto y la extradición, la asistencia judicial internacional y la ejecución de las sentencias. El Grupo de Trabajo ha examinado esas diferentes cuestiones básicas indicando respecto de cada una de ellas sus preferencias en cuanto a la manera de abordarla y las diferentes soluciones posibles. El Grupo de Trabajo trata de presentar un análisis lo más equilibrado posible, sin entrar en demasiados detalles ni examinar determinados aspectos que no son indispensables dado que su objetivo general es proporcionar a la Comisión suficientes elementos de información para que ésta pueda formarse una opinión.

6. En la segunda sección de la parte B, el Grupo de Trabajo presenta argumentos en favor y en contra del establecimiento de un tribunal penal internacional. Las conclusiones del Grupo de Trabajo se reflejan especialmente en el penúltimo y antepenúltimo párrafo de esa sección y en el resumen que figura en los párrafos pertinentes de la parte A. Sin perjuicio de reconocer la necesidad de alguna forma de justicia penal internacional que vaya más allá de lo que existe actualmente, el Grupo de Trabajo estima que se debe seguir siendo realista y partir de una base modesta. Los sistemas de justicia penal en el plano nacional son costosos y complejos y sería muy difícil y muy caro reproducir esos sistemas en el plano internacional. En esta materia no existe ningún tipo de experiencia internacional que pueda considerarse como modelo, a diferencia de la que existía en el ámbito del arbitraje internacional cuando se crearon la CPJI y su sucesora, la CIJ. Sería mejor, pues, tratar de establecer un organismo más flexible, al que se pueda recurrir cuando sea necesario, y que constituya fundamentalmente un medio a la disposición de los Estados partes en su estatuto, es decir, que el tribunal no tendría una jurisdicción obligatoria que los Estados partes en su estatuto estuvieran obligados a aceptar *ipso facto*. Este organismo no debería tener tampoco jurisdicción exclusiva, en el sentido de una jurisdicción que excluya la jurisdicción concurrente de los Estados respecto de los crímenes internacionales. Además, no debería ser un órgano de carácter permanente sino un mecanismo capaz de funcionar siempre y cuando sea necesario, sin los inconvenientes de un órgano costoso, dotado de personal de plantilla, pero cuya actividad no puede sino ser ocasional.

7. La siguiente sección de la parte B trata de las cuestiones estructurales y jurisdiccionales y se divide en siete subsecciones, a saber: el método de establecimiento del tribunal; la composición del tribunal; las formas en que un Estado podría aceptar la jurisdicción del tribunal; la competencia objetiva *(ratione materiae)* del tribunal; la jurisdicción del tribunal respecto de las personas *(ratione personae)*; la relación entre el tribunal y el código de crímenes y las posibles disposiciones para la administración del tribunal, en particular su relación con el sistema de las Naciones Unidas. El orador se limitará a subrayar algunas cuestiones que, a su juicio, son fundamentales.

8. En lo que respecta al método aplicable para el establecimiento de un tribunal penal internacional, el Grupo de Trabajo subraya el hecho de que un tribunal penal internacional o cualquier otro mecanismo jurisdiccional debería crearse mediante un tratado celebrado por los Estados partes, en el que se apruebe su estatuto, ya que ningún otro método garantizaría suficiente apoyo internacional para el funcionamiento eficaz del tribunal.

9. En lo que respecta a la composición del tribunal, el Grupo de Trabajo hace hincapié en que los magistrados deben reunir condiciones de independencia e imparcialidad y poseer la competencia y experiencia requeridas en las esferas tanto de la administración de la justicia penal como de los conocimientos del derecho internacional penal.

10. En lo tocante a la competencia *ratione materiae*, el Grupo de Trabajo propone que, al menos en una primera etapa, la competencia del tribunal se limite a los crímenes de carácter internacional tipificados en determinados tratados internacionales existentes, en particular el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (a reserva de su aprobación y entrada en vigor), lo que plantea la cuestión de la relación entre el tribunal y

el futuro código. Evidentemente, entre ambos existe una relación importante pero, como el Grupo de Trabajo subraya en su informe, si el tribunal penal internacional llega a ser una realidad, lo esencial es que goce del mayor apoyo posible de los Estados. Así pues, al elaborar el estatuto del tribunal, debería dejarse abierta la posibilidad de que un Estado pueda llegar a ser parte en ese estatuto sin convertirse por ello en parte en el código, o que un Estado pueda reconocer la competencia del tribunal respecto de los crímenes previstos en el código o definidos ya sea en otras convenciones o bien en un caso determinado. Es preciso adoptar criterios de máxima flexibilidad en lo que respecta a la competencia *ratione materiae* del tribunal, y la manera más fácil de conseguirlo es que el código y el estatuto del tribunal sean instrumentos distintos. El estatuto del tribunal debería establecer que el ámbito de su competencia *ratione materiae* abarca las infracciones previstas en el código y en otros instrumentos. No obstante, el Grupo de Trabajo no desea prejuzgar el trato que la Comisión ha de dar a esta cuestión, habida cuenta de que la Asamblea General ha vinculado esta cuestión a la del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, así como a la propuesta sobre el tráfico internacional de estupefacientes de la delegación de Trinidad y Tabago[3].

11. La cuestión de la jurisdicción *ratione personae* del tribunal penal internacional puede examinarse desde dos ángulos. En primer término, se plantea la cuestión de los sujetos de derecho que podrían ser enjuiciados ante ese tribunal. A este respecto, el Grupo de Trabajo destaca en sus recomendaciones la necesidad de que, al menos en la etapa inicial de su funcionamiento, el tribunal o cualquier otro mecanismo debería ejercer su jurisdicción exclusivamente sobre los particulares, como personas distintas de los Estados, en consonancia con el enfoque que la Comisión ha adoptado en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y, especialmente, en el artículo 3 aprobado en 1991 en primera lectura. En segundo término, se plantea la cuestión de saber qué Estado o Estados deben dar su consentimiento para que un acusado sea juzgado ante ese tribunal. Este es un problema técnico muy difícil porque los criterios para atribuir la jurisdicción personal en materia penal en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales son muy variados, por ejemplo, la territorialidad, la nacionalidad del autor del delito. Además, ciertos tratados establecen la jurisdicción universal respecto de determinados crímenes internacionales. Esos problemas de orden técnico se examinan en esa sección del informe relativa a la jurisdicción *ratione personae*. En esta etapa, el Grupo de Trabajo no ha considerado necesario establecer un régimen detallado de jurisdicción personal y simplemente entiende que se podrían tener en cuenta diversas opciones. Por ejemplo, se podría exigir el consentimiento tanto del Estado del territorio como del Estado de la nacionalidad. Otro criterio sería el de que el Estado de la nacionalidad sólo podría impedir que el tribunal ejerza su jurisdicción cuando dicho Estado esté dispuesto a enjuiciar al acusado ante sus propios tribunales. En opinión del Grupo de Trabajo, se podría encontrar una solución que además de respetar los actuales sistemas jurisdiccionales de los Estados en la esfera penal abarque casi todas las situaciones que puedan presentarse.

12. Habida cuenta de que la Asamblea General ha pedido a la Comisión que examine algunas propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional, el Grupo de Trabajo examina varias opciones en detalle. Cabe observar que el Grupo de Trabajo reafirma una cuestión fundamental, esto es, que tanto en el plano nacional como en el internacional, cuando se trata de infracciones penales graves de carácter internacional definidas en diversos tratados y en el proyecto de código, el único mecanismo procesal apropiado es un tribunal penal debidamente constituido, es decir, un órgano capaz de dar garantías apropiadas de independencia en el ejercicio de las funciones judiciales.

13. El Grupo de Trabajo formula una última recomendación a este respecto; sea cual fuere su estructura concreta, el tribunal u otro mecanismo deberá asegurar las necesarias garantías procesales así como la independencia y la imparcialidad de sus procedimientos. Esta recomendación, con todas sus consecuencias, se analiza detalladamente en las secciones tituladas «El derecho y las garantías procesales aplicables» y «Procesamiento y cuestiones conexas» del informe. En la primera, las cuestiones relativas al derecho aplicable se examinan desde tres puntos de vista: la definición de los crímenes, los principios generales del derecho penal y el procedimiento aplicable. Tras un examen minucioso de los problemas planteados, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que no es fácil condensar en una fórmula breve todas las consideraciones relativas al derecho aplicable y que, en particular, una cláusula general del tenor del artículo 38 del estatuto de la CIJ no tendría suficientemente en cuenta la complejidad de las cuestiones de que se trata. En todo caso, no sólo no se podría prescindir de ninguna de las categorías de normas enumeradas en el artículo 38 sino que quizás sería necesario mencionar también otras fuentes, como el derecho interno o bien las normas de rango secundario adoptadas por ciertos órganos de las organizaciones internacionales y, en particular, de las Naciones Unidas, a fin de completar las normas primarias enunciadas en los tratados que definen los crímenes que quedarían comprendidos en el ámbito de la jurisdicción del tribunal.

14. El Grupo de Trabajo ha dedicado también un párrafo a la cuestión de las penas que podrían imponerse y otro a las garantías judiciales. En lo tocante a esta última cuestión, la labor del Grupo de Trabajo se ha hecho más fácil en la medida en que ha podido remitirse al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto se reproduce casi literalmente en el artículo 8 del proyecto de código y, llegado el caso, el estatuto de un tribunal penal internacional también debería inspirarse en esta norma.

15. En la sección relativa al procesamiento y cuestiones conexas, el Grupo de Trabajo esboza algunas de las posibles soluciones a la cuestión general de cómo podría incoarse un proceso ante un tribunal penal internacional. El Grupo de Trabajo parte de la base de que, en consonancia con las disposiciones del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un tribu-

[3] Véase resolución 44/39 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1989.

nal de esa naturaleza no juzgaría a los acusados que estuvieran en situación de rebeldía pero observa también que, como se trata de un tribunal penal internacional, el hecho de que el acusado esté en poder del tribunal en el momento del juicio es un requisito especialmente importante porque de lo contrario el juicio carecería por completo de eficacia. Una vez formuladas esas precisiones, el Grupo de Trabajo examina el modo de inculpación formal, la incoación del proceso penal, el modo de hacer comparecer a los acusados ante el tribunal, la asistencia judicial internacional en relación con las actuaciones ante el tribunal, la ejecución de las sentencias y la relación del tribunal con el sistema de extradición existente. Para no prolongar demasiado la presentación del informe, el Sr. Koroma no desea entrar en los detalles de tan importantes cuestiones técnicas.

16. El orador, tras concluir así su exposición sobre las cuestiones de fondo, desea referirse al curso que debería darse al informe del Grupo de Trabajo. En su opinión, como ese documento (no sólo las recomendaciones sino también el texto completo del informe) está bastante bien elaborado, la Comisión podría considerar seriamente la posibilidad de que su texto íntegro, con las modificaciones de fondo o de forma que estime necesarias, se incorpore en su informe a la Asamblea General, aun cuando, en un comienzo, se había previsto que ese texto figurase en un anexo al informe de la Comisión[4]. El orador recuerda que este procedimiento tiene ciertos precedentes: así, en 1990, el informe íntegro del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional fue incorporado, con ciertas modificaciones, al informe de la propia Comisión. Para ello bastaba reemplazar en todo el documento las palabras «Grupo de Trabajo» por la palabra «Comisión». La calidad del informe que ahora se examina aconseja esa misma solución.

17. Por último, aunque en lo fundamental el informe es el resultado de un trabajo de equipo, desea agradecer especialmente la valiosa colaboración de dos de sus miembros: en primer término, el Sr. Thiam, Relator Especial sobre el tema del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuya experiencia y cuyas observaciones han sido especialmente útiles y cuyos informes noveno y décimo, examinados en sesión plenaria, han suministrado al Grupo de Trabajo las bases necesarias para definir su propio ámbito de reflexión; en segundo término, el Sr. Crawford, que además de ser autor de importantes secciones del informe se ha encargado también de coordinar y armonizar las contribuciones de los diferentes miembros. Por último, el orador desea agradecer también a la secretaría del Grupo de Trabajo por su importante labor de investigación y recopilación de antecedentes.

18. El Sr. RAZAFINDRALAMBO observa que de la lectura del informe del Grupo de Trabajo se desprende que el establecimiento, en su caso, de un tribunal penal internacional estaría supeditado a una triple negación: no a la jurisdicción obligatoria, no a la jurisdicción exclusiva y no a la jurisdicción permanente. Habida cuenta de la importancia del problema, el Sr. Razafindralambo desea formular algunas observaciones sobre los aspectos más destacados de la cuestión que se examina, que son el funcionamiento y la composición del tribunal penal internacional, en la eventualidad de su establecimiento.

19. El Grupo de Trabajo expresa la opinión de que el tribunal previsto no debería tener jurisdicción obligatoria, en el sentido de una jurisdicción general, y sugiere algún acto jurídico independiente, por ejemplo, de carácter análogo al reconocimiento de jurisdicción facultativo estipulado en el párrafo 2 del artículo 36 del estatuto de la CIJ. El Sr. Razafindralambo podría hacer suya esta recomendación a condición de que, por el hecho de aceptar la cláusula facultativa propuesta, la jurisdicción del tribunal pase a ser obligatoria para el signatario.

20. En lo que respecta a la jurisdicción exclusiva, el Grupo de Trabajo enuncia tres condiciones necesarias para que el tribunal previsto pueda ejercer su jurisdicción en un determinado asunto. Cabe suponer que en este caso queda excluida la jurisdicción paralela de los tribunales nacionales. De ser así, la jurisdicción del tribunal no plantea tampoco ningún problema insoluble. Habida cuenta de que su mandato es el de examinar exclusivamente la jurisdicción de un tribunal penal internacional, no sería necesario que la Comisión se pronunciara, como hace el informe, sobre los casos en los que la jurisdicción incumbiría a los tribunales nacionales. De todos modos, el Sr. Razafindralambo es partidario de un sistema de jurisdicción exclusiva respecto de ciertos crímenes especialmente graves como la agresión o el genocidio, a semejanza de lo sugerido por el Relator Especial en su décimo informe (A/CN.4/442). La jurisdicción sólo sería facultativa respecto de los demás crímenes internacionales. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa parece ir todavía más lejos en cuanto se pronuncia en favor de la jurisdicción exclusiva del tribunal en materia de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En cambio, el Grupo de Trabajo ha adoptado una posición mucho más pusilánime, que no parece dar mucha cabida al papel preponderante de la Comisión en el desarrollo progresivo del derecho internacional.

21. En relación con el funcionamiento intermitente del tribunal, cabe preguntarse si un órgano de esta naturaleza es compatible con una actividad ocasional y transitoria, que en el plano nacional es típica de las jurisdicciones de excepción, de triste memoria. Tampoco es seguro que la Asamblea General haya pensado en un tribunal «eclipsable».

22. De todos modos, el sistema propuesto por el Grupo de Trabajo no parece ser ni realista ni funcional. El juicio contra un alto dignatario de un Estado no puede llevarse a cabo en un par de días, como se ha visto en el asunto Noriega. Por otra parte, si los jueces no ejercen funciones a tiempo completo deberán buscar o mantener alguna otra ocupación lucrativa, lo que es absolutamente contrario a la ética de la profesión y a la independencia de la magistratura. Por último, la independencia de un tribunal soberano llamado a fallar en primera y última instancia se basa en el carácter estable y permanente de la institución, así como en la inamovilidad de los jueces que la integran.

[4] Véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. C.

23. Por otra parte, según el informe, cada Estado parte tendría derecho a designar un magistrado: así, la composición del tribunal se modificaría conforme los Estados se fueran adhiriendo a su estatuto, con el consiguiente aumento de sus miembros. Sólo pocos magistrados tendrían la oportunidad de conocer de los asuntos planteados y de sentar jurisprudencia. ¿Qué crédito merecería una jurisdicción que delegase la justicia en unos pocos magistrados, con arreglo a criterios difíciles de determinar objetivamente?

24. Según parece, el Grupo de Trabajo se ha inspirado, de manera consciente o no, en un mecanismo de arbitraje institucionalizado, como el de la Corte Permanente de Arbitraje. Se deben explorar todos los medios que permitan el establecimiento de una jurisdicción penal internacional aceptable para todos los Estados. Pero es preciso que el debate se desarrolle en condiciones de absoluta claridad, en el marco de la recomendación de la Asamblea General. A este respecto, el Sr. Razafindralambo observa que al interpretar la resolución 46/54 de la Asamblea General, el Grupo de Trabajo hace hincapié en el término «trial», que figura en la versión inglesa, en el sentido de un «proceso», como se explica en el informe. Ello le permite afirmar que la Asamblea General piensa en algún tipo de proceso ante un tribunal nacional. Esta afirmación no es en absoluto convincente, si se analiza la oración pertinente de la versión inglesa de la resolución de la Asamblea General. Así pues, tal vez estén de más todas las consideraciones hechas en el informe acerca de los tribunales nacionales.

25. La expresión empleada en la resolución «u otro mecanismo procesal internacional» da la posibilidad de examinar otras soluciones, por ejemplo, la de un tribunal de carácter provisional, a la espera de que se establezca un tribunal permanente. El sistema recomendado por el Grupo de Trabajo también puede considerarse como «otro mecanismo procesal internacional» y se podría aplicar durante un cierto período, sin dispensar a la Comisión de la labor de idear un verdadero tribunal permanente de justicia penal internacional.

26. Por último, el Sr. Razafindralambo dice que no se opondrá a la aprobación del informe que se examina y, en particular, a las recomendaciones que figuran en su parte A, a condición de que en el acta de la sesión se señalen las reservas que ha formulado. El resto del documento se podría incluir en un anexo del informe de la Comisión.

27. El Sr. CALERO RODRIGUES considera que el informe del Grupo de Trabajo es excelente. En primer término, ese informe presenta un resumen de gran calidad acerca de las cuestiones que deben examinarse, y las analiza en toda su diversidad y complejidad. Se trata de una de las mejores obras de la Comisión. En segundo término, a lo largo de todo el texto del informe se presenta una serie de proposiciones básicas que, se supone, han de pasar a ser recomendaciones de la Comisión.

28. Esto hace que el Sr. Calero Rodrigues se pregunte acerca de cuáles son las funciones de los grupos de trabajo. A su juicio, se plantea en efecto la cuestión de saber cómo han de transformarse en decisiones de la Comisión las conclusiones adoptadas por un grupo de trabajo, es decir, cómo llevar a cabo la segunda etapa de análisis. Por ejemplo, en el presente caso, el Grupo de Trabajo ha celebrado 15 sesiones y la Comisión sólo dispondrá de 2, por lo que cabe preguntarse qué contribución podrá hacer en tan poco tiempo a un debate cuyo resumen abarca 46 páginas. Pero, sin un debate exhaustivo —que por falta de tiempo no puede tener lugar—, ¿puede realmente la Comisión aceptar proposiciones como las siguientes: el tribunal no será un órgano permanente; el tribunal será sólo un «medio» puesto a disposición de los Estados partes; la jurisdicción del tribunal no será obligatoria?

29. Por otra parte, parecería que todas esas proposiciones parten de la base de que los Estados no están dispuestos a aceptar más que eso. Este enfoque nada ambicioso y declaradamente pragmático quizás es adecuado pero contribuye a agravar muchas de las dificultades que plantea el establecimiento de un tribunal.

30. Si bien el informe que se examina pone de manifiesto que la Comisión es capaz de delimitar y analizar con prontitud las cuestiones que le plantea la Asamblea General, también suscita problemas: el Grupo de Trabajo ha recomendado que la Comisión apruebe los principios básicos y el «planteamiento general» del Grupo. A continuación, la Comisión debería pedir a la Asamblea General que decida «si la Comisión debe emprender un nuevo proyecto relativo al establecimiento [y el estatuto] de una jurisdicción penal internacional y sobre qué bases». Por su parte, la Comisión sólo puede aceptar o rechazar las recomendaciones de su Grupo de Trabajo. No puede pensarse seriamente que la Asamblea General, si decide que la Comisión debe emprender la elaboración de un nuevo proyecto relativo al estatuto del tribunal, le indique «sobre qué bases» debe hacerlo. En realidad, por su parte, la Sexta Comisión tampoco tendría otra opción que la de aceptar o rechazar las recomendaciones de la CDI. Como un rechazo es poco probable, sin duda la Sexta Comisión pedirá a la CDI que prosiga sus trabajos sobre la base del informe que se examina. En definitiva, una vez cumplidos los trámites de rigor, en su labor futura la Comisión deberá atenerse a las recomendaciones de su Grupo de Trabajo, sin que ellas hayan sido objeto del examen a fondo que merecen.

31. Por último, el Sr. Calero Rodrigues dice que el Grupo de Trabajo habría podido presentar diversas soluciones para que la Comisión pudiera elegir una o bien señalar todas ellas a la atención de la Asamblea General. El Sr. Calero Rodrigues deplora que no se haya procedido así. No obstante, no se opondrá a la aprobación de las recomendaciones. Confía en que si la Comisión llega a emprender la elaboración de «un nuevo proyecto» relativo al estatuto de un tribunal, aprovechará esa oportunidad para idear un tribunal de alcances más sustantivos que el que se describe en el informe.

32. El Sr. VERESHCHETIN observa que el Grupo de Trabajo ha cumplido plenamente su mandato y está seguro de que los resultados de sus trabajos ayudarán a la Comisión en su labor. En efecto, tras varios decenios de estudios sobre el tema, la Comisión no ha pasado de la etapa de análisis y exploración de posibles opciones. Es, pues, hora de que formule recomendaciones concretas y así lo ha hecho por conducto del Grupo de Trabajo, de lo que cabe felicitarse. Como el Grupo de Trabajo ha esta-

do integrado por casi la mitad de los miembros de la Comisión además de estar abierto a todos ellos, y ha trabajado durante 45 horas aproximadamente, es inútil que la Comisión examine el informe párrafo por párrafo en sesión plenaria. El Sr. Vereshchetin encomia el trabajo realizado en el Grupo de Trabajo por su Presidente, Sr. Koroma, el Relator Especial y el Sr. Crawford.

33. El Sr. Vereshchetin aprueba el informe en su conjunto y las proposiciones que figuran en la parte A. Ellas muestran claramente que tras examinar las diversas posibilidades, el Grupo de Trabajo ha adoptado la posición más realista, la del compromiso, además de la solución más flexible. El hecho de que la jurisdicción prevista no sea de carácter permanente y, por lo tanto, no muy costosa, no significa que no pueda funcionar cuando sea necesario.

34. El informe no oculta el hecho de que algunas cuestiones todavía no se han solucionado, pero se trata de cuestiones de orden técnico y la Comisión debería poder solucionarlas si se le encomienda el mandato de elaborar el estatuto de un tribunal penal internacional.

35. Por otra parte, el Sr. Vereshchetin hace notar lo que considera una expresión poco feliz de la versión inglesa de una de las propuestas del Grupo de Trabajo que figura en la parte A, que debería corregirse. En efecto, según ese texto, la competencia del tribunal debería limitarse «to specified international treaties in force defining crimes of an international character»; lo correcto sería, al igual que en los demás idiomas, que la competencia del tribunal se limitara «a los crímenes de carácter internacional definidos en determinados tratados en vigor».

36. Por último, el Sr. Vereshchetin propone que, al concluir el debate en curso, la Comisión apruebe el planteamiento básico hecho en el informe del Grupo de Trabajo, así como las seis proposiciones y las tres recomendaciones que figuran en la parte A.

37. El Sr. BENNOUNA, junto con agradecer profundamente a todos los participantes en el Grupo de Trabajo, dice que el informe le parece excelente y no sólo porque el modelo de jurisdicción internacional en él propuesto coincide con el que, por su parte, había sugerido durante el debate general sobre esta cuestión. En efecto, se debe rendir homenaje al realismo de los miembros del Grupo de Trabajo, que en sus proposiciones han sabido tener en cuenta la actual situación internacional. El resultado debería ayudar a la Comisión a cumplir la labor que se le ha encomendado. El clima internacional parece ahora más favorable y la Comisión en vez de desaprovechar la oportunidad debe avanzar todavía más.

38. Sin embargo, hay una cuestión que merece destacarse. En lo que respecta a la relación entre el tribunal penal internacional y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se señala en la parte A que los Estados «deben poder adquirir la condición de partes en el estatuto sin convertirse por ello en partes en el código». El Sr. Bennouna lamenta que nada se diga sobre el otro aspecto que reviste esta cuestión y que no se haya aclarado si un Estado puede llegar a ser parte en el código sin ser por ello parte en el estatuto del tribunal. Efectivamente, el Grupo de Trabajo aborda la cuestión de la relación entre el tribunal y el proyecto de código, pero se contenta con recordar las opiniones expresadas sin adoptar ninguna posición. En opinión del Sr. Bennouna, es indudable que un Estado que pasa a ser parte en el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad debe pasar a ser, *ipso facto*, parte en el estatuto del tribunal. Ilustra esta cuestión la relación entre la Carta de las Naciones Unidas y el estatuto de la CIJ. Este enfoque permitiría mantener la coherencia del régimen previsto dada la manifiesta relación que existe entre el tribunal y el código. El Sr. Bennouna propone, pues, que al final de la tercera proposición se añada lo siguiente: «pero un Estado que pase a ser parte en el código será, *ipso facto*, parte en el estatuto del tribunal».

39. El Sr. SHI dice que, según tiene entendido, una posición favorable a la aprobación del informe no se interpretará como aprobación del contenido del informe en todos sus aspectos; lo que le tranquiliza pues, en realidad, el Sr. Shi temía quedar con las manos atadas. Ahora bien, su posición no ha cambiado. En su opinión, por mucho que el establecimiento de un tribunal penal internacional sea aconsejable, por el momento no hay prácticamente ninguna posibilidad de que ello ocurra. Si se quiere lograr ese objetivo, la modestia, la prudencia y el realismo son ahora de rigor y se debe evitar toda ambición desmedida y todo idealismo. El Sr. Shi recuerda que siempre ha opinado que para saber si ese establecimiento es posible se deben examinar a fondo todas las cuestiones que plantea un tribunal penal internacional. Por ello, puede aceptar la aprobación del informe, que refleja un enfoque modesto y realista, analiza a fondo numerosas cuestiones y formula recomendaciones no demasiado ambiciosas a la vez que propone diversas soluciones para cada problema. El Sr. Shi no tiene, pues, ninguna dificultad en aceptar las recomendaciones formuladas en la parte A, si bien considera que en la versión inglesa de la segunda parte de la recomendación a la Asamblea General las palabras «would be» se deberían sustituir por «might be».

40. Además, convendría rectificar algunos errores e introducir ciertos cambios de redacción en algunos párrafos. En el segundo párrafo de la parte A debe decir «44.° período de sesiones» y no «46.° período de sesiones». En el quinto párrafo de la versión inglesa, al final de la segunda oración y al comienzo de la tercera oración, las palabras «could» y «would» se deberían sustituir por la palabra «might». Además, en el tercer párrafo de la introducción de la parte B convendría eliminar las palabras «con la evolución de la situación internacional», que hacen pensar en que la petición hecha por la Asamblea General a la Comisión está vinculada a la evolución de la situación internacional. Por lo demás, el Sr. Shi considera que si bien la situación internacional ha cambiado, el clima internacional sigue siendo el mismo.

41. Por último, el Sr. Shi da las gracias a los miembros del Grupo de Trabajo por los esfuerzos que han desplegado y dice que está de acuerdo con la aprobación del informe por la Comisión.

42. El Sr. EIRIKSSON felicita al Grupo de Trabajo por su informe. Es evidente que el Grupo ha abordado de manera muy competente todos los aspectos importantes del tema. Además, el informe está muy bien redactado y

presenta claramente las posibles soluciones y las conclusiones a las que ha llegado el Grupo de Trabajo, lo que debería permitir que la Asamblea General formule sus observaciones y oriente los trabajos futuros de la Comisión al respecto. El Sr. Eiriksson puede, pues, aceptar las recomendaciones formuladas en la parte A del informe, si bien desea hacer algunas observaciones.

43. En primer término, el Sr. Eiriksson recuerda que en otras oportunidades ha señalado que, a su juicio, habida cuenta de la situación internacional, el establecimiento de una jurisdicción penal internacional es ahora posible.

44. En segundo término, al igual que el Grupo de Trabajo, el Sr. Eiriksson considera que en la presente etapa el sistema previsto debería comenzar sobre bases modestas y realistas y tiene presentes al respecto los temores expresados anteriormente en la sesión por el Sr. Razafindralambo y el Sr. Calero Rodrigues. Sin embargo, recuerda que en un comienzo su posición no era análoga a la de esos miembros: por ejemplo, nunca ha sido partidario de la competencia exclusiva o la competencia obligatoria del tribunal y siempre ha tratado de impedir el establecimiento de un sistema demasiado costoso en relación con su volumen de trabajo inicial. Siempre ha estado dispuesto a aceptar un sistema provisional, como el que se propone en el informe. No obstante, reconoce también que sean cuales fueren los trabajos futuros sobre el tema, la Comisión deberá señalar que los actuales resultados constituyen sólo una etapa en un proceso de más larga duración.

45. En tercero y último término, en lo que respecta a la relación entre el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el tribunal, considera que no se debe esperar la conclusión de los trabajos sobre el proyecto de código para crear el tribunal. Asimismo, una vez concluidos esos trabajos, no todos los crímenes previstos en el código deberán quedar necesariamente comprendidos en el ámbito de competencia del tribunal. Esta posición se debe al hecho de que no lo satisface plenamente la manera en que se está elaborando el código. De cualquier modo, todavía no cabe adoptar ninguna decisión definitiva a este respecto y confía en que una vez concluidos los trabajos sobre el proyecto de código, sus temores pasen a ser injustificados. Por ahora, aunque no se trata exactamente de la misma cuestión, no puede apoyar la enmienda propuesta por el Sr. Bennouna.

46. Por último, el Sr. Eiriksson comparte la opinión del Presidente del Grupo de Trabajo de que, una vez examinado, el informe del Grupo se debe incorporar en el informe de la Comisión.

47. El Sr. BARBOZA también felicita a los miembros del Grupo de Trabajo y a su Presidente por la calidad del informe tan completo y fundamentado que han presentado. En lo que respecta a la situación internacional mencionada por los oradores que lo han precedido, es cierto que la coyuntura internacional parece más favorable al establecimiento de una jurisdicción penal internacional y la Comisión debería tratar de aprovechar esta situación presentando proposiciones aceptables y realistas. Así, la Comisión haría una gran contribución al derecho internacional y a la represión de los crímenes internacionales.

48. Por su parte, el Sr. Barboza no considera que el enfoque adoptado por el Grupo de Trabajo sea pusilánime: sería más acertado hablar de un «perfil bajo». Además, cabe recordar que el informe es de carácter preliminar y que, a falta de un comentario detallado, lo importante es aceptar el enfoque fundamental propuesto y las recomendaciones. Evidentemente, el informe deja de lado diversas cuestiones que convendría examinar, por ejemplo, las penas, la relación entre el tribunal previsto y los sistemas nacionales, la entrega de las personas que han de ser enjuiciadas ante el tribunal y su posible extradición. Por lo demás, el Sr. Barboza está en desacuerdo con ciertos aspectos del informe, por ejemplo, no le parece juicioso que se nombre a magistrados nacionales para integrar el tribunal, habida cuenta de que en él también se plantearán cuestiones de orden político. El Sr. Barboza considera que la Comisión no debería adoptar el informe ya que no puede hacerlo suyo sin un examen a fondo. La Comisión debería aceptar provisionalmente, como hipótesis de trabajo, las proposiciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. El informe debería figurar en un anexo al informe de la CDI, dada su utilidad para los miembros de la Sexta Comisión en el examen de esta cuestión. Finalmente, la CDI debería pedir a la Asamblea un nuevo mandato que le permita proseguir sus trabajos y, en su caso, elaborar un proyecto de estatuto.

49. El Sr. CRAWFORD dice que para contestar adecuadamente a las preguntas que ahora se plantean, es necesario comprender la situación en la que se encontraba la Comisión antes de que el Grupo de Trabajo comenzara su labor. Según entiende, la propia Comisión no había podido ponerse de acuerdo sobre la cuestión de si debía o no comenzar a elaborar el estatuto de una jurisdicción penal internacional. Los trabajos en la materia se realizaban sin tener una idea muy concreta y no se había logrado ninguna conclusión en cuanto a la estructura y la competencia del tribunal previsto, pese a que la Comisión consideraba que el establecimiento de un tribunal de esa naturaleza era posible. La Asamblea General no había dado tampoco ninguna orientación a la Comisión, pese a las reiteradas solicitudes que ésta le había dirigido. Así, la Comisión trataba de llegar a alguna conclusión posible sin tener los medios para ello.

50. Por otra parte, en la propia Comisión se manifestaban opiniones diametralmente opuestas. Un grupo de miembros era partidario de un tribunal internacional dotado de competencia general y obligatoria, estrechamente relacionado con el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que sería el fiel reflejo de los sistemas nacionales de jurisdicción penal. Otro grupo de miembros se oponía totalmente a esta idea, considerándola muy irreal, y o bien no era partidario de que se creara una jurisdicción penal internacional, o consideraba que, en última instancia, y con las reservas más profundas, se podría adoptar un sistema mínimo.

51. En estas circunstancias, la primera observación que cabe respecto del informe del Grupo de Trabajo es la siguiente: cualquier mecanismo que se proponga a nivel internacional debe establecerse por etapas. En efecto, las dificultades son muy numerosas y hasta ahora la dilatada experiencia de la comunidad internacional en lo que respecta al establecimiento de una jurisdicción penal internacional muestra que es preferible obrar así. Ciertamen-

te, algunos miembros de la Comisión y del Grupo de Trabajo, entre los que figura en primer término el Sr. Robinson, preferirían una jurisdicción de alcance mucho más amplio que la propuesta. El informe reserva expresamente esta posibilidad para una etapa ulterior, pero la idea de que se pueda ir de inmediato tan lejos es totalmente ilusoria. Si la Comisión prosigue sus trabajos sobre esta base, a la postre, el texto que elabore no tendría ninguna posibilidad de lograr el apoyo necesario para surtir efectos concretos. En efecto, en este caso está en juego un mecanismo jurisdiccional extremadamente oneroso, y el Sr. Crawford piensa no sólo en la remuneración de los magistrados sino también en el costo del juicio. Así, por ejemplo, en un juicio por crímenes contra la humanidad entablado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y que todavía no ha concluido, se han gastado ya 20 millones de dólares. Por ello, la idea de que se pueda establecer de inmediato un sistema completo de justicia penal internacional no es en absoluto realista. Por lo demás, es importante observar que en el curso de los debates sobre el código de crímenes celebrados a comienzos del período de sesiones (sesiones 2254.ª a 2264.ª), algunos miembros habían expresado sus dudas en cuanto a que el código fuera realmente viable. Ahora bien, esos mismos miembros aceptan hoy en día el enfoque propuesto. Los miembros que desean pasar de inmediato a una etapa más avanzada deberían tener en cuenta esa evolución.

52. El Sr. Calero Rodrigues ha planteado una cuestión muy importante en lo que respecta a los métodos de trabajo de la Comisión. En efecto, ésta se enfrenta a un dilema en cuanto parecería que las conclusiones de un trabajo realizado sólo por algunos de sus miembros serían obligatorios para todos los demás. El mismo problema se puede plantear asimismo respecto del trabajo detallado que realiza el Comité de Redacción. En el futuro, cuando se trate de grupos de trabajo a los que no se encomienda «explorar» un tema sino presentar conclusiones, tal vez sea conveniente que primero presenten un informe provisional señalando a grandes rasgos el enfoque que se proponen adoptar. En el presente caso, en que se le había pedido que presentara conclusiones definitivas, el Grupo de Trabajo ha cumplido su misión, lo que explica el carácter detallado de su informe.

53. Una de las conclusiones del Grupo de Trabajo se refiere a la relación entre el tribunal y el código y merece un análisis, habida cuenta de las observaciones del Sr. Bennouna. El planteamiento fundamental del informe es el de que el código y el tribunal serán dos instrumentos jurídicos diferentes y que los Estados podrán llegar a ser partes en el estatuto del tribunal sin que ello signifique, *ipso facto*, su adhesión al código. De rechazar este principio fundamental, la Comisión bien puede rechazar también el informe en su conjunto. Sin embargo, el Grupo de Trabajo ha considerado también la posibilidad de establecer una relación entre ambos proyectos, en particular, la posibilidad de que ciertos crímenes que figuran en el código sólo puedan juzgarse ante un tribunal internacional, y el primer ejemplo que cabe mencionar es el crimen de agresión. Así, el informe adopta una posición flexible en cuanto a la cuestión de la relación entre el código y el tribunal respecto de esa categoría de crímenes. Con estas salvedades, por su parte, el Sr. Crawford no se opondría a la idea de establecer en el código que todo Estado que pase a ser parte en este instrumento está obligado, por ese mismo hecho, a aceptar el estatuto del tribunal, en el supuesto de que ello no excluya la competencia actual de los tribunales nacionales, al menos respecto de algunos de los crímenes que figuran en el código, como el tráfico de estupefacientes, el secuestro de aeronaves y otros.

54. Pero existen otros crímenes previstos en el código que no han sido nunca de la competencia de las jurisdicciones nacionales, ya sea porque todavía no se han definido, como en el caso de la agresión, o porque, por diversas razones, nunca se han enjuiciado, como en el caso del genocidio. En lo que respecta a este tipo de crímenes, la Comisión podría reconocer que, por el momento, el sistema de jurisdicción universal es completamente ilusorio y establecer una disposición en ese sentido. La relación entre el código y el tribunal debe mantenerse estrictamente a ese nivel, sobre la base del principio fundamental de su diferenciación, sin la cual no se podrá lograr el acuerdo general necesario para el funcionamiento eficaz del tribunal. El Sr. Crawford no tiene, pues, ninguna objeción a que se incorpore una disposición que deje abierta esta posibilidad general, así como otras opciones más concretas, de modo que la Comisión pueda pronunciarse más adelante.

55. Ahora bien, ¿qué curso ha de darse al informe que se examina? En su calidad de miembro del Grupo de Trabajo, el Sr. Crawford celebraría que la Comisión hiciera suyo ese documento, pero —en una solución que el Grupo de Trabajo ha previsto— también estaría dispuesto a aceptar que la Comisión apruebe sólo la parte A y se limite a tomar nota de la parte B y del enfoque general que en ella se plantea. En cambio, no podría aceptar que la Comisión adoptara el informe pero hiciera caso omiso de él, o que aceptara el compromiso que representa el informe pero rechazando sus fundamentos. El compromiso al que se ha llegado tiene también en cuenta las opiniones de los miembros —bastante numerosos y entre los que figura él mismo— cuya posición respecto del tribunal penal internacional es muy escéptica. Si la parte A se adoptara en el entendimiento de que nada queda decidido y que la opción de una jurisdicción de competencia universal integrada por magistrados a tiempo completo sigue siendo plenamente viable, se estaría diciendo a ese grupo de escépticos —desde el punto de vista numérico nada insignificante— que una vez logrado su asentimiento, la Comisión puede dejar de lado los elementos que lo han motivado. Si tal fuera el caso, habrá sido inútil crear un Grupo de Trabajo. Para avanzar en esta esfera, más que en ninguna otra, se requiere ir lentamente.

56. El Sr. Crawford pide, pues, a la Comisión que haga suya la parte A del informe con las enmiendas que considere convenientes, incluida la modificación de la tercera proposición propuesta por el Sr. Vereshchetin y el uso del modo condicional «debería» propuesto por el Sr. Shi. Si la Comisión también deseara hacer suya la parte B, el Sr. Crawford estaría dispuesto a omitir la mención de la situación internacional. En cambio, si simplemente se incorporara en un anexo al informe, no cabría modificar la parte B porque seguiría siendo obra del Grupo de Trabajo.

57. El Sr. PELLET desea hacer cinco observaciones antes de referirse brevemente al informe del Grupo de Trabajo en cuanto a su fondo. La primera, es la de que la Comisión no podría hacer suyo un documento que no ha podido examinar párrafo por párrafo. Si se trata de que «adopte» ese documento, podría hacerlo, pero sólo en su calidad de informe del Grupo de Trabajo. En segundo término, el problema planteado por la suerte de dicho informe ilustra de manera manifiesta la utilidad que tendría la división del período de sesiones de la Comisión en dos partes. Si así fuera, el Grupo de Trabajo habría podido reunirse durante la primera parte y la Comisión habría tenido la posibilidad de examinar tranquilamente ese informe durante la segunda parte. Es de temer que en la última semana de trabajo de la Comisión surjan otros casos ilustrativos de la precipitación al término del período de sesiones. En tercer término, la expresión tribunal penal internacional sin duda es la más conocida pero el Grupo de Trabajo habría podido estudiar otras denominaciones posibles para la jurisdicción prevista. Sea cual fuere el mecanismo propuesto, en la medida en que sólo se trata de juzgar crímenes de derecho internacional, lo lógico y legítimo sería hablar de un tribunal criminal, habida cuenta de que la expresión tribunal penal es de alcances más amplios y no refleja exactamente el concepto de que se trata.

58. En cuarto término, el documento que se examina ilustra de manera concreta el interés que reviste en ciertos casos el establecimiento de grupos de trabajo encargados de analizar un problema difícil y de conciliar las opiniones divergentes expresadas en sesión plenaria o aun en el Comité de Redacción. En todo caso, se debe tener el cuidado de no pedir a esos grupos que rehagan, en un círculo restringido, el trabajo ya hecho —y, a veces, mejor— por la Comisión en su conjunto. Así parece haber sucedido en lo que respecta a los párrafos del informe relativos al derecho aplicable, que reflejan sólo de manera imperfecta el nutrido debate sobre el tema realizado en sesión plenaria, si bien es cierto que se trata de apenas 13 párrafos en un documento valioso y prometedor de 156 párrafos. Por último, el Sr. Pellet, que temía que sus serias reservas respecto de un tribunal criminal a semejanza del Tribunal de Nuremberg fueran para el Grupo de Trabajo un factor de confusión y no de aliciente intelectual, y que deseaba mantener su libertad de pensamiento y de palabra para criticar lo que le parecía ser el resultado lógico de la labor del Grupo de Trabajo, observa que sus temores son ahora generalmente injustificados en la medida en que el informe, junto con expresar una preferencia, que el Sr. Pellet no comparte, en favor de un tribunal que funcione intermitentemente, no excluye la posibilidad de que se adopten mecanismos más flexibles, más ágiles y, por lo tanto, más realistas y eficaces.

59. La mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo ha declarado preferir un tribunal establecido de antemano, de carácter semipermanente. Esto representa ya un progreso considerable respecto de la fórmula «pesada» que el Sr. Pellet temía que pudiera establecerse habida cuenta de los debates anteriores. Pero esta solución no basta para disipar todo motivo de escepticismo. En varias partes de su informe, el Grupo de Trabajo señala que un tribunal permanente no tendría trabajo todo el tiempo, pero ¿por qué habría de ser distinta la situación tratándose de un tribunal nominal como el previsto, que tiene sobre todo la ventaja de limitar los gastos de la institución? En el informe, como por un *lapsus calami*, el Grupo de Trabajo señala que ha tratado de atender a las «principales preocupaciones» de los partidarios del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, pero ¿qué pasa con las preocupaciones de los partidarios, con razón o sin ella, de que no se cree un tribunal de esa naturaleza? Sin embargo, el hecho de que la Asamblea General y la Sexta Comisión vacilen en dar a la CDI orientaciones en esa esfera muestra que estos últimos también son numerosos. El Sr. Pellet está totalmente de acuerdo con la mayoría del Grupo de Trabajo en que el establecimiento del tribunal, tal como se prevé en el informe, es posible, pero no cree que ese tribunal sea muy útil. Lo que lo aparta de esa mayoría es el hecho de que, a su juicio, no existe ni urgencia en establecer una modalidad de jurisdicción ni motivo para dar primacía a la que se ha elegido. No obstante, el Sr. Pellet agradece en una cierta medida que el Grupo de Trabajo haya tenido en cuenta sus opiniones, especialmente en los párrafos relativos a las posibilidades alternativas y en los ocho últimos párrafos de la sección que tratan de un mecanismo procesal internacional distinto de un tribunal, si bien el análisis que en ellos se hace habría podido ser más detallado y más preciso y, en ciertos casos, presentarse de manera más positiva.

60. En lo que respecta al método de creación del tribunal, el Sr. Pellet sigue siendo de la opinión de que un tratado celebrado debidamente es, sin duda, una posibilidad, pero lo más importante es que los Estados, y la comunidad internacional en su conjunto, dispongan de un texto que establezca con toda precisión —de ser necesario, con distintas opciones— las modalidades de funcionamiento del tribunal. En este caso, bastaría elaborar un proyecto de instrumento al que los Estados se pudieran adherir en el momento oportuno, susceptible de ser adoptado mediante simple resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A este respecto, la posición del Grupo de Trabajo no parece del todo coherente puesto que, tras sugerir que ningún otro método distinto de un tratado garantizaría un grado suficiente de apoyo internacional para que el tribunal pueda funcionar con eficacia, más adelante admite que los Estados que no son partes en el estatuto pueden recurrir al tribunal, reconociendo así que la entrada en vigor de un tratado no es condición indispensable. En realidad, lo importante es que el texto exista y no el hecho de que revista la forma de un tratado. Es más, el requisito de un tratado ratificado tal vez desaliente el recurso al tribunal, aun en los casos en que su jurisdicción sería extremadamente útil. El Sr. Pellet menciona a título de ejemplo el crimen de *apartheid*. Reconoce que el sistema previsto por el Grupo de Trabajo no excluye la posibilidad de que se enjuicie ante el tribunal a los responsables de ese tipo de crimen, pero la gran rigidez del mecanismo previsto puede dificultar la situación.

61. El Grupo de Trabajo parece adoptar una posición extremadamente ambigua en lo que respecta a la relación entre el tribunal y el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, porque en el cuarto párrafo señala claramente que un Estado debería poder ser

parte en el estatuto del tribunal sin convertirse por ello en parte en el código, para agregar inmediatamente después que el código «una vez que se haya aprobado definitivamente, sería uno de los instrumentos internacionales en que se definen las infracciones de carácter internacional sujetas a la competencia del tribunal». La misma ambigüedad se observa asimismo en el último párrafo de la sección relativa a la definición de los crímenes. A juicio del Sr. Pellet, un Estado debería tener la posibilidad de pedir al tribunal que juzgue a un presunto autor de un crimen internacional de los que figuren en la lista incluida en el código sin que ello signifique que ese Estado acepta las definiciones dadas por el código. La relación entre el estatuto del tribunal y el código que parece establecer el Grupo de Trabajo sólo podrá ser motivo de desconfianza para los Estados que no aceptan el código y que se negarán, pues, a aceptarlo indirectamente como una consecuencia del estatuto del tribunal. Esa relación, además de ser discutible, es inútil. Por ejemplo, el *apartheid* o el genocidio constituyen crímenes internacionales ya sea que los Estados hayan o no ratificado los tratados en los que se definen esos crímenes o que hayan o no ratificado el código. En efecto, existen normas internacionales que prohíben cometer esos crímenes. Es cierto que se trata de normas consuetudinarias, pero en la esfera del derecho internacional la costumbre es una fuente de obligaciones que merece igual consideración que los tratados. Por ello, en este aspecto el Sr. Pellet está profundamente en desacuerdo con el Grupo de Trabajo en la medida en que del párrafo que acaba de mencionar y del anterior se desprende la conclusión de que en el plano internacional los crímenes sólo podrían sancionarse sobre la base de un tratado en vigor respecto del Estado parte involucrado. También en este caso se observa una cierta incoherencia ya que en el último párrafo de la sección sobre la competencia objetiva el Grupo de Trabajo reconoce que la noción de crimen internacional puede evolucionar. La capacidad de invención de los hombres no tiene límites, como, lamentablemente, a veces dan deseos de decir.

62. La última observación del Sr. Pellet se refiere al enfoque dado a un problema muy especial, esto es, el tráfico de estupefacientes. El Grupo de Trabajo, que suele mostrarse muy ambicioso, es más bien tímido a este respecto. En particular, no parece tener debidamente en cuenta las orientaciones contenidas en la resolución 44/39 de la Asamblea General, que se refiere de manera general y no restrictiva a las personas que participan en el tráfico internacional de estupefacientes. A diferencia de otros casos, en el caso de este crimen —y exclusivamente respecto de este crimen— el mecanismo internacional previsto debería estar siempre disponible y, de estar bien concebido, lamentablemente hay motivos de sobra para suponer que no conocerá nunca la inactividad. En consecuencia, se plantea la cuestión de saber si cabe legítimamente establecer una sola jurisdicción penal como pese a todo ha previsto básicamente el Grupo de Trabajo. En cambio, ¿no sería mejor que hubiera jurisdicciones especiales, adaptadas a los diferentes crímenes internacionales y que tuvieran en cuenta los aspectos particulares de cada uno de esos crímenes? En opinión del Sr. Pellet, esta última solución seguramente sería preferible en el caso del tráfico transfronterizo de estupefacientes y, probablemente también, en el de la agresión. Sería, pues, útil que en el futuro no se excluyera la posibilidad de diversificar ya sea las propias jurisdicciones o bien las modalidades de su ejercicio, en función de los crímenes que hayan de juzgarse.

63. En todo caso, el Grupo de Trabajo en su conjunto ha dado muestras de su imaginación constructiva y el Sr. Pellet expresa su ferviente esperanza de que la Asamblea General alentará a la Comisión a perseverar por la vía trazada, siempre que no se cierren las demás esbozadas por el Grupo de Trabajo, especialmente en la sección de la parte B del informe que trata del derecho y las garantías procesales aplicables. El Sr. Pellet es partidario de que la Comisión tome nota del informe del Grupo de Trabajo, en su caso con aprobación, sin que ello signifique hacer suyo el informe.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2285.ª SESIÓN

Miércoles 15 de julio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de una jurisdicción penal internacional (A/CN.4/L.471).

---

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

2. El Sr. YANKOV dice que el informe del Grupo de Trabajo servirá de valiosa base para estudiar las cuestiones estructurales, jurisdiccionales y de otro tipo relacionadas con el tema de una jurisdicción penal internacional. Constituye un importante paso adelante en los trabajos de la Comisión sobre la cuestión, aunque naturalmente sería una simplificación excesiva de un problema tan complejo y difícil afirmar que el informe ofrece respuestas claras y detalladas a la mayoría de las cuestiones fundamentales. Aplaude el método de dividir el documento en dos partes: la parte A, con las directrices generales para la labor futura inmediata de la Comisión, y la parte B, con un informe *in extenso* que ofrece una base para un examen exhaustivo de las principales cuestiones planteadas. Entre las dos partes hay cierta falta de congruencia práctica. No obstante, la Comisión debería hacer suya la parte A e incluirla en su propio informe a la Asamblea General.

3. Las proposiciones fundamentales enunciadas en la parte A deberían considerarse no como decisiones reales adoptadas por la Comisión, sino como directrices generales que serían objeto de ulterior elaboración y ajuste, a la luz de debates detallados y de las opiniones expresadas por los gobiernos. Algunos de los puntos contienen proposiciones básicas que requieren más estudio, particularmente con respecto a las cuestiones jurisdiccionales e institucionales que constituyen el núcleo del tema. Por consiguiente, al respaldarlas como directrices generales, la Comisión debería dejar en claro que deben elucidarse más, a fin de preparar el camino para su aceptación general.

4. En cuanto a la parte B, habida cuenta de las múltiples cuestiones no resueltas y polémicas, y la falta de tiempo disponible para adoptar esa parte del informe párrafo por párrafo, debería formar un anexo al informe de la Comisión y la redacción de la primera recomendación de la parte A debería enmendarse en consecuencia. En la fase actual, no sería aconsejable que la Comisión se sumara a sugerencias y propuestas concretas que no ha examinado debidamente y adoptado, especialmente dado que en la Comisión no hay una actitud común frente a las cuestiones fundamentales. Sólo puede surgir un entendimiento común mediante un examen a fondo de las propuestas. En cuanto a la jurisdicción del tribunal *ratione personae*, su competencia para juzgar crímenes con arreglo al derecho internacional general está formulada con demasiada vaguedad y hay que seguir estudiando el concepto. En cuanto a la relación entre el tribunal y los Estados partes, examinada en la sección relativa al derecho y las garantías procesales aplicables, es difícil imaginar que cualquiera parte de buena fe en el estatuto del tribunal deje de aceptar las consecuencias en materia de jurisdicción. Por consiguiente, la segunda parte del informe debería tratarse de forma diferente que la primera.

5. El Sr. GÜNEY rinde homenaje a la penosa labor del Grupo de Trabajo en la elaboración de un documento pragmático y realista que refleja la complejidad del tema, y reconoce la actitud reservada de los Estados frente a un tribunal internacional con jurisdicción exclusiva u optativa.

6. No pretende proponer enmiendas al informe, lo que sería inadecuado en la fase actual. Ahora bien, no puede estar de acuerdo con el método de establecer el tribunal, previsto por el Grupo de Trabajo. Además, la lista de crímenes sobre los que el tribunal tendría jurisdicción exclusiva debería revisarse y complementarse; debería comprender el terrorismo internacional y los actos sistemáticos de violencia contra la integridad territorial y la independencia política de los Estados, y contra el derecho a la vida de las personas inocentes, así como determinados crímenes específicos, tales como el apoderamiento por la fuerza de aeronaves y el secuestro de diplomáticos o personas internacionalmente protegidas. Para ser eficaz, el propio tribunal debería tener como mínimo carácter semipermanente. Coincide con el Sr. Crawford (2284.ª sesión) en que, en una cuestión tan compleja como la creación de un tribunal o de otro mecanismo jurisdiccional internacional, es necesario proceder gradualmente. La Comisión debería apoyar las recomendaciones específicas del Grupo de Trabajo e incluir la parte *in extenso* del informe en su propio informe a la Asamblea General; o bien en un capítulo dedicado al tema en su conjunto o en un anexo en el que se especifique que es una base útil para los trabajos futuros, y que el texto permanece totalmente abierto para el debate.

7. El Sr. YAMADA dice que aprecia la excelente labor del Grupo de Trabajo y la informativa exposición del informe hecha por el presidente del Grupo. Es particularmente satisfactorio que el Grupo de Trabajo haya abordado muchas de las cuestiones que el orador había planteado (sesiones 2257.ª, 2259.ª, 2261.ª y 2262.ª) durante el debate del décimo informe del Relator Especial (A/CN.4/442). El método general del Grupo de Trabajo es comenzar con propuestas modestas y prácticas, método que el orador apoya plenamente. En principio el orador puede apoyar varias de las proposiciones básicas hechas en la parte A. No obstante, la proposición de que el tribunal u otro mecanismo no sea un órgano permanente de tiempo completo, sino un órgano que funcionaría cuando se requiriese, requiere más reflexión. Entiende el fundamento de la propuesta, pero los procedimientos penales requieren normalmente un tribunal sólidamente establecido. La propuesta de un tribunal *ad hoc* probablemente no suscitaría en los Estados confianza en la justicia penal internacional.

8. La parte B del informe ofrece un análisis valioso y exhaustivo, y sus conclusiones deberían examinarlas expertos en derecho penal. Las cuestiones relativas al procesamiento deben estudiarse con más detenimiento, dado que la viabilidad de establecer un tribunal en definitiva estaría determinada por factores prácticos de ese tipo. En conjunto, el informe es una respuesta adecuada a la resolución 46/54 de la Asamblea General, ya que contiene excelentes propuestas para la creación de un tribunal penal internacional y suficiente material sobre los problemas planteados. Podría servir de base valiosa para los debates de la Sexta Comisión, antes de que ésta decida si debe conferirse a la CDI un nuevo mandato sobre el tema.

9. Sería difícil que la Comisión adoptara el informe como parte de su propio informe, dados la divergencia de opiniones de los miembros sobre las cuestiones de fondo planteadas y el hecho de que los miembros prefie-

ren mantener una actitud abierta hasta una fase ulterior. Sin embargo, sería una decisión hueca, según la expresión del Sr. Crawford (2284.ª sesión), que la Comisión adoptara el informe con reservas y sin respaldar su contenido. Está de acuerdo en que debería aceptarse en su forma actual, es decir, como informe del Grupo de Trabajo. Naturalmente, la Comisión tendrá que adoptar su propia decisión sobre el tema. Podría hacerlo sobre la base de las recomendaciones de la parte A. Por ejemplo, podría decidir transmitir el informe anexándolo a su propio informe, con una recomendación a la Asamblea General de que lo utilice como base de los debates de la Asamblea sobre el tema. Además, podría pedir a la Asamblea General que decidiera si la Comisión debe emprender un nuevo proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional, y sobre qué base.

10. El Sr. FOMBA señala que el texto de la resolución 46/54 de la Asamblea General se aproxima a los términos utilizados en relación con el mecanismo de arreglo de controversias, ya que la palabra «jurisdicción» se refiere tanto al procedimiento judicial como al arbitral. La resolución prevé una serie de posibilidades. Se pide a la Comisión que las examine desde un punto de vista jurídico, con miras a determinar en qué medida pueden menoscabar la soberanía de los Estados. Incumbe exclusivamente a los Estados decidir si alguna de ellas es políticamente factible.

11. En el plano teórico, es partidario de la solución de un tribunal penal internacional permanente, con jurisdicción obligatoria y exclusiva para castigar los crímenes más graves. Esto respondería a una necesidad real de la comunidad internacional y la leve reducción de la soberanía de los Estados comportaría un precio que merece pagarse. No obstante, los Estados tendrán la última palabra.

12. En cuanto al informe, la cuestión es hasta qué punto el Grupo de Trabajo ha conseguido indicar las diversas posibilidades y elaborar estudios técnicos de cada una. Una vez recibido el informe, la Comisión ya puede criticar su contenido. Debe ahora decidir con urgencia cómo enviarlo a la Asamblea General. Con sujeción a ciertas reservas de fondo, está dispuesto a sumarse a las propuestas del Grupo de Trabajo, sin necesariamente adoptar el informe en su forma actual, dado que ello ataría las manos de la Comisión para su labor futura. Por consiguiente, apoya las propuestas hechas por el Sr. Razafindralambo, el Sr. Barboza y el Sr. Pellet (2284.ª sesión).

13. El Sr. de SARAM dice que está de acuerdo con la propuesta de que la Comisión se limite simplemente a tomar nota del informe del Grupo de Trabajo y lo anexe a su propio informe. Ahora bien, el informe de la Comisión debería contener también un párrafo en el que expresara su agradecimiento por la labor realizada por el Grupo de Trabajo y señalar a la atención el hecho de que representa un logro importante. Los miembros de la Comisión sostienen opiniones francamente divergentes, algunos prefieren una institución permanente de estructura similar a la CIJ, y otros prefieren que no haya tribunal en absoluto, ni temporal ni de otro tipo. El Grupo de Trabajo ha hecho lo que se suponía que tenía que hacer; ha oído y estudiado las diversas opiniones, y ha tratado de armonizar las divergencias. Ha conseguido llegar por consenso a conclusiones sobre la manera en que podrían avanzar ahora la CDI y la Sexta Comisión, si lo desean, para establecer un tribunal penal internacional. Además, esas conclusiones tienen suficientemente en cuenta la necesidad práctica de obtener el apoyo más amplio posible. Entre esas necesidades figura la cuestión de la financiación, en una época en que son sumamente escasos los recursos para empeños globales dentro del sistema de las Naciones Unidas. Para muchos, esta consideración ha influido en su preferencia por un tribunal temporal. En efecto, si se creara un tribunal penal internacional, en el sentido pragmático recomendado por el Grupo de Trabajo, constituiría un logro importante de la comunidad internacional y de las Naciones Unidas. Por tanto, apoya las conclusiones del Grupo de Trabajo, expresadas en la parte A del informe. Esas conclusiones deberían incluirse en el cuerpo del informe de la Comisión. De esa forma cree que recibirían amplio apoyo, y finalmente serían confirmadas por la Sexta Comisión. Sobre esta base la CDI podría comenzar a preparar el estatuto del tribunal en su próximo período de sesiones.

14. Como indica la parte B del informe, subsisten varias cuestiones de fondo y de procedimiento, junto con los problemas logísticos y la cuestión de la financiación. Ahora bien, dada la forma constructiva en que ha procedido el Grupo de Trabajo, y habida cuenta de un estudio de las disposiciones comparables de otros estatutos, no cree que haya que aplazar excesivamente la tarea de la Comisión de elaborar el estatuto de un tribunal. Por consiguiente, espera que en el informe de la Comisión se incluyan el párrafo o los párrafos apropiados que reflejen las proposiciones básicas y las recomendaciones formuladas en el informe del Grupo de Trabajo.

15. El Sr. JACOVIDES dice que el informe del Grupo de Trabajo es uno de los principales logros del actual período de sesiones de la Comisión.

16. Está seguro de que algunos miembros de la Comisión, y ciertamente el propio Grupo de Trabajo, habrían aplaudido un informe menos modesto que contuviera la propuesta de un tribunal con jurisdicción obligatoria y exclusiva, preferiblemente ligado al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ya aprobado por la Comisión en primera lectura. No obstante, el orador es suficientemente pragmático para aceptar la idea de que la elaboración de leyes internacionales, no menos que la política, es el arte de lo posible. El resultado alcanzado por el Grupo de Trabajo ofrece el mayor denominador común, aunque indudablemente su alcance es modesto. No obstante, queda abierta la puerta para una ampliación ulterior cuando la propuesta jurisdicción penal se establezca y demuestre su valor. Análogamente, entiende la necesidad, como concesión a la realidad política, de que el tribunal no tenga que estar necesariamente conectado con el código. Al mismo tiempo, no debería olvidarse que la idea del tribunal surgió del código, es más, actualmente se examina dentro del mismo tema. Está dispuesto a considerar válidas las consideraciones enunciadas en el informe sobre la relación entre el tribunal y el código, aunque acepta calurosamente la sugerencia del Sr. Bennouna de que, partiendo de la analogía de la relación entre la Carta de las Naciones Unidas y el estatuto de la CIJ, la aceptación del código de crímenes por un Estado comporte automáticamente la aceptación del estatuto del tribunal aunque no

necesariamente la aceptación de su jurisdicción sin un acuerdo especial.

17. La Comisión debería aceptar las recomendaciones enunciadas en la parte A del informe y, con respecto a la tercera recomendación, debería decir que ha cumplido el deber que le asignó la Asamblea General en 1989 y que, para seguir adelante, necesitaría un mandato claro para la preparación de un proyecto de estatuto. Por último, el resumen y las recomendaciones que figuran en la parte A deberían formar parte integrante del propio informe de la Comisión, la cual también debería tomar nota de la totalidad del informe del Grupo de Trabajo. Mantiene una actitud abierta acerca de la sugerencia de que las partes B y C se anexen al informe de la Comisión. Esto tendría la ventaja de que el informe de la Comisión fuera más corto e indicaría también que el informe del Grupo de Trabajo, tomado en su totalidad, contiene algunas cuestiones que no han sido examinadas plenamente por la Comisión en su conjunto.

18. El Sr. ROSENSTOCK dice que la forma en que la cuestión de la jurisdicción penal internacional se ha estado remitiendo durante muchos años entre la Asamblea General y la CDI parece una partida de ping-pong jugada con pelotas de confitería. Refleja la renuncia de la comunidad internacional a seguir adelante con la creación de un tribunal permanente con jurisdicción obligatoria y/o exclusiva. Indica también que los anteriores esfuerzos de la Comisión no lograron obtener aceptación.

19. El informe del Grupo de Trabajo es un esfuerzo para salir del estancamiento y sugiere una forma modesta de responder afirmativamente al problema. No responde a todas las preguntas, ni siquiera a las que plantea. Además, hay varias cuestiones planteadas por el modelo sugerido por el Grupo de Trabajo que no existirían en un tribunal permanente que tuviera como modelo la CIJ.

20. Se ha mencionado el poco tiempo de que se ha dispuesto para examinar el informe del Grupo de Trabajo. La fórmula de dividir el período de sesiones habría aportado una solución satisfactoria a este respecto. Al menos el informe parece demostrar la utilidad de la técnica innovadora de establecer grupos de trabajo. Coincide con el Sr. Yamada en la necesidad de que ciertas cuestiones sean examinadas por expertos en derecho penal.

21. El informe aclara suficientemente las cuestiones para que los gobiernos puedan decidir si quieren encargar a la Comisión que elabore un estatuto. No se pide a los gobiernos que acepten la modesta propuesta contenida en el informe del Grupo de Trabajo o una versión más audaz. Se les pide que digan si estarían suficientemente interesados en autorizar la necesaria elaboración del estatuto y, en caso afirmativo, para qué tipo de institución. Esta elaboración no debería autorizarse a menos que la comunidad internacional esté favorablemente dispuesta, a fin de no repetir lo que sucedió en el decenio de 1950. Cree que la Comisión debería destacar que la respuesta a la cuestión de una jurisdicción penal internacional sería la cuestión más importante sometida a la Sexta Comisión en el próximo período de sesiones de la Asamblea General y que se requieren opiniones ponderadas sobre el tema.

22. Con referencia a las observaciones del Sr. Bennouna (2284.ª sesión), señala que la existencia del tribunal no implica la del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero que el código puede muy bien implicar la existencia del tribunal. No cree que haya que abordar esta cuestión en la fase actual, sino que lo mejor sería tratar el código y el tribunal separadamente, ya que todo intento de tratarlos como tema único es poco probable que conduzca a rápidos resultados sobre alguno de los dos temas.

23. Por último, es esencial que la Comisión apoye las recomendaciones contenidas en la parte A del informe y que el informe completo del Grupo se facilite a los Estados Miembros de las Naciones Unidas como parte del informe de la Comisión o como anexo al mismo.

24. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que, como Relator Especial y miembro *ex officio* del Grupo de Trabajo, ha vacilado en hablar pero desea expresar algunas opiniones personales sobre el informe del Grupo. Aunque no es cuestión de expresar opiniones sobre su fondo, el informe refleja claramente una avenencia. Sobre la cuestión de un tribunal penal internacional se han manifestado dos tendencias. Una es partidaria de un tribunal penal permanente de tipo tradicional con una jurisdicción bien definida y la otra adopta un planteamiento más modesto y se manifiesta en favor de un tribunal especial con jurisdicción optativa. El informe del Grupo de Trabajo sigue una línea intermedia y formula una transacción que no puede satisfacer a ninguna de las dos tendencias pero deja abierta la puerta a la evolución futura. Las propuestas del Grupo tienen en cuenta las posibilidades reales, dejando fuera lo que tal vez sea deseable pero no factible en el momento actual.

25. La única cuestión que tiene ante sí ahora la Comisión es la de la forma en que ha de adoptarse el informe. La parte A, que es la más importante, contiene las conclusiones que enunciarían la posición de la Comisión sobre el problema. Parece haber desacuerdo general sobre su aprobación. Al mismo tiempo, esas conclusiones no deberían considerarse absolutamente definitivas, ya que contienen varios puntos aún pendientes. Por ejemplo, sólo algunos miembros creen que el estatuto del futuro tribunal tiene que formularse como tratado internacional. También han surgido algunas dificultades en cuanto a la relación entre el proyecto de código y el tribunal. Sobre esta cuestión no comparte en absoluto las opiniones expuestas por el Sr. Rosenstock. En el curso de sus declaraciones como Relator Especial, ha tenido ocasión de demostrar los nexos entre el código y el tribunal. Por tanto, se ve obligado a reservar su posición sobre esta cuestión. También tiene que expresar reservas sobre la cuestión de la posible creación de un mecanismo judicial penal internacional diferente de un tribunal, ya que el informe del Grupo no explica qué tipo de mecanismos se prevé, y el orador desearía recibir explicaciones a ese respecto.

26. Con respecto a la parte B del informe se han expresado dos opiniones. Una opinión es que debería formar parte del informe de la Comisión y la otra es que debería formar un anexo. Personalmente prefiere la primera solución, que significaría tener que examinar la parte B párrafo por párrafo. Dado que la Comisión no tiene tiempo, está dispuesto a aceptar la segunda solución, pero la Comisión debería cuidar de no dar a la Asamblea General la impresión de que tiene dudas o vacilaciones sobre la cuestión. Debería destacar su conclusión de que la crea-

ción de un tribunal penal internacional es factible en la fase actual de su trabajo.

27. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que el problema de una jurisdicción penal internacional lo ha tenido la Comisión ante sí durante no menos de 44 años, de forma que ha llegado el momento de decir si es posible no seguir adelante con el proyecto.

28. El Grupo de Trabajo ha hecho un esfuerzo laudable para llegar a un terreno común. Hace un llamamiento a los miembros que han expresado reservas, y señala a su atención los tres puntos de la resolución 46/54, de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991, en los que se enuncia el mandato de la Comisión sobre la cuestión. El primero es que la Asamblea General en su resolución 46/54 invita a la Comisión a que «siga examinando [...] la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional...». El orador destaca el uso de la palabra «propuestas» en plural. El Grupo de Trabajo en su informe ha presentado debidamente una serie de propuestas, acertadamente descritas como «conjunto de propuestas». Por tanto, el informe ofrece una serie de posibles soluciones diferentes, con lo que responde adecuadamente a la petición de la Asamblea General.

29. El segundo punto es que la Asamblea General ha encargado a la Comisión que examine propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional «u otro mecanismo procesal internacional». En respuesta a esta parte de la resolución, el informe del Grupo de Trabajo formula una serie de sugerencias, sin expresar preferencia por un mecanismo en particular. Esto permite a la Comisión cumplir con esta parte del mandato de la Asamblea General.

30. El tercer punto es que la Asamblea ha pedido a la Comisión que examine la cuestión de una jurisdicción penal internacional «a fin de que la Asamblea General pueda impartir orientación al respecto». Personalmente considera que los representantes de la Sexta Comisión estimarán que también sobre este punto el Grupo de Trabajo ha cumplido con la petición de la Asamblea.

31. Sobre la cuestión de la relación entre el código y un tribunal penal internacional ha habido tensiones en el seno del Grupo de Trabajo y sobre esta cuestión no se ha llegado a una opinión unánime. Para que los trabajos sigan adelante sobre este punto sería necesaria una decisión política de la Asamblea General. En cuanto al derecho aplicable, comparte la conclusión del informe de que una fórmula similar a la del artículo 38 del estatuto de la CIJ, a su juicio no bastaría. Tendría que complementarse con una referencia a otras fuentes tales como el derecho interno, así como el derecho subsidiario promulgado por las organizaciones internacionales, en particular las Naciones Unidas.

32. Por último, la Asamblea General debería recibir un documento que la pusiera en condiciones de adoptar una decisión sobre si proseguir el trabajo sobre el estatuto de un tribunal penal internacional o si el tema aún no está maduro para codificación. El informe del Grupo de Trabajo contiene una respuesta adecuada a la resolución pertinente de la Asamblea General y la Comisión debería aprobarlo. Las conclusiones que han de adoptarse no deberían debilitarse en modo alguno.

33. El Sr. MAHIOU dice que el Grupo de Trabajo ha elaborado un documento acertado que demuestra el resultado positivo logrado por sus miembros. Ahora bien, como queda poco tiempo disponible, la Comisión no debería celebrar en la fase actual un debate detallado sobre tan voluminoso informe, en particular dado que trata de una cuestión sumamente delicada. Todo lo que podría hacer es adoptar, y de ser necesario enmendar, la parte A del informe, que contiene el sumario y las recomendaciones del Grupo de Trabajo. No obstante, el informe debería señalarse a la atención de la Asamblea General y, con este fin, debería adjuntarse como anexo al propio informe de la Comisión a la Asamblea General. Está de acuerdo en que el informe del Grupo de Trabajo debería aceptarlo la Comisión sin reservas. Esto no significa que deban aceptarse todas y cada una de las palabras, sino más bien que la Comisión desea dejar en claro que el informe es un paso en la buena dirección. Plantea diversas cuestiones y permitirá a la Asamblea General adoptar una decisión a la luz de todos los hechos. Naturalmente este planteamiento no impide el debate general en la Comisión, aunque sólo sea para que las opiniones de los miembros, en particular las de aquellos que no participaron en el Grupo de Trabajo, se reflejen en las actas resumidas de las sesiones.

34. Partiendo de estas consideraciones, desea hacer dos observaciones, la primera refiere al nexo entre el código y el tribunal. A este respecto, hay dos posiciones que deberían descartarse, a su juicio. Para unos, el tribunal y el código están íntimamente relacionados y son interdependientes, para otros, son completamente independientes. Estas posiciones no son realistas y tienen en rigor un carácter teórico. Esto no es lo que se espera de la Comisión, cuya tarea es formular propuestas prácticas. En efecto existen nexos entre el código y el tribunal, pero todo el problema consiste en determinar la naturaleza de esos nexos. El informe trata de ese problema y lo hace en términos que el orador está dispuesto a aceptar, aunque el informe sea un tanto tímido. Por ejemplo, debería haber hecho una lista de varios crímenes, tales como la agresión, el *apartheid* y la dominación colonial, entre otros, para indicar que esos crímenes pueden ser realmente juzgados sólo por un tribunal penal internacional y no por tribunales nacionales. En lo que respecta a algunos otros crímenes, la flexibilidad que admite el informe permitiría a los Estados decidir si de hecho deberían remitirse a un tribunal penal internacional.

35. En segundo lugar, con respecto a una cuestión más general, considera que merecen especial atención las opiniones del Sr. Razafindralambo (2284.ª sesión), quien como Presidente del Tribunal Supremo de su país tiene amplia experiencia en cuestiones de derecho penal, sobre el triple rechazo de la jurisdicción obligatoria, la jurisdicción exclusiva y la jurisdicción permanente para el tribunal penal internacional. Evidentemente sería pecar de ambición prever en el momento actual la creación de un tribunal penal internacional que tuviera esas tres características. Al mismo tiempo, es importante tener presente la necesidad de flexibilidad en la evolución del tribunal y, cuando se redacte su estatuto, habrá que velar por no congelar sus disposiciones de forma que se exclu-

ya esa flexibilidad. En suma, el planteamiento adoptado debería hacer a los Estados entender, y aceptar, que un tribunal penal debe tender a esas tres características. Sobre esta base el orador podría aceptar totalmente que el informe del Grupo de Trabajo se adjunte como anexo al informe de la Comisión.

36. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que desearía saber si la posibilidad de que la CIJ desempeñe las funciones de tribunal penal internacional ha sido una de las opciones examinadas por el Grupo de Trabajo.

37. Aunque apoya todas las recomendaciones de la parte A del informe, considera que la proposición de que «al comienzo por lo menos de sus actividades, el tribunal u otro mecanismo debe ejercer jurisdicción exclusivamente sobre los particulares, como personas distintas de los Estados», da la impresión de que esta posición podría cambiar posteriormente. Si esto fuera así, ¿en qué momento comenzaría la segunda fase? Comprende que la posición se ha redactado en términos modestos para estimular la aceptación de los Estados, pero no sería prudente ser demasiado modesto. La quinta proposición básica plantea una cuestión más importante. Está plenamente de acuerdo en que el requisito de precisión en justicia penal significa que se necesitaría un tipo de institución más permanente. También el criterio aplicado en este caso particular es el criterio de disponibilidad, con el que la Comisión se ha familiarizado durante el debate de las contramedidas dentro del tema de la responsabilidad de los Estados. En este último caso, sin embargo, la disponibilidad se refiere a los procedimientos y arreglo de controversias, en tanto que en el caso de un tribunal penal internacional la principal consideración es la de que no sólo se haga justicia sino que se vea que se hace justicia. Si hay algún mecanismo que no sea un órgano permanente sino que pueda entrar en funcionamiento cuando sea necesario, ¿podría decirse que se ve que se hace justicia? Por tanto, se ve obligado a decir que algunas de las recomendaciones del Grupo de Trabajo son desconcertantes.

38. Coincide en que el texto íntegro del informe debería facilitarse a los representantes de la Sexta Comisión. No obstante, no cabe la posibilidad de que la CDI esté de acuerdo en todos los puntos de fondo planteados en el informe antes de debatirlos. Por consiguiente, tal vez podría encontrarse la manera de someter el informe a los representantes de la Sexta Comisión, quedando entendido que, por falta de tiempo, que es una reacción perfectamente legítima, la CDI no ha podido debatir la parte B. Con sujeción a estas observaciones, está dispuesto a apoyar la parte A del informe del Grupo de Trabajo.

39. El PRESIDENTE dice que los miembros del Grupo de Trabajo habían acordado que la CIJ no sería un órgano adecuado para celebrar juicios penales, ya que sus miembros son expertos en derecho internacional público y no en derecho penal. En los miembros del Grupo de Trabajo ha habido ciertos desacuerdos acerca de si la jurisdicción penal sobre los Estados debería introducirse en una fase ulterior. En particular, algunos creen que la idea de juzgar a los Estados sería revolucionaria en la actual fase de desarrollo del derecho internacional, además de ser muy vaga. Aunque subsiste cierta polémica sobre la forma en que se establecería realmente el tribunal, se considera que es demasiado tarde para enmendar el informe o para entrar en más detalles sobre el tema.

40. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que, a su juicio, nunca se ha tratado de conferir al tribunal penal internacional jurisdicción para juzgar a los Estados. En efecto, cuando él preparó su informe sobre ese aspecto del proyecto de código, muchas delegaciones de la Sexta Comisión formularon reservas. Por el momento, lo mejor sería tratar sólo de la jurisdicción del tribunal para juzgar a individuos. Cualquier otro planteamiento simplemente abriría la puerta a un interminable debate en la Sexta Comisión. Por consiguiente, está de acuerdo en que debería suprimirse la parte correspondiente del informe del Grupo de Trabajo.

41. El Sr. KOROMA (Presidente del Grupo de Trabajo) dice que propugna que el informe se deje tal como está, aparte de los cambios de edición que sean necesarios. Algunas de las propuestas que contiene no reflejan su propia posición pero, si la Comisión comienza a modificar el informe, puede muy bien reabrirse el debate. Coincide con las observaciones del Presidente en cierta medida pero no totalmente. El Grupo de Trabajo ha examinado si la CIJ debe juzgar los casos penales en que estén implicados Estados pero decidió en contra de ello no sólo por motivos de competencia sino por varias otras razones. En cuanto a la cuestión de en qué momento debería examinarse la posibilidad de acusar a Estados, una línea de pensamiento, a la que pertenece, considera que ciertamente es concebible que los Estados puedan ser acusados cuando llegue el momento apropiado. No obstante, con ánimo de avenencia, el orador y quienes comparten sus opiniones están dispuestos a dejar abierto el debate sobre la cuestión.

42. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que la explicación del Presidente sólo le ha convencido parcialmente, por considerar que la Comisión no está en condiciones de hacer observaciones sobre los conocimientos de los miembros de la CIJ en materia de derecho penal.

43. La fase en que los Estados podrían ser sometidos ante un tribunal penal internacional parece una cuestión de ambigüedad deliberada y el orador no destruirá esa ambigüedad. Sin embargo, aún habría serias dudas sobre la quinta proposición básica de la parte A del informe, pero como no desea reabrir el debate, se contentará con que sus opiniones se reflejen en el acta resumida de la sesión.

44. El Sr. CRAWFORD dice que la CIJ está estructurada como tribunal pleno, para conocer de casos entre Estados; se requeriría una enmienda fundamental en su estatuto para facultarla para conocer de causas penales. No obstante, el Sr. Al-Khasawneh ha tocado un punto importantísimo, ya que hay una marcada tendencia a la fragmentación del sistema jurisdiccional internacional. Este punto tal vez podría examinarse en relación con un sistema de apelación. La idea general es que las recomendaciones del Grupo de Trabajo representan un modesto primer paso y que la Comisión, de ser necesario, podría examinar otras posibilidades en su momento.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

2286.ª SESIÓN

Jueves 16 de julio de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(continuación)*

1. El Sr. KABATSI es partidario de adoptar en su conjunto el informe del Grupo de Trabajo. Este documento, elaborado por no menos de 16 miembros eminentes de la Comisión, da debidamente cuenta de las divergencias de opiniones y de posiciones en el seno del Grupo de Trabajo y constituye por tanto una avenencia muy útil. No obstante, el Sr. Kabatsi está dispuesto a aceptar que la Comisión se limite a hacer suya la parte A y tome nota de la parte B, que figuraría en un anexo. Lo más importante es que pueda decirse que la Comisión ha tomado una decisión clara y tajante sobre la cuestión de saber si procede crear un tribunal penal internacional. Por su parte, habría preferido un mecanismo jurisdiccional poderoso, con competencia exclusiva sobre ciertos crímenes graves por lo menos, por ejemplo la agresión o el genocidio, más que un mecanismo semejante a los tribunales arbitrales. Por el momento, esta solución no parece posible, tal vez no sea ni siquiera deseable. Basta con que se cree una jurisdicción, incluso muy limitada y que sólo funcione en casos concretos, para que pueda hacerlo en mayor medida ulteriormente.

2. El Sr. Kabatsi no cree que el examen del informe párrafo por párrafo sea de gran utilidad en la fase actual, pero como no ha formado parte del Grupo de Trabajo, se hace algunas observaciones breves. La primera se refiere a la posibilidad de crear en el seno de la CIJ el mecanismo jurisdiccional previsto. Esta solución ciertamente no está exenta de inconvenientes, pero ofrece también ventajas que no son insignificantes. La CIJ existe ya, dispone de servicios y equipos y sus magistrados son perfectamente capaces de resolver sobre crímenes que, después de todo, caen dentro del derecho internacional. Cabría incluso prever que dos o tres magistrados resolvieran en primera instancia y que el Pleno de la Corte juzgara en apelación. El Sr. Kabatsi sigue pensando que esta solución sería la mejor y espera que la Comisión volverá a examinar esta cuestión en el futuro. La segunda observación se refiere a las relaciones entre la jurisdicción prevista y el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En efecto, le parece difícil pensar que un Estado pueda pasar a ser parte en el estatuto del tribunal y rechazar el código, en tanto que el tribunal tiene precisamente que juzgar estos crímenes.

3. El Sr. MIKULKA dice que suscribe plenamente las conclusiones del informe en cuya elaboración ha participado, ya que tanto el informe como las conclusiones que en él figuran son el resultado de una avenencia sobre la que se ha reflexionado largamente, basada en un análisis profundo e inspirado en un anhelo de realismo. Habría sido inadecuado que el Grupo de Trabajo usurpara la función de la Asamblea General y se pronunciara sobre el aspecto político del problema, a saber: la conveniencia de crear una jurisdicción penal internacional. El Grupo de Trabajo se ha dedicado a estudiar el aspecto técnico, partiendo del denominador común de todas las posiciones expresadas en el seno de la Comisión. Ha señalado todos los problemas cuya solución condiciona la creación de la jurisdicción prevista, indicando las soluciones posibles e incluso ciertas preferencias. Al hacerlo, le ha alentado la idea de que la mejor manera de proceder es avanzar por etapas.

4. En una primera fase, el Grupo de Trabajo propone fijarse por objetivo una construcción modesta, modesta con relación a una visión idealista de las cosas pero no ciertamente en relación con el estado actual del derecho internacional y de su aplicación. Ha llegado a la conclusión de que no hay obstáculos de orden técnico insuperables para la creación de una jurisdicción penal internacional y que se trata de una cuestión de voluntad política de parte de los Estados. La adopción de las recomendaciones que figuran en la parte A del informe, eventualmente enmendadas a la luz de los debates en sesiones plenarias, permitiría a la Comisión concluir el análisis de la posibilidad de crear una jurisdicción penal internacional y pedir a la Asamblea General un nuevo mandato con miras a elaborar un proyecto de estatuto detallado. En lo que respecta al informe *in extenso* (parte B), el Sr. Mikulka cree que la Comisión encontrará una manera satisfactoria de presentarlo a la Asamblea General, eventualmente en un anexo a su informe.

5. El Sr. Sreenivasa RAO aprueba las conclusiones expuestas en la parte A del informe en examen, precisando sin embargo que por su parte habría insistido más en algunos aspectos y habría procedido con mayor prudencia respecto de otros, en particular respecto de la manera en que se presentan las conclusiones y la manera de formular las recomendaciones destinadas a la Asamblea General. Así, la quinta proposición básica enunciada en la parte A parece muy lógica y aceptable, pero su compatibilidad con la sexta proposición le parece un poco problemática. En efecto, en el sistema adoptado en la quinta proposición, es decir, un sistema en el que no habría un

---

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

organismo permanente con dedicación plena, la administración concreta de la justicia comportaría tal número de articulaciones y de puntos de transición en los que habría en cada caso que garantizar la imparcialidad, la independencia y la regularidad del procedimiento, y llegar a cierto consenso entre las múltiples partes que intervendrán necesariamente, que generaría problemas considerables, los cuales se evitarían creando un tribunal permanente.

6. Naturalmente existe el problema del costo, pero las cifras citadas por el Sr. Crawford (2284.ª sesión) muestran que este problema se plantea con la misma intensidad en el caso de un sistema que funcione de forma intermitente. Sería ilusorio tratar de soslayar el aspecto del costo queriendo al mismo tiempo un verdadero sistema de justicia penal digno de crédito que permita juzgar hechos respecto de los que los Estados piden ya una jurisdicción internacional. Dado el clima internacional actual en que habría Estados dispuestos a someter algunos asuntos a un tribunal penal internacional en caso que existiera, la propuesta del Grupo de Trabajo parece tímida, incluso en el planteamiento modesto y gradual que prefiere el Grupo de Trabajo.

7. Al presentar a la Asamblea General las recomendaciones que figuran en la parte A del informe, la Comisión dice básicamente a la Asamblea General lo siguiente: «Este es el bosquejo que hemos elaborado, y no vemos otros posibles; a la Asamblea le toca decirnos si estamos equivocados». Por otra parte, la Sexta Comisión, dada su manera de funcionar, no tendrá materialmente tiempo de analizar ese bosquejo y de sugerir eventualmente otros y, por otra parte, parece como mínimo extraño que la Comisión remita así la carga de la prueba a un órgano que le pide consejo. En efecto, la Asamblea espera de la Comisión que le presente las diversas posibilidades de abordar esta cuestión a fin de que pueda elegir, en cuanto órgano político. Evidentemente, el Grupo de Trabajo ha querido ser firme y definitivo y, al hacerlo, tal vez ha sucumbido a la tentación, inevitable en semejante caso, de prescindir de otras propuestas que pueden ser perfectamente razonables y realistas. Cierto que en el pasado se le ha reprochado a la Comisión no tomar posiciones y proceder con demasiada flexibilidad, pero en este caso ¿cabe francamente decir que el bosquejo presentado es el único posible? El Sr. Sreenivasa Rao lo duda mucho.

8. Otro punto que desea señalar se refiere a las relaciones entre el tribunal y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y entre la jurisdicción internacional prevista y el propio sistema de las Naciones Unidas, en particular el Consejo de Seguridad, por cuanto concierne a la paz y la seguridad de la humanidad y a la definición y determinación de la agresión. Importa que el mecanismo concebido por la Comisión complemente las estructuras existentes y no conduzca a establecer jurisdicciones concurrentes. Así, por ejemplo, el tribunal penal internacional debería estar guiado por el Consejo de Seguridad en lo que concierne a la determinación de la agresión, en tanto que el Consejo de Seguridad podría estar guiado por el tribunal en cuanto al procedimiento contra tal o cual individuo culpable de un crimen internacional, sin que un órgano trate necesariamente de ingerirse en la competencia del otro.

9. También se plantean la cuestión de la relación entre el tribunal y los sistemas e instituciones nacionales, la cuestión de la competencia universal sobre ciertos crímenes de carácter internacional y el problema del derecho aplicable. Todos estos puntos merecen que la Comisión los examine a fondo cuando prosiga en el futuro sus trabajos sobre el tema, ya que hay que reconocer que incluso si el informe del Grupo de Trabajo es excelente, las ideas elaboradas en el mismo no son tan definitivas como cabría desear. Esta elaboración no es ciertamente la única a que habría podido llegarse. En particular, las recomendaciones y sobre todo las proposiciones básicas, incluso si reflejan un trabajo muy sólido, no están por encima de toda crítica. De ello se sigue que la Comisión difícilmente puede presentar a la Asamblea General este informe como la culminación definitiva de su trabajo sobre el tema. No debe ser categórica. Debe proceder con humildad, flexibilidad y apertura y estar dispuesta a aceptar someter su obra a reelaboración, si la Asamblea General se lo pide. Después de todo, el informe no es más que un conjunto de proposiciones y la Asamblea General será el único juez del curso que deba dársele.

10. Para terminar, el Sr. Sreenivasa Rao agradece nuevamente a los miembros del Grupo de Trabajo, y en particular al Presidente del Grupo de Trabajo, al Relator Especial y al Sr. Crawford su valiosa contribución.

11. El Sr. IDRIS dice que, como miembro del Grupo de Trabajo y como coautor del proyecto, no ha considerado necesario intervenir hasta ahora sobre el tema. No obstante, su silencio no debe interpretarse negativamente, ya que el informe merece su total adhesión, tanto en la forma como en el fondo. Ahora bien, comprende perfectamente las cuestiones suscitadas por el Sr. Shi (2284.ª sesión), así como los análisis hechos por el Sr. Thiam (2285.ª sesión). También ha apreciado las ponderadas observaciones hechas por algunos oradores, en particular el Sr. de Saram (2285.ª sesión). Es evidente que el informe del Grupo de Trabajo debe considerarse el resultado de una avenencia global, pero esto no quita nada a la calidad de su trabajo, del que el Grupo de Trabajo puede estar orgulloso.

12. En cuanto al curso que deba darse al informe, por una parte, le parece que no sería razonable en esta fase volver a examinar los detalles, con el riesgo de vaciar de contenido el informe y, por otra parte, que lo menos que puede hacer la Comisión es en primer lugar adoptar la parte A e incorporarla a su informe y, en segundo lugar, tomar nota de la parte B y anexarla a dicho informe.

13. En efecto, si no se adopta la parte A, se pone en duda la totalidad del proyecto y en ese caso la Asamblea General tal vez no quisiera otros compromisos sobre el mismo.

14. Antes de concluir, desea dar las gracias a todos los miembros del Grupo de Trabajo por la labor meritoria que han realizado y agradece en particular al Presidente del Grupo de Trabajo, al Sr. Crawford, al Sr. Rosenstock, al Sr. de Saram, al Sr. Vereshchetin y al Relator Especial su valiosa contribución.

15. El Sr. SZEKELY dice que la calidad del informe en examen demuestra la utilidad del sistema de grupos de trabajo. En este caso, este método ha permitido a la

Comisión responder de manera efectiva a la petición que le hizo la Asamblea General en la resolución 46/54.

16. Es innegable que el informe representa un esfuerzo de avenencia, pero como ha subrayado el Sr. Mikulka, la capacidad de conciliación que han demostrado los miembros del Grupo de Trabajo es un signo de madurez intelectual y pueden estar orgullosos de presentar a la Asamblea General este excelente trabajo, que hace un balance muy completo de los problemas que se plantean y de las soluciones posibles, y que demuestra que no hay obstáculos insuperables para la creación de una jurisdicción penal internacional.

17. Por su parte, el Sr. Szekely también habría preferido una formulación más audaz de ciertas recomendaciones. En particular, para tratar de que las cosas avancen más rápidamente, habría deseado que la fórmula «al comienzo por lo menos de sus actividades», que figura al principio de la segunda proposición, se introduzca también al comienzo de las proposiciones cuarta y quinta, sobre la competencia obligatoria y sobre el carácter permanente de la jurisdicción penal internacional prevista, respectivamente.

18. Sin quitar nada al equilibrio de las recomendaciones, esto habría permitido ser más ambicioso para el futuro.

19. Otro punto que le preocupa más es el de la competencia prevista en la tercera proposición. La fórmula utilizada destaca la utilidad de fortalecer la universalidad de los tratados internacionales. Por lo demás, este fortalecimiento debería ser una de las grandes preocupaciones de la Comisión. En efecto, si los tratados que definen crímenes de carácter internacional no son de aplicación universal, se corre el riesgo de llegar a una desigualdad jurídica en el plano internacional y de que los nacionales de los Estados no vinculados por esos tratados no estén sujetos a la jurisdicción del tribunal por el mismo concepto que los de los Estados partes. Se trata de un problema que debería recibir toda la atención que merece en los años próximos.

20. Refiriéndose también a la tercera proposición, le parece que la última oración no es muy feliz ya que puede desalentar a los Estados a adherirse al código. El orador habría preferido una forma que utilizara el adverbio «independientemente», con lo que, por ejemplo, el texto español quedaría como sigue: «Los Estados deben poder adquirir la condición de parte en el estatuto independientemente de la acción que tomen respecto al código».

21. Pese a estas observaciones, estima que la Comisión debería adoptar íntegramente el informe y transmitirlo a la Asamblea General.

22. El Sr. BENNOUNA piensa, contrariamente al Sr. Sreenivasa Rao, que al adoptar el informe del Grupo de Trabajo y transmitirlo a la Asamblea General, la Comisión no trata en modo alguno de imponer su opinión a la Asamblea y no se muestra «categórica». Recuerda que el mandato asignado a la Comisión por la Asamblea General en la resolución 46/54 era muy claro. La Asamblea General invitó a la Comisión a que

siga examinando y analizando los temas planteados en su informe sobre la labor realizada en su 42.° período de sesiones relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional u otro mecanismo procesal internacional a fin de que la Asamblea pueda impartir orientación al respecto....

Precisamente sobre la base de las opciones que la Comisión sometió en 1990 a la Asamblea General, ésta le pidió que le dijera cómo concebía un futuro tribunal penal internacional. El informe del Grupo de Trabajo describe las ideas fundamentales de la Comisión al respecto, ideas que la Asamblea General será libre de aceptar o rechazar. Si la Asamblea considera inaceptable tal o cual punto, la Comisión podrá reexaminarlo y hacer eventualmente otra propuesta. Pero no hay que olvidar que el trabajo de la CDI consiste fundamentalmente en formular proyectos de artículos y que no debe mostrarse vacilante en sus recomendaciones a la Asamblea General. Debe ser tanto más clara cuanto que uno de los problemas esenciales planteados por la creación de una jurisdicción penal internacional es precisamente el de saber cómo conciliar tal jurisdicción con la soberanía de los Estados. Ahora bien, el proyecto en examen ofrece la mejor manera de conciliar la represión de los crímenes internacionales con la soberanía y, en este sentido, el informe merece su total adhesión.

23. El Sr. KOROMA (Presidente del Grupo de Trabajo) da las gracias a los miembros de la Comisión por sus observaciones, que son sumamente constructivas. En particular, las observaciones, del Sr. Sreenivasa Rao y el Sr. Razafindralambo (2284.ª sesión) serán debidamente tenidas en cuenta si la Asamblea General asigna a la Comisión un nuevo mandato.

24. En cuanto al fondo del informe en examen, el orador habría preferido que el tribunal penal internacional previsto tuviera una competencia más amplia, pero ha habido que adaptarse al menor denominador común.

25. Por otra parte, las modificaciones de redacción sometidas por el Sr. Shi y las modificaciones propuestas por el Sr. Vereshchetin (2284.ª sesión) al texto inglés podrían tenerse en cuenta si el Grupo de Trabajo dispusiera de un cuarto de hora más o menos para examinarlas, tras lo cual podría seguirse el procedimiento propuesto por un miembro de la Mesa sobre el curso que debe darse al informe, a saber: en primer lugar, la Comisión aceptaría como base de sus trabajos futuros las proposiciones básicas formuladas en la parte A del informe del Grupo de Trabajo, así como el planteamiento general indicado. En segundo lugar, pediría a la Asamblea General que la autorizara a elaborar un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional, lo que, a menos que la Asamblea General decida otra cosa, se haría siguiendo las líneas generales definidas por el Grupo de Trabajo.

26. El Sr. CRAWFORD piensa también que si el Grupo de Trabajo aceptara introducir algunas leves modificaciones a su informe para satisfacer las preocupaciones legítimas que se han expresado, ello permitiría luego a la Comisión seguir el procedimiento propuesto por la Mesa, que en realidad supone que la Comisión aprueba el informe. Ahora bien, lo cierto es que si se pide a la Comisión que apruebe como tales, incluso de forma general, las proposiciones contenidas en la parte A, algunos miembros podrían tener dificultades. Por otra parte, sería difícil tener en cuenta todas las preocupaciones expresadas, en particular las del Sr. Pellet (2284.ª sesión) y

las del Sr. Bennouna, sin romper el equilibrio del texto. Por tanto, considera excelente la idea de suspender la sesión plenaria para que el Grupo de Trabajo pueda modificar la parte A del informe a fin de tener en cuenta las observaciones formuladas, lo que permitiría luego a la Comisión seguir el procedimiento propuesto por el Presidente del Grupo de Trabajo.

27. El PRESIDENTE propone suspender la sesión, para que los miembros del Grupo de Trabajo y los demás miembros de la Comisión interesados puedan celebrar consultas oficiosas.

Así queda acordado.

Se suspende la sesión a las 11.15 horas y se reanuda a las 12.25 horas.

Cooperación con otros organismos *(conclusión*)*

[Tema 8 del programa]

Declaración del Observador del Comité Jurídico Interamericano

28. El PRESIDENTE anuncia que el Sr. Villagrán Kramer, miembro de la Comisión, va a tomar la palabra como representante del Comité Jurídico Interamericano.

29. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER (Comité Jurídico Interamericano) cree inútil recordar que los Estados de América se han agrupado en el seno de la OEA, que dispone de mecanismos jurídicos propios, los cuales se inscriben en el sistema jurídico llamado interamericano. El Comité que representa pertenece a la vez a la OEA y a este sistema interamericano. En cuanto tal, cumple una triple función: elaborar proyectos de convención y tratados internacionales que los Estados que aplican el sistema interamericano y los miembros de la OEA pueden estudiar y eventualmente aprobar (lo que representa mucho trabajo para el Comité, que ha preparado gran número de convenciones de derecho internacional privado y de derecho internacional público); preparar, cuando se solicitan, estudios especiales destinados al Consejo Permanente o a la Secretaría General de la OEA y a los gobiernos; y emitir opiniones consultivas —un poco como lo hace la CIJ con respecto a las Naciones Unidas— que no tienen fuerza obligatoria pero que aclaran algunos puntos de derecho.

30. Sin duda, a la Comisión le asombrará saber que el Comité Jurídico Interamericano sólo cuenta con 11 miembros, 11 juristas elegidos por la Asamblea General de la OEA de la treintena de países que la integran. Estas personas representan por tanto a los grandes sistemas jurídicos, el *common law* de los Estados Unidos de América, del Canadá y de los países angloparlantes de las Antillas, el derecho de tradición romanista de los demás países, y algunos otros sistemas de derecho propios de la región. Estas personas estudian sobre más o menos las mismas grandes esferas desde la creación del Comité, que data de comienzos del siglo XX, a saber: el derecho internacional público, el derecho internacional privado y los conflictos de leyes, a los que se agregan los aspectos jurídicos y algunos problemas nuevos, como actualmente el derecho ambiental.

31. En el plano del derecho internacional público, el Comité se ocupa actualmente de tres grandes cuestiones. La primera es la asistencia judicial en materia de represión del tráfico de estupefacientes, en la que todos los gobiernos de la región tienen gran interés. La segunda, muy relacionada con la anterior, es la de la aplicación de las condenas que en la esfera de la represión del tráfico de drogas tienen efectos civiles. Por ejemplo, si un traficante es condenado a prisión y se confiscan sus bienes, aún queda por resolver el destino de ese patrimonio. La cosa es fácil cuando se trata de una cuenta bancaria, pero ¿qué hacer, por ejemplo, con un avión? Así pues, el Comité se ocupa de resolver los problemas de las consecuencias civiles de las decisiones penales. La tercera cuestión es la de la creación de un tribunal penal regional. La Comisión debe saber que los Estados del continente americano están dispuestos a avanzar por este camino. Recientemente se celebró en Cuba, bajo el auspicio de las Naciones Unidas[3], una conferencia cuyas actas han servido al Comité para redactar un proyecto de estatuto para un tribunal de esta naturaleza. Por tanto, sus preocupaciones se parecen a las de la CDI. Cuando ésta apruebe el informe de su Grupo de Trabajo sobre la cuestión, tal vez autorizará al Sr. Villagrán Kramer a comunicar su contenido al Comité Jurídico Interamericano, quien ciertamente obtendrá beneficio de él.

32. La segunda gran esfera de actividad del Comité es la del derecho internacional privado. Esta esfera es tanto más fecunda cuanto que existen tres grandes sistemas jurídicos de solución de los conflictos de leyes: el Código Bustamante de 1928[4], que rige los conflictos de leyes en materia comercial y de procedimiento pero no es aplicable en todos los países del continente; el sistema de los tratados de Montevideo, que regula los conflictos de leyes de carácter comercial y civil, pero que concierne sobre todo a los países del cono sur; y el sistema anglosajón, aplicado en los Estados Unidos de América, el Canadá y los países angloparlantes de las Antillas. Desde hace mucho tiempo el Comité está encargado de encontrar una aproximación de estos tres grandes sistemas. Trata de modificar a fondo una concepción tradicional de la región según la cual corresponde al Estado determinar la legislación aplicable, imponiendo de hecho a los particulares el sistema de su elección. Frente a esto, el Comité trata de abrir paso a una evolución que tiende a reforzar la autonomía de la voluntad, es decir, a trasladar al ámbito jurídico el principio mismo de la libre competencia. Se trata de una nueva perspectiva del contrato internacional, que permite reducir la esfera del derecho público y ampliar en cambio la de la libertad contractual.

33. También en esta esfera el Comité examina actualmente el problema de las empresas conjuntas, que es una forma de empresa muy común en los Estados Unidos de

* Reanudación de los trabajos de la 2281.ª sesión.

[3] Véase *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto-7 de septiembre de 1990: informe preparado por la Secretaría* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.91.IV.2).

[4] Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LXXXVI, pág. 120.

América y el Canadá. Como se trata de una fórmula jurídica nacida de la jurisprudencia de los Estados Unidos, no existe ninguna norma general de referencia para formalizar las dos variantes: la sociedad anónima *(corporation)*, que es la más frecuente, y la asociación contractual. De esta forma, el Comité trata de buscar un esquema normativo en el contexto de la iniciativa, llamada iniciativa Bush, de crear una zona de libre cambio entre los Estados Unidos de América, el Canadá y América Latina. Se trata de permitir la agrupación de intereses privados, en forma de creación de sociedades entre Estados, entre América del Norte y América Latina o entre los propios países de América Latina. Los países de la Comunidad Económica Europea habían reconocido entre ellos el derecho de establecimiento, pero la Comunidad ofrece un espacio jurídico y administrativo mucho más coherente que América Latina, la cual presenta por el contrario un contexto mucho menos formal, en el que la definición del derecho de establecimiento es más difícil.

34. La tercera gran esfera de que se ocupa el Comité Jurídico Interamericano es la de las materias jurídicas nuevas, y ejemplo de ellas es el derecho ambiental. El Comité ha adoptado la Declaración Americana sobre Medio Ambiente[5] por la cual los Estados se comprometen a proteger el medio natural del continente. En la perspectiva de la CNUMAD, han tratado de determinar si era posible elaborar un derecho ambiental propio de su continente. Ha correspondido al Comite Jurídico la tarea de estudiar si las características ecológicas particulares —favorables o desfavorables— de ese continente permitían concebir un régimen totalmente innovador.

35. Para terminar, el Sr. Villagrán Kramer desea precisar que todos estos trabajos deben considerarse desde el ángulo de una concepción de la región algo diferente de lo que por esta palabra entiende en general la Comisión. En efecto, en América se desconoce la noción de entidad regional autónoma, de sistema «autonómico». Todo el pensamiento jurídico de la región se inscribe en el marco de las Naciones Unidas, bajo la égida de la Carta y de las resoluciones de la Asamblea General, que pueden invocarse y aplicarse a la vez en el sistema interamericano. Por tanto, se trata de una filosofía del derecho bastante particular, totalmente sujeta a los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

36. El PRESIDENTE, tomando la palabra como miembro procedente de uno de los Estados occidentales, da las gracias al Observador del Comité Jurídico Interamericano por haber presentado con tanta claridad los trabajos de éste. Según parece, el Comité desempeña en numerosas esferas una función de guía, y es conocida la valiosa contribución que la OEA ha aportado al desarrollo del principio de la no intervención. Hay que recordar que los Estados no son entidades aisladas, y que están dispuestos no sólo a sostener la intervención de la comunidad internacional, sino también a invocarla a veces frente a situaciones o acontecimientos que en principio caerían dentro de la jurisdicción nacional. Se trata de un tema mucho más complejo de lo que puede imaginarse, y conviene recordar que el Sr. Villagrán Kramer acaba de dedicarle un largo y profundo estudio.

[5] OEA, *Informes y Recomendaciones del Comité Jurídico Interamericano*, vol. XXI, 1989, pág. 4.

37. El Sr. BARBOZA, tomando la palabra en nombre de los miembros de los Estados de América Latina, aprovecha la intervención del Observador del Comité Jurídico Interamericano como ocasión para congratularse una vez más de la fructífera colaboración establecida entre este antiguo organismo y la CDI. La exposición del Sr. Villagrán Kramer ha permitido hacerse una idea de la gran diversidad de los temas que interesan a ese organismo, algunos de los cuales están directamente relacionados con los temas que estudia la propia Comisión. Por ejemplo, cabe mencionar los trabajos que el Comité realiza en materia de derecho internacional público desde el ángulo de la represión del delito internacional que constituye el tráfico de drogas.

38. El Sr. RAZAFINDRALAMBO, tomando la palabra en nombre de los miembros de los Estados de Africa, da las gracias al Sr. Villagrán Kramer por su exposición clara y completa al mismo tiempo de las actividades del Comité Jurídico Interamericano. Recuerda que Africa siempre ha encontrado poderosa inspiración en las luchas y éxitos de los pueblos de América del Sur. No duda de que las relaciones entre el Comité y la Comisión están destinadas a desarrollarse en el futuro.

39. El Sr. JACOVIDES, tomando la palabra en nombre de los miembros procedentes de los Estados de Asia, subraya que el Comité Jurídico Interamericano ha sabido ganarse el respeto de los medios jurídicos internacionales por su contribución al derecho internacional. Se ha podido observar en qué medida sus trabajos están próximos de las preocupaciones de la CDI, aunque no fuera más que en la esfera de la creación de una jurisdicción penal internacional. Es de esperar que dichos órganos, tanto en este plano como en muchos otros, no dejarán de cultivar una relación provechosa.

40. El Sr. VERESHCHETIN, tomando la palabra en nombre de los miembros procedentes de los Estados de Europa del este, señala que el pensamiento jurídico de América Latina siempre ha ejercido una profunda influencia en la filosofía y el desarrollo del derecho internacional. La orientación de las actividades del Comité Jurídico Interamericano ofrece gran interés para la Comisión y también para los países de que proceden sus miembros. Así, el Sr. Vereshchetin ha tomado nota con interés de que el Comité Jurídico Interamericano trabaja en la cuestión de las empresas conjuntas entre Estados. A su propio país le gustaría ciertamente ser tenido al corriente de los estudios del Comité en esta materia.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2287.ª SESIÓN

Viernes 17 de julio de 1992, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. Andreas J. JACOVIDES

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero

Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(conclusión)* (A/CN.4/442[2], A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL *(conclusión)*

1. El PRESIDENTE señala a la atención de los miembros de la Comisión dos documentos[3] preparados por el Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional con el objeto de enmendar ciertos párrafos fundamentales del informe del Grupo de Trabajo (A/CN.4/L.471). El primer documento, que contiene una versión revisada del párrafo 4 de la parte A del documento A/CN.4/L.471 que constituyen las proposiciones básicas, dice:

«4. Como la Comisión se había propuesto ir más allá del análisis e investigación de las posibles opciones y aprobar "recomendaciones concretas", era necesario que el Grupo de Trabajo se pusiera de acuerdo sobre el planteamiento básico que iba a adoptar para la elaboración de su informe. El Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo sobre varios elementos fundamentales, que constituyen la base de su informe a la Comisión, a saber:

»*a*) Debe crearse un tribunal penal internacional por medio de un estatuto incorporado en un tratado entre los Estados partes;

»*b*) Al comienzo, por lo menos, de sus actividades, el tribunal debe ejercer jurisdicción exclusivamente sobre los particulares, como personas distintas de los Estados[1];

»*c*) La competencia objetiva del tribunal debe limitarse a los crímenes de carácter internacional definidos en determinados tratados internacionales en vigor, entre ellos el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (después de su aprobación y entrada en vigor), pero sin reducirse a éste. Los Estados deben poder adquirir la condición de partes en el estatuto sin convertirse por ello en partes en el código[2];

»*d*) El tribunal será fundamentalmente un medio puesto a disposición de los Estados partes en su estatuto (y también, en determinadas condiciones, de otros Estados). Al comienzo, por lo menos, su jurisdicción no será obligatoria en el sentido de jurisdicción general que todo Estado parte en el estatuto está obligado a aceptar *ipso facto* y sin necesidad de otro acuerdo;

»*e*) Al comienzo, por lo menos, el tribunal no será un órgano permanente con dedicación exclusiva. Por otra parte, su instrumento constitutivo no será tampoco un mero proyecto o propuesta que deba ser objeto de un acuerdo y elaboración previos para su aplicación. Así, el estatuto debe crear un mecanismo para la administración de justicia que pueda entrar en funciones inmediatamente cuando sea necesario;

»*f*) Se sugirieron y examinaron otros mecanismos, según se refleja en la parte B del presente informe;

»*g*) Sea cual fuere la estructura concreta del tribunal u otro mecanismo, deberá asegurar las garantías procesales, la independencia y la imparcialidad de sus procedimientos.»

«[1] Esto concuerda con el criterio adoptado por la Comisión en relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: véase *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 18, párr. 65. Véase asimismo el artículo 3 del proyecto de código aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en 1991, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

»[2] Queda así en pie la cuestión de si algunas de las infracciones penales definidas en el código deben corresponder exclusivamente a la esfera de competencia del órgano jurisdiccional penal internacional. Al menos algunos miembros del Grupo de Trabajo creen que el código es inconcebible sin una jurisdicción penal internacional y que sería conveniente, si no esencial, disponer que un Estado parte en el código acepte con ello, *ipso facto*, el estatuto de un tribunal.»

2. El segundo documento, que contiene un proyecto de decisión que se somete a la aprobación de la Comisión, dice así:

«1. La Comisión acepta como base para sus futuros trabajos las propuestas enumeradas en el párrafo 4 de la parte A del informe del Grupo de Trabajo y el planteamiento general que se expone en el informe;

»2. La Comisión llega a las siguientes conclusiones:

»*a*) Mediante los informes noveno y décimo del Relator Especial sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y los debates celebrados sobre el mismo en sesión plenaria, y mediante el informe del Grupo de Trabajo, ha terminado la tarea de análisis de "la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional" que le confiara la Asamblea General en su resolución 44/39 de 4 de diciembre de 1989;

»*b*) El estudio más detallado (que figurará como anexo al capítulo pertinente del informe) confirma la opinión, expresada anteriormente por la Comisión, de que una estructura creada con arreglo a los criterios

---

[1] Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] Estos documentos no son documentos oficiales de la Comisión.

indicados en el informe del Grupo de Trabajo sería un sistema viable;

»*c*) La labor ulterior sobre la cuestión requiere un mandato renovado de la Asamblea y ha de tomar la forma no de nuevos estudios de carácter general o exploratorio sino de un proyecto detallado en forma de estatuto; y

»*d*) Corresponde ahora a la Asamblea decidir si la Comisión debe preparar un proyecto relativo a una jurisdicción penal internacional y sobre qué base.»

3. El Sr. CRAWFORD (Relator del Grupo de Trabajo), al presentar los cambios introducidos en el informe del Grupo, dice que la nota 2 de la versión revisada del párrafo 4 refleja la opinión del Sr. Bennouna (2284.ª sesión) de que conviene dejar muy en claro que las partes en el código serían, *ipso facto*, partes en el estatuto del tribunal. Las proposiciones cuarta y quinta se han modificado a la luz de la sugerencia del Sr. Szekely (2286.ª sesión) y en ellos se hace referencia ahora a una primera etapa en el funcionamiento de un tribunal, quedando en pie la cuestión de su evolución futura. Se ha agregado una sexta proposición relativa a la cuestión de otros mecanismos y se ha eliminado la referencia a otros mecanismos que figuraba en la versión anterior de las proposiciones primera y quinta. Así, esa cuestión se trata efectivamente en forma separada, mediante la referencia al examen de otros mecanismos contenido en el texto completo del informe. El texto revisado de la tercera proposición en su versión inglesa utiliza ahora la expresión «crimes of an international character defined in specified international treaties in force» y refleja la observación hecha al respecto por el Sr. Vereshchetin (2284.ª sesión).

4. La adopción del proyecto de decisión significaría que la Comisión acepta como base para sus futuros trabajos las proposiciones enunciadas en el párrafo 4 de la parte A del informe del Grupo de Trabajo, en su forma enmendada, y el planteamiento general adoptado en ese informe. La Comisión aprobaría asimismo las cuatro conclusiones enunciadas en el párrafo 2 de la decisión, que está basado en el párrafo 9 de la parte A del informe del Grupo de Trabajo. Incumbe ahora a la Comisión decidir si desea adoptar esta decisión tal como está redactada o con algunas enmiendas.

5. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que sigue teniendo dudas en cuanto a algunas de las proposiciones que figuran en la versión revisada del párrafo 4 del informe del Grupo de Trabajo. En particular, es lamentable que no se haya asignado ninguna función a la CIJ y que ni siquiera se haya previsto esa posibilidad desde un punto de vista teórico. Es cierto que ello podría crear varios problemas y requeriría además la modificación del estatuto de la Corte, pero de todos modos se debía haber mencionado esa posibilidad. El Sr. Al-Khasawneh tiene reservas también respecto de la quinta proposición, dado que no puede aceptar la idea de que un tribunal de justicia criminal no sea un órgano permanente con dedicación exclusiva.

6. El Sr. THIAM (Relator Especial) señala que en el apartado *d* del proyecto de decisión, las palabras «un proyecto» se deberían sustituir por «el proyecto», como ya se ha propuesto y aceptado.

7. El Sr. ARANGIO-RUIZ, que expresa su acuerdo con el Sr. Al-Khasawneh, no comprende por qué no se podría recurrir a la CIJ, aunque sólo sea como una medida transitoria. En cuanto al enjuiciamiento de las personas que han cometido actos criminales, una corte criminal permanente es una cosa y otra muy distinta un tribunal criminal *ad hoc*, y es extraño que el proyecto de decisión acoja este concepto. Los tribunales *ad hoc* son concebibles en casos aislados, como, por ejemplo, en el caso del Tribunal de Nuremberg. Pero este Tribunal fue creado en circunstancias muy especiales, como las de la segunda guerra mundial, y es de esperar que una guerra de esta magnitud no se repita nunca.

8. El Sr. PELLET, refiriéndose al apartado *d* del párrafo 2 del proyecto de decisión, propone que se sustituyan las palabras «preparar un proyecto» por las palabras «preparar el examen de un proyecto». Asimismo, en el texto revisado de la séptima proposición de la versión francesa las palabras «ou d'un autre mécanisme», que figuraban en la disposición original, deberían insertarse nuevamente.

9. Si bien está de acuerdo con lo expresado por el Sr. Al-Khasawneh y el Sr. Arangio-Ruiz, el Sr. Pellet considera que la sexta proposición desecha en parte su preocupación en la medida en que hace referencia a otros mecanismos, que se examinan en los párrafos pertinentes de la parte B del informe del Grupo de Trabajo. A este respecto, desea señalar especialmente a la atención de la Comisión la referencia a la CIJ. En su opinión, el Grupo de Trabajo no ha desechado, pues, la posibilidad de recurrir a este órgano.

10. El Sr. KOROMA (Presidente del Grupo de Trabajo) dice que, efectivamente, el Grupo de Trabajo ha considerado la posibilidad de que la CIJ se utilice como un tribunal criminal, pero para ello se requeriría modificar el estatuto de la Corte, lo que no parece viable en la presente etapa. Sin embargo, no duda de que la Comisión puede volver a considerar esta cuestión en el futuro. En cuanto a la naturaleza exacta del tribunal penal internacional, existe el propósito de que sea un tribunal permanente y no de carácter *ad hoc*. Según entiende, se ha considerado que en un comienzo no habrá suficientes asuntos para que los jueces desempeñen sus funciones a tiempo completo y, por lo tanto, es preferible que un grupo de jueces se constituya en tribunal a medida que sea necesario. Con sujeción a estas observaciones, el Sr. Koroma recomienda que la Comisión apruebe las enmiendas al informe del Grupo de Trabajo que ahora tiene ante sí.

11. El Sr. BENNOUNA dice que en el apartado *d* del párrafo 2 del proyecto de decisión se deberían sustituir las palabras «debe preparar un proyecto relativo a una jurisdicción penal internacional» por «debe preparar el estatuto de un tribunal penal internacional».

12. El Sr. THIAM (Relator Especial) apoya esa proposición.

13. El Sr. VERESHCHETIN teme que la referencia al estatuto de un tribunal modifique el fondo de la disposición.

14. Tras un breve intercambio de opiniones en el que participan el Sr. BARBOZA, el Sr. IDRIS, el Sr. KOROMA y el Sr. YANKOV, el Sr. CALERO RODRIGUES señala que el apartado *c* del párrafo 2 del proyecto de decisión contiene ya una referencia al estatuto de un tribunal por lo que no importa si esa referencia se hace o no en el apartado *d*.

15. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide adoptar el proyecto de decisión y la versión revisada del párrafo 4 del informe del Grupo de Trabajo, en su forma enmendada.

Así queda acordado.

16. El PRESIDENTE dice que la Comisión ha concluido así su examen del tema 3 del programa sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones

17. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine el proyecto de informe sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones, empezando por el capítulo IV.

CAPÍTULO IV.—*Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional* (A/CN.4/L.476)

18. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator), al presentar el informe de la Comisión, dice que el capítulo IV está dividido en dos partes principales: la parte A (Introducción), que reseña los antecedentes del tema, y la parte B (Examen del tema en el actual período de sesiones), que resume los debates de la Comisión sobre el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/443)[4]. Ese resumen refleja las principales tendencias manifestadas en el debate; las opiniones individuales sólo se consignan en la medida en que se refieren a cuestiones importantes. Los párrafos 65 a 73 contienen las decisiones adoptadas por la Comisión sobre la base de los debates del Grupo de Trabajo de composición abierta establecido para el examen de algunas cuestiones generales. El informe del Grupo de Trabajo se incorporará en el texto del informe de la Comisión a la Asamblea General y, por consiguiente, se entenderá que la Comisión hace suyas las recomendaciones del Grupo de Trabajo.

19. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine el capítulo IV, párrafo por párrafo.

A.—Introducción

Párrafos 1 a 4

Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.

Queda aprobada la sección A.

[4] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

20. El Sr. CALERO RODRIGUES sugiere que se añada alguna oración que establezca el vínculo entre las dos principales partes del informe, esto es, el «Examen del tema en el actual período de sesiones» y las «Decisiones de la Comisión».

21. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator) está de acuerdo con lo expresado por el Sr. Calero Rodrigues y sugiere que se incorpore en la sección B una nueva subsección 1 titulada «Examen del octavo informe del Relator Especial», que la subsección 6 (Decisiones de la Comisión) pase a ser subsección 2 y que el resto del informe se ordene en consonancia con estos cambios.

22. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la sugerencia del Sr. Calero Rodrigues, en la forma enunciada por el Relator Especial.

Así queda acordado.

1. EXAMEN DEL OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

Párrafos 5 a 8

Quedan aprobados los párrafos 5 a 8.

a) *Observaciones generales*

Párrafo 9

Queda aprobado el párrafo 9.

Párrafo 10

23. El Sr. PELLET expresa su preocupación por el empleo en la tercera oración de la palabra «culpa», que sólo puede suscitar controversias en la Comisión. Convendría sustituir esa palabra por «falta» o «incumplimiento» *(manquement)* o por «hecho internacionalmente ilícito».

24. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que si bien personalmente está de acuerdo con la observación del Sr. Pellet, la Comisión no puede modificar lo que se ha dicho efectivamente en el debate. Por consiguiente, el párrafo deberá mantenerse en su forma actual.

Queda aprobado el párrafo 10.

Párrafo 11

Queda aprobado el párrafo 11.

Párrafo 12

25. El Sr. PELLET dice que de los términos utilizados en el párrafo 12 parece desprenderse que el acto de la nacionalización queda comprendido en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. Pero no es así. Para disipar toda ambigüedad, en la cuarta oración se deberían sustituir las palabras «pero todos estos casos» por una redacción que aclarara que esa oración se refiere sólo a los últimos casos.

26. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que la segunda oración del párrafo 12 no se entiende. Se pregunta si esa oración quiere decir que es difícil imaginar un ré-

gimen jurídico en el que sea lícito infligir a alguien un daño cuando no existe ninguna posibilidad de indemnización. Las palabras «siempre que se le pagase una indemnización» se deberían sustituir por «cuando no existe ninguna posibilidad de indemnización».

27. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que, según el procedimiento seguido habitualmente, incumbe pedir la rectificación al miembro que ha hecho el planteamiento inicial cuando considere que su opinión no se ha reflejado fielmente.

28. El Sr. YAMADA dice que la segunda oración del texto inglés refleja fielmente las opiniones que expresó en la 2270.ª sesión. El Sr. Yamada conviene con el Sr. Pellet en que la nacionalización no queda comprendida en el ámbito de la responsabilidad de los Estados.

Queda aprobado el párrafo 12, en la forma enmendada por el Sr. Pellet.

Párrafo 13

29. El Sr. VERESHCHETIN propone refundir el texto de las dos primeras oraciones para que diga así: «Se sugirió también que debía aclararse el concepto de ''responsabilidad internacional'' desde el punto de vista teórico y, a la vez, para determinar si la responsabilidad surgía por el riesgo creado o por el daño transfronterizo causado». A continuación de la oración enmendada se debería añadir una nueva oración que diga así: «En el debate, se hizo referencia también al hecho de que en algunos ordenamientos jurídicos nacionales no existía un concepto de responsabilidad objetiva *(liability)* opuesto al de responsabilidad *(responsibility)*, lo que creaba una dificultad más para el examen del tema, incluso en cuanto a la terminología».

30. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) recuerda que toda enmienda debe reflejar lo que se ha dicho efectivamente en el debate.

31. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator) sugiere que el Sr. Vereshchetin presente su enmienda por escrito al Relator Especial, en el entendimiento de que será aprobada por la Comisión.

En esa inteligencia, queda aprobado el párrafo 13.

Párrafos 14 y 15

Quedan aprobados los párrafos 14 y 15.

b) *La naturaleza del instrumento en preparación*

Párrafo 16

Queda aprobado el párrafo 16.

Párrafo 17

32. El Sr. PELLET dice que el párrafo 17 no refleja una visión equilibrada del debate. Según ese párrafo, los partidarios de que la Comisión adopte pronto una decisión sobre la naturaleza del instrumento que se está redactando desean que los proyectos de artículos sean sólo recomendaciones. Pero en el curso del debate también se ha expresado la opinión contraria, a saber, que los artículos deben constituir la base para un tratado. Por consiguiente, el Sr. Pellet propone que se añada la siguiente oración: «Se señaló por otra parte que, puesto que las obligaciones de prevención del Estado estaban bien consolidadas en derecho internacional, sería preferible la codificación por medio de un tratado». El Sr. Pellet ha examinado ya la enmienda propuesta con el Relator Especial, quien está de acuerdo.

Queda aprobado el párrafo 17, en su forma enmendada.

Párrafo 18

Queda aprobado el párrafo 18.

c) *Prevención*

Párrafos 19 a 26

Quedan aprobados los párrafos 19 a 26.

d) *Observaciones sobre determinados artículos*

Párrafos 27 a 64

Quedan aprobados los párrafos 27 a 64.

Queda aprobada la sección B.1, en su forma enmendada.

33. El Sr. EIRIKSSON dice que si la sección B se subdivide como se ha decidido (véanse párrs. 20 a 22 *supra*) no habrá necesidad de los subtítulos *a* a *i* de los párrafos 27 a 57.

34. El Sr. RAZAFINDRALAMBO y el Sr. CALERO RODRIGUES apoyan la proposición del Sr. Eiriksson.

2. DECISIONES DE LA COMISIÓN

Párrafos 65 y 66

Quedan aprobados los párrafos 65 y 66.

Párrafo 67

35. El Sr. EIRIKSSON dice que conviene especificar la fecha en que la Comisión ha adoptado las decisiones mencionadas en el párrafo 67.

36. El Sr. CALERO RODRIGUES sugiere que se agreguen las palabras «con las reservas formuladas por algunos miembros» al final del párrafo.

37. El Sr. EIRIKSSON dice que el informe del Grupo de Trabajo deja ya constancia de las reservas formuladas por algunos miembros; por ello, bastaría mencionar la sesión en la cual la Comisión adoptó sus decisiones.

38. El PRESIDENTE considera que la referencia hecha en el informe del Grupo de Trabajo a las reservas de algunos miembros es suficiente.

39. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que quizás sería preferible señalar también la sesión.

Queda aprobado el párrafo 67, en la forma enmendada por el Sr. Barboza y el Sr. Eiriksson.

a) *Alcance del tema*

b) *Planteamiento que ha de adoptarse con respecto a la naturaleza de los artículos o del instrumento que se elabore*

c) *Título del tema*

d) *Recomendación relativa al siguiente informe del Relator Especial*

Párrafo 68

40. El Sr. KOROMA sugiere añadir una oración en el párrafo 68 declarando que la Comisión ha modificado su enfoque del tema a fin de abarcar tanto la prevención como las medidas de reparación.

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que la primera oración del párrafo 68 es confusa: ¿cómo puede la Comisión haber delimitado el ámbito general y los límites del tema sin que haya adoptado una decisión en cuanto a su alcance concreto?

Queda aprobado el párrafo 68.

Párrafo 69

42. El Sr. PELLET, apoyado por el Sr. BENNOUNA y el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, dice que la palabra «remèdes», que figura en la primera oración de la versión francesa, no es un término propiamente jurídico y no debe utilizarse para traducir la expresión «remedial measures».

43. El Sr. KOROMA expresa sus importantes reservas respecto del párrafo 69. Sugiere que las dos primeras oraciones se modifiquen de la siguiente manera: «Dentro de los supuestos formulados en el párrafo 68 *supra*, la Comisión confirmó que el tema abarcaba tanto las medidas de prevención como las de reparación. Sin embargo, las medidas de prevención debían estudiarse en primer lugar...».

44. El Sr. VERESHCHETIN desea saber si el reglamento de la Comisión permite que se modifiquen las decisiones sustantivas adoptadas. En cuanto a los problemas de terminología, considera que la secretaría está en mejores condiciones para solucionarlos.

45. El PRESIDENTE dice que si bien los párrafos que contienen las decisiones de la Comisión sobre el alcance del tema se han aprobado ya, nada impide que la Comisión los reconsidere. Sin embargo, quizás sea más prudente no hacerlo, para agilizar los trabajos.

46. El Sr. KOROMA dice que, a la luz de lo señalado por el Presidente, está dispuesto a retirar su enmienda.

Queda aprobado el párrafo 69.

Párrafos 70 a 73

Quedan aprobados los párrafos 70 a 73.

Queda aprobada la sección B.2, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo IV del proyecto de informe, en su conjunto, en su forma enmendada.

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

[Tema 1 del programa]

47. El PRESIDENTE dice que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.472) está ahora disponible y el Presidente del Comité lo presentará a la Comisión en su sesión siguiente. Sugiere que en la presente etapa la Comisión no examine esos artículos ni adopte ninguna decisión al respecto. Para adoptar una decisión convendría esperar a que la Comisión tenga ante sí todo el capítulo de la segunda parte relativo a las consecuencias jurídicas de un delito de carácter internacional, junto con los comentarios pertinentes. Sin embargo, no hay problema en que los miembros expresen su opinión acerca de la orientación general de los trabajos.

48. El Sr. EIRIKSSON espera que el Presidente del Comité de Redacción aclare que el proyecto de artículos no se está presentando a la Comisión con el fin de que lo adopte y no es parte del informe de la Comisión.

49. El Sr. SHI deplora que en el período de sesiones en curso la Comisión no pueda adoptar ninguno de los proyectos de artículos completados por el Comité de Redacción.

50. El Sr. PELLET dice que comparte la opinión del Sr. Shi. La Comisión debería reconsiderar sus métodos de trabajo para poder adelantar el examen de los proyectos de artículos. El hecho de que una parte importante del proyecto de informe todavía no esté disponible representa una dificultad más.

51. El Sr. KOROMA también opina que la Comisión debería estar en condiciones de presentar a la Asamblea General el proyecto de artículos aprobado por el Comité de Redacción.

52. Tras un intercambio de opiniones en el que participan el Sr. ROSENSTOCK, el Sr. CALERO RODRIGUES, el Sr. VERESHCHETIN y el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, el PRESIDENTE sugiere que, una vez presentado el informe del Presidente del Comité de Redacción, la Comisión pase a examinar el informe del Grupo de Planificación (A/CN.4/L.473).

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.20 horas.

---

* Reanudación de los trabajos de la 2257.ª sesión.

2288.ª SESIÓN

Lunes 20 de julio de 1992, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson,

Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados *(continuación*)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

Proyectos de artículos propuestos por el Comité de Redacción

1. El PRESIDENTE señala que la Comisión acordó en su sesión anterior que los artículos que había aprobado el Comité de Redacción durante el período de sesiones en curso sobre el tema de la responsabilidad de los Estados serían presentados por el Presidente del Comité pero que no serían objeto, por el momento, de ningún debate ni ninguna decisión en el Pleno. La Comisión esperará para pronunciarse a que se le haya presentado en su totalidad el capítulo de la segunda parte dedicado a las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos internacionales, así como los comentarios correspondientes. Naturalmente, los miembros que deseen hacer observaciones sobre la orientación general de los trabajos podrán intervenir. El Presidente invita al Presidente del Comité de Redacción a informar sobre la labor realizada por el Comité.

2. El Sr. YANKOV (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción celebró, entre el 5 de mayo y el 15 de julio de 1992, 27 sesiones, durante las cuales examinó el texto de los proyectos de artículos que le había remitido la Comisión sobre: *a*) la responsabilidad de los Estados (arts. 6 a 10 *bis*) y *b*) la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (arts. 1 a 10).

3. El Comité de Redacción dio preferencia, de acuerdo con la recomendación de la Comisión, al examen y aprobación de los proyectos de artículos relativos a la responsabilidad de los Estados, puesto que no disponía de mucho tiempo y no se le habían remitido proyectos de artículos sobre este tema desde el 37.° período de sesiones de la Comisión, en 1986. Estimó además que, como el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional había presentado su informe, la Comisión quizás formulase recomendaciones que influyeran en el alcance y la orientación teórica del tema, lo que podría dar lugar a modificaciones del grado de prioridad que había que atribuir a los proyectos de artículos ya remitidos al Comité de Redacción. Así pues, el Comité sólo celebró dos sesiones sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y, por lo tanto, dedicó la casi totalidad de sus trabajos a los artículos sobre la responsabilidad de los Estados, es decir, 25 sesiones.

4. El Presidente del Comité de Redacción se propone, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en la sesión anterior, presentar de una vez el informe del Comité de Redacción sobre todos los proyectos de artículos que ha aprobado, cuyo texto figura en el documento A/CN.4/L.472, en la inteligencia de que los artículos elaborados durante el presente período de sesiones no serán objeto por ahora de debate ni de ninguna decisión. Propone además que el texto de esos proyectos de artículos se publique en un anexo del informe de la CDI, para conocimiento de la Sexta Comisión.

5. La estructura general del proyecto de artículos que aprobó la Comisión en 1975 constaba de tres partes: la primera parte debía versar sobre el origen de la responsabilidad internacional, la segunda sobre el contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional, y, eventualmente, una tercera, si la Comisión decidía incluirla en el proyecto, debía tener por objeto la cuestión de la solución de las controversias y modo de «hacer efectiva» *(mise en œuvre)* la responsabilidad internacional[3]. En su 32.° período de sesiones, en 1980, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura la primera parte del proyecto, que comprende 35 artículos[4]. Al finalizar su 37.° período de sesiones, en 1985, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículos 1 a 5 de la segunda parte[5]. En el actual período de sesiones, el Comité de Redacción ha examinado los proyectos de artículos subsiguientes de la segunda parte y ha aprobado los artículos 6 a 10 *bis* y un nuevo párrafo 2 del artículo 1, cuyos títulos y textos dicen:

Artículo 1

1. [...]

2. Las consecuencias jurídicas a que se refiere el párrafo 1 se entienden sin perjuicio del deber a que sigue estando sujeto el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito de cumplir la obligación que ha violado.

Artículo 6.—Cesación del comportamiento ilícito

El Estado cuyo comportamiento constituya un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo está obligado a hacer que cese ese comportamiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que ya haya incurrido.

Artículo 6 bis.*—Reparación*

1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la íntegra reparación del daño causado en forma de restitución en especie, indemnización, satisfacción y seguridades y garantías de no repetición, indistintamente o por varias de esas formas, a tenor de lo dispuesto en los artículos 7, 8, 10 y 10 *bis*.

---

* Reanudación de los trabajos de la 2283.ª sesión.

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

[3] *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 60 y ss., documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

[4] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

[5] Para el texto, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 87.

2. En la determinación de la reparación se tendrá en cuenta la negligencia o la acción u omisión dolosa:

***a*) del Estado lesionado o**

***b*) del nacional de ese Estado, en nombre del cual se interponga la demanda, que haya contribuido al daño.**

3. El Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar íntegramente el daño causado.

Artículo 7.—Restitución en especie

El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la reparación en especie, es decir, el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución en especie:

***a*) no sea materialmente imposible;**

***b*) no entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general;**

***c*) no entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización; o**

***d*) no comprometa gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie.**

Artículo 8.—Indemnización

1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito una indemnización por el daño causado por ese hecho, si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie y en la medida en que no lo haya sido.

2. A los efectos del presente artículo, la indemnización cubrirá todo daño económicamente valorable que haya sufrido el Estado lesionado y podrá incluir los intereses y, cuando proceda, las ganancias dejadas de obtener.

Artículo 10.—Satisfacción*

1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito una satisfacción por el daño, en particular el daño moral, causado por ese hecho, si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario.

2. La satisfacción podrá darse en una o varias de las siguientes formas:

***a*) disculpas;**

***b*) daños y perjuicios simbólicos;**

***c*) en caso de vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado, indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la gravedad de esa vulneración;**

***d*) en caso de que el hecho internacionalmente ilícito sea consecuencia de falta grave de funcionarios públicos o de comportamiento delictivo de funcionarios públicos o de particulares, medidas disciplinarias contra los responsables o castigo de éstos.**

3. El derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no justifica demandas que menoscaben la dignidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito.

Artículo 10 **bis.**—*Seguridades y garantías de no repetición*

El Estado lesionado podrá, cuando proceda, obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito seguridades o garantías de no repetición de ese hecho.

* El fondo del artículo 9 (Intereses) propuesto por el Relator Especial se incorporó al párrafo 2 del artículo 8. De ahí el vacío en el orden de sucesión de los artículos.

El Presidente del Comité de Redacción agradece al Relator Especial que haya aportado al Comité de Redacción la inestimable ayuda de su erudición, y da las gracias también a todos los miembros del Comité por sus aportaciones al intenso y a veces animado debate sostenido sobre cuestiones muy complejas y que se ha desarrollado en un ambiente de comprensión y mutuo respeto. Hay que expresar también el debido reconocimiento a la Sra. Dauchy, la Sra. Arsanjani y los demás miembros de la secretaría por la valiosa asistencia que han prestado al Comité.

6. El Comité de Redacción tiene algunas observaciones que hacer, artículo por artículo, sobre los textos aprobados provisionalmente.

7. El texto del artículo 6 (Cesación del comportamiento ilícito) se basa en el artículo propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar[6] y fue remitido al Comité de Redacción en 1989, en el 41.° período de sesiones de la Comisión. La necesidad de un artículo relativo a la cesación de un hecho ilícito de carácter continuo aparece explicada en el informe preliminar del Relator Especial, y el debate celebrado en la Comisión puso de manifiesto que la mayoría de sus miembros consideraban necesaria tal disposición.

8. El artículo 6 versa sobre la situación especial de un Estado que cometa un hecho ilícito de carácter continuo. El Presidente del Comité de Redacción señala a este respecto el artículo 25 (Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que se extienda en el tiempo) de la primera parte[7], en el que se consideran tres tipos de hecho ilícito que se extiende en el tiempo. El primero, al que se refiere el párrafo 1, consiste en la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado de carácter continuo. El artículo 6 está dedicado exclusivamente a ese tipo de hecho ilícito. En tal situación, como es lógico, lo primero que exigirá el Estado lesionado es que se ponga fin al hecho. Esta es también la primera obligación que debe cumplir el Estado culpable para que sea posible plantearse consecuencias jurídicas como la reparación. El Comité de Redacción, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el Pleno, ha estimado conveniente elaborar un artículo que verse especialmente sobre la cesación de ese tipo de hecho ilícito e indique que la cesación es una obligación que el derecho internacional impone al Estado autor del hecho lesivo independientemente de toda demanda a tal efecto del Estado lesionado. Puede ocurrir que el Estado lesionado no esté en condiciones de exigir la cesación o que sea víctima de presiones para disuadirlo de que lo haga. Esta es la razón por la

[6] Véase 2276.ª sesión, nota 9.

[7] Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 31 y 32.

cual el artículo enuncia la obligación del Estado autor del hecho lesivo y no el derecho del Estado lesionado a exigir la cesación. El texto del artículo tiene en cuenta la distinción que ha hecho la Comisión en el marco de este tema entre normas primarias y normas secundarias. En realidad, el artículo 6 tiene por objeto el restablecimiento de la norma primaria que ha sido violada o cuya aplicación ha sido suspendida por el hecho ilícito. La cláusula final del artículo, que comienza con las palabras «sin perjuicio», aclara que el cumplimiento de la obligación no exonera en modo alguno al Estado agente de la responsabilidad en que ya haya incurrido por razón del hecho ilícito. Por consiguiente, el derecho de que goza el Estado lesionado en virtud de los artículos anteriores relativos a las consecuencias del hecho ilícito permanece incólume.

9. El texto actual del artículo 6 no es muy diferente del que había propuesto el Relator Especial. Para una mayor claridad, se han introducido algunos cambios de forma: por ejemplo, las palabras «acción u omisión», que figuraban en el texto anterior, han sido sustituidas por la palabra «comportamiento», que es el término utilizado en el artículo 3 de la primera parte para designar tanto una acción como una omisión. El Comité de Redacción ha decidido conservar la expresión «hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo» porque figura en la primera parte, por ejemplo en el artículo 25. En las versiones francesa e inglesa, las palabras «reste» y «remains» han sido sustituidas por «est» e «is», más apropiadas en un texto jurídico, y la cláusula «sin perjuicio» figura ahora al final del artículo.

10. El título del artículo, «Cesación del comportamiento ilícito», más corto que el que había propuesto el Relator Especial, recoge la terminología empleada en el cuerpo del artículo.

11. Por lo que hace al lugar del artículo 6, como explicaba el Relator Especial en su informe preliminar, la cesación de un comportamiento ilícito no es en realidad una consecuencia jurídica. Concreta y lógicamente, es la primera medida adoptada ante un hecho ilícito de carácter continuo, antes de la imposición de las consecuencias jurídicas. Por eso, el Comité de Redacción ha estimado que el artículo 6 podía colocarse al comienzo de la segunda parte en vez de en una sección dedicada a las consecuencias de fondo de los hechos internacionalmente ilícitos.

12. Durante el debate celebrado sobre este artículo en el Comité de Redacción se hizo evidente que, desde el punto de vista del derecho internacional y del interés del Estado lesionado, la comisión de un hecho ilícito planteaba tres cuestiones: en primer lugar, la cesación del hecho ilícito; en segundo lugar, la reanudación del cumplimiento de la obligación primaria por el Estado autor del hecho ilícito; y, en tercer lugar, las consecuencias jurídicas derivadas del hecho ilícito, por ejemplo, la reparación.

13. La cuestión de la cesación sólo puede plantearse, como se ha dicho ya, en caso de un comportamiento ilícito de carácter continuo, supuesto a que se refiere el artículo 6. Pero las otras dos cuestiones, a saber, la reanudación del cumplimiento de la obligación primaria y las consecuencias jurídicas, se plantean en relación con todos los hechos ilícitos, sean o no de carácter continuo. Por consiguiente, el Comité de Redacción ha considerado conveniente elaborar sobre esas dos cuestiones una cláusula de salvaguardia de carácter general que figura al comienzo de la segunda parte, relativa a las consecuencias jurídicas. Así pues, ha añadido al artículo 1 de la segunda parte un párrafo 2 que se aplica a todos los hechos ilícitos. Dicha cláusula se entiende sin perjuicio de los diversos supuestos que pueden constituir excepciones a la regla general, como el que el Estado lesionado renuncie a su derecho a exigir la continuación del cumplimiento de la obligación primaria.

14. Con respecto al artículo 6 *bis* (Reparación), el Comité de Redacción, al examinar las consecuencias jurídicas de fondo del hecho internacionalmente ilícito, es decir, los artículos relativos a la restitución en especie, la indemnización, la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición, llegó a la conclusión de que sería preferible elaborar, sobre el concepto de reparación, un artículo preliminar de carácter general en el que se enunciaran las diversas formas de reparación y que versara sobre las consecuencias jurídicas de fondo del hecho ilícito en conjunto, aclarando sus relaciones mutuas.

15. El artículo 6 *bis* consta de tres párrafos. El párrafo 1 contiene tres ideas fundamentales: *a*) el Estado lesionado tiene derecho a la íntegra reparación del daño; *b*) las formas de reparación son la restitución en especie, la indemnización, la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición, a que se refieren los artículos siguientes; y *c*) la reparación íntegra puede obtenerse por cualquiera de esas formas de reparación indistintamente o por varias de ellas. Quizás sea útil explicar por separado esas tres ideas.

16. La primera idea es que el Estado lesionado tiene derecho a una reparación íntegra. A juicio del Comité de Redacción, la función de la reparación es, como declaró la CPJI en la resolución dictada en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*[8], borrar en lo posible todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho ilícito. Así pues, la expresión «íntegra reparación» debe entenderse en ese sentido.

17. La segunda idea que se recoge en el párrafo 1 es la necesidad de indicar las formas de reparación que puede hacer valer el Estado lesionado de conformidad con las disposiciones que establecen esas formas de reparación. Eso quiere decir que el derecho del Estado lesionado a la restitución en especie, la indemnización, la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición se rige por esos artículos.

18. La tercera idea que expresa el párrafo 1 es que la íntegra reparación puede obtenerse por una sola o por varias de las diversas formas de reparación enumeradas. Las palabras «indistintamente o por varias de esas formas» tratan de expresar esa idea y de indicar que, a veces, para que la reparación sea íntegra serán necesarias varias formas de reparación.

19. El párrafo 2 del artículo 6 *bis* corresponde al párrafo 5 del artículo 8 propuesto inicialmente por el Relator Especial, que preveía la posibilidad de que el daño fuera

[8] *C.P.J.I., serie A, N.° 17*, fallo de 13 de septiembre de 1928, pág. 47.

debido en parte a causas distintas del hecho internacionalmente ilícito, aunque exclusivamente en el contexto de la indemnización, puesto que disponía que, en caso de pluralidad de causas, la indemnización se reduciría en la medida correspondiente.

20. El Comité de Redacción estimó que el planteamiento a que respondía el texto anterior presentaba el grave inconveniente de reunir en una disposición toda una serie de supuestos que debían ser regulados por separado. El Comité de Redacción ha mantenido cuatro de ellos, el primero de los cuales es el de la culpa o negligencia que ha contribuido al daño, a saber, la posibilidad de que el daño pueda imputarse en parte a imprudencia o negligencia o a una acción u omisión dolosa del Estado lesionado o de uno de sus nacionales; este es el supuesto considerado en el párrafo 2 del artículo 6 *bis* en su redacción actual. El segundo supuesto concierne a la posibilidad de que una causa independiente, ignorada por el Estado agente, haya agravado el daño resultante del hecho ilícito. El Comité de Redacción ha estimado que, en tal caso, el Estado agente debía ser responsable de la totalidad del daño causado, sea cual fuere el papel que hayan desempeñado las causas exteriores en la agravación del daño. En opinión del Comité de Redacción, ese tipo de situaciones no requiere un trato especial, habida cuenta en particular del principio de la íntegra reparación enunciado en el párrafo 1, y será suficiente mencionarlo en el comentario.

21. El tercero de los supuestos distinguidos por el Comité de Redacción es el del hecho ilícito cometido concurrentemente por varios Estados. Este supuesto plantea problemas muy complejos y, además, está siendo examinado actualmente por la CIJ. Por eso, el Comité de Redacción decidió dejarlo en suspenso.

22. El cuarto supuesto es la posibilidad de que el daño sea agravado por la imprudencia o negligencia o la acción u omisión dolosa de uno o varios nacionales del Estado lesionado. Si, por ejemplo, el Estado A ha causado una inundación en el Estado B y si, en el Estado B, las aguas penetran en una instalación de almacenamiento de sustancias radiactivas en que las normas de seguridad no han sido observadas y por ello esas aguas se vuelven radiactivas, ¿debe considerarse que el Estado A está obligado a reparar los daños dimanantes de la radiactividad? El Comité de Redacción llegó a la conclusión de que el Relator Especial debía reflexionar sobre este problema, que habrá que volver a examinar posteriormente.

23. Por lo que respecta al supuesto contemplado en el párrafo 2 del artículo 6 *bis*, es decir, el caso en que haya mediado culpa o negligencia o una acción u omisión dolosa que haya contribuido al daño, el Comité de Redacción lo ha examinado en el marco del artículo 6 *bis* en vez de en el del artículo 8, como había propuesto originalmente el Relator Especial, por estimar que no era inimaginable que la negligencia que haya contribuido al daño desempeñe algún papel en relación con formas de reparación distintas de la indemnización.

24. Por otra parte, el Comité de Redacción ha estimado que, en vez de disponer, como hacía el texto anterior en este supuesto, que «se reducirá la indemnización» —planteamiento incompatible con el principio de la íntegra reparación enunciado en el párrafo 1 del artículo 6 *bis*—, era preferible considerar la culpa o negligencia que hubiera contribuido al daño como uno de los elementos que había que tomar en consideración para determinar los derechos del Estado lesionado.

25. El texto mismo del párrafo no parece que necesite explicación alguna. La expresión «contributory negligence» (culpa concurrente) que figuraba en el texto inglés propuesto originalmente por el Relator Especial ha sido sustituida por «la negligencia o la acción u omisión dolosa... que haya contribuido al daño», fórmula inspirada en el párrafo 1 del artículo VI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. El Comité de Redacción opinó que la expresión «contributory negligence» presentaba dos inconvenientes: por una parte, al ser un concepto tomado del *common law*, no era fácilmente comprensible en otros sistemas jurídicos, y, en segundo lugar, permitía una interpretación restrictiva por la que se excluyeran las acciones u omisiones dolosas.

26. Por último, el Comité de Redacción ha juzgado oportuno regular en el apartado *b* el supuesto en que la negligencia o la acción u omisión dolosa de un nacional del Estado lesionado, en nombre del cual se interpone la demanda, haya contribuido al daño. Esa circunstancia debe influir en la cuantía de la reparación a que tiene derecho el Estado lesionado, puesto que el Estado que asume la demanda de uno de sus nacionales no debe encontrarse en una situación más favorable que la que correspondería a este último si pudiera interponer por sí mismo la demanda.

27. El párrafo 3 del artículo 6 *bis* versa sobre el efecto del derecho interno en la obligación de reparar del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, cuestión que constituía el objeto del párrafo 3 en el texto originalmente propuesto en el informe preliminar del Relator Especial como artículo 7. El Comité de Redacción, al examinar esta cuestión, llegó a la conclusión de que el problema de la relación entre el derecho interno del Estado y su obligación internacional de reparar no se planteaba sólo en el caso de la restitución en especie. Si bien, en la práctica, es generalmente en relación con la restitución en especie que los Estados autores de un hecho lesivo invocan su derecho interno y que los tribunales deben examinar esa cuestión, ésta puede plantearse asimismo en relación con otras formas de reparación. Por eso, el Comité de Redacción ha estimado preferible regular los problemas de derecho interno en el artículo preliminar, que es de aplicación general. En cuanto al fondo, el párrafo enuncia el principio general según el cual el Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar el daño. El concepto de reparación debe, por supuesto, interpretarse a la luz del párrafo 1. El texto que había propuesto el Relator Especial como párrafo 3 del artículo 7 ha sido modificado ligeramente para una mayor claridad y para que el principio enunciado sea aplicable a todas las formas de reparación. El texto actual se inspira en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

28. En cuanto al título del artículo, el Comité de Redacción ha considerado que el término «reparación» era el que mejor abarcaba la restitución en especie, la indemnización, la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición.

29. El artículo 7 (Restitución en especie) es la primera de las disposiciones de fondo relativas a las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito y, como el artículo 6, fue propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar y remitido al Comité de Redacción en 1989, durante el 41.° período de sesiones de la Comisión. Como se recordará, el Relator Especial había indicado en su informe preliminar que, en derecho internacional consuetudinario, la función de la reparación era borrar todas las consecuencias del hecho ilícito. Como se ha dicho en relación con el artículo 6 *bis*, se puede lograr ese resultado de cuatro maneras, a saber, la restitución en especie, la indemnización, la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición. Esas diversas formas de reparación constituyen el objeto de los artículos 7, 8, 10 y 10 *bis* y representan las consecuencias jurídicas de fondo del hecho ilícito.

30. El artículo 7 versa sobre la forma más elemental de reparación a que tiene derecho el Estado lesionado, o sea, la recuperación de la cosa de que ha sido despojado o el restablecimiento del derecho de que ha sido privado. Tal como había sido propuesto originalmente por el Relator Especial, ese artículo constaba de cuatro párrafos, pero el Comité de Redacción ha estimado que había demasiadas ideas importantes para un solo artículo. Era preferible conservar sólo las disposiciones relativas a la restitución en especie y trasladar las que se referían también a las demás formas de reparación al artículo preliminar o un artículo separado. Esta es la razón por la cual en esta disposición se han conservado sólo los dos primeros párrafos del artículo 7 propuestos por el Relator Especial.

31. El artículo 7, en la forma en que fue remitido al Comité de Redacción, se componía de una cláusula preliminar seguida de cuatro apartados. El objeto de la cláusula preliminar era doble, a saber: enunciar el derecho del Estado lesionado a la restitución en especie; y definir la restitución en especie. Los apartados *a*, *b*, *c* y *d* versaban sobre las excepciones al derecho del Estado lesionado a obtener la restitución en especie. La cláusula preliminar recogía los párrafos 1 y 2 de la propuesta original del Relator Especial. El Comité de Redacción ha tenido en cuenta las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión durante el debate celebrado en el Pleno y otras cuestiones que surgieron con ocasión de la redacción de la disposición.

32. Por lo que respecta a la cláusula preliminar, conviene destacar tres cuestiones: primero, la restitución en especie es una forma de reparación a la que tiene derecho el Estado lesionado. El texto del artículo se ha redactado de manera que se tuviera esto en cuenta. Mientras que el texto anterior atribuía al Estado lesionado el «derecho a reclamar» la restitución en especie, el texto actual dispone que «el Estado lesionado podrá obtener» la restitución en especie; segundo, el párrafo inicial, tal como había sido propuesto por el Relator Especial, no definía la restitución en especie. El Comité de Redacción, habida cuenta de la incertidumbre que envuelve ese concepto, ha juzgado más prudente definirla: la restitución en especie es «el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito»; tercero, se trata de la cuestión del momento que ha de tomarse en consideración para la restitución en especie. El Comité de Redacción podía optar, bien por el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito, bien por el restablecimiento de la situación que existiría de no haberse cometido el hecho ilícito. En el primer caso, el momento que hay que tomar en consideración es el del comienzo de la comisión del hecho, y en el segundo el de la solución del litigio. El Comité de Redacción se ha inclinado por la primera solución por dos razones: *a*) concretamente sólo puede evaluarse con precisión la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito. No es posible especular sobre cuál hubiera sido la situación de no haberse cometido el hecho ilícito; *b*) la restitución en especie debe completarse a menudo con una indemnización a fin de borrar todas las consecuencias perjudiciales del hecho ilícito. En la práctica, normalmente se llega a una reparación íntegra combinando la restitución en especie y la indemnización. Por eso, el Comité de Redacción ha optado por definir la restitución en especie como el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito. Con esa definición podría darse sin duda una coincidencia parcial entre el artículo 7 y el artículo 6 (Cesación del comportamiento ilícito) en relación con el párrafo 2 del artículo 1 de la segunda parte, ya presentado. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en caso de violación de obligaciones convencionales, cuando el Estado lesionado puede no haber sufrido más que un daño jurídico, con exclusión de cualquier otro daño. En ese caso, la cesación del hecho ilícito y el restablecimiento de la obligación convencional pueden ser suficientes para reponer la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito. Sin embargo, tal coincidencia parcial no impediría que estos artículos surtieran el efecto deseado ni obstaculizaría su aplicación.

33. El derecho del Estado lesionado a obtener la restitución en especie no es ilimitado, sino que está sujeto a las excepciones que se enumeran en los apartados *a* a *d*. El Presidente del Comité de Redacción señala a este respecto a la atención de la Comisión la cláusula final del encabezamiento del artículo, «siempre que y en la medida en que esa restitución en especie:», que aclara que si la restitución en especie queda excluida sólo parcialmente en virtud de los apartados *a*, *b*, *c* o *d*, la parte de esa restitución no incluida en las excepciones es exigible.

34. La primera excepción, enunciada en el apartado *a*, es la imposibilidad material. El calificativo «materialmente» debe entenderse en el sentido de imposibilidad física. La expresión «materialmente imposible» es general, pero no incluye la imposibilidad jurídica. Se refiere a los supuestos en que, por ejemplo, la cosa de que ha sido despojado el Estado lesionado ha sido destruida o dañada o ha dejado de estar en posesión del Estado agente y no puede ser recuperada.

35. La segunda excepción, enunciada en el apartado *b*, determina que el Estado lesionado no tenga derecho a la restitución en especie cuando esa forma de reparación entrañe la violación de una obligación nacida de una

norma imperativa de derecho internacional general. En tal caso, el Estado lesionado deberá optar, pues, por otra forma de reparación. El enunciado aprobado por el Comité de Redacción es idéntico al que había propuesto el Relator Especial.

36. Las excepciones tercera y cuarta recogen la idea de que la restitución no debe ser «excesivamente onerosa». Como se recordará, la propuesta del Relator Especial incluía un apartado que establecía una excepción relativa al carácter excesivamente oneroso de la restitución, mientras que ese concepto se definía en otro párrafo. El Comité de Redacción ha estimado que tal concepto no era muy acertado y que se presentaba de tal forma que hacía inclinar la balanza a favor del Estado autor del hecho lesivo. Ha optado, pues, por la solución recogida en el texto que se examina y que consiste en no mencionar el concepto en absoluto sino en expresar su contenido en el marco de las excepciones a la restitución.

37. En lo que concierne al sentido de la expresión «excesivamente onerosa», el Comité de Redacción ha considerado, como el Relator Especial, que ese concepto debía entenderse en el sentido de una comparación entre la situación del Estado autor del hecho lesivo y la del Estado lesionado. Se puede proceder a esa comparación de dos maneras. La primera consiste en comparar la pérdida que el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito sufre al proceder a la restitución en especie con la ventaja que obtiene el Estado lesionado al lograr la restitución en vez de otras formas de reparación, y la segunda en comparar la pérdida que sufrirá el Estado autor del hecho lesivo si procede a la restitución con la pérdida que sufrirá el Estado lesionado si no obtiene la restitución. Los apartados *c* y *d* han sido redactados teniendo en cuenta esos dos modos de comparación. A tenor del apartado *c*, la restitución debe otorgarse si no entraña una carga desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización. Las palabras «una carga totalmente desproporcionada» indican que debe haber una desproporción manifiesta entre la carga que la restitución en especie entrañaría para el Estado autor del hecho lesivo y la ventaja que el Estado lesionado obtendría al lograr la restitución en vez de la indemnización. La fórmula propuesta dispensa al Estado autor del hecho lesivo de la restitución en especie sólo si el Estado lesionado puede obtener una reparación efectiva y suficiente mediante el pago de una indemnización. Implica una comparación entre la ventaja que el Estado lesionado obtendría de la restitución en especie y la que obtendría de la indemnización. Algunos miembros del Comité de Redacción expresaron el temor de que ese apartado diera pie a evaluaciones subjetivas. Otros opinaron que normalmente los Estados interesados pactarían sobre la cuestión, que se resolvería por acuerdo mutuo. En otro caso, y si finalmente se recurre a una solución por intervención dirimente de un tercero, la excepción establecida en el apartado *c* se aplicará teniendo en cuenta las circunstancias.

38. El apartado *d* dispone que el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no está obligado a proceder a la restitución en especie cuando esa restitución comprometa gravemente su independencia política o su estabilidad económica, siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo —su independencia política y su estabilidad económica no resultarían comprometidas en la misma medida— si no obtuviese la restitución en especie. En el supuesto de que la restitución en especie comprometiera la independencia política o la estabilidad económica del Estado autor del hecho lesivo pero que la falta de restitución en especie afectase al Estado lesionado en la misma medida, prevalecería por supuesto el interés de este último y la restitución en especie sería exigible. Se advertirá que, en el apartado *d*, la comparación se establece entre la restitución en especie, por una parte, y otras formas de reparación, por otra. Como en el caso del apartado *c*, el resultado dependerá de la situación de hecho. Al Comité de Redacción no se le oculta que el apartado *d* versa sobre supuestos excepcionales, pero está convencido de que tal disposición responde a una preocupación que comparten muchos Estados y que, por lo tanto, es útil. En cuanto al título del artículo, es el mismo que había propuesto el Relator Especial.

39. En lo que concierne al artículo 8 (Indemnización), en el párrafo 1 el Comité de Redacción ha tomado como punto de partida la primera de las dos variantes[9] propuestas por el Relator Especial, por estimar que expresaba la misma idea que la segunda, pero más sencillamente.

40. Las palabras «podrá obtener» han sido tomadas del párrafo inicial del artículo 7. También en este caso el verbo «obtener» indica claramente que la disposición tiene por objeto garantizar el derecho sustantivo o de fondo del Estado lesionado a obtener una indemnización y no el derecho adjetivo o de forma de exigir una indemnización.

41. El Comité de Redacción ha suprimido el término «pecuniaria» por estimar que limitaba indebidamente las formas que podría adoptar la indemnización (por ejemplo, la forma de bienes fungibles como el petróleo o el ganado).

42. Las palabras «causado por ese hecho» indican que debe existir un nexo causal entre el hecho y el daño. Esa condición se enunciaba en el párrafo 3 del artículo propuesto por el Relator Especial. El Comité de Redacción ha estimado que las palabras «causado por ese hecho» expresaban la idea de manera mucho más sucinta e igualmente precisa, dado que la expresión «nexo causal ininterrumpido» que figuraba en el texto anterior no era realmente esclarecedora en cuanto a la naturaleza del nexo exigido. Así pues, el párrafo 3 ha sido suprimido. No obstante, el comentario contendrá explicaciones dedicadas al nexo causal. Las palabras finales «si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie y en la medida en que no lo haya sido», aclaran la relación entre la restitución en especie y la indemnización como formas de reparación. Las palabras «si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie» tienen en cuenta la posibilidad de que la restitución en especie quede totalmente excluida, ya por efecto de los apartados *a* a *d* del artículo 7, ya porque el Estado lesionado prefiera que el daño sea íntegramente reparado mediante la indemnización.

[9] Véase 2280.ª sesión, nota 13.

43. Las palabras «y en la medida en que no lo haya sido» se refieren a las otras dos hipótesis, la primera de las cuales es la de que la restitución en especie sólo sea parcialmente posible en virtud del artículo 7 y la segunda la de que el Estado lesionado haya optado por una reparación que combine la restitución en especie y la indemnización. En todos los casos, el Estado lesionado podrá obtener la íntegra reparación en virtud del párrafo 1 del artículo 6 *bis*.

44. Por último, el Comité de Redacción ha suprimido las palabras finales del texto del Relator Especial: «[...] de la cuantía necesaria para compensar cualquier daño no reparado mediante la restitución en especie», por la razón de que, como indica claramente el artículo 7, el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito es en realidad una función de la restitución en especie y no de la indemnización.

45. El Comité de Redacción, cuando examinó el artículo 8, dedicó cierto tiempo a la cuestión que trataba el Relator Especial en el párrafo 4 de su artículo 7 (Restitución en especie), a saber, la posibilidad de elección ofrecida al Estado lesionado entre la restitución en especie y la indemnización, o una combinación de ambas. Como tanto el artículo 7 como el artículo 8 establecen un derecho del Estado lesionado, el Comité de Redacción opinó que una disposición especial sobre esta cuestión no era necesaria en el caso de una situación bilateral, habida cuenta en particular de las palabras «indistintamente o por varias de esas formas» que figuran en el párrafo 1 del artículo 6 *bis*. No obstante, el Comité de Redacción es consciente de que, en caso de pluralidad de Estados lesionados, pueden surgir problemas si esos Estados lesionados optan por formas de reparación diferentes. Estima que esta cuestión forma parte de una serie de cuestiones que se plantean cuando hay varios Estados igual o desigualmente lesionados. Esta cuestión tiene repercusiones tanto en lo que concierne a las consecuencias sustantivas o de fondo como a las consecuencias adjetivas, procesales o de forma, y el Comité de Redacción tiene el propósito de volver a examinarla cuando estudie estas últimas.

46. El párrafo 2 del artículo 8 reúne las ideas expresadas en los párrafos 2 y 3 del artículo 8 y en el artículo 9 (Intereses)[10] originalmente propuestos por el Relator Especial. El Comité de Redacción ha estimado que esas ideas podían expresarse de manera muy sucinta indicando lo que la indemnización debía cubrir a los efectos del artículo 8.

47. La Comisión recordará sin duda que, de acuerdo con el planteamiento adoptado por el Relator Especial en el párrafo 2 de su artículo 8, la indemnización debía cubrir el daño moral sufrido por los nacionales del Estado lesionado. En opinión del Comité de Redacción, la relación entre el Estado lesionado y sus nacionales es una norma primaria cuyo lugar no está en la sección que ahora se examina. El Comité ha conservado la idea generalmente aceptada de «daño económicamente valorable». El Presidente del Comité de Redacción señala que, como ha explicado ya, la exigencia de un nexo causal entre el daño y el hecho internacionalmente ilícito se enuncia en el párrafo 1, por lo que no ha sido recogida también en la definición del término «daño».

48. El final del párrafo, «y podrá incluir los intereses y, cuando proceda, las ganancias dejadas de obtener», corresponde al párrafo 3 del artículo 8 y al artículo 9 propuestos por el Relator Especial. No se le ocultan al Comité de Redacción las controversias que han suscitado cuestiones como la del método de evaluación del lucro cesante, la de si los intereses y la indemnización del lucro cesante se excluyen recíprocamente o son acumulables y la del momento en que empieza a correr y el momento en que termina el plazo durante el cual se devengan intereses. Ha estimado, sin embargo, que sería sumamente difícil elaborar, sobre tales cuestiones, normas precisas que pudieran obtener un amplio apoyo, en especial porque la práctica relativa a todos esos aspectos es muy diversa. Ha considerado preferible, pues, establecer un principio general y enunciarlo de manera bastante flexible, dejando al arbitrio del juez o del tercero participante en la solución del litigio la determinación en cada caso de si deben pagarse intereses o indemnizarse las ganancias dejadas de obtener, o ambas cosas. El elemento decisivo a este respecto es, naturalmente, la necesidad de lograr la «íntegra reparación» del daño, a que se refiere el artículo 6 *bis*.

49. En el texto que se examina, los intereses y la indemnización de las ganancias dejadas de obtener no están colocados en pie de igualdad. Aunque el verbo «podrá» indica que no se devengarán automáticamente intereses, el texto propuesto, al limitar la referencia a las ganancias dejadas de obtener mediante la expresión «cuando proceda», reconoce que el pago de intereses es más frecuente que la indemnización del lucro cesante. El texto deja en pie asimismo la cuestión de si, en un caso determinado, la indemnización podrá cubrir tanto los intereses como las ganancias dejadas de obtener.

50. El título del artículo, que antes era «Reparación por equivalencia», ha sido sustituido por el de «Indemnización», más fácilmente inteligible.

51. Por último, el Presidente del Comité de Redacción indica que éste no ha podido, por falta de tiempo, examinar a fondo la cuestión de si alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 7 debe ser tomada en consideración en el contexto del artículo 8. El Comité de Redacción se propone volver a examinar esta cuestión más adelante.

52. El artículo 10 (Satisfacción) también formaba parte de los artículos remitidos al Comité de Redacción en el 42.° período de sesiones de la Comisión, en 1990. El texto propuesto por el Relator Especial[11] se refería a la vez a la satisfacción y a las garantías de no repetición. A juicio del Comité de Redacción, existe una considerable diferencia entre esos dos conceptos. La satisfacción se presta por razón del daño causado por el hecho ilícito, mientras que las garantías de no repetición no guardan generalmente ninguna relación con el daño causado y

[10] *Ibid.*

[11] *Ibid.*

pueden ser otorgadas en ciertos casos aun cuando se haya reparado íntegramente el daño sufrido. El Comité de Redacción ha decidido, pues, dedicar a la satisfacción y a las garantías de no repetición disposiciones separadas, es decir, los artículos 10 y 10 *bis*.

53. El artículo 10, por lo tanto, sólo versa sobre la satisfacción. Los textos propuestos por el Comité de Redacción y por el Relator Especial difieren tanto desde el punto de vista de la estructura como del contenido. Por lo que respecta a la estructura, el texto propuesto por el Relator Especial constaba de cuatro párrafos: el párrafo 1 versaba sobre los tipos de daño por los que hay que dar satisfacción y las formas que ésta puede adoptar; el párrafo 2 establecía un vínculo entre la obligación violada y las formas o modalidades de satisfacción; el párrafo 3 se refería a los supuestos en que la declaración de la ilicitud del hecho por un tribunal se consideraría una modalidad de satisfacción apropiada; y, por fin, el párrafo 4 puntualizaba que la satisfacción no puede adoptar una forma humillante para el Estado autor del hecho lesivo.

54. En la versión propuesta por el Comité de Redacción, el artículo 10 consta sólo de tres párrafos. El párrafo 1 se refiere a las circunstancias en que puede obtenerse satisfacción, el párrafo 2 a las diversas formas en que puede darse satisfacción y el párrafo 3 a las exigencias inaceptables en materia de satisfacción.

55. El texto presentado por el Comité de Redacción y el propuesto por el Relator Especial presentan asimismo diferencias de fondo. El texto del Relator Especial confería a la satisfacción el carácter de una obligación del Estado autor del hecho ilícito. Esa forma de reparación se limitaba además en ese texto a los casos en que el hecho ilícito hubiera causado «un daño jurídico o moral que no pueda ser reparado mediante la restitución en especie o una indemnización pecuniaria». En el Comité de Redacción prevaleció el punto de vista de que podían darse supuestos en que una forma de satisfacción fuera, para el Estado lesionado, más importante que la restitución o la indemnización, si —y esto es una condición importante— obtener satisfacción era necesario para que la reparación fuera íntegra y en la medida en que fuese necesario. No obstante, ese punto de vista no fue compartido por todos los miembros del Comité de Redacción. Algunos, que estimaban que la satisfacción debía reservarse para el supuesto de daño moral, no estaban de acuerdo con el enunciado del artículo, pero no se opusieron a su aprobación.

56. En el enunciado aprobado por el Comité de Redacción, el artículo 10 dispone que el Estado lesionado podrá obtener satisfacción. Aun reconociendo que, en la práctica, la satisfacción se da en la mayoría de los casos por un daño moral, el Comité de Redacción no ha querido excluir su aplicación a otras formas de daño. Esta interpretación se desprende del párrafo 1, que establece que el Estado lesionado podrá obtener satisfacción «por el daño, en particular el daño moral», causado por el hecho ilícito. El Comité de Redacción tampoco deseaba ampliar el ámbito de aplicación de la satisfacción. A su juicio, esta forma de reparación, si se da por un daño material, sustituye a la restitución en especie o a la indemnización. Por consiguiente, un Estado lesionado no puede obtener, por razón del mismo daño, la restitución en especie o la indemnización y la satisfacción. Puede, si lo desea, elegir entre las tres formas de reparación por el mismo daño. La idea de que se trata del mismo daño es importante, puesto que puede haber varios tipos de daño resultante de un mismo hecho ilícito. Pero el Estado lesionado no puede exigir satisfacción por un daño en razón del cual ha obtenido ya una indemnización o la restitución. La cláusula que figura al final del párrafo, o sea, «si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario», tiene por objeto precisamente servir de apoyo a esa interpretación. Las palabras «si ello es necesario para que la reparación sea íntegra», están destinadas a poner de manifiesto que puede haber casos en que es posible que no se dé satisfacción. Las palabras «y en la medida en que sea necesario» pretenden descartar la posibilidad de que se otorgue al Estado lesionado doble reparación por el mismo daño, impedir en realidad que el Estado lesionado sea «sobreindemnizado». El Comité de Redacción estimó que ese aspecto debería explicarse con más detalle en el comentario relativo al artículo.

57. El párrafo 2 contiene una lista exhaustiva de las formas de satisfacción. Los apartados *a* y *b* recogen formas de satisfacción propuestas por el Relator Especial. El apartado *c* versa sobre lo que el *common law* denomina *«exemplary damages»* (indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar o punitivo). Se trata de un grado superior de indemnización de daños y perjuicios otorgada a la parte lesionada además del equivalente de la pérdida real cuando al perjuicio que se le ha causado se suman circunstancias agravantes: violencia, opresión, malicia, fraude, actos malintencionados de la parte culpable. Este tipo de reparación tiene como finalidad «servir de escarmiento». El Comité de Redacción no ha conservado la expresión *«exemplary damages»* porque no parece tener equivalente en otros idiomas, pero ha decidido utilizar el contenido del concepto que ella designa. En el comentario se explicará que ese apartado expresa lo que hay que entender por *«exemplary damages»*. Conviene agregar que, en opinión del Comité de Redacción, se trata de una forma de satisfacción que sólo es posible en determinados casos. La fórmula «en caso de vulneración manifiesta» tiende a expresar esa idea, colocando alto el nivel por encima del cual ese tipo de satisfacción resulta posible.

58. El apartado *d* establece que el castigo de los responsables puede ser una forma de satisfacción. El Comité ha introducido algunas modificaciones en la fórmula propuesta por el Relator Especial, a fin de que esa disposición pueda aplicarse tanto a personas como a grupos y tanto a funcionarios públicos como a particulares. A tenor de ese apartado, si el hecho ilícito resulta de falta grave de funcionarios públicos o de comportamiento delictivo de particulares, el Estado lesionado puede exigir satisfacción en forma de castigo de esas personas. Este apartado se ha redactado de forma que quede claro que el comportamiento delictivo exige el castigo tanto si es imputable a funcionarios públicos como a particulares, mientras que las medidas disciplinarias sólo pueden aplicarse, por supuesto, a funcionarios públicos.

59. El Comité de Redacción estima que no hay que reservar a este apartado un amplio campo de aplicación. Dado su carácter particular, esa forma de satisfacción de-

bería estar limitada a circunstancias muy especiales. Si no se limitase el ámbito de aplicación del apartado *d*, se produciría una excesiva injerencia en los asuntos internos de los Estados. Por esta razón, se ha agregado el término «grave» para calificar la «falta» de los funcionarios públicos. En opinión del Comité, el comentario debería explicar el carácter particular de esa forma de satisfacción y aclarar que sólo será posible en raros casos.

60. El párrafo 3 es una versión revisada del párrafo 4 del artículo 10 propuesto por el Relator Especial. Dicho párrafo establece que el derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no justifica demandas que menoscaben la dignidad del Estado autor del hecho lesivo. Se trata, pues, de impedir que el Estado lesionado abuse de su derecho a obtener satisfacción. Hay que señalar que el término «humillantes», que figuraba en la propuesta del Relator Especial, ha sido sustituido por «que menoscaben la dignidad», fórmula que el Comité ha juzgado más acertada. El Comité ha suprimido asimismo del texto propuesto por el Relator Especial la referencia a «la violación de la igualdad soberana o la jurisdicción interna» por el temor de que esas cláusulas de salvaguardia pudieran ser utilizadas por el Estado culpable en mayor medida de lo que sería razonable para negarse a dar satisfacción. Tal como está redactado, el párrafo concede una protección suficiente al Estado autor del hecho lesivo.

61. El Comité de Redacción ha suprimido el párrafo 2 que figuraba en la propuesta original del Relator Especial. Este párrafo disponía que la elección de las formas de satisfacción se efectuaría teniendo en cuenta la importancia de la obligación violada y la existencia o el grado de intención dolosa o negligencia del Estado autor del hecho ilícito. El Comité de Redacción ha estimado que la idea que se expresa en ese párrafo figuraba ya en el nuevo párrafo 2 del artículo 10, tanto más cuanto que la expresión «reparación... íntegra» del final del párrafo 1 evitaría los riesgos de sobreindemnización del Estado lesionado. Esta idea podrá exponerse mejor en el comentario al artículo.

62. El Comité de Redacción ha suprimido también el párrafo 3 del texto propuesto por el Relator Especial. Este párrafo establecía que la declaración de la ilicitud del hecho por un tribunal internacional competente podía constituir de por sí una forma de satisfacción apropiada. A juicio del Comité de Redacción, si los Estados interesados no pueden resolver su controversia, el asunto se someterá a un tribunal, e incumbirá entonces a éste declarar que el Estado culpable ha cometido un hecho ilícito. Esa declaración no puede constituir de por sí una forma de satisfacción. Estas son las razones que han inducido al Comité a suprimir ese párrafo. Por supuesto, la supresión del párrafo no impide que un tribunal decida que esa declaración constituye una forma de satisfacción, ni que un Estado lesionado exija esa declaración en concepto de satisfacción. Quizás convendría aclarar más este aspecto en el comentario.

63. El título del artículo, que corresponde a su contenido, es «Satisfacción».

64. En cuanto al artículo 10 *bis* (Seguridades y garantías de no repetición), el Presidente del Comité de Redacción señala que el Comité considera que las seguridades y garantías de no repetición no constituyen propiamente una forma de reparación y que, por lo tanto, deben ser objeto de una disposición separada. El Comité opinó asimismo que se trataba de una forma más bien excepcional de reparación que no convenía que pudiera hacer valer todo Estado lesionado, sobre todo si se tenía en cuenta el sentido amplio conferido a esa expresión a tenor del artículo 5 de la segunda parte.

65. La salvedad «cuando proceda» tiene por objeto introducir en el artículo el margen de maniobra necesario a este respecto y, de hecho, deja al arbitrio del juez (u otro tercero que haya de aplicar estas normas) la determinación de si, en el caso de que se trate, está justificado que se den seguridades o garantías de no repetición. Las condiciones de otorgamiento de esa forma de reparación deberían ser, por ejemplo, la existencia de un riesgo real de repetición y el hecho de que el Estado demandante haya sufrido ya un daño apreciable. El Comité de Redacción ha considerado que quizás convendría también aclarar más este punto en el comentario presentado por el Relator Especial. Dicho esto, el resto del texto no requiere explicaciones ni aclaraciones suplementarias.

66. Para terminar, el Presidente del Comité de Redacción suscribe en general las directrices propuestas por el Grupo de Planificación (A/CN.4/L.473/Rev.1) en lo que concierne a la composición y los métodos de trabajo del Comité de Redacción. Teniendo en cuenta las enseñanzas que ha podido sacar de los trabajos del Comité, en especial durante este período de sesiones, desea añadir algunas observaciones de orden general.

67. En primer lugar, la Comisión debería tener por norma —norma tan reiterada en diversas ocasiones— sólo remitir al Comité de Redacción los artículos que hubieran sido objeto de un examen suficiente y se considerasen listos para un trabajo de redacción, con indicación de las principales tendencias que se desprendieran de los debates sobre cada proyecto de artículo.

68. En segundo lugar, convendría dar al Comité de Redacción tiempo suficiente para el desempeño del cometido que le ha sido confiado, a fin de que pueda llevar a cabo su labor durante la primera mitad del período de sesiones y presentar su informe lo antes posible. Convendría esforzarse por evitar que se produzca una situación en que las sesiones del Comité se alarguen hasta las últimas semanas del período de sesiones. El Relator Especial o un grupo de trabajo constituido en el ámbito del Comité de Redacción podría someter entonces los comentarios a los artículos aprobados por el Comité para que fueran examinados. Al mismo tiempo, los miembros de la Comisión tendrían la posibilidad de examinar como es debido los artículos y los comentarios correspondientes.

69. En tercer lugar, la Comisión debería adoptar las disposiciones necesarias para evitar toda acumulación de los artículos remitidos de un período de sesiones a otro, fenómeno que incrementa la carga de trabajo del Comité de Redacción durante los dos últimos períodos de sesiones de cada mandato de la Comisión.

70. El Presidente del Comité de Redacción recuerda por último su propuesta de que el texto de los artículos aprobados por el Comité de Redacción se incluya en un anexo del informe de la Comisión.

71. El PRESIDENTE da las gracias al Presidente del Comité de Redacción por su excelente informe, en el que ha expuesto de manera detallada la labor realizada por el Comité de Redacción. Recuerda que no se ha previsto debatir en el Pleno el fondo de ese informe ni el de los artículos presentados, dado que esos artículos no serán aprobados este año ni remitidos a la Asamblea General. Ese debate se celebrará el próximo período de sesiones a la luz de los comentarios que formule el Relator Especial antes de la apertura del siguiente período de sesiones. Invita, no obstante, a los miembros de la Comisión que deseen hacer propuestas sobre el curso que conviene dar al informe del Comité de Redacción a que hagan uso de la palabra.

72. El Sr. YANKOV (Presidente del Comité de Redacción) se refiere a su anterior propuesta de que se incluya el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en un anexo del informe de la Comisión y se declara dispuesto, para facilitar la tarea de la Comisión, a retirar esa propuesta en vista de las explicaciones que acaba de dar el Presidente.

73. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) felicita y expresa su más sincero agradecimiento al Presidente del Comité de Redacción por su excelente informe. Si bien está esencialmente de acuerdo con las propuestas del Presidente del Comité de Redacción, considera sin embargo que, habida cuenta de la complejidad y la dificultad del tema, debe reservarse su posición sobre los artículos presentados por el Comité de Redacción hasta que haya podido reflexionar sobre ellos y efectuar una nueva labor personal sobre sus diferentes aspectos.

74. El Sr. KOROMA felicita al Presidente del Comité de Redacción por su exposición tan instructiva y lamenta que el Pleno de la Comisión no haya tenido tiempo de debatir en detalle el informe. Desea asimismo dar las gracias a los miembros del Comité de Redacción, así como al Relator Especial por su labor sobre el tema de la responsabilidad de los Estados.

75. En general, considera que los artículos redactados por el Comité de Redacción son muy útiles y pueden hacer progresar los trabajos de la Comisión sobre el tema, si bien tiene que formular algunas reservas en lo que concierne tanto a la interpretación como al texto de determinados artículos. Espera, con todo, que esas reservas se disiparán cuando los proyectos de artículos presentados por el Comité de Redacción se examinen en el próximo período de sesiones.

76. El Sr. PELLET felicita al Comité de Redacción y a su Presidente por la excelente labor que han realizado. Lamenta que la Comisión no tenga tiempo para examinar en el Pleno los artículos presentados por el Comité de Redacción. Ese tipo de inconveniente podría evitarse si se dividiera en dos partes el período de sesiones. Hubiera deseado, por su parte, decir algunas palabras sobre la relación de los artículos 6 a 10 *bis* entre sí, pero está dispuesto a esperar hasta el próximo período de sesiones para formular sus observaciones si así lo desea la Comisión.

77. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER considera inadmisible que, pese al enorme trabajo que ha realizado el Comité de Redacción y el excelente informe presentado por su Presidente, la Comisión no tenga nada que proponer a la Asamblea General sobre el tema de la responsabilidad de los Estados en 1992.

78. Muchos miembros de la Comisión que acaban de ser elegidos participaban por primera vez este año en el debate sobre este tema especialmente importante para los países del Tercer Mundo y sería de lamentar que la Sexta Comisión tuviera la impresión de que no se ha hecho nada durante 12 semanas completas de reuniones. Aunque subsistan algunos desacuerdos en cuanto al fondo de los artículos 6 a 10 *bis*, ha habido ya un debate sobre los aspectos esenciales de esos artículos, y se pregunta si, en vista de ello, no debería hacer suya la propuesta hecha y luego retirada por el Presidente del Comité de Redacción de que se incluya el texto de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados en un anexo del informe de la Comisión.

79. El PRESIDENTE señala que la Comisión no tiene por costumbre transmitir a la Asamblea General el texto de unos artículos que no van acompañados de sus comentarios y que no han sido aprobados por el Pleno de la Comisión. Más vale tomar nota del informe del Comité de Redacción y limitarse a dar a la Asamblea General unas indicaciones generales sobre la labor realizada, comunicándole, por ejemplo, el título de los artículos redactados, pero sin proporcionarle el texto.

80. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, según el Presidente del Comité de Redacción, la Comisión aceptó hace mucho tiempo la idea de que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debía estar constituido por tres partes, a saber, una primera parte dedicada a la definición del hecho internacionalmente ilícito, una segunda parte dedicada a las consecuencias y «eventualmente» una tercera parte dedicada al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad. En opinión del Relator Especial, la palabra «eventualmente» sobra. Sin prejuzgar la decisión final de la Comisión sobre este último punto, le parece indudable que, por ahora, ese tercer aspecto forma parte integrante del proyecto.

81. El Sr. BENNOUNA, refiriéndose a la línea de conducta propuesta por el Presidente, dice que, si se decide efectivamente no transmitir los artículos sobre la responsabilidad de los Estados a la Asamblea General, se sumará a las protestas formuladas por el Sr. Villagrán Kramer. Considera inadmisible, en efecto, que la Comisión haya trabajado durante todo un período de sesiones sobre este tema sin remitir a la Asamblea General propuestas concretas que permitan mantener el diálogo entre los períodos de sesiones. Sería partidario por su parte de transmitir a la Asamblea General el informe del Presidente del Comité de Redacción, incluidos los artículos aprobados provisionalmente por el Comité, para conocer por lo menos las reacciones de la Asamblea sobre el tema.

82. El Sr. SZEKELY opina también que, después de todo el trabajo realizado por el Presidente y los miembros del Comité de Redacción, sería decepcionante no tener nada que transmitir a la Asamblea General. Pero, por otro lado, si la Comisión transmite a la Asamblea un trabajo a medio terminar, se expondrá también a la crítica. Esto demuestra que hay que replantearse los métodos

de trabajo de la Comisión y que ésta debe forzosamente encontrar el medio de transmitir sistemáticamente artículos a la Asamblea General.

83. El Sr. KOROMA reconoce que las observaciones hechas por el Sr. Villagrán Kramer son fundadas. La Comisión, si no transmite el informe del Comité de Redacción y el texto de los proyectos de artículos a la Asamblea General, corre el riesgo de ser criticada por no haber hecho bastante. Pero, por otro lado, es inconcebible que la Comisión transmita esos artículos a la Asamblea General antes de que hayan sido debatidos en la propia Comisión. La inclusión del texto de esos proyectos de artículos en el informe constituiría para los miembros de la Sexta Comisión una invitación a formular observaciones que quizás no sean deseables por ahora. Habría que encontrar un término medio. Propone, pues, que la Comisión se limite a mencionar en su informe el título de los artículos, artículos a los que el Presidente de la Comisión podría referirse también al presentar el informe de la Comisión a la Asamblea General para dar una idea de la labor realizada sobre el tema de la responsabilidad de los Estados. Por otra parte, la Comisión ha celebrado un intenso debate sobre la cuestión de las consecuencias «adjetivas» o «procesales» del hecho internacionalmente ilícito, y sobre la cuestión de la creación de una jurisdicción penal internacional, por lo que tiene material suficiente para transmitirlo a la Asamblea General.

84. El Sr. CALERO RODRIGUES comparte las preocupaciones expresadas por ciertos miembros pero, como no ha sido posible presentar ningún comentario al Pleno de la Comisión, estima más prudente no transmitir los proyectos de artículos a la Asamblea General. Si se pidiese a la Asamblea General que comentara el texto de unos artículos antes de que la Comisión misma haya tenido la oportunidad de examinarlos, se invertiría el procedimiento normal. Por otra parte, el Grupo de Planificación ha recomendado a la Comisión en el apartado 6 del párrafo 29 de su informe (A/CN.4/L.473/Rev.1), que adopte para la redacción de su informe el principio según el cual:

> Cuando en el examen de un tema o una cuestión sólo se hayan logrado resultados parciales, y tales resultados sólo puedan ser debidamente evaluados por la Sexta Comisión después de agregar otros elementos, la información consignada en el informe debe ser muy sucinta, e indicarse que la cuestión se presentará de forma más completa en un futuro informe.

Nada impedirá que la Asamblea General comente el texto de estos proyectos de artículos después de que hayan sido examinados por la Comisión.

85. Por ahora, las indicaciones que figuran en el proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones parecen suficientes, aunque la redacción no sea totalmente satisfactoria.

86. El Sr. BOWETT comparte las opiniones del Sr. Villagrán Kramer y el Sr. Bennouna. También le es difícil aceptar que la Comisión remita a la Asamblea General un informe en el que no se reseñe la enorme labor realizada sobre el tema de la responsabilidad de los Estados. Reconoce, sin embargo, que los proyectos de artículos no pueden remitirse a la Asamblea General para que ésta los examine sin haber sido previamente objeto de un debate y sin una decisión de la propia Comisión. Pero no ve por qué no debería ser posible incluir en un anexo del informe de la Comisión el texto de los proyectos de artículos y un resumen del informe del Presidente del Comité de Redacción, a título de información y para poner de manifiesto la importancia del trabajo realizado.

87. El Sr. ROSENSTOCK se plantea, en realidad, dos cuestiones distintas: la primera concierne a los métodos de trabajo de la Comisión, que resultan improductivos y que deberían ser reexaminados, y la segunda a la cuestión de lo que conviene hacer con el texto de los proyectos de artículos y el informe del Comité de Redacción. A su juicio, no serviría de nada incluir ese informe y esos proyectos de artículos en una adición o un anexo, ya que el sólo hecho de someter un texto constituye una invitación a discutirlo, lo que no parece deseable por ahora. En su opinión bastaría que el informe de la Comisión reseñara de forma suficientemente detallada el trabajo realizado. Comparte a este respecto la opinión expresada, entre otros, por el Sr. Koroma.

88. El Sr. PELLET opina que no hay que dar la impresión de que la Comisión no tiene nada concreto que presentar a la Asamblea General, siendo así que su Comité de Redacción ha celebrado 27 reuniones. La solución podría consistir en ampliar los párrafos del informe de la Comisión dedicados a la reseña de la labor realizada sobre estos artículos, incluyendo un resumen muy denso de lo que ha dicho el Presidente del Comité de Redacción al presentar los proyectos de artículos aprobados por el Comité. Habría que incluir en nota de pie de página el texto de los proyectos de artículos, cosa indispensable para poder comprender la exposición del Presidente del Comité de Redacción.

89. El Sr. MIKULKA cuestiona vehementemente la idea de que la Comisión podría dar la impresión de no haber trabajado bastante. Esto significa hacer muy poco caso de los progresos que ha realizado sobre la cuestión de un tribunal penal internacional.

90. El Sr. Calero Rodrigues ha recordado oportunamente la línea de conducta que el Grupo de Planificación ha recomendado que adopte la Comisión para la redacción de su informe. Hay que atenerse a ese principio, pero en vez de presentar en forma «muy resumida» los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados se podría ampliar el pasaje correspondiente del informe. En cualquier caso, hay que evitar someter a la Asamblea General textos que la Comisión no ha examinado todavía. El Presidente de la CDI podría incluir en su presentación del informe de la Comisión a la Sexta Comisión un texto en el que se reprodujera la exposición del Presidente del Comité de Redacción y el texto de los artículos. Esto pondría claramente de manifiesto que estos artículos constituyen todavía un simple proyecto y permitiría frenar cualquier debate sobre ellos, puesto que no se presentarían oficialmente.

91. El Sr. JACOVIDES opina que la Comisión podría contentarse con indicar la materia sobre la que versan los artículos aprobados por el Comité de Redacción e incluir amplios pasajes de la exposición del Presidente del Comité de Redacción en el informe de la Comisión.

92. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER expresa su inquietud por el hecho de que la Comisión tropiece con dificultades que afectan a sus métodos de trabajo. Ya ha tenido que improvisar una solución para presentar los resultados de sus trabajos sobre la creación de un tribunal penal internacional. En el presente caso, la idea de incluir el texto de los proyectos de artículos en una nota de pie de página no es mala, ya que la Comisión siempre debe indicar claramente lo que ha hecho y lo que está haciendo. Como su composición ha sido renovada recientemente, sería demasiado fácil criticarla por la parvedad de los resultados logrados. Ahora bien, aunque acepta de buena gana que se le reprenda por sus ideas, no puede admitir que se le acuse de inacción.

93. El Sr. CALERO RODRIGUES plantea una cuestión de orden y señala que se está debatiendo el informe de la Comisión en vez del informe del Comité de Redacción. Pide que se cree un grupo de trabajo encargado de redactar una nueva versión de los párrafos del informe en los que la Comisión expone la labor que ha realizado en relación con los artículos del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

94. El Sr. SZEKELY comparte la opinión del Sr. Villagrán Kramer: es importante dar a conocer a la Asamblea General el fruto de la labor de la Comisión. Estima que la mejor solución es una nota de pie de página. Si se constituye un grupo de trabajo, será preciso encargarle que estudie todas las opciones posibles y no una solución única.

95. El Sr. SHI opina que sería muy peligroso presentar a la Asamblea General el texto de los proyectos de artículos, sea cual fuere la forma en que se haga, ya que si los representantes en la Sexta Comisión empiezan a hacer observaciones sobre ellos, lo que allí se diga atará las manos de la CDI. Ahora bien, los miembros de ésta deben conservar en todo momento su libertad de investigación.

96. El Sr. KOROMA y el Sr. MAHIOU aprueban la idea de constituir un pequeño grupo de trabajo.

97. El Sr. CRAWFORD comparte sin reservas la opinión del Sr. Mikulka. Si no se aprueba la propuesta de éste, estará de acuerdo en que se constituya un pequeño grupo de trabajo.

98. El Sr. EIRIKSSON se declara convencido por el argumento del Sr. Shi. Sin embargo, con ánimo de avenencia, está dispuesto a aceptar la solución del Sr. Mikulka.

99. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA cree que no hay que temer más de la cuenta la opinión de la Asamblea General. Los informes de la Comisión cambian de un año a otro y no son siempre tan densos, sin que ello tenga ninguna significación en lo que respecta a la seriedad de su labor. En su opinión, aunque haya que evitar incluir en el informe de la Comisión el texto mismo de los proyectos de artículos, se podría por lo menos presentar en él un resumen de la exposición del Presidente del Comité de Redacción.

100. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide encomendar a un pequeño grupo de trabajo, constituido por los miembros interesados, la cuestión del lugar que conviene reservar en el informe de la Comisión a los proyectos de artículos 6 a 10 *bis* sobre la responsabilidad de los Estados y al comentario correspondiente del Presidente del Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2289.ª SESIÓN

Lunes 20 de julio de 1992, a las 16.10 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer.

Responsabilidad de los Estados *(conclusión)* [A/CN.4/440 y Add.1[1], A/CN.4/444 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/L.469, secc. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN *(conclusión)*

1. El PRESIDENTE dice que el grupo de trabajo oficioso creado en la sesión anterior ha llegado a la siguiente fórmula de avenencia: en lugar de los párrafos 15 y 16 del capítulo III del proyecto de informe de la Comisión relativo a la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/L.478), se introducirá una nueva subsección que figurará antes de la subsección 2 con el título «Proyectos de artículos contenidos en el informe preliminar y el segundo informe del Relator Especial», seguida por los párrafos 15 y 16 revisados, que dicen:

> «15. En su 2288.ª sesión, la Comisión oyó la presentación hecha por el Presidente del Comité de Redacción de un informe del Comité (A/CN.4/L.472) acerca de sus trabajos sobre los proyectos de artículos relativos a la responsabilidad de los Estados que figuran en el informe preliminar y el segundo informe del Relator Especial y que fueron remitidos al Comité en los períodos de sesiones 41.° y 42.° de la Comisión.

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

[2] Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

El Comité de Redacción dedicó 25 sesiones al examen de esos proyectos de artículos y consiguió concluir su trabajo sobre ellos. El Comité de Redacción adoptó en primera lectura un nuevo párrafo 2 que ha de incluirse en el artículo 1, así como los artículos 6 (Cesación del comportamiento ilícito), 6 *bis* (Reparación), 7 (Restitución en especie), 8 (Indemnización), 10 (Satisfacción) y 10 *bis* (Seguridades y garantías de no repetición).

»16. Siguiendo su política de no adoptar artículos que no vayan acompañados de comentarios, la Comisión acordó aplazar la decisión sobre los proyectos de artículos propuestos hasta su próximo período de sesiones. En esa ocasión dispondrá del material necesario para poder adoptar una decisión sobre los proyectos de artículos propuestos.»

2. Se entiende que la parte del acta resumida de la 2288.ª sesión que contiene tanto los proyectos de artículos adoptados por el Comité de Redacción como la declaración preliminar del Presidente del Comité de Redacción se anexarán a la declaración que el orador, como Presidente de la CDI, hará ante la Sexta Comisión al presentar el informe de aquélla.

3. El Sr. de SARAM pregunta si acerca de los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se dice que están adoptados provisionalmente.

4. El PRESIDENTE responde que, como la Comisión no ha adoptado esos artículos, ciertamente no se dirá que están adoptados provisionalmente.

5. El Sr. VERESHCHETIN dice que acepta las propuestas del grupo oficioso de trabajo, con una excepción. No objeta que se anexe la declaración del Presidente del Comité de Redacción o los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, pero no puede aceptar que se anexe el acta del debate, fundamentalmente de procedimiento, sostenido en la sesión anterior y que se señale a la atención de la Asamblea General.

6. El PRESIDENTE dice que a su declaración preliminar ante la Sexta Comisión no se anexará toda el acta resumida de la sesión anterior, sino sólo la parte pertinente. La parte anexada abarcará sólo los proyectos de artículos concluidos por el Comité de Redacción y la declaración hecha en la 2288.ª sesión por el Presidente del Comité de Redacción. El resto del acta resumida no es pertinente para la Asamblea General.

7. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que la solución elaborada por el grupo de trabajo oficioso es bastante aceptable, aunque no satisface todas sus expectativas. Ciertamente hay que encontrar un terreno común. Si ha entendido bien las cosas, la declaración preliminar del Presidente ante la Sexta Comisión se distribuirá con dos anexos: la declaración del Presidente del Comité de Redacción hecha en la 2288.ª sesión y el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

8. El PRESIDENTE dice que el Sr. Villagrán Kramer ha entendido correctamente.

9. El Sr. ROSENSTOCK dice que se opone a adjuntar incluso una parte del acta resumida a la declaración preliminar del Presidente ante la Sexta Comisión. No conviene establecer una jerarquía entre las actas resumidas, con lo que parece sugerirse que la Comisión concede más importancia a un acta resumida que a otra o a una parte del acta resumida frente al resto. Espera que todos estén satisfechos con la reseña detallada que hará el Presidente ante la Sexta Comisión sin necesidad de presentar el acta resumida, ni siquiera en parte.

10. El PRESIDENTE señala que anexar parte del acta resumida pertinente forma parte de la avenencia alcanzada por el grupo de trabajo oficioso.

11. El Sr. MAHIOU dice que coincide con el Sr. Rosenstock en que no conviene anexar el acta resumida. Por otra parte, no tiene objeciones a que se anexe la declaración del Presidente del Comité de Redacción.

12. El Sr. GÜNEY dice que apoya enérgicamente las observaciones del Sr. Rosenstock y el Sr. Mahiou. No es conveniente en absoluto crear un precedente, presentando un acta resumida, como se ha sugerido.

13. El Sr. BENNOUNA señala que las objeciones se refieren a la forma y no al fondo de la presentación de anexos. Hay acuerdo en anexar la declaración del Presidente del Comité de Redacción y los proyectos de artículos, pero varios miembros se oponen a que se presenten como parte del acta resumida. Los dos anexos podrían incluirse pero sin mencionar el hecho de que están tomados de un acta resumida.

14. El Sr. SHI dice que la declaración del Presidente del Comité de Redacción y los proyectos de artículos no deberían distribuirse cuando el Presidente haga su declaración preliminar ante la Sexta Comisión. De lo contrario, los miembros de la Sexta Comisión tenderían a formular observaciones sobre los proyectos de artículos. Deberían distribuirse ulteriormente, cuando la Sexta Comisión aborde el tema de la responsabilidad de los Estados; en ese momento habría menos posibilidades de que se hicieran observaciones sobre los artículos.

15. El Sr. VERESHCHETIN dice que puede aceptar como avenencia la fórmula propuesta, pero considera que la decisión no es muy buena. Podría tener un resultado contrario al deseado. Presentar el proyecto de artículos y la declaración del Presidente del Comité de Redacción en forma de anexos atraería la atención de la Sexta Comisión a los anexos, en especial dado que serían los únicos documentos anexados de esa manera.

16. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que los proyectos de artículos y la declaración del Presidente del Comité de Redacción se distribuirán simplemente para información de la Asamblea General y no debe entenderse que se presentan para solicitar informaciones. Prefiere utilizar la parte pertinente del acta resumida. Esa presentación tendría la ventaja de no dar demasiada importancia al documento distribuido. También sería más práctico y más económico distribuir pasajes del acta resumida, que es un documento ya existente.

17. El PRESIDENTE señala que el acta resumida existe en todos los idiomas oficiales. ¿Se distribuiría también su declaración preliminar a la Sexta Comisión en todos los idiomas oficiales?

18. El Sr. KOTLIAR (Secretario de la Comisión) dice que la declaración preliminar del Presidente de la Comisión habitualmente se facilita a los miembros de la Sexta Comisión sólo en el idioma original, el idioma inglés en este caso. El anexo también estará en inglés. La secretaría podría tratar de obtener traducciones, pero eso sería apartarse de la práctica habitual.

19. El Sr. GÜNEY señala que el acta resumida es un documento de distribución limitada y está destinado a los participantes únicamente. Darle una circulación más amplia sería crear un precedente inadecuado.

20. El Sr. MAHIOU dice que puede aceptar, aunque con cierta renuencia, la idea de que se presenten dos anexos sin indicar que están tomados del acta resumida.

21. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que los proyectos de artículos concluidos por el Comité de Redacción son de la máxima importancia para los juristas de países del Tercer Mundo. Ofrecen una indicación de lo que se está haciendo en la Comisión sobre el tema de la responsabilidad de los Estados. Los proyectos de artículos de que se trata son el primer producto que refleja un posible entendimiento con los Estados del mundo industrializado y, por tanto, son algo de gran valor. No crearían grandes dificultades a los representantes en la Sexta Comisión; los problemas surgirán posteriormente, cuando lleguen a la Sexta Comisión los proyectos de artículos sobre las contramedidas.

22. El Sr. KOROMA dice que el informe a la Sexta Comisión es el informe del Presidente de la CDI, no del Presidente del Comité de Redacción. Es el Presidente de la CDI quien hará una reseña detallada de los trabajos de la CDI, en el curso de la cual se referirá a los trabajos del Comité de Redacción.

23. El PRESIDENTE dice que en efecto hará una reseña completa a la Sexta Comisión sobre los trabajos de la CDI. No obstante, es parte de la avenencia alcanzada por el grupo de trabajo oficioso que los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados y la declaración del Presidente del Comité de Redacción se faciliten a los miembros de la Sexta Comisión.

24. El Sr. GÜNEY dice que es esencial explicar lo sucedido en la propia Comisión, no en grupos oficiosos. Una vez más insta a la Comisión a que no cree precedentes inadecuados.

25. El Sr. EIRIKSSON dice que apoya la fórmula de avenencia alcanzada por el grupo de trabajo oficioso.

26. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que no hay desacuerdo en cuanto al fondo de los anexos. Algunos miembros objetan solamente su presentación en forma de pasajes del acta resumida correspondiente.

27. El PRESIDENTE dice que suspenderá la sesión para que se celebren más consultas oficiosas.

Se levanta la sesión a las 16.40 horas y se reanuda a las 16.55 horas.

28. El PRESIDENTE anuncia que, como resultado de las consultas oficiosas, se propone ahora una avenencia. El orador, como Presidente de la CDI, hará una declaración preliminar ante la Sexta Comisión en la que describirá los trabajos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados. La descripción consistirá fundamentalmente en los textos revisados de los párrafos 15 y 16 del documento A/CN.4/L.478 que leyó al principio de la sesión. Informará a los representantes de que la parte correspondiente del acta resumida de la 2288.ª sesión está disponible en la sala de conferencias. De esta forma, aquellos representantes que estén interesados en los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados podrán obtenerlos e informar a sus gobiernos. La distribución de los artículos no se considerará una manera de estimular a que se examinen con detenimiento, ya que aún no han sido aprobados por la Comisión.

29. El Sr. KOROMA dice que puede aceptar esa solución como avenencia, pero desea hacer constar en acta que no crea un precedente.

30. El PRESIDENTE asegura al Sr. Koroma que se trata de un caso excepcional, dado el particular interés de algunos miembros en los artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Si no hay objeciones, considerará que la Comisión acuerda aprobar la avenencia propuesta.

Así queda acordado.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación (A/CN.4/L.469, secc. G)

[Tema 7 del programa]

Informe del Grupo de Planificación

31. El PRESIDENTE dice que el propósito de la Mesa Ampliada es que el informe del Grupo de Planificación sobre el programa, los procedimientos y los métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (A/CN.4/L.473/Rev.1) se incorpore en su mayor parte en el último capítulo del informe de la Comisión a la Asamblea General. Con este fin, requerirá algunos cambios de edición, en particular sustituir las palabras «el Grupo de Planificación» por «la Comisión». Por otra parte, quedan por aclarar varios puntos. Primero, la Mesa Ampliada opina que ni el párrafo 16 ni el plan de trabajo anexo al informe del Grupo de Planificación deben reproducirse en el informe de la Comisión. Dado el carácter provisional de las disposiciones descritas en el plan, que tal vez hayan de modificarse a la luz de acontecimientos ulteriores, sería inadecuado adoptar un plan rígido.

32. El Sr. EIRIKSSON señala que, en el quinquenio anterior, la Comisión consideró muy útil disponer de un plan para su trabajo. Ahora bien, no está seguro si ese plan se ha incluido antes en el informe de la Comisión.

33. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Grupo de Planificación) dice que el Grupo de Planificación pretende que el plan del quinquenio sea para uso interno de la Comisión y no se incluya en su informe a la Asamblea General. En el párrafo 15 del informe del Grupo de Planificación ya se señalan objetivos indicativos para los trabajos futuros de la Comisión sobre ciertos temas.

34. El Sr. SZEKELY dice que sería mejor mantener el párrafo 16, junto con el plan del quinquenio. Es conveniente conocer los objetivos de la Comisión y la fecha en que se propone alcanzarlos. Además, el plan ayudaría a la Comisión a mantener esos objetivos. Si se omitieran el párrafo 16 y el plan, debería redactarse nuevamente el párrafo 15 para explicar con más detalle el plan de la Comisión.

35. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que el plan de trabajo es simplemente una propuesta, no un compromiso oficial. Coincide con el Sr. Szekely en que tiene ventajas mantenerlo, aun destacando su carácter provisional. El plan indica qué temas la Comisión considera más urgentes. Además, para los países de América Central, que mantienen estrechas relaciones mutuas, es útil saber el orden en que la Comisión se propone seguir adelante con los temas del programa.

36. El Sr. EIRIKSSON recuerda que en el primer año del quinquenio anterior la Comisión adoptó un párrafo semejante al párrafo 15 del presente informe, junto con un plan de trabajo para cada año del quinquenio.

37. El Sr. SZEKELY destaca el valor de saber la dirección en que avanza la Comisión y los resultados que se esperan de ella. Naturalmente, el plan es simplemente provisional, pero a su juicio es un elemento muy positivo.

38. El Sr. MAHIOU dice que es reacio a incluir en el informe detalles sobre el funcionamiento interno de la Comisión. Es mejor que esos detalles sigan siendo oficiosos, especialmente dado que no hay garantía de que la Comisión alcance sus objetivos según un plan fijado.

39. El Sr. EIRIKSSON dice que convendría incluir parte del párrafo 16 en el informe de la Comisión, para demostrar que el Grupo de Planificación ha trabajado intensamente para elaborar el futuro programa de trabajo de la Comisión. Deberían indicarse el carácter provisional del plan y el hecho de que cambiaría año tras año. Sugiere omitir el cuadro que aparece en el informe del Grupo y enmendar en consecuencia la última oración del párrafo 16.

40. El Sr. JACOVIDES dice que la propuesta del Sr. Eiriksson es una solución de avenencia y que responde a los deseos de algunos miembros sin atar las manos de la Comisión.

41. El Sr. SZEKELY dice que algunas cuestiones son ciertamente asuntos internos de la Comisión, pero no comprende la necesidad de lo que cabría denominar «intimidad» en lo que respecta al plan provisional de trabajo. En efecto, no comunicar esa información a la Asamblea General podría implicar que la Comisión no está realmente comprometida con su mandato. Por espíritu de avenencia, apoya la propuesta del Sr. Eiriksson de redactar nuevamente el párrafo 16. Además, debería ampliarse el párrafo 15 con objeto de incluir todos los temas que figuran actualmente en el programa de trabajo de la Comisión.

42. El Sr. ROSENSTOCK dice que no tiene objeciones a la transparencia, pero que la Comisión debería reflexionar antes de revocar una decisión que ya ha sido aprobada por dos comités. A su juicio, el párrafo 15 es adecuado. El párrafo 16 y el plan de trabajo deberían seguir siendo asunto interno de la Comisión. No obstante, no se opondrá a una solución de avenencia.

43. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Grupo de Planificación) dice que apoya la propuesta del Sr. Eiriksson. Además, no entiende cómo podía ampliarse el párrafo 15.

44. El Sr. KOROMA dice que desea sumarse a las opiniones del Sr. Calero Rodrigues y el Sr. Rosenstock.

45. El Sr. SZEKELY dice que debería agregarse una formulación al párrafo 15 en el sentido de que la Comisión en principio ha aceptado las recomendaciones del Grupo de Planificación.

46. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que los miembros acuerdan redactar nuevamente el párrafo 16 según lo sugerido por el Sr. Eiriksson y excluir el calendario provisional de trabajo del informe de la Comisión a la Asamblea General.

Así queda acordado.

47. El PRESIDENTE dice que, tras largo debate, la Mesa Ampliada ha concluido que los párrafos 20 a 23, contenidos en la sección «Programa de trabajo a largo plazo», no deben incluirse en el informe de la Comisión, a fin de evitar presentar a la Asamblea General una lista de temas que aún son provisionales.

48. El Sr. JACOVIDES dice que suprimir los párrafos 20 a 23 supondría hacer las enmiendas correspondientes en otros párrafos del informe del Grupo. Aunque la Comisión tal vez no desee presentar una lista de temas concretos en la actualidad, ciertamente no desea dar la impresión de que no ha dedicado mucho esfuerzo a su programa de trabajo a largo plazo. Por tanto, propone que la lista de temas se incluya en una nota al informe de la Comisión.

49. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Grupo de Planificación), hablando a título personal, dice que inicialmente estuvo de acuerdo con el Sr. Jacovides en que convendría presentar la lista de temas provisionales a la Asamblea General. Ahora bien, tras reflexionar con más detenimiento, considera que sería mejor esperar hasta que la Comisión tuviera una idea más concreta de la forma en que tratará esos temas. Propone que la Comisión informe a la Asamblea General de que está examinando los temas y de que presentará un material más completo al año siguiente. En suma, aunque no objeta la propuesta del Sr. Jacovides, preferiría seguir la recomendación de la Mesa Ampliada de excluir los párrafos 20 a 23 del informe de la Comisión.

50. Hablando como Presidente del Grupo de Planificación, anuncia, con respecto a los resúmenes explicativos sobre la lista abreviada de temas del párrafo 21, que el Sr. Bowett va a preparar un resumen sobre la propiedad y protección de los precios fuera de los límites de la jurisdicción marítima internacional; el Sr. Yamada sobre los derechos y obligaciones de los Estados en materia de protección del medio ambiente humano; el Sr. Tomuschat sobre los espacios públicos internacionales; el Sr. Pellet sobre la ley y la práctica en materia de

reservas a los tratados; el Sr. Mikulka y el Sr. Vereshchetin, trabajando conjuntamente en los dos temas, sobre la sucesión de Estados en la condición de miembro de organizaciones internacionales y sobre la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas; el Sr. Bennouna sobre las condiciones jurídicas de las inversiones de capital y los acuerdos correspondientes; y el Sr. Jacovides sobre el *jus cogens*. En lo concerniente a la lista de temas de reserva, el Sr. Szekely va a preparar un resumen sobre el derecho de las aguas subterráneas (confinadas) internacionales; el Sr. Rosenstock sobre los mecanismos jurídicos necesarios para la inscripción de la compraventa y otras transmisiones de dominio de armas, armamentos y equipo militar entre Estados; el Sr. Sreenivasa Rao sobre la aplicación extraterritorial de la legislación nacional y el Sr. Pambou-Tchivounda sobre el derecho relativo a las migraciones internacionales.

51. El PRESIDENTE dice que es importante que la Comisión informe a la Asamblea General de que ha establecido un procedimiento para examinar estos temas.

52. El Sr. MAHIOU dice que, si no hay firmes objeciones, la propuesta del Sr. Jacovides de incluir la lista de temas como nota al informe de la Comisión podría ser una buena solución.

53. El PRESIDENTE dice que los miembros deberían tener presente que la recomendación de suprimir el párrafo en el que se enumeran esos temas ha sido debatida en el Grupo de Planificación y en la Mesa Ampliada.

54. El Sr. KOROMA dice que se suma a quienes desean incluir la lista de temas en una nota de pie de página.

55. También desea señalar que el tema cuarto de la lista de temas de reserva, a saber, el derecho relativo a las migraciones internacionales, no refleja la propuesta que el orador hizo anteriormente en el período de sesiones. Su propósito era incluir un tema titulado «El derecho internacional sobre el movimiento de personas».

56. El PRESIDENTE dice que la lista de temas no es definitiva y que se reexaminará en 1993. Como no se incluirá en el actual informe de la Comisión, no es necesario enmendarla en este momento.

57. El Sr. THIAM, señalando a la atención el último tema de la lista abreviada, a saber, el *jus cogens*, dice que desea hacer una advertencia a la Comisión en cuanto al examen de pura doctrina. Aunque no tiene reservas al concepto *per se*, tiene serias dudas acerca de la posibilidad de codificar el *jus cogens*.

58. El Sr. ROSENSTOCK dice que, según recuerda, en una sesión de la Mesa Ampliada se acordó enmendar el título del tema cuarto que figura en la lista de temas de reserva, en consonancia con los propósitos del Sr. Koroma. En el párrafo 24 se recomiendan a la Comisión algunos procedimientos valiosos e innovadores para abordar la lista de temas. Ese párrafo es mucho más importante que la propia lista, que habría que reducir considerablemente para que tuviera algún valor práctico. Hasta que esos procedimientos no se apliquen plenamente, no sería prudente presentar la lista de temas a la Asamblea General.

59. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro, dice que conviene en que presentar la lista de temas a la Asamblea General sería prematuro. Una vez que haya realizado alguna labor concreta sobre esos temas, la Comisión estaría en mejores condiciones de evaluar las ventajas y desventajas de los distintos planteamientos.

60. El Sr. GÜNEY dice que apoya plenamente las opiniones expresadas por el Sr. Thiam. La cuestión del *jus cogens* siempre ha sido polémica. El contenido del tema no es preciso y es incluso prematuro celebrar debates preliminares sobre la cuestión con miras a una posible codificación.

61. El Sr. JACOVIDES recuerda que en un momento anterior del período de sesiones, a petición del Presidente del Grupo de Trabajo, presentó un memorando en el que se afirmaba que se había adoptado la decisión provisional de incluir el *jus cogens* en la lista abreviada de temas. Además, en el párrafo 24 *d* del informe del Grupo de Planificación se dice que el resumen explicativo tiene que indicar las ventajas y desventajas de preparar un informe, un estudio o un proyecto de convención con respecto a cada tema. Después de que se haya presentado el resumen, la Comisión estará en mejores condiciones de decidir si ha de seguir adelante con un tema determinado y de qué forma. A su juicio, el *jus cogens* es un concepto importante de derecho internacional público y su contenido jurídico exacto no está establecido. La Comisión es el órgano más adecuado para llenar esa laguna.

62. El Sr. de SARAM dice que sería imprudente que la Comisión adquiriera el hábito de presentar a la Asamblea General opiniones acerca de cuestiones sobre las que no ha llegado a una conclusión meditada. Coincide totalmente con el Sr. Rosenstock en la importancia del párrafo 24 del informe del Grupo de Planificación. La Comisión debería tener debidamente en cuenta las opiniones de esos órganos auxiliares. Por esta razón, aunque comprende las opiniones expresadas por el Sr. Jacovides, cree que sería prematuro hacer referencia a la lista contenida en el párrafo 21 del informe del Grupo de Planificación en el informe de la Comisión o en una nota de pie de página.

63. El Sr. ARANGIO-RUIZ está de acuerdo en que otros órganos no deberían impulsar a la Comisión a adoptar decisiones apresuradas. La Comisión debería primero examinar los estudios y luego seleccionar los temas, indicando cuál debería ser el orden de prioridad.

64. El Sr. EIRIKSSON dice que apoya esa opinión.

65. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que está de acuerdo con el Sr. Jacovides en que, a los efectos del debate en la Asamblea General, la mejor manera de aclarar la cuestión sería mediante una nota de pie de página.

66. El Sr. GÜNEY dice que apoya enérgicamente las opiniones expresadas por el Sr. Rosenstock, el Sr. de Saram, el Sr. Arangio-Ruiz y el Sr. Eiriksson.

67. El Sr. VERESHCHETIN dice que, por las razones ya expuestas en la Mesa Ampliada, coincide en que la lista de temas enunciada en el párrafo 21 no debería

incluirse en el informe de la Comisión, ya que simplemente sería complicar más la tarea que espera a la Comisión en su próximo período de sesiones. En éste habrá una nueva lista de temas y la Comisión podrá entonces determinar cuál de ellos debe tener prioridad.

68. El Sr. MAHIOU dice que no insistirá en que se incluya la lista de temas contenida en el párrafo 21.

69. El PRESIDENTE, observando que la mayoría de los miembros son partidarios de suprimir los párrafos 20 a 23 del informe del Grupo de Planificación, sugiere que la Comisión adopte la recomendación hecha en ese sentido por la Mesa Ampliada.

Así queda acordado.

70. El PRESIDENTE dice que su tercer punto se refiere al párrafo 28 del informe del Grupo de Planificación. Con respecto a la segunda oración de ese párrafo, la Mesa Ampliada ha acordado hacer las siguientes recomendaciones relativas a las disposiciones para el 45.° período de sesiones de la Comisión. En primer lugar, en el día de apertura del período de sesiones a principios de mayo de 1993 habría un breve pleno para abrir el período de sesiones, elegir la Mesa y nombrar los miembros del Comité de Redacción. En segundo lugar, tras la apertura oficial del período de sesiones, habría dos semanas de trabajo concentrado en el Comité de Redacción, como corresponda. Durante ese tiempo, los que no sean miembros del Comité de Redacción tendrían derecho a asistir a las sesiones de este Comité como observadores.

71. El Sr. GÜNEY dice que le agradaría que el Presidente explicase precisamente lo que significa la referencia a la asistencia de los que no son miembros a las reuniones del Comité de Redacción como observadores. Al comenzar el período de sesiones se acordó claramente que los no miembros podían participar en el Comité de Redacción, hacer propuestas e incluso distribuirlas por escrito. Lo único que no podían hacer los no miembros era participar en las decisiones. Otra cuestión que debe abordarse, para evitar confusiones, es que la Comisión acordó en principio que la composición del Comité de Redacción, de ser necesario, variaría en función del tema examinado. A condición de que el Presidente aclare estos dos puntos y de que se reflejen en el acta resumida, no objetará las recomendaciones de la Mesa Ampliada.

72. El PRESIDENTE señala que la posición de los observadores de hecho se trata en el párrafo 27 (5) del informe del Grupo de Planificación. La composición del Comité de Redacción naturalmente variará y las variaciones se decidirán a medida que el Comité aborde nuevos temas. Ahora bien, esta cuestión no se planteará durante las dos primeras semanas del próximo período de sesiones de la Comisión, ya que el único tema que tendrá ante sí el Comité de Redacción será la responsabilidad de los Estados.

73. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que no le agrada el método expuesto en el párrafo 27 (5) y considera que ese párrafo debería suprimirse. En definitiva, se trata básicamente de una cuestión de moderación. En particular, no considera necesario formular una norma de ese tipo por escrito. No hay ninguna necesidad de tomar precauciones frente a posibles abusos, ya que la manera en que ha funcionado el Comité de Redacción en el pasado ha sido satisfactoria.

74. El Sr. de SARAM dice que coincide en que el próximo período de sesiones de la Comisión debería comenzar con una breve reunión del pleno, y luego pasar a otros asuntos. Ahora bien, hay mucha labor que puede hacerse en órganos diferentes del Comité de Redacción, en efecto, el término mismo de «Comité de Redacción» es un tanto equívoco, ya que ese Comité en muchos aspectos es muy parecido a un casi pleno. Sería mejor que la recomendación de la Mesa Ampliada recogiese la noción de que los que no son miembros del Comité de Redacción podrían de hecho trabajar sobre otros temas en otros grupos. Además, en el informe de la Comisión no ha de figurar nada que en modo alguno disminuya el derecho de los miembros de la Comisión, elegidos por la Asamblea General, a participar plenamente en los trabajos de la Comisión y sus órganos auxiliares. Como todos los miembros saben, hay mucha diferencia entre ser participante y ser observador. La rotunda afirmación de que los miembros que vienen a Ginebra a participar en los trabajos de la Comisión y sus órganos auxiliares pueden sólo hacerlo como observadores, y por tanto de forma restringida, durante las dos primeras semanas, afecta la legítima susceptibilidad de los miembros de la Comisión.

75. El PRESIDENTE sugiere, para responder a las cuestiones planteadas, que las palabras «como observadores» se supriman de la recomendación de la Mesa Ampliada.

76. El Sr. ROSENSTOCK dice que la recomendación relativa a las dos primeras semanas del próximo período de sesiones de la Comisión fue aceptada en un grupo de trabajo de composición abierta, en el que todos los miembros de la Comisión fueron libres de participar, como parte de una serie de medidas que configuran también el párrafo 27. Si la Comisión persiste en abrir de nuevo esas cuestiones, ello no tendrá ninguna utilidad e indicará también una notable falta de moderación. Además, si la Comisión comienza a retocar un párrafo y luego otro, la totalidad del conjunto de medidas simplemente se desintegrará. Por su parte, aceptó lo que consideraba un grave deterioro de los términos del párrafo 28, en el entendimiento de que todos los interesados aceptarían los párrafos 27 y 28 en conjunto. Es reacio a aceptar la versión revisada del párrafo 28, frente a la versión que apareció en el informe del Grupo de Planificación, si ello abre toda una serie de otras cuestiones. Insta a los miembros a proceder con moderación, ya que le preocupa sinceramente que los progresos efectuados durante las últimas 11 semanas mediante avenencias se deshagan en los últimos días del período de sesiones.

77. El Sr. CALERO RODRIGUES (Presidente del Grupo de Planificación) dice que está de acuerdo con la mayoría de las observaciones del Sr. Rosenstock y apoya también la sugerencia del Presidente de que las palabras «como observadores» se eliminen de la recomendación de la Mesa Ampliada. No cree que, en esta fase tardía del período de sesiones, los miembros de la Comisión, incluso aquellos que eran miembros del Grupo de Planificación, intenten obtener lo que no pudieron

obtener, ya que no estuvieron presentes en el Grupo de Planificación.

78. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que por una vez está en total desacuerdo con el Sr. Calero Rodrigues y el Sr. Rosenstock. El hecho de que fuera miembro del Grupo de Planificación no constituye un impedimento para plantear cuestiones sobre las que se llegó a un acuerdo en dicho Grupo. Una cosa es cometer un error y otra cosa es persistir en ese error.

79. El Sr. GÜNEY dice que está totalmente de acuerdo con el Sr. Al-Khasawneh.

80. El Sr. SHI dice que, como declaró en la Mesa Ampliada, no objetará la adopción del párrafo 28 del informe del Grupo de Planificación, particularmente en su forma enmendada, pero reservará su posición sobre la necesidad de asignar dos semanas a los trabajos del Comité de Redacción al comienzo del próximo período de sesiones de la Comisión.

81. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que no le satisface el último párrafo del informe, que trata de la posibilidad de dividir los períodos de sesiones de la Comisión. Confía en que la cuestión se siga examinando en el próximo período de sesiones.

82. El PRESIDENTE dice que, a la luz de las observaciones formuladas, sugiere que la Comisión adopte la recomendación de la Mesa Ampliada relativa al párrafo 28 del informe del Grupo de Planificación.

Así queda acordado.

83. El PRESIDENTE sugiere también que la Comisión adopte el informe del Grupo de Planificación, en su forma enmendada.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 18.10 horas.

2290.ª SESIÓN

Martes 21 de julio de 1992, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones *(continuación*)*

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen de su proyecto de informe, párrafo por párrafo, comenzando con el capítulo III sobre la responsabilidad de los Estados.

CAPÍTULO III.—*Responsabilidad de los Estados* (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

2. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator) presentando el capítulo III del proyecto de informe explica que la corrección introducida en el documento A/CN.4/L.478 refleja la decisión adoptada en la 2289.ª sesión respecto de la manera en que convendría presentar a la Asamblea General los trabajos realizados por el Comité de Redacción sobre el tema de la responsabilidad de los Estados. Se ha previsto asimismo insertar inmediatamente antes del párrafo 16 un nuevo párrafo que contiene un resumen de la presentación del tercer informe del Relator Especial, tal como figuraba en el capítulo VII del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 43.° período de sesiones[1].

A.—Introducción (A/CN.4/L.478)

Párrafo 1

3. El Sr. EIRIKSSON tiene dudas, en general, sobre la forma que revisten los informes de la Comisión. Tal vez sea hora de reflexionar al respecto y, por ejemplo, se podría resumir todavía más la parte relativa a los debates que, en el presente caso, parece algo extensa.

4. Por otra parte, observa que la Comisión no plantea ninguna pregunta a la Asamblea General, aun cuando el examen del tema de la responsabilidad de los Estados debe terminar antes del fin del quinquenio. Como se ha decidido examinar la distinción entre delito y crimen, quizás sea conveniente pedir a la Asamblea General, sin dilación, su opinión sobre esa cuestión.

5. Por último, el Sr. Eiriksson tiene también ciertas dudas respecto de la última oración del párrafo 1, en cuanto la mención de «una posible tercera parte, si la Comisión decidía incluirla...» parece significar que la Comisión todavía no ha decidido si habrá o no una tercera parte.

6. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, en su opinión, no sería prudente plantear de manera muy directa a la Asamblea General la cuestión de la distinción entre crimen y delito. En efecto, esa cuestión plantea el complejo problema de los efectos de uno y otro en el derecho internacional.

7. En cuanto a la indecisión que parecería observarse respecto de la tercera parte del tema, conviene tomar nota de que el párrafo 1 se coloca en la perspectiva de 1975, pero que después la Comisión ha adoptado diversas decisiones que muestran claramente su propósito de emprender el examen de una tercera parte.

---

* Reanudación de los trabajos de la 2287.ª sesión.

[1] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte).

8. En el curso de un debate en que tomaron parte el Sr. MAHIOU, el Sr. de SARAM, el Sr. BOWETT, el Sr. SHI y el Sr. JACOVIDES se formularon diversas proposiciones para eliminar el carácter hipotético de la última oración del párrafo 1, que causa la impresión de que la Comisión no ha decidido todavía agregar una tercera parte, y para dejar en claro que la situación ha cambiado desde 1975.

9. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que, a su juicio, como el párrafo 1 describe la situación tal como era hace unos 15 años, es imposible modificarlo; en esa época, la tercera parte del tema era realmente sólo una «posibilidad».

10. El Sr. ROSENSTOCK, apoyado por el Sr. MAHIOU, el Sr. BOWETT y el Sr. SHI, dice que comparten la opinión del Relator Especial en cuanto a la cuestión de si conviene o no pedir a la Asamblea General su opinión sobre la distinción entre delito y crimen por considerar que todavía no es el momento oportuno.

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafos 2 y 3

Quedan aprobados los párrafos 2 y 3.

Párrafo 4

11. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que para disipar cualquier falsa impresión causada por el párrafo 1, propone que se inserte después de la primera oración del párrafo 4 la siguiente: «Después, la Comisión llegó al entendimiento de que se agregaría al proyecto de artículos una tercera parte, relativa al modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional y a la solución de controversias».

12. El Sr. MAHIOU propone que la última parte de la oración diga «una tercera parte relativa a la cuestión de la solución de controversias y el modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.

Párrafos 5 y 6

Quedan aprobados los párrafos 5 y 6.

Párrafo 7

13. El PRESIDENTE sugiere precisar el año, de modo que el párrafo diga así: «La Comisión, en su 43.° período de sesiones, celebrado en 1991, [...]».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección A, en su forma enmendada.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

1. OBSERVACIONES SOBRE EL TEMA EN SU CONJUNTO (A/CN.4/L.478)

Párrafo 8

14. El Sr. BENNOUNA, apoyado por el Sr. JACOVIDES, propone que la expresión «en dos o tres años» se reemplace por «antes del fin del quinquenio».

Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.

Párrafo 9

15. El Sr. ROSENSTOCK desea que quede constancia en el informe de la opinión que ha emitido respecto de la elaboración de un texto definitivo sobre la responsabilidad de los Estados. En consecuencia, propone que se añada al párrafo 9 la oración siguiente: «La Comisión debía esforzarse por completar la primera lectura del proyecto de artículos sobre el tema y por realizar las revisiones y supresiones necesarias en la primera parte antes del fin del quinquenio».

Queda aprobado el párrafo 9, en su forma enmendada.

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10.

Queda aprobada la sección B.1, en su forma enmendada.

2. PROYECTOS DE ARTÍCULOS CONTENIDOS EN EL INFORME PRELIMINAR Y EL SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (A/CN.4/L.478/Corr.1)

Párrafos 10 *bis* y *ter*

16. El PRESIDENTE señala a la atención de la Comisión el documento A/CN.4/L.478/Corr.1, en el que se propone insertar, después del párrafo 10, una nueva subsección 2, que diga:

«2. Proyectos de artículos contenidos en el informe preliminar y el segundo informe del Relator Especial

»10 *bis*. En su 2288.ª sesión, la Comisión escuchó la presentación del Presidente del Comité de Redacción de un informe del Comité (A/CN.4/L.472) relativo a su labor acerca del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados que figuraba en el informe preliminar y en el segundo informe del Relator Especial y que se había remitido al Comité en los períodos de sesiones 41.° y 42.° de la Comisión. El Comité de Redacción dedicó 25 sesiones al examen de este proyecto de artículos y consiguió completar su labor sobre los mismos. Aprobó en primera lectura un nuevo párrafo 2 que debía incluirse en el artículo 1, así como los artículos 6 (Cesación), 6 *bis* (Reparación), 7 (Restitución en especie), 8 (Indemnización), 10 (Satisfacción) y 10 *bis* (Seguridades y garantías de no repetición).

»10 *ter*. De conformidad con su política de no aprobar artículos que no fuesen acompañados por comentarios, la Comisión convino en aplazar su decisión sobre el proyecto de artículos propuesto hasta su próximo período de sesiones. En ese momento, tendrá a la vista la documentación necesaria para permitirle tomar una decisión sobre el proyecto de artículos propuesto. En la fase actual, la Comisión se limitó a tomar nota del informe del Comité de Redacción.»

17. De adoptarse ese texto, la actual subsección B.2 pasaría a ser la subsección B.3 y los párrafos 15 y 16 se suprimirían por no ser ya necesarios.

Quedan aprobados los párrafos 10 bis *y* ter.

Queda aprobada la nueva sección B.2.

3. LOS INFORMES TERCERO Y CUARTO DEL RELATOR ESPECIAL (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

Párrafos 11 a 14

Quedan aprobados los párrafos 11 a 14.

Párrafos 15 y 16

Quedan eliminados los párrafos 15 y 16.

Párrafo 16 *bis*

a) *Planteamiento general de la cuestión de las contramedidas* (A/CN.4/L.478 y Corr. 1)

18. El PRESIDENTE vuelve a señalar a la atención de los miembros de la Comisión el documento A/CN.4/L.478/Corr.1, que contiene un nuevo párrafo 16 *bis* que se insertaría bajo el subtítulo siguiente: «*a*) Enfoque general de la cuestión de las contramedidas», y cuyo texto dice:

«16 *bis*. Resumiendo la presentación que había hecho de su tercer informe en el anterior período de sesiones de la Comisión, el Relator Especial observó que el régimen legal de las contramedidas, que constituían el núcleo de la segunda parte del proyecto de artículos sobre el proyecto de la responsabilidad de los Estados, era uno de los aspectos más difíciles del tema actual. Señaló que si bien en lo referente a las consecuencias sustantivas de un acto ilícito podían extraerse analogías del derecho interno para abordar los problemas similares que se planteaban en el plano internacional, el derecho interno no podía ofrecer asistencia alguna en lo referente a las contramedidas. La otra dificultad del estudio de las contramedidas era la ausencia, en la comunidad internacional, de todo recurso institucionalizado que pudiera invocarse frente a un Estado que hubiese cometido un hecho internacionalmente ilícito. En consecuencia, los Estados lesionados se veían obligados a depender principalmente, en lo referente al derecho internacional general, de sus propias reacciones unilaterales; y a este respecto, la CDI habría de proceder con sumo cuidado al decidir las condiciones en que pudiera recurrirse generalmente a estas medidas a fin de que las desigualdades de hecho entre los Estados no redundasen indebidamente en beneficio de los fuertes y ricos frente a los débiles y necesitados.»

Queda aprobado el párrafo 16 bis.

Párrafos 17 y 18

Quedan aprobados los párrafos 17 y 18.

Párrafo 19

19. El Sr. BOWETT considera que la primera oración del párrafo 19 no es clara.

20. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) observa que el párrafo 19 refleja la opinión expresada por uno de los miembros de la Comisión.

21. El Sr. SHI dice que ese párrafo trata de reflejar su opinión pero el texto está mal redactado y deforma su pensamiento. Por consiguiente, propone revisar ese texto en conjunto con la secretaría.

Así queda acordado.

22. El Sr. PELLET observa que, como cuestión de principio, cuando un párrafo refleja la opinión expresada por uno de los miembros de la Comisión, los demás no pueden en modo alguno proponer modificaciones a su texto. Por otra parte, señala a la atención de la secretaría las discrepancias que existen en los textos inglés y francés y le pide que vele por que las traducciones francesas sigan más fielmente al original.

23. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator) dice que el informe se ha elaborado en inglés sobre la base de diversos documentos y no ha sido posible revisar las traducciones francesas.

24. Por otra parte, observa que el único objetivo del informe es dar cuenta del debate de la Comisión sobre los informes de los relatores especiales y resumir estos informes, de modo que, evidentemente, si un miembro de la Comisión considera que su pensamiento no se refleja correctamente puede presentar correcciones a la secretaría, de preferencia por escrito.

Párrafos 20 a 24

Quedan aprobados los párrafos 20 a 24.

Párrafo 25

25. El Sr. EIRIKSSON, con el ánimo de expresar más claramente la idea de que, en efecto, existen dos soluciones diferentes, propone que el párrafo 25 se modifique de la siguiente manera: en la segunda oración de la versión francesa, las palabras «mais elle était dangereuse» se sustituirían por «mais cette solution était dangereuse». La tercera oración del párrafo se dividiría en dos, de modo que la primera diga: «La otra solución era la de abolir las contramedidas como parte del derecho relativo a las consecuencias de los hechos ilícitos». A continuación, seguiría una cuarta oración que comenzaría así: «Esta solución se consideraba, por una parte...». Propone asimismo que se supriman las comillas de la oración final del texto que se examina.

Queda aprobado el párrafo 25, en su forma enmendada.

Párrafo 26

Queda aprobado el párrafo 26.

Párrafo 27

26. El Sr. ROSENSTOCK propone suprimir en la primera oración las palabras «que se consideraran».

Queda aprobado el párrafo 27, en su forma enmendada.

Párrafos 28 y 29

Quedan aprobados los párrafos 28 y 29.

Párrafo 30

27. El Sr. EIRIKSSON dice que, si bien todos los miembros de la Comisión entienden este párrafo, preferiría que se formule de manera más clara para los no iniciados.

28. El Sr. PELLET cree entender que ese párrafo expresa su opinión y le parece reflejar fielmente su pensamiento.

Queda aprobado el párrafo 30.

Párrafos 31 y 32

Quedan aprobados los párrafos 31 y 32.

Párrafo 33

29. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER propone modificar el comienzo de la penúltima oración del párrafo de la siguiente manera: «Se habló también del *jus cogens*, de las obligaciones *erga omnes*...».

Queda aprobado el párrafo 33, en su forma enmendada.

b) *Elementos relativos a la inclusión de un régimen de contramedidas en el proyecto de artículos* (A/CN.4/L.478 y Add.1 y 2)

i) Aspectos terminológicos y conceptuales de la noción de contramedidas (A/CN.4/L.478)

Párrafo 34

30. Tras un debate sobre la idea de que el concepto de contramedidas es idéntico al de represalias, en el que participan el Sr. ARANGIO-RUIZ, el Sr. KOROMA, el Sr. PELLET y el Sr. VERESHCHETIN, el PRESIDENTE sugiere que estos cuatro miembros se pongan de acuerdo sobre una nueva versión del párrafo 34, que la Comisión examinaría ulteriormente.

Así queda acordado.

Párrafos 35 a 39

Quedan aprobados los párrafos 35 a 39.

ii) Los diversos tipos de medidas que han de tomarse en consideración en el presente contexto (A/CN.4/L.478)

Párrafo 40

31. El Sr. ROSENSTOCK objeta la manera en que comienza el párrafo «Hubo acuerdo general en el sentido de que» (en la versión inglesa, «There was general agreement»). A su juicio, el acuerdo no ha sido general y sería más exacto afirmar que «Algunos miembros insistieron en que...».

32. El Sr. KOROMA considera que la versión propuesta por el Sr. Rosenstock es muy restrictiva y no refleja la realidad del debate.

33. El PRESIDENTE, con un espíritu de avenencia, sugiere utilizar las palabras «La mayoría de los miembros estuvo de acuerdo en que...» (en la versión inglesa, «Most members agreed...»). Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba esta sugerencia.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 40, en su forma enmendada.

Párrafo 41

34. El Sr. ROSENSTOCK sugiere que al final del párrafo se añada una nueva oración que diga: «Se insistió en el hecho de que, en ese contexto, la Comisión no sólo podía sino que debía evitar el examen de las cuestiones relacionadas con el párrafo 4 del Artículo 2 y el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas».

35. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER considera que la expresión «Se insistió» es muy impersonal y sugiere reemplazarla por las palabras «Algunos miembros insistieron».

Queda aprobada la propuesta del Sr. Rosenstock, enmendada por el Sr. Villagrán Kramer.

Queda aprobado el párrafo 41, en su forma enmendada.

Párrafos 42 y 43

Quedan aprobados los párrafos 42 y 43.

Párrafo 44

36. El Sr. VERESHCHETIN objeta el empleo de las palabras «Uno de ellos señaló» al comienzo de la tercera oración del párrafo. A su juicio, esta observación ha sido hecha por varios miembros y, por lo tanto, se debería señalar que «Algunos miembros señalaron». Asimismo, en la oración siguiente, se deberían reemplazar las palabras «Otro hizo observar» por «Otros hicieron observar».

Queda aprobado el párrafo 44, en su forma enmendada.

Párrafo 45

37. El Sr. CRAWFORD sugiere que, para mayor claridad, se añada al final de ese párrafo una oración que diga: «Sin embargo, un miembro argumentó que la noción de reciprocidad podría ser útil aplicada en el contexto restringido de las relaciones diplomáticas y consulares».

38. El Sr. VERESHCHETIN aprueba esta enmienda pero propone reemplazar las palabras «Un miembro» por las palabras «Algunos miembros», pues le parece que son varios los que han expresado esa opinión.

Queda aprobado el párrafo 45, en la forma enmendada por el Sr. Crawford y el Sr. Vereshchetin.

Párrafo 46

Queda aprobado el párrafo 46.

iii) Funciones de las contramedidas (A/CN.4/L.478)

Párrafos 47 a 50

Quedan aprobados los párrafos 47 a 50.

iv) La distinción entre crímenes y delitos en el contexto de las contramedidas (A/CN.4/L.478)

Párrafos 51 y 52

Quedan aprobados los párrafos 51 y 52.

Párrafo 53

39. El PRESIDENTE se pregunta si no hay un error en la versión inglesa en la última oración del párrafo y si las palabras «concerned crimes alone» no deberían sustituirse por «did not concern crimes alone».

40. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la observación del Presidente es muy acertada. Observa asimismo que en la oración anterior, en la versión francesa, la frase «et que l'on passait insensiblement de l'un à l'autre» («y que se pasaba insensiblemente de uno a otro) es más feliz y refleja mejor su pensamiento que en la versión inglesa, «and that the one gradually gave way to the other». Quizás se pueda encomendar a la secretaría que ajuste el texto inglés al francés.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 53, en ese entendimiento.

Párrafo 54

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la primera oración del párrafo se ha deformado su pensamiento al señalar que el Relator Especial «había reconocido» que «el proyecto de su predecesor para la tercera parte, relativa a la solución de las controversias, no podía considerarse generalmente aceptable». Le parece que esta opinión ha sido expresada más bien por algún miembro de la Comisión. Sugiere, pues, sustituir esa oración por la siguiente: «Un miembro expresó la opinión de que, como el proyecto de artículos de la tercera parte presentado en 1985 por el anterior Relator Especial no podía considerarse generalmente aceptable, no era razonable ...».

Queda aprobado el párrafo 54, en su forma enmendada.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2291.ª SESIÓN

Martes 21 de julio de 1992, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones *(continuación)*

CAPÍTULO III.—*Responsabilidad de los Estados* (continuación) (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones *(continuación)* (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

3. LOS INFORMES TERCERO Y CUARTO DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)* (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

b) *Elementos relativos a la inclusión de un régimen de contramedidas en el proyecto de artículos* (continuación) (A/CN.4/L.478 y Add.1 y 2)

v) La relación entre la reglamentación de las contramedidas y la tercera parte propuesta sobre la solución de controversias *(continuación)* (A/CN.4/L.478)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del capítulo III de su proyecto de informe, comenzando por el párrafo 55.

Párrafo 55

Queda aprobado el párrafo 55.

Párrafo 56

2. El Sr. EIRIKSSON dice que las palabras «se propuso» deberían sustituirse por «se sugirió», a fin de evitar decir implícitamente que la propia Comisión adopta una posición determinada.

Queda aprobado el párrafo 56, en su forma enmendada.

Párrafo 57

3. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la última oración la palabra «señaló» debería sustituirse por «recordó» y que las palabras «se indicaba que» deberían insertarse entre la palabra «Estados» y la palabra «podían». A continuación deberían agregarse las oraciones siguientes: «La Comisión no debería desalentarse por las reservas expresadas en 1985 y 1986 con respecto a los anteriores proyectos de artículos del Relator Especial incluidos en la tercera parte. La actual situación internacional era muy diferente y más alentadora».

4. El Sr. EIRIKSSON dice que apoya las propuestas del Relator Especial. En la tercera oración se hacía referencia a una decisión del Grupo de Trabajo de 1963[1]. La oración ha de modificarse porque el Grupo de Trabajo no estaba facultado para adoptar una decisión.

Así queda acordado.

5. El Sr. JACOVIDES apoya la enmienda propuesta por el Relator Especial, que refleja una posición que él personalmente adoptó durante el debate.

6. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que agradecería que se aclarase la frase «por lo menos dos de las cuatro clases de controversias incluidas en el ámbito de la responsabilidad de los Estados», que figura al final del párrafo.

7. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que, según el párrafo 2 del artículo 36 del estatuto de la CIJ, los Estados partes en el estatuto pueden reconocer como obligatoria

[ ] la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre

a) la interpretación de un tratado,

b) cualquier cuestión de derecho internacional,

c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional,

d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

Partiendo de esta base, el orador afirmó que al menos dos de las cuatro categorías mencionadas en el párrafo 2 del artículo 36 del estatuto, a saber: las correspondientes a los apartados *c* y *d*, caían claramente dentro del ámbito de la responsabilidad de los Estados.

8. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que la última oración del párrafo 57 debería redactarse nuevamente como sigue: «Por lo menos dos de las cuatro clases de controversias mencionadas en el párrafo 2 del artículo 36 del estatuto de la CIJ que puedan caer dentro del ámbito de la responsabilidad de los Estados».

Así queda acordado.

9. El Sr. VERESHCHETIN pregunta si la primera frase del párrafo 57, que indica que las contramedidas representan el único medio de asegurar el respeto mínimo de las obligaciones internacionales, refleja con exactitud el pensamiento del Relator Especial.

10. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, entendidas en sentido muy amplio, las contramedidas son el medio fundamental de asegurar el respeto de las obligaciones internacionales. El Sr. Vereshchetin probablemente se refiere a otras medidas, tales como las acciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en casos concretos; ahora bien, esas acciones no entran dentro del presente debate. En aras de una avenencia, estaría dispuesto a modificar la primera oración de forma que diga que las contramedidas representan el medio «más importante» en vez de «el único medio».

11. El PRESIDENTE recuerda que en su libro titulado *How nations behave*, Henkens señaló que no era sólo el temor de las contramedidas lo que hacía a las naciones cumplir con el derecho internacional.

12. El Sr. VERESHCHETIN dice que el propio Relator Especial ha demostrado en varios de sus informes que las contramedidas son un mal de la vida internacional moderna, un desafortunado resultado del hecho de que el mundo no está bien organizado, y que existe toda una gama de otras medidas disponibles, en particular la retorsión y las acciones del Consejo de Seguridad.

13. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que está de acuerdo en que la primera oración del párrafo 57 es bastante fuerte. Cierto que los Estados cumplen con sus obligaciones internacionales en respuesta a muchos factores, tanto positivos como negativos. Además, no está de acuerdo en que las contramedidas deban siempre considerarse un factor negativo. No son la solución ideal, pero la comunidad internacional tendrá que aceptarlas durante el futuro previsible. Por tanto, en la primera oración las palabras «representan el único medio de asegurar» deberían sustituirse por «representan, por el momento, el medio más importante de asegurar».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 57, en su forma enmendada.

vi) Condiciones de la legalidad de las contramedidas (A/CN 4/L 478 y Add 1)

Párrafos 58 a 60

Quedan aprobados los párrafos 58 a 60.

Párrafo 61

14. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que la primera oración, en la que se manifiesta que se reconoció ampliamente la existencia de un hecho internacionalmente ilícito como condición *sine qua non* para recurrir legítimamente a contramedidas, no corresponde a lo que, a su juicio, sucedió durante el debate. En su forma actual, la oración supone un apoyo jurídico global de las represalias en conjunto. Debe redactarse nuevamente para reflejar el hecho de que en la Comisión hay dos opiniones contrapuestas sobre esa cuestión.

15. El PRESIDENTE dice que a él tampoco le satisface la primera oración. ¿Algún miembro ha expresado

[1] Informe de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados a la CDI en su 15 ° período de sesiones Véase *Anuario 1963*, vol II, documento A/5509, págs. 265 a 301

realmente la opinión de que un Estado puede recurrir a contramedidas en ausencia de un hecho internacionalmente ilícito? Sugiere que se suprima la palabra «ampliamente».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 61, en su forma enmendada.

Párrafos 62 a 65

Quedan aprobados los párrafos 62 a 65.

Párrafo 66

16. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que las palabras «hubo acuerdo general» en la primera oración no reflejan lo sucedido realmente durante el debate. Sería más exacto decir que hubo consenso más que acuerdo general.

17. El PRESIDENTE dice que la palabra «general» debería suprimirse en la primera oración.

Queda aprobado el párrafo 66, en su forma enmendada.

Párrafo 67

Queda aprobado el párrafo 67.

Párrafo 68

18. El Sr. KOROMA propone que en la segunda oración antes de las palabras «Estado autor» se inserte la palabra «presunto».

19. El Sr. EIRIKSSON se pregunta si el Relator Especial objetaría dar detalles concretos sobre el «caso reciente» mencionado en la tercera oración.

20. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el caso fue señalado a su atención por un miembro de la secretaría y no ha tenido tiempo suficiente para estudiarlo debidamente. En la comunidad internacional se ha expresado la opinión de que en ese caso las contramedidas tal vez se utilizaron con demasiado apresuramiento. Se trata de una cuestión todavía abierta y preferiría no mencionar su nombre en un documento oficial de las Naciones Unidas.

21. El PRESIDENTE dice que la oración podía interpretarse en el sentido de acusar a la CIJ de ser un instrumento de la política de poder. Dado su carácter delicado, sería preferible suprimir la oración.

22. El Sr. ROSENSTOCK dice que no objeta que se suprima la oración. Sin embargo, si se deja, no debería modificarse para incluir más detalles ya que el Relator Especial no especificó nada a ese respecto ni en su informe ni durante el debate.

23. El PRESIDENTE dice que la Comisión no puede agregar a la oración expresiones que no han sido utilizadas por el Relator Especial.

24. El Sr. KOROMA dice que preferiría suprimir totalmente la oración. En todo caso, debería suprimirse la frase «del que se habían ocupado el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia».

25. El Sr. JACOVIDES propone que se supriman las palabras «como lo demostraba un asunto reciente del que se habían ocupado el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia».

26. El Sr. BENNOUNA dice que la Comisión está tratando un punto delicado. Todos saben que la cuestión de que se trata es el asunto *Lockerbie*[2], que ha sido examinado por el Consejo de Seguridad y la CIJ, y en el cual las contramedidas se adoptaron antes de que el Estado acusado tuviera la debida oportunidad de justificar sus acciones.

27. Evidentemente, la decisión definitiva sobre la redacción del párrafo 68 corresponde al Relator Especial. Ahora bien, personalmente está de acuerdo con el Sr. Eiriksson en que, si la Comisión menciona un asunto en su informe, los detalles del asunto deberían facilitarse en una nota de pie de página. De lo contrario, en el párrafo 68 debería suprimirse la mención del asunto y la frase que se debate debería hacer referencia simplemente a la práctica reciente en un asunto examinado por órganos de las Naciones Unidas.

28. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que en la última oración del párrafo las palabras «como lo demostraba un asunto reciente del que se habían ocupado el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia» se sustituyan por las palabras «como lo podía demostrar un asunto de actualidad».

29. Tras un intercambio de opiniones en el que participan el Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial), el Sr. MAHIOU, el Sr. ROSENSTOCK y el Sr. VILLAGRÁN KRAMER, el PRESIDENTE sugiere que se adopte la propuesta del Relator Especial.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 68, en su forma enmendada.

Párrafos 69 y 70

Quedan aprobados los párrafos 69 y 70.

Párrafo 71

30. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER, refiriéndose a la versión española, dice que no había sido su impresión que la Comisión hubiera elevado el concepto de proporcionalidad a la categoría de principio de derecho internacional. Por tanto, propone que las palabras «en virtud del principio de la proporcionalidad» se sustituyan por «en virtud de la proporcionalidad».

31. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que en la versión inglesa la expresión utilizada es «test of proportionality».

Queda aprobado el párrafo 71, en la forma enmendada en la versión española.

---

[2] Véase 2255.ª sesión, nota 8.

Párrafo 72

32. El Sr. BENNOUNA dice que la tercera oración es sumamente complicada. Debería simplificarse para hacerla comprensible al lector.

33. El PRESIDENTE sugiere que las palabras «un hecho ilícito de carácter irreversible» se sustituyan por «un hecho ilícito que tenga consecuencias irreversibles».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 72, en su forma enmendada.

Párrafo 73

Queda aprobado el párrafo 73.

Párrafo 74

34. El Sr. EIRIKSSON dice que al final de la primera oración deberían agregarse las palabras «propuesto por el Relator Especial».

Así queda acordado.

35. El Sr. BOWETT, refiriéndose a la segunda oración, dice que convendría que se agregara una explicación exacta de la diferencia entre las consecuencias sustantivas y las consecuencias instrumentales.

36. El Sr. VERESHCHETIN, manifestando su acuerdo con el Sr. Bowett, dice que, aunque no se opone al uso de los términos «consecuencias sustantivas y consecuencias instrumentales» en el informe, objetaría enérgicamente que se utilizaran en los artículos.

37. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que también está de acuerdo en que se necesita una explicación de los términos de que se trata. Por otra parte, le preocupa un poco observar que en el párrafo 12 se habla de las «consecuencias instrumentales de un hecho internacionalmente ilícito». Tal vez se necesite una referencia.

38. Tras un intercambio de opiniones en el que participan el Sr. BENNOUNA, el Sr. BOWETT y el Sr. ROSENSTOCK, el Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el problema en realidad se debe a un error. Por tanto, propone que en la segunda oración del párrafo 74 las palabras «las contramedidas» se sustituyan por «los hechos internacionalmente ilícitos» y que, en aras de la claridad, se incluya la referencia apropiada.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 74, en su forma enmendada.

Párrafo 75

39. El Sr. BENNOUNA propone que después de la frase «el elemento de retribución seguiría presente, tanto en las consecuencias sustantivas como instrumentales» se inserten las palabras «de un hecho internacionalmente ilícito» para aclarar el significado pretendido.

40. Tras un intercambio de opiniones en el que participan el Sr. BOWETT, el Sr. KOROMA, el Sr. PELLET, el Sr. MAHIOU, el Sr. RAZAFINDRALAMBO y el Sr. VERESHCHETIN, el Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que está de acuerdo con la enmienda propuesta por el Sr. Bennouna, que refleja su propio propósito.

Queda aprobado el párrafo 75, en su forma enmendada.

Párrafos 76 a 80

Quedan aprobados los párrafos 76 a 80.

Párrafo 81

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que al final del párrafo deberían insertarse las palabras «y al artículo 4 de la segunda parte tal como fue aprobado en primera lectura».

Queda aprobado el párrafo 81, en su forma enmendada.

Párrafo 82

42. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que se inserten dos oraciones al final del párrafo que digan lo siguiente: «En lo que respecta particularmente a la referencia hecha por un miembro a los Artículos 41 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas, el Relator Especial señaló que debería procederse con cautela a ese respecto habida cuenta de la estructura no igualitaria del órgano internacional encargado de la aplicación de esos artículos. También en vista de ello el Relator Especial había expresado las graves dudas que le inspiraba el artículo 4 de la segunda parte tal como fue aprobado en primera lectura».

43. El Sr. BOWETT propone que se supriman las palabras «no igualitaria».

44. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que acepta la modificación.

Queda aprobado el párrafo 82, en su forma enmendada.

Párrafos 83 a 92

Quedan aprobados los párrafos 83 a 92.

Párrafo 93

45. El Sr. ROSENSTOCK propone que en la última oración después de las palabras «se estimaba» se inserte la palabra «generalmente».

Queda aprobado el párrafo 93, en su forma enmendada.

Párrafo 94

46. El Sr. ROSENSTOCK propone que después de la palabra «asimismo» se inserte «generalmente».

Queda aprobado el párrafo 94, en su forma enmendada.

Párrafos 95 a 114

Quedan aprobados los párrafos 95 a 114.

vii) Contramedidas prohibidas (A/CN.4/L.478/Add.2)

Párrafo 115

Queda aprobado el párrafo 115.

Párrafo 116

47. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que debería reformularse la penúltima oración del párrafo 116 como sigue: «Refiriéndose a la doctrina según la cual la prohibición establecida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas debía someterse no sólo a la excepción prevista en el Artículo 51, sino también a otras excepciones, opinó que esa doctrina —con respecto a la cual había expresado en su informe enérgicas reservas— en ningún caso debería afectar la prohibición de las represalias armadas. Si la mencionada doctrina era aceptable, y en la medida en que lo fuera, sólo podía abarcar aquellos supuestos en los que el recurso a la fuerza pudiera estar justificado por las graves situaciones de emergencia para las que se habían formulado los Artículos 42 a 51 de la Carta, situación que podía justificar o no, según el caso, una ampliación del concepto de legítima defensa pero no una excepción a la prohibición de las contramedidas armadas en reacción ante un hecho internacionalmente ilícito».

Queda aprobado el párrafo 116, en su forma enmendada.

Párrafos 117 a 130

Quedan aprobados los párrafos 117 a 130.

Párrafo 131

48. El Sr. EIRIKSSON dice que objeta el uso de la expresión «el derecho al medio ambiente» que figura en la tercera oración.

49. El PRESIDENTE, en respuesta a una sugerencia del Sr. RAZAFINDRALAMBO, propone que en lugar de esa expresión se utilice «el derecho a un medio ambiente seguro y saludable».

Queda aprobado el párrafo 131, en su forma enmendada.

Párrafos 132 a 141

Quedan aprobados los párrafos 132 a 141.

Párrafo 142

50. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial), en respuesta a una pregunta del Sr. EIRIKSSON, explica que la primera oración del párrafo 142 expresa su propia opinión. Sugiere que después de las palabras «se advirtió que» se inserten las palabras «en su opinión».

Queda aprobado el párrafo 142, en su forma enmendada.

Párrafos 143 a 147

Quedan aprobados los párrafos 143 a 147.

Párrafo 148

51. El Sr. EIRIKSSON propone que en la versión inglesa la palabra «against» se inserte después de «retaliated», en la segunda oración.

Queda aprobado el párrafo 148, en su forma enmendada.

Párrafo 149

52. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que en la última oración después de las palabras «la analogía con» se inserten las palabras «los efectos de recurrir a».

Queda aprobado el párrafo 149, en su forma enmendada.

c) *La cuestión de las contramedidas en el contexto de los artículos 2, 4 y 5 de la segunda parte aprobados en primera lectura en anteriores períodos de sesiones de la Comisión* (A/CN.4/L.478/Add.3)

i) La cuestión de los regímenes autónomos

Párrafo 150

53. El Sr. PELLET señala que en la versión francesa la expresión «n'auraient pas le droit» que figura en la segunda oración es ambigua. Debería decir «n'ont pas le droit».

Queda aprobado el párrafo 150, en su forma enmendada.

Párrafos 151 a 158

Quedan aprobados los párrafos 151 a 158.

ii) La relación entre el proyecto en preparación y la Carta de las Naciones Unidas

Párrafo 159

54. El Sr. PELLET se pregunta acerca de la declaración que figura en la segunda oración según la cual el Consejo de Seguridad no estaba facultado «según la opinión de la doctrina, al actuar en virtud del Capítulo VII, para imponer soluciones en virtud del Capítulo VI...». Refiriéndose al arreglo de la controversia fronteriza entre el Iraq y Kuwait, se pregunta si esa declaración representa la opinión personal del Relator Especial o está basada en un estudio de la doctrina sobre la cuestión.

55. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que su propósito había sido insertar el adjetivo «dominante» después de la palabra «opinión». No conoce ninguna fuente que muestre el predominio de cualquier otra opinión. Ciertamente, a la luz de recientes decisiones y recomendaciones del Consejo de Seguridad contrarias a esa opinión doctrinal, la cuestión debería examinarse detenidamente en el próximo período de sesiones. La opinión expresada en el párrafo 159 está basada en el efecto combinado de los Capítulos VI y VII de la Carta.

56. El Sr. ROSENSTOCK considera que, a la luz de la práctica reciente, sería difícil calificar de «dominante» la opinión doctrinal mencionada en el párrafo 159. Tal vez podría calificarse de «preferida».

57. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que no está de acuerdo. La opinión doctrinal mencionada en el párrafo 159 es la opinión dominante de los juristas sobre el estado actual del derecho. Naturalmente puede haber sido modificada mediante una interpretación evolutiva de la Carta de las Naciones Unidas por los Estados, pero no está de acuerdo en que el Consejo de Seguridad, que es un órgano político, tenga autoridad exclusiva para interpretar los Capítulos VI y VII de la Carta. Sugiere que la Comisión evite tratar de los problemas del Consejo de Seguridad a ese respecto. Por esta razón, se inclina a prescindir del artículo 4 de la segunda parte del proyecto.

58. El Sr. PELLET sugiere que en el texto francés se utilice la frase «selon la doctrine dominante».

59. El Sr. VERESHCHETIN sugiere que, para evitar ambigüedades, la segunda oración del párrafo 159 comience como sigue: «A juicio del Relator Especial,...», ya que no todos los miembros de la Comisión comparten esa opinión.

60. El Sr. BENNOUNA dice que el párrafo 160 expresa la opinión del Relator Especial sobre el artículo 4.

61. El Sr. JACOVIDES, refiriéndose a los asuntos del *Africa sudoccidental*[3], dice que el párrafo 159 plantea un problema de interpretación de la Carta de las Naciones Unidas y en especial del Artículo 25. Debe dejarse en claro que la opinión expresada es la del Relator Especial.

62. El PRESIDENTE propone que, como sugiere el Sr. Vereshchetin, se enmiende la segunda oración como sigue: «A juicio del Relator Especial, si bien, en virtud de la Carta, el Consejo de Seguridad estaba facultado...».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 159, en su forma enmendada.

Párrafo 160

63. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la primera oración del párrafo 160 debería enmendarse como sigue: «En opinión del Relator Especial, el artículo 4, en su formulación actual, podría suscitar dificultades. De momento podía pensar en dos ejemplos».

Queda aprobado el párrafo 160, en su forma enmendada.

Párrafo 161

64. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) explica que la opinión reflejada en la primera oración no es su propia opinión. Es una opinión extraña, a su juicio, porque supone que los problemas que planteara la Carta de las Naciones Unidas sólo podía resolverlos el Consejo de Seguridad, y que ningún jurista tiene nada que decir sobre ellos.

65. El Sr. ROSENSTOCK sugiere insertar la palabra «aquellos» antes de «problemas». Podía insertarse una oración adicional que dijera: «Varios miembros expresaron su desacuerdo con las observaciones del Relator Especial, basándose en que no eran compatibles con las responsabilidades del Consejo de Seguridad, el objeto de los Capítulos VI y VII, y la práctica contemporánea». A continuación, la segunda oración podía comenzar con las palabras «Un miembro sugirió...».

66. El Sr. MAHIOU señala que el párrafo 161 está relacionado con el párrafo 162, que expresa la opinión opuesta a la expresada por otros miembros de la Comisión. Ahora bien, dado que el párrafo 161 es dos veces más largo que el párrafo 162, hay disparidad en el trato de dos opiniones contrapuestas.

67. El PRESIDENTE sugiere que se apruebe el párrafo 161 en la forma enmendada por el Sr. Rosenstock.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 161, en su forma enmendada.

Párrafos 162 y 163

Quedan aprobados los párrafos 162 y 163.

Párrafo 164

68. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que las oraciones segunda y tercera deberían suprimirse y sustituirse por el texto siguiente: «En aras de la brevedad, se remitió al *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, vol. 137, págs. 629 y ss., y especialmente págs. 663 y ss. y 682 a 684».

Queda aprobado el párrafo 164, en su forma enmendada.

Se levanta la sesión a las 18.05 horas.

2292.ª SESIÓN

Miércoles 22 de julio de 1992, a las 10.35 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

---

[3] *C.I.J. Recueil 1962*, págs. 319 y ss., e *ibid. 1966*, págs. 6 y ss.

Otros asuntos

[Tema 10 del programa]

1. El PRESIDENTE informa a los miembros de la Comisión que la Mesa Ampliada ha recomendado el nombramiento del Sr. Robert Rosenstock como Relator Especial encargado del tema «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación». Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar esta recomendación.

Así queda acordado.

2. El Sr. ROSENSTOCK da las gracias a los miembros de la Comisión por el honor que le han conferido.

3. El PRESIDENTE recuerda que la Asamblea General ha autorizado a la Comisión para enviar a Nueva York un relator especial para que exponga ante la Sexta Comisión el estado de los trabajos de la CDI sobre el tema a su cargo. En un primer momento la Mesa había decidido no enviar a ningún relator especial en el presente año; después, esa cuestión fue examinada por la Mesa Ampliada, la que no ha podido llegar a ningún acuerdo ni formular ninguna recomendación. El Presidente sugiere, pues, que los miembros de la Comisión celebren consultas al respecto.

Así queda acordado.

Fecha y lugar de celebración del 45.° período de sesiones

[Tema 9 del programa]

4. El PRESIDENTE informa a los miembros de la Comisión que la Mesa Ampliada ha recomendado que el período de sesiones siguiente de la Comisión se celebre en Ginebra del 3 de mayo al 23 de julio de 1993. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide aprobar esta propuesta.

Así queda acordado.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones *(continuación)*

CAPÍTULO III.—*Responsabilidad de los Estados* (continuación) (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones *(continuación)* (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

3. LOS INFORMES TERCERO Y CUARTO DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)* (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

c) *La cuestión de las contramedidas en el contexto de los artículos 2, 4 y 5 de la segunda parte aprobados en primera lectura en anteriores períodos de sesiones de la Comisión* (continuación) (A/CN.4/L.478/Add.3)

iii) La cuestión de los Estados lesionados de manera diferente

5. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del capítulo III del proyecto de informe, comenzando por el párrafo 165.

Párrafo 165

Queda aprobado el párrafo 165.

Párrafos 166 a 170

Quedan aprobados los párrafos 166 a 170.

Párrafo 171

6. El Sr. CRAWFORD propone insertar las palabras «el Estado o» antes de «los Estados más afectados», en la segunda oración del párrafo, para que la idea quede más clara.

Queda aprobado el párrafo 171, en su forma enmendada.

Párrafo 172

Queda aprobado el párrafo 172.

Párrafo 173

7. El Sr. CRAWFORD propone que, para una mayor claridad, las tres cuestiones enunciadas al comienzo del párrafo se enumeren de modo que la primera oración diga así: «En este contexto se plantearon otras tres cuestiones: *a*) el problema de una pluralidad de Estados infractores; *b*) la cuestión de las contramedidas colectivas, es decir, el caso en que el Estado más afectado recabase asistencia de otros; y *c*) la cuestión del no reconocimiento». En la versión inglesa, la palabra «latter», que figura al comienzo de la oración siguiente, debería reemplazarse por la palabra «last».

Queda aprobado el párrafo 173, en su forma enmendada.

Párrafo 174

8. El Sr. EIRIKSSON considera que la explicación al comienzo del párrafo de que «el Relator Especial dijo que prestaría especial atención a las opiniones expresadas durante el debate» cae por su propio peso y podría suprimirse.

9. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) explica que su declaración de que tendrá debidamente en cuenta las opiniones expresadas tiene el objetivo de destacar el respeto que le merecen las sugerencias formuladas e insiste en que la oración se mantenga tal como está redactada.

Queda aprobado el párrafo 174.

10. El PRESIDENTE dice que para aprobar el capítulo III del informe sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones en su totalidad, la Comisión debe examinar nuevamente los párrafos 19 y 34 del documento A/CN.4/L.478, que habían quedado pendientes. El Sr. Shi ha preparado una nueva versión del párrafo 19 y la versión revisada del párrafo 34 ha sido preparada por

el Sr. Pellet, con la colaboración del Sr. Vereshchetin y del Relator Especial.

a) *Planteamiento general de la cuestión de las contramedidas* (conclusión*) (A/CN.4/L.478 y Corr.1)

Párrafo 19 *(conclusión*)*

11. El PRESIDENTE dice que las modificaciones propuestas por el Sr. Shi son las siguientes: la primera oración del párrafo se sustituiría por «Un miembro opinó que de lo que se trataba era de determinar si la Comisión podía considerar que determinadas formas de contramedidas que reflejaban más de un siglo de práctica de los Estados constituían normas de derecho internacional general, susceptibles de codificación».

12. La primera parte de la tercera oración hasta la palabra «contramedidas» diría «Se señaló a la atención de la Comisión la observación del Relator Especial de que los países poderosos o ricos podían fácilmente sacar partido de su ventaja sobre los países débiles o pobres recurriendo a medidas correctivas en la forma de represalias o contramedidas».

13. La cuarta oración se sustituiría por «De hecho, según esta opinión, las represalias o contramedidas constituían con frecuencia una prerrogativa de los Estados más poderosos y la improcedencia del concepto de represalias o de contramedidas en el marco del derecho internacional general se debía al hecho de que esas medidas eran el resultado de la relación entre los Estados poderosos y los Estados débiles y pequeños en una época en que estos últimos no estaban en condiciones de hacer valer sus derechos con arreglo al derecho internacional».

14. El comienzo de la sexta oración se simplificaría para que diga «En lo que respecta a un régimen estricto de contramedidas condicionales, tal como lo concibe el Relator Especial, se observó que ese régimen favorecería los intereses...».

15. El Sr. BOWETT sugiere que en la cuarta oración de la versión inglesa se emplee el plural para que en lugar de «the prerogative of the more powerful State» se lea «the prerogative of the more powerful States».

16. Después de un debate en el que participan el Sr. SHI, el Sr. VERESHCHETIN, el Sr. KOROMA y el Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial), este último dice que puede aceptar la propuesta del Sr. Shi en la forma enmendada por el Sr. Bowett.

Queda aprobado el párrafo 19, en su forma enmendada.

b) *Elementos relativos a la inclusión de un régimen de contramedidas en el proyecto de artículos* (conclusión) (A/CN.4/L.478 y Add.1 y 2)

i) Aspectos terminológicos y conceptuales de la noción de contramedidas *(conclusión)* (A/CN.4/L.478)

Párrafos 34 *(conclusión)* y 34 *bis*

17. El PRESIDENTE dice que el Sr. Pellet ha propuesto que la primera oración del párrafo 34 se sustituya por la siguiente: «En lo que respecta a la terminología, se aceptó generalmente la observación del Relator Especial de que, a los efectos del presente proyecto de artículos, el concepto de contramedidas era idéntico al de represalias».

18. Al final del párrafo o como párrafo adicional (párrafo 34 *bis*) se agregarían las dos oraciones siguientes: «Sin embargo, algunos miembros insistieron en que el concepto de contramedidas era de alcances más amplios que el de represalias y abarcaba, en particular, la retorsión y, en un sentido más general, todas las formas de reacción a un comportamiento ilícito. Por consiguiente, un miembro expresó su deseo de que esta idea se reflejara debidamente en una etapa ulterior, ya sea en uno de los artículos relativos a las contramedidas o en un comentario».

19. El Sr. VERESHCHETIN da las gracias al Sr. Pellet por haber elaborado este nuevo texto, que coincide plenamente con su propia opinión. Desea tan sólo que en la primera de las oraciones que se propone agregar al final del párrafo se sustituyan las palabras «reacción a un comportamiento ilícito» por «reacción lícita a un comportamiento ilícito». El Sr. Vereshchetin recuerda asimismo que el Presidente ha sugerido que las dos nuevas oraciones del párrafo 34 constituyan un nuevo párrafo 34 *bis*.

Quedan aprobados los párrafos 34 y 34 bis, *en su forma enmendada.*

CAPÍTULO II.—*Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* (A/CN.4/L.475)

20. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator), al presentar el capítulo II del proyecto de informe de la Comisión (A/CN.4/L.475), explica que la sección B (Examen del tema en el actual período de sesiones) es relativamente breve debido a que este capítulo reproduce el texto completo del informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Sin embargo, tal vez sea aconsejable subdividir esta sección para que la estructura general quede más clara. El informe del Grupo de Trabajo podría figurar ya sea en el capítulo II o al final del informe de la Comisión, de acuerdo a la práctica habitual.

21. El Sr. CRAWFORD considera que, en efecto, sería útil cambiar la estructura del capítulo II, aunque sólo sea por el hecho de que la Comisión no ha adoptado el informe del Grupo de Trabajo propiamente dicho sino sólo la decisión en él contenida.

22. El Sr. EIRIKSSON dice que señalará los encabezamientos de las diversas secciones de la sección B.

23. El Sr. BENNOUNA, apoyado por el Sr. GÜNEY, dice que si se han de introducir enmiendas al proyecto, preferiría que el capítulo se examinara párrafo por párrafo.

24. El Sr. MAHIOU expresa su extrañeza por la afirmación hecha en el párrafo 14 de que en los párrafos siguientes se hará sólo el resumen de las dos cuestiones no tratadas en el informe del Grupo de Trabajo. No comprende por qué se ha omitido la parte sustancial del

* Reanudación de los trabajos de la 2290.ª sesión.

debate realizado en el pleno de la Comisión sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional.

25. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator) explica que, habida cuenta de la extensión del informe del Grupo de Trabajo, del que se incluye el texto completo, se consideró innecesario reseñar todo el debate de las sesiones plenarias por temor a la duplicación.

26. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que, si bien considera acertada la observación del Sr. Mahiou, recuerda que la Asamblea General espera de la Comisión un informe lo más resumido posible. Si se incluyeran todos los debates celebrados en sesión plenaria y todas las observaciones del Grupo de Trabajo, el informe sería muy voluminoso.

27. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que, a su juicio, se debería poder presentar en los encabezamientos propuestos por el Sr. Eiriksson un resumen de los debates celebrados en el pleno. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo también se podrían resumir pero de manera muy concisa, dado que, de todos modos, su informe figuraría en un anexo.

28. El Sr. ROSENSTOCK, pese a que la brevedad le parece siempre preferible, considera que el examen del tema en sesión plenaria se ha resumido más bien drásticamente ya que desaparecen las tres cuartas partes del debate. El Sr. Mahiou tiene razón en sus quejas y se podría atender a ellas redactando algunos párrafos adicionales para explicar, en particular, que cabe remitirse también al informe del Grupo de Trabajo. Si verdaderamente se desea ser breve, el Sr. Rosenstock puede mencionar varios pasajes del informe que se podrían resumir todavía más o aun suprimir.

29. El Sr. MAHIOU considera que la brevedad no justifica falsear los debates llevados a cabo en las sesiones plenarias de la Comisión. En efecto, esos debates son de carácter contradictorio y, en cambio, el objetivo del Grupo de Trabajo es lograr soluciones de avenencia. Aunque la Comisión ha destinado dos semanas al examen del informe del Relator Especial, en su propio informe no destina más que algunas páginas a esta parte de sus trabajos. Es más, aquí entra en juego una cuestión de principio: las conclusiones de un grupo de trabajo no tienen el mismo carácter que el debate en sesión plenaria.

30. El Sr. BENNOUNA desea expresar una opinión todavía más categórica: la manera en que se presenta el capítulo II plantea un muy grave problema de fondo porque el lector no tendrá ninguna idea acerca de lo ocurrido durante el período de sesiones. En efecto, el lector observará que el Grupo de Trabajo ha propuesto una solución de avenencia pero no sabrá cuáles eran las distintas posiciones que se trataba de armonizar. Sin embargo, el proyecto de un tribunal penal internacional ha suscitado las opiniones más divergentes. Algunos miembros ni siquiera deseaban que existiera un tribunal. Así, si se ha de modificar la sección B del capítulo II, no cabe limitarse a las cuestiones de orden técnico, como, por ejemplo, las del actual párrafo 12, sino que se debe examinar la cuestión de fondo planteada en el período de sesiones, esto es, la oposición de concepciones jurídicas diferentes. Esto es lo que interesa a la comunidad internacional. Se debe saber que la Comisión ha debatido diversas modalidades de jurisdicción penal internacional y ha reflexionado sobre el lugar que debe ocupar esa jurisdicción en el orden político y jurídico internacional y en la visión utópica de la época actual. Además, no es lo mismo lo que se dice en un grupo de trabajo —en este caso, no demasiado amplio— que lo que se debate en sesión plenaria.

31. El Sr. THIAM (Relator Especial) sugiere añadir al informe un pasaje que refleje los debates celebrados en el pleno y destaque, en particular, las grandes tendencias delineadas que, como ha señalado por lo demás el Sr. Bennouna, son bien conocidas.

32. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator) aprueba esta idea y propone que mientras se redacta el nuevo pasaje, la Comisión prosiga su examen del informe.

33. Tras la celebración de consultas oficiosas, el PRESIDENTE sugiere que la Comisión examine el capítulo II del proyecto de informe, párrafo por párrafo, con exclusión de los párrafos 9 a 14, de los que se preparará una nueva versión más detallada para reflejar el debate del pleno sobre el papel y la estructura de la jurisdicción penal internacional y las principales tendencias observadas al respecto.

Así queda acordado.

A.—Introducción

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

Párrafo 4

34. El Sr. EIRIKSSON propone que al comienzo del párrafo 4 se agreguen las palabras «Al concluir los trabajos del Comité Especial» o alguna otra expresión análoga a fin de señalar que la aprobación de la resolución 3314 (XXIX) por la Asamblea General es el resultado de los trabajos de dicho Comité.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.

Párrafo 5

35. El Sr. EIRIKSSON propone modificar el texto inglés de la nota de pie de página de la siguiente manera: «In resolution 42/151 of 7 December 1987, the General Assembly agreed with the recommendation of the Commission and amended the title of the topic in English to read ''Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind''».

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

Párrafo 6

Queda aprobado el párrafo 6.

Párrafo 7

36. El Sr. EIRIKSSON dice que la última oración del párrafo 7 sigue fielmente el texto de la resolución 45/41 de la Asamblea General. Por lo tanto, en el texto inglés la expresión «international jurisdiction» debería decir «international criminal jurisdiction», para una mayor exactitud.

Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.

Párrafo 8

Queda aprobado el párrafo 8.

Queda aprobada la sección A, en su forma enmendada.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

37. El PRESIDENTE dice que, de acuerdo con la decisión tomada anteriormente, la Comisión procederá a examinar los párrafos 15 y siguientes del proyecto de informe.

38. El Sr. PELLET opina que la Comisión no podría examinar los párrafos 15 y siguientes sin conocer el texto que ha de reemplazar a los actuales párrafos 9 a 14. En efecto, desde el punto de vista de la extensión, es necesario que haya un equilibrio razonable entre ese texto y los párrafos 15 y siguientes. A ese respecto, si bien conviene con el Sr. Bennouna y el Sr. Thiam en que se deben reseñar los debates del pleno sobre el planteamiento general de un posible tribunal penal internacional, considera que se deben reseñar también otros aspectos más técnicos señalados por los miembros de la Comisión. Por ejemplo, por su parte, se ha opuesto al enfoque adoptado por el Grupo de Trabajo en cuanto al derecho aplicable y desearía que su opinión se reflejara en el informe. Es más, aquí se trata de una cuestión de principio: el Sr. Pellet se opone decididamente a la práctica de no resumir en el informe los debates del pleno sobre determinadas cuestiones bajo el pretexto de que esas mismas cuestiones han sido examinadas por un grupo de trabajo e insiste en que los nuevos párrafos que se presenten a la Comisión deberán ofrecer un panorama razonablemente completo de esos debates.

39. El Sr. JACOVIDES dice que el informe se ha preparado sobre una sólida base en cuanto la decisión de la CDI hace resaltar la labor del Grupo de Trabajo y sus resultados a fin de facilitar los debates de la Sexta Comisión. No obstante, si bien la brevedad es aconsejable, no debería haber una desproporción muy grande entre los párrafos que sustituirán a los párrafos 9 a 14 y los párrafos 15 a 32.

40. El Sr. CALERO RODRIGUES hace suyas las observaciones del Sr. Pellet y considera que no procede aprobar los párrafos relativos a la acción de reparación y al principio de la doble instancia de jurisdicción —es decir, los párrafos 15 y siguientes— si las demás cuestiones tratadas en el pleno se resumen en sólo unos pocos párrafos. Otra solución consistiría en abreviar los párrafos 15 y siguientes. En general, el capítulo que se examina se ha elaborado sobre bases discutibles; parece haberse considerado que el informe no debía reflejar los debates del pleno sobre las cuestiones que había examinado el Grupo de Trabajo.

41. El Sr. CRAWFORD, apoyando al Sr. Pellet, el Sr. Jacovides y el Sr. Calero Rodrigues, dice que la parte del informe relativa a los debates del pleno sobre la acción de reparación y el principio de la doble instancia de jurisdicción no debería ser más extensa que la parte relativa a otras cuestiones. A este respecto, el Sr. Crawford, con el apoyo del Sr. Al-Khasawneh, insiste en que se resuman en uno o dos párrafos los principales planteamientos hechos respecto del papel de un posible tribunal penal internacional.

42. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que apoya la última observación del Sr. Crawford.

43. El PRESIDENTE dice que entiende que la Comisión desea suspender el examen del capítulo II del proyecto de informe hasta que tenga ante sí los nuevos textos que reemplazarán a los actuales párrafos 9 a 14.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2293.ª SESIÓN

Jueves 23 de julio de 1992, a las 15.20 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones *(continuación)*

CAPÍTULO III.—*Responsabilidad de los Estados* (conclusión) (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones *(conclusión)* (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

3. LOS INFORMES TERCERO Y CUARTO DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)* (A/CN.4/L.478 y Corr.1 y Add.1 a 3)

c) *La cuestión de las contramedidas en el contexto de los artículos 2, 4 y 5 de la segunda parte aprobados en primera lectura en anteriores períodos de sesiones de la Comisión* (conclusión) (A/CN.4/L.478/Add.3)

ii) La relación entre el proyecto en preparación y la Carta de las Naciones Unidas *(conclusión*)*

Párrafo 160 *bis* (162 *bis*)

1. El PRESIDENTE dice que en la 2291.ª sesión el Sr. Mahiou y el Sr. Bennouna han solicitado que se inserte un párrafo adicional, párrafo 160 *bis*, para establecer equilibrio entre las diferentes opiniones existentes en la Comisión. El párrafo adicional diría:

«160 *bis*. Muchos miembros de la Comisión coincidieron con la posición del Relator Especial de que el poder de decisión del Consejo de Seguridad se limitaba estrictamente a las medidas encaminadas a restablecer la paz y la seguridad internacionales de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y que el Consejo no estaba facultado para imponer a los Estados arreglos o procedimientos de arreglo en relación con controversias o situaciones que no han de resolverse con arreglo al Capítulo VI, por medio de recomendación.»

2. El Sr. ROSENSTOCK dice que en el texto propuesto se dice implícitamente que la opinión expresada es la opinión dominante en la Comisión. Esto no es así. En consecuencia, propone que las palabras «muchos miembros» se sustituyan por «algunos miembros».

3. El Sr. PELLET dice que el párrafo 160 *bis* no serviría de alternativa a la opinión expresada en el párrafo 161; parece haber una discrepancia entre ambos. Además, algunos miembros ya han abandonado la opinión reflejada en el nuevo párrafo.

4. El Sr. BENNOUNA dice que no está de acuerdo. La opinión expresada en el nuevo texto es la de la gran mayoría de los miembros, en tanto que la opinión en el párrafo 161 sólo la expresaron dos o tres miembros.

5. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que no está de acuerdo con el Sr. Rosenstock. Las palabras «muchos miembros» no implican la mayoría de la Comisión.

6. El Sr. GÜNEY sugiere, a modo de alternativa, las palabras «cierto número de miembros».

7. El Sr. PELLET dice que lo mejor sería colocar el nuevo texto en el párrafo 159, siempre que quede claro que otros miembros no estaban de acuerdo con la opinión expresada.

8. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que los párrafos 159 y 160 reflejan, ambos, sus propias opiniones. Por tanto, la opinión contrapuesta no encajaría bien en ninguno de esos dos párrafos; el nuevo texto debería ir a continuación del párrafo 161.

9. El Sr. EIRIKSSON dice que la posición del Sr. Pellet refleja la enmienda ya hecha al párrafo 161.

10. El Sr. ROSENSTOCK dice que, dada la extrema gravedad de la cuestión, que implica un ataque a la acción del Consejo de Seguridad del año anterior, la Comisión no debe indicar que la opinión expresada en el nuevo texto es ampliamente sostenida por los miembros a menos que esto pueda demostrarse que es así. El número de los partidarios de esa opinión es demasiado pequeño para que esté justificada la declaración ahora propuesta.

11. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que se utilicen las palabras «Varios miembros» para sustituir a las palabras «Muchos miembros».

Así queda acordado.

12. El Sr. de SARAM señala que hay diferencia entre las recomendaciones no obligatorias del Consejo de Seguridad y las decisiones obligatorias. Por tanto, el nuevo texto debería hablar del «poder del Consejo de Seguridad de adoptar decisiones obligatorias».

13. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) insta a la Comisión a ser cautelosa. El nuevo texto va algo más allá de la opinión que él expresó, formulada en el párrafo 159. Ciertamente en esa opinión no ataca ninguna acción concreta del Consejo de Seguridad; más bien advierte a la Comisión de que el artículo 4 de la segunda parte, si se adopta, suscitará algunas dificultades, tanto en relación con el Consejo de Seguridad como en relación con la opinión doctrinal anteriormente mencionada. La declaración de que el poder de decisión del Consejo de Seguridad «se limitaba estrictamente a las medidas encaminadas a restablecer la paz y la seguridad internacionales» es una declaración más enfática de la que él pretendía. No obstante, puede aceptar el nuevo texto con la enmienda propuesta por el Sr. Calero Rodrigues.

14. El Sr. PELLET propone que se modifique el apartado *b* del párrafo 161 para que diga «se reconocía que el Consejo de Seguridad tenía la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y que, en el marco de sus poderes, podía imponer un arreglo pacífico de controversias».

15. El Sr. BENNOUNA dice que no está de acuerdo en absoluto con la idea implícita de que el Consejo de Seguridad puede decidir lo que es lícito y que no está obligado por el derecho internacional. En efecto, si el Consejo de Seguridad tuviera que determinar el derecho, la Comisión carecería de función. El texto propuesto refleja fielmente la posición de varios miembros.

16. El Sr. MIKULKA se pregunta si es realmente necesario calificar de «obligatorias» las decisiones del Consejo de Seguridad, como propone el Sr. de Saram. Esto limitaría la referencia a los poderes del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y parece ir en contra del Artículo 25.

17. El Sr. BENNOUNA propone que se enmiende el comienzo del nuevo texto como sigue: «Varios miembros de la Comisión coincidieron con la posición expresada por el Relator Especial de que el poder de decisión del Consejo de Seguridad se limitaba...».

18. El Sr. PELLET dice que él nunca ha dicho que el Consejo de Seguridad fuera libre para hacer lo que qui-

* Reanudación de los trabajos de la 2291.ª sesión.

siera. Ciertamente está sujeto al derecho internacional, pero esto no significa que no tenga competencia para resolver controversias.

19. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que comparte la opinión de que el Consejo de Seguridad puede impedir que un Estado resuelva sus controversias por medio de la fuerza y que el Capítulo VII le confiere facultades para impedir cualquier acto que no sea pacífico. Pero una cosa es obligar a los Estados a no recurrir a la fuerza para resolver controversias y otra muy distinta decir que el Consejo de Seguridad tiene la facultad de adoptar una decisión que constituya un arreglo obligatorio de una controversia. Incluir la declaración sugerida por el Sr. Pellet plantearía considerables dificultades. De todos modos, el debate surgió en el contexto del artículo 4 y por tanto pertenece al tema de las contramedidas. El artículo 4 afecta tanto a las consecuencias sustantivas como a las instrumentales de un hecho internacionalmente ilícito; y esto hace que el artículo sea cuestionable.

20. El PRESIDENTE recuerda a la Comisión que ya ha aprobado una enmienda a la primera oración del párrafo 161 que dice: «Varios miembros expresaron su desacuerdo con las observaciones del Relator Especial, basándose en que no eran compatibles con las responsabilidades del Consejo de Seguridad, el objeto de los Capítulos VI y VII, y la práctica contemporánea».

21. El Sr. PELLET dice que ese texto, como lo propuso el Sr. Rosenstock, refleja tanto sus opiniones como las del Sr. Bowett. Por tanto, está dispuesto a retirar su propia enmienda.

22. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que aún subsiste una dificultad sobre los números; ¿cuántos miembros son «varios»? Propone que la palabra «varios» se sustituya por «algunos».

23. El Sr. CALERO RODRIGUES sugiere que, como son menos los miembros que comparten la opinión del Sr. Rosenstock que los que comparten la opinión opuesta, la palabra «algunos» debería utilizarse para su enmienda y la palabra «varios» para la nueva enmienda.

24. El Sr. VERESHCHETIN señala que la Comisión ya ha aprobado el texto que contenía la enmienda del Sr. Rosenstock y que ahora no puede enmendarla de nuevo. El importante tema de la competencia del Consejo de Seguridad no lo está examinando la Comisión, que no debería tratar de adoptar decisiones de principio sobre la cuestión. Si la Comisión desea proseguir la cuestión, debería hacerlo debidamente en el próximo período de sesiones. Ciertamente no debería entrar en debates sobre si «varios» o «algunos» miembros sostienen una determinada opinión.

25. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que al plantear las dificultades relacionadas con el artículo 4, a la luz de los ejemplos mencionados en el párrafo 160, pretendía suscitar observaciones sobre la cuestión. Como ha señalado el Sr. Al-Khasawneh, varios miembros sostenían una opinión sobre la cuestión y algunos miembros sostenían otra.

26. El PRESIDENTE sugiere que el nuevo texto se inserte como párrafo 162 *bis*, con las enmiendas propuestas por el Sr. Bennouna.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 162 bis, *en su forma enmendada.*

Queda aprobada la sección B.3, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo III del proyecto de informe, en su conjunto, en su forma enmendada.

CAPÍTULO I.—*Organización del período de sesiones* (A/CN.4/L.474 y Add.1)

27. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el capítulo I del proyecto de informe (A/CN.4/L.474 y Add.1) párrafo por párrafo.

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

A.—Composición de la Comisión

Párrafo 2

Queda aprobado el párrafo 2.

Queda aprobada la sección A.

B.—Mesa

C.—Comité de Redacción

28. El PRESIDENTE dice que, a fin de rectificar una omisión, el título «B.—Mesa» se inserte inmediatamente antes del párrafo 3.

Así queda acordado.

Párrafos 3 a 5

Quedan aprobados los párrafos 3 a 5.

Quedan aprobadas las secciones B, en su forma enmendada, y C.

D.—Grupo de Trabajo establecido en cumplimiento de la petición contenida en la resolución 46/54 de la Asamblea General

Párrafo 6

29. El PRESIDENTE dice que la primera oración debería decir: «En su 2262.ª sesión, celebrada el 19 de mayo de 1992, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre la cuestión de una jurisdicción penal internacional de conformidad con la invitación contenida en la resolución 46/54 de la Asamblea General...».

30. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que, en la resolución 46/54, la Asamblea General no invitó a la Comisión a establecer un grupo de trabajo sino que le pidió que examinara la cuestión de una jurisdicción penal internacional, ante lo cual la Comisión, por iniciativa propia, estableció el Grupo de Trabajo. Por tanto, propone

que se inserten las palabras «que debería examinarse» después de las palabras «sobre la cuestión de una jurisdicción penal internacional».

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.

Párrafo 6 *bis*

31. El PRESIDENTE dice que debería insertarse un nuevo párrafo entre los párrafos 6 y 7, con el número 6 *bis*, que diga lo siguiente:

«6 *bis*. En su 2273.ª sesión, celebrada el 16 de junio de 1992, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo, abierto a cuantos miembros desearan participar en él, para examinar algunas de las cuestiones generales relacionadas con el ámbito, el planteamiento que había de adoptarse y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema de la responsabilidad internacional.»

32. El Sr. PELLET señala que parece haber cierta duplicación entre el párrafo 6 *bis* y el párrafo 12.

33. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator) dice que sería apropiado que el párrafo 12 contuviera una referencia al párrafo 6 *bis*.

34. El PRESIDENTE sugiere que el título de la sección D diga lo siguiente: «Grupos de trabajo establecidos por la Comisión».

Así queda acordado.

35. Tras un intercambio de opiniones en el que participan el Sr. EIRIKSSON y el Sr. PELLET, el PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 6 *bis*.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 6 bis.

Queda aprobada la sección D, en su forma enmendada.

E.—Secretaría

Párrafo 7

Queda aprobado el párrafo 7.

Queda aprobada la sección E.

F.—Programa

Párrafo 8

Queda aprobado el párrafo 8.

Párrafo 9

36. El PRESIDENTE sugiere que la primera oración del párrafo 9 se sustituya por dos oraciones que digan lo siguiente:

«9. La Comisión, conforme a su práctica de no celebrar un debate de fondo sobre los proyectos de artículos aprobados en primera lectura hasta disponer de los comentarios y observaciones de los gobiernos al respecto, no examinó el tema ''El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación'' ni el proyecto de artículos relativos al tema ''Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad'' en espera de recibir los comentarios y observaciones que los gobiernos habían sido invitados a presentar a más tardar el 1.° de enero de 1993, acerca de las series de proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en su 43.° período de sesiones sobre esos dos temas. Ahora bien, en lo que respecta al último tema, la Comisión, de conformidad con la invitación contenida en el párrafo 3 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, siguió examinando y analizó las cuestiones planteadas en su informe de 1990 relativas a la cuestión de una jurisdicción penal internacional.»

Se adjuntará una nota de pie de página con la referencia correspondiente al informe de 1990.

37. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Relator) dice que el principal cambio se produce en la nueva segunda oración, con su referencia al párrafo 3 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, que invitó a la Comisión a que siga examinando la cuestión de una jurisdicción penal internacional.

Queda aprobado el párrafo 9, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección F, en su forma enmendada.

G.—Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 44.° período de sesiones

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10, con leves cambios de edición.

Párrafo 11

38. El Sr. PELLET señala que el texto de la segunda oración del párrafo 11 no hace justicia al Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, Sr. Arangio-Ruiz, al decir que sus informes tercero y cuarto «estuvieron ambos dedicados a la cuestión de las contramedidas». En realidad trataron otras muchas cuestiones también. Propone insertar la palabra «principalmente» después de la palabra «dedicados».

Queda aprobado el párrafo 11, en su forma enmendada.

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12, con leves modificaciones de edición.

Párrafo 13

Queda aprobado el párrafo 13.

H.—Cuestiones sobre las cuales la Comisión tiene especial interés en conocer las opiniones de los gobiernos para la continuación de sus trabajos

39. El PRESIDENTE sugiere que, a la luz de las directrices sobre la preparación del informe que la Comisión adoptó anteriormente, debería agregarse una nueva sección después del párrafo 13 que diga lo siguiente:

«H.—Cuestiones sobre las cuales la Comisión tiene especial interés en conocer las opiniones de los gobiernos para la continuación de sus trabajos

«14. Con respecto al tema ''Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad'', la Comisión, como se desprende de su decisión sobre el tema, espera una clara indicación de los gobiernos, ya sea en la Sexta Comisión o por escrito, sobre si debería acometer ahora la elaboración de un proyecto de estatuto del tribunal penal internacional y, en caso afirmativo, si los trabajos de la Comisión sobre la cuestión deberían partir de la base indicada en el apartado *a* de dicha decisión.»

40. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que se opone enérgicamente a que la Comisión someta cuestiones a la Asamblea General. En lo que concierne al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión ya ha recibido un mandato específico y ahora debería proceder a cumplir ese mandato. En cuanto a su propio tema, la responsabilidad de los Estados, debería ser posible que la Sexta Comisión diera a conocer sus opiniones sobre las contramedidas partiendo de la base del informe de la CDI a la Asamblea General, sus informes sobre el tema, y cualquier otra documentación pertinente. En la fase actual no hay ninguna cuestión concreta que convenga someter a la Asamblea General.

41. El Sr. EIRIKSSON dice que es partidario de incluir en el informe de la Comisión una sección como aquella a que ha dado lectura el Presidente. Además de una pregunta relativa al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, tal vez cabría hacer otras dos preguntas a la Asamblea General, la primera sobre la cuestión de las contramedidas, tal como se plantea en el contexto del tema de la responsabilidad de los Estados, y la segunda, la cuestión del riesgo en el contexto del tema de la responsabilidad internacional.

42. El Sr. BENNOUNA dice que en la Comisión hay acuerdo general en que se someta una pregunta a la Asamblea General relativa a la jurisdicción penal internacional. Ahora bien, esa cuestión debería tratarse separadamente. En cuanto al tema de la responsabilidad de los Estados, coincide con la opinión del Sr. Arangio-Ruiz de que sería prematuro hacer una pregunta a la Asamblea General cuando aún no existe una idea clara de todas las cuestiones que entraña. También se opone a someter cualquier pregunta sobre el tema de la responsabilidad internacional, que es una cuestión para la Comisión y no para la Asamblea General.

43. El Sr. VERESHCHETIN dice que está totalmente de acuerdo con el Sr. Bennouna.

44. El Sr. SHI dice que, como ya tuvo ocasión de declarar durante el debate general, las contramedidas deberían eliminarse totalmente. Ahora bien, por espíritu de avenencia no objetó que se remitiera el proyecto de artículos sobre las contramedidas al Comité de Redacción, pero reservó su posición sobre la cuestión. Dado que el proyecto de artículos está ahora en las manos del Comité de Redacción, que significa que los trabajos sobre ellos de hecho continúan, sería fútil preguntar a la Asamblea General si debería haber o no artículos sobre las contramedidas.

45. El Sr. PELLET propone que se supriman las palabras «ya sea en la Sexta Comisión o por escrito».

46. El Sr. KOROMA, coincidiendo con el Sr. Pellet, dice que el texto de la nueva sección propuesta no es muy acertado y debería mejorarse. En particular, la palabra «espera» es demasiado perentoria y debería sustituirse por «solicita»; también las palabras «en caso afirmativo» deberían sustituirse por «de ser afirmativa».

47. El Sr. CRAWFORD, coincidiendo también con el Sr. Pellet, dice que convendría que pudiera someterse un texto enmendado de la sección propuesta por escrito para que lo examine la Comisión a la luz del capítulo II del informe de la Comisión.

48. El Sr. ROSENSTOCK dice que en el informe de la Comisión a la Asamblea General deberían incluirse algunas frases del tenor de la sección propuesta. Puede aceptar las sugerencias de redacción hechas por el Sr. Koroma y también está dispuesto a examinar un texto enmendado presentado por escrito en la próxima sesión de la Comisión.

49. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que la cuestión real no es la de someter preguntas a la Asamblea General. Lo que la Asamblea General quiere de la Comisión es que se indiquen las cuestiones sobre las que las opiniones expresadas en la Asamblea General serían útiles para la continuación de los trabajos de la Comisión. Es decir, la Comisión no está tratando el caso habitual en que recaba orientación de la Asamblea General sobre determinadas cuestiones sino con algo más concreto relativo a las recomendaciones de un grupo de trabajo que han sido aprobadas por la Comisión. Confía en que la sección se redacte nuevamente para reflejar con toda claridad esa diferente situación.

50. El PRESIDENTE sugiere que se redacte nuevamente la propuesta sección H a fin de tener en cuenta las observaciones hechas en el debate y se presente a la Comisión en la próxima sesión.

Así queda acordado.

CAPÍTULO V.—*Otras decisiones y conclusiones de la Comisión* (A/CN.4/L.477 y Corr.1)

A.—El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación

B.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

Párrafos 1 a 4

Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.

Quedan aprobadas las secciones A y B.

C.—Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)

Párrafo 5

51. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que las palabras «con sujeción a la aprobación de la Asamblea General» se sustituyan por «a menos que la Asamblea General decida otra cosa».

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección C, en su forma enmendada.

D.—Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación

Párrafos 6 y 7

Quedan aprobados los párrafos 6 y 7.

Párrafos 8 y 9

52. El Sr. EIRIKSSON dice que los párrafos 8 y 9 son innecesarios ya que de la composición y naturaleza del Grupo de Trabajo se habla en otra parte del informe de la Comisión. Por tanto, propone suprimir los dos párrafos.

Así queda acordado.

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10.

1. PLANIFICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES

a) *El tema «Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)»*

Párrafos 11 y 12

Quedan aprobados los párrafos 11 y 12.

Párrafo 13

53. El Sr. EIRIKSSON dice que debería suprimirse la palabra «Miembros» que figura en la primera oración.

Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.

Párrafo 14

54. El PRESIDENTE dice que para poner en consonancia el texto del párrafo 14 con el del párrafo 15, las palabras «con sujeción a la aprobación de la Asamblea General» que figuran en la última oración deberían sustituirse por «a menos que la Asamblea General decida otra cosa».

55. El Sr. EIRIKSSON propone que las palabras «la Comisión y el Comité de Redacción estarían plenamente ocupados», que figuran en la primera oración, deberían sustituirse por «la Comisión, tanto en el pleno como en el Comité de Redacción, estarían plenamente ocupados», para reflejar el hecho de que el Comité de Redacción es parte de la Comisión.

56. El Sr. PELLET dice que no desea sumarse a esa formulación porque no cree que el Comité de Redacción estará plenamente ocupado.

Queda aprobado el párrafo 14, en su forma enmendada.

b) *Planificación de las actividades para el quinquenio*

Párrafo 15

57. El Sr. BENNOUNA propone que, en vista de la enmienda al párrafo 14, la primera parte de la primera oración del párrafo 15, que termina con las palabras «(segunda parte del tema)», se suprima. En consecuencia, el párrafo enmendado comenzaría con las palabras «El actual programa de trabajo».

58. El PRESIDENTE dice que no sería apropiado hacer esa supresión; no obstante, podría modificarse el texto.

59. El Sr. CRAWFORD propone que se modifique el comienzo del párrafo como sigue: «Habiendo llegado a la conclusión recogida en el párrafo 14 *supra*, y con sujeción a cualquier decisión en contrario de la Asamblea General sobre esa cuestión, el actual programa de trabajo está integrado por los siguientes temas».

60. El Sr. EIRIKSSON dice que la oración propuesta por el Sr. Crawford debería incluirse como nota de pie de página al párrafo 15. Apoya la propuesta del Sr. Bennouna de suprimir la primera parte de la primera oración.

Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada.

Párrafos 16 a 19

Quedan aprobados los párrafos 16 a 19.

Queda aprobada la sección D.1, en su forma enmendada.

2. PROGRAMA DE TRABAJO A LARGO PLAZO

Párrafo 20

Queda aprobado el párrafo 20.

Párrafo 21

61. El PRESIDENTE señala que el párrafo 21 en general trata del procedimiento propuesto por el Grupo de Planificación, a recomendación de su Grupo de Trabajo establecido para examinar un número limitado de temas que han de recomendarse a la Asamblea General para que se incluyan en el programa de trabajo de la Comisión. Según ese procedimiento, un miembro de la Comisión prepararía un esquema breve, o un resumen explicativo, para cada uno de los temas incluidos en una lista preseleccionada.

62. El Sr. BENNOUNA señala a la atención la penúltima oración del párrafo en la que la Comisión pide a la secretaría, primero, que distribuya los esquemas preparados por los miembros de la Comisión y, segundo, que distribuya los esquemas realizados antes del próximo

período de sesiones. Esa oración no especifica quién revisará los esquemas.

63. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que, según él ha entendido sobre la base de las observaciones hechas por los demás miembros, el miembro que haya redactado el esquema haría las revisiones correspondientes.

64. El Sr. BOWETT dice que la secretaría en ese caso funcionaría de «buzón»: primero distribuiría los esquemas sobre los temas a los miembros del Grupo de Trabajo y a continuación distribuiría las observaciones de los miembros sobre los esquemas.

65. El Sr. BENNOUNA propone suprimir la palabra «revisados» que figura en la penúltima oración y que después de la palabra «esquema» se inserten las palabras «así como las observaciones recibidas».

66. El Sr. KOROMA dice que la preparación de los esquemas sobre los temas seleccionados constituye una tarea importante que puede ser difícil para algunos miembros.

67. El Sr. SZEKELY, apoyado por el Sr. BENNOUNA y el Sr. BOWETT, dice que, en primer lugar, una vez redactados los esquemas se enviarían a la secretaría, que los distribuiría para ser comentados; en segundo lugar, las observaciones sobre los esquemas se presentarían a la secretaría, la que los distribuiría a los autores de los esquemas; en tercer lugar, a la luz de las observaciones hechas, los autores revisarían los esquemas, si corresponde; y en cuarto lugar, el esquema definitivo se distribuiría a todos los miembros del Grupo de Trabajo antes de junio de 1993.

68. El Sr. CALERO RODRIGUES propone enmendar la penúltima oración como sigue: «[...] que distribuya las observaciones así como los esquemas revisados, si los hubiere, a los miembros del Grupo de Trabajo antes del próximo período de sesiones».

69. El Sr. BOWETT está de acuerdo con el Sr. Calero Rodrigues, pero sugiere una leve modificación: «que distribuya las observaciones y posteriormente los esquemas revisados». La única cuestión subsistente es la de saber a quién se distribuirían los esquemas revisados. La Comisión tiene que decidir si esos esquemas se distribuirán a todos sus miembros o si la distribución se limitará a los miembros encargados de preparar los esquemas.

70. El Sr. GÜNEY dice que procedería distribuir los esquemas revisados a todos los miembros de la Comisión, a fin de que tengan tiempo para examinarlos antes del próximo período de sesiones.

71. El Sr. PELLET dice que no hay razón para distribuir ni las observaciones ni los esquemas revisados a todos los miembros de la Comisión. Los esquemas revisados debería examinarlos el Grupo de Trabajo y luego enviarlos al Grupo de Planificación. A este respecto, señala que, en la versión francesa, la segunda oración del párrafo 21 es ambigua, ya que implica que varios miembros prepararían un esquema para cada uno de los temas designados.

72. El Sr. CRAWFORD dice que, cuando el informe del Grupo de Planificación se examinó en el pleno, se acordó enmendar el párrafo 24 *d*. Ahora bien, el texto original de ese párrafo ha vuelto a aparecer en el párrafo 21 del proyecto de informe de la Comisión.

73. La Sra. ARSANJANI (Secretaría) dice que, para clarificar, recapitulará las enmiendas propuestas al párrafo 21. En la segunda oración, después de las palabras «Con arreglo a ese procedimiento» las palabras «varios miembros de la Comisión prepararían» se sustituirán por «uno de los miembros de la Comisión prepararía». Se suprimiría el texto del apartado *d* que sería sustituido por las palabras «las ventajas y desventajas de preparar un informe, un estudio o un proyecto de convención, en caso de que se decida proseguir el examen del tema». En la penúltima oración, después de «ii) que distribuyan» se insertarían las palabras «las observaciones y».

74. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que en la segunda oración deberían utilizarse las palabras «los miembros designados de la Comisión prepararían» en lugar de «varios miembros de la Comisión prepararían».

75. El Sr. PELLET, apoyado por el Sr. GÜNEY, dice que miembros distintos de los pertenecientes al Grupo de Trabajo han aceptado preparar los esquemas. Por tanto, en el párrafo 21 se debería indicar que todos los miembros que participan en la redacción de los esquemas deberían recibir la información indicada.

76. El Sr. KOROMA dice que en la tercera oración, después de las palabras «el esquema», deberían insertarse las palabras «o resumen explicativo».

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafo 22

77. El Sr. THIAM señala que la primera oración del párrafo dice que la Comisión «examinó seriamente» la cuestión del programa de trabajo a largo plazo. Se pregunta si la palabra «seriamente» es adecuada, ya que nunca en ningún caso la Comisión no examinó seriamente una cuestión.

78. El PRESIDENTE sugiere que la palabra «seriamente» se sustituya por «cuidadosamente».

Queda aprobado el párrafo 22, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección D.2, en su forma enmendada.

3. COMITÉ DE REDACCIÓN

Párrafo 23

79. El Sr. KOROMA propone que en el apartado *e* las palabras «ser autorizados a intervenir de vez en cuando» se sustituyan por «podrán pedir la palabra».

80. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que no considera una mejora la formulación propuesta por el Sr. Koroma; no obstante, si la mayoría desea hacer la modificación, no objetará ello.

81. El PRESIDENTE dice que la cuestión se abordará en la próxima sesión.

Párrafo 24

Queda aprobado el párrafo 24.

4. INFORME DE LA COMISIÓN A LA ASAMBLEA GENERAL

Párrafo 25

82. El Sr. PELLET dice que los apartados *c* y *e* son redundantes. Propone suprimir la última oración del apartado *e*.

Queda aprobado el párrafo 25, en su forma enmendada.

Se levanta la sesión a las 18.15 horas.

2294.ª SESIÓN

Viernes 24 de julio de 1992, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones *(conclusión)*

CAPÍTULO I.—*Organización del período de sesiones* (conclusión) (A/CN.4/L.474 y Add.1)

H.—Cuestiones sobre las cuales la Comisión tiene especial interés en conocer las opiniones de los gobiernos para la continuación de sus trabajos *(conclusión)*

Párrafo 14

1. El PRESIDENTE presenta una versión revisada del texto propuesto oralmente en la sesión anterior para una nueva sección H, que se agregará como párrafo 14 a la introducción del informe de la Comisión, que dice:

> «14. En lo que concierne al tema "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", la Comisión, como se desprende de su decisión sobre el tema, pide que los gobiernos indiquen claramente si debe emprender ahora la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y, en caso afirmativo, si debe proseguir sus trabajos relativos a esa cuestión sobre la base indicada en dicha decisión.»

2. El Sr. CRAWFORD propone que en la versión inglesa del párrafo 14, que constituye la sección H, se sustituyan las palabras «in the affirmative» por «if so».

Queda aprobado el párrafo 14, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección H, en su forma enmendada.

Queda aprobado en su conjunto el capítulo II del proyecto de informe, en su forma enmendada.

CAPÍTULO V.—*Otras decisiones y conclusiones de la Comisión* (conclusión) (A/CN.4/L.477 y Corr.1)

D.—Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación *(conclusión)*

3. COMITÉ DE REDACCIÓN *(conclusión)*

Párrafo 23 *(conclusión)*

3. El PRESIDENTE recuerda que la modificación propuesta para el apartado *e* del párrafo 23 por el Sr. Koroma ha suscitado objeciones, por lo que sugiere mantener el texto original.

Queda aprobado el párrafo 23.

5. CONTRIBUCIÓN DE LA COMISIÓN AL DECENIO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Párrafo 26

Queda aprobado el párrafo 26.

Párrafo 27

4. El Sr. PELLET propone eliminar el final de la última oración, después de las palabras «del contenido de la publicación sugerida», e insertar una cuarta oración que diga «Ese grupo oficioso celebró una reunión el 22 de julio de 1992».

Queda aprobado el párrafo 27, en su forma enmendada.

Párrafo 28

Queda aprobado el párrafo 28.

6. POSIBILIDAD DE DIVIDIR EL PERÍODO DE SESIONES ANUAL DE LA COMISIÓN EN DOS PARTES

7. DURACIÓN DEL PRÓXIMO PERÍODO DE SESIONES

Párrafos 29 y 30

Quedan aprobados los párrafos 29 y 30.

E.—Cooperación con otros organismos

Párrafos 31 a 33

5. El Sr. KOROMA propone que en el futuro el informe de la Comisión haga mención de los aspectos más destacados de la declaración de los representantes de

otros organismos en vez de sencillamente remitir al lector al texto pertinente del acta resumida.

Quedan aprobados los párrafos 31 a 33.

F.—Fecha y lugar del 45.º período de sesiones

Párrafo 34

Queda aprobado el párrafo 34.

G.—Representación en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General

Párrafo 35

6. Tras un debate en el que participan el Sr. CRAWFORD, el Sr. EIRIKSSON, el Sr. KOROMA y el Sr. VERESHCHETIN, el PRESIDENTE sugiere encomendar a la secretaría que agregue una nota al párrafo 35 señalando que la Comisión considera preferible no hacer participar a ninguno de sus relatores especiales en los debates de la Sexta Comisión durante el período de sesiones siguiente de la Asamblea General pero que tal vez sería aconsejable enviar a Nueva York a más de un relator especial en una etapa más avanzada de su actual mandato quinquenal.

Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada.

H.—Seminario sobre derecho internacional

Párrafos 36 a 38

Quedan aprobados los párrafos 36 a 38.

Párrafo 39

7. El Sr. PELLET propone agregar al párrafo una oración indicando que la Comisión considera alentadora esa experiencia y espera repetirla en el futuro.

Queda aprobado el párrafo 39, en su forma enmendada.

Párrafos 40 a 42

Quedan aprobados los párrafos 40 a 42.

Párrafo 43

8. El Sr. de SARAM propone agregar una oración mencionando al joven participante que había hecho una tan brillante exposición durante la ceremonia de clausura del Seminario sobre derecho internacional.

Queda aprobado el párrafo 43, en ese entendimiento.

Párrafo 44

9. El PRESIDENTE pide a todos los miembros de la Comisión, en particular a los que proceden de países ricos, que alienten a sus gobiernos a que aporten contribuciones voluntarias para financiar el Seminario sobre derecho internacional.

Queda aprobado el párrafo 44.

Párrafos 45 y 46

Quedan aprobados los párrafos 45 y 46.

Queda aprobado en su conjunto el capítulo V, en su forma enmendada.

CAPÍTULO II.—*Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* (conclusión) (A/CN.4/L.475/Rev.1)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones *(conclusión)* (A/CN.4/L.475/Rev.1)

10. El PRESIDENTE dice que, de acuerdo a la decisión tomada en la 2292.ª sesión, la sección B ha sido redactada de nuevo y el texto completo de la versión revisada del capítulo II figura en el documento A/CN.4/L.475/Rev.1. Invita a la Comisión a reanudar su examen de dicho capítulo, comenzando por el párrafo 9.

Párrafo 9

Queda aprobado el párrafo 9.

1. EXAMEN DEL DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

Párrafo 10

11. El Sr. PELLET observa que la palabra «desirability» empleada en la versión inglesa del párrafo se ha traducido al francés por «opportunité». Sin embargo, el Relator Especial habla de la posibilidad y no de la oportunidad de establecer dicho tribunal.

12. El Sr. THIAM confirma que su idea general era que la Comisión debía examinar no la oportunidad sino la posibilidad, en un sentido técnico, de que se establezca un tribunal penal internacional.

13. El Sr. CRAWFORD propone que la palabra «conveniencia» se reemplace por «viabilidad».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 10, en su forma enmendada.

Párrafos 11 a 13

Quedan aprobados los párrafos 11 a 13.

Párrafo 14

14. El Sr. BENNOUNA propone agregar después de la tercera oración el texto siguiente: «En particular, algunos miembros subrayaron que en ciertos casos las jurisdicciones nacionales, tanto de los Estados en los que se encontraban los presuntos culpables como de los Estados lesionados o víctimas, podían inspirar sospechas en cuanto a su imparcialidad».

Así queda acordado.

15. El Sr. CRAWFORD propone que en la segunda oración las palabras «La mayoría de los miembros», que le parecen ser exageradas, se reemplacen por «Muchos miembros».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 14, en su forma enmendada.

Párrafo 15

16. El Sr. BENNOUNA observa que la segunda oración del párrafo reviste gran importancia a la luz de los debates realizados en la Comisión. Para que su texto sea todavía más claro, propone agregar a continuación la siguiente oración: «A este respecto, algunos miembros advirtieron que no se debía caer en la tentación de inspirarse rigurosamente en los tipos de tribunal penal existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales».

Así queda acordado.

17. El Sr. PELLET propone que en la última oración, las palabras «un derecho internacional» se sustituyan por «una institución internacional» o «un mecanismo internacional», porque de lo contrario la oración no tiene ningún sentido.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada.

Párrafo 16

18. El Sr. CRAWFORD propone simplificar el comienzo de la primera oración para que diga sencillamente «Algunos miembros se mostraron escépticos».

Así queda acordado.

19. Tras un debate en el que participan el Sr. PELLET, el Sr. CRAWFORD, el Sr. BENNOUNA, el Sr. THIAM (Relator Especial), el Sr. ARANGIO-RUIZ, el Sr. SHI, el Sr. CALERO RODRIGUES y el Sr. ROSENSTOCK, sobre la cuestión de saber si la tercera oración expresa con exactitud las razones por el escepticismo descrito en la primera oración, el Sr. CALERO RODRIGUES propone que, para evitar toda ambigüedad, se agreguen las palabras «Algunos miembros expresaron la opinión de que» al comienzo de la tercera oración.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 16, en su forma enmendada.

20. El Sr. ARANGIO-RUIZ propone que tras el párrafo 16 se agregue un párrafo 16 *bis* que diga:

> «16 *bis*. Un miembro destacó que, cualesquiera que fueran las dificultades del establecimiento de un tribunal penal internacional y las instituciones conexas, ellas no serían mayores sino tal vez menores que las que plantearía la aprobación por los Estados de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la aplicación de ese código por una multiplicidad de instituciones existentes en más de 175 distintos Estados soberanos.»

Queda aprobado el párrafo 16 bis.

Párrafo 17

21. El Sr. KOROMA sugiere que en la primera oración de la versión inglesa del párrafo la palabra «or», que figura entre la palabra «permanent» y las palabras «full-time body», se sustituya por «in the sense of».

Quedado aprobado el párrafo 17, en su forma enmendada.

Párrafo 18

22. El Sr. AL-KHASAWNEH considera que en la versión inglesa se deberían reemplazar las palabras «inherent to» por «inherent in» e insertar antes de la palabra «court» la palabra «criminal».

23. El Sr. CRAWFORD dice que el carácter «permanente» es un atributo no sólo de los tribunales penales sino también de los civiles y que, por lo tanto, convendría reemplazar las palabras «concepto de un tribunal penal» por «concepto de un tribunal o al menos de un tribunal penal».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 18, en su forma enmendada.

Párrafo 19

24. El Sr. EIRIKSSON propone que, para mayor claridad, las tres cuestiones que en él figuran se enumeren con las letras *a*, *b* y *c*, respectivamente.

Queda aprobado el párrafo 19, con la modificación introducida.

Párrafos 20 a 24

Quedan aprobados los párrafos 20 a 24.

Párrafo 25

25. El Sr. EIRIKSSON propone suprimir en la primera oración las palabras «incluido el Relator Especial en su décimo informe» y modificar el comienzo de la segunda oración para que diga así: «El Relator Especial había expresado esta opinión en su décimo informe».

Así queda acordado.

26. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que en la tercera oración de la versión inglesa en lugar de referirse a «international protected persons» debe decir «internationally protected persons».

Queda aprobado el párrafo 25, en su forma enmendada.

Párrafos 26 a 28

Quedan aprobados los párrafos 26 a 28.

Párrafo 29

27. El Sr. KOROMA propone reemplazar en la segunda oración del texto inglés la palabra «dubious» por «doubtful».

28. El Sr. CRAWFORD propone que para mayor claridad y concisión, la segunda oración se redacte así: «Esos miembros dudaban de que el proyecto de código, tal como estaba redactado, contase con la aceptación de muchos Estados».

Queda aprobado el párrafo 29, en su forma enmendada.

Párrafo 30

29. El Sr. CRAWFORD considera que el párrafo está mal redactado en cuanto dice básicamente que la existencia de una vinculación entre el tribunal y el código no plantearía ningún problema si la jurisdicción del tribunal fuese lo suficientemente flexible para que cada Estado pudiera aceptar esta jurisdicción respecto de ciertos crímenes y no respecto de otros.

30. Pero, de hecho, esta opción no existirá ya desde el momento en que se deba aceptar el código al aceptar el estatuto del tribunal. Por ello preferiría que se eliminara este párrafo que, a su juicio, no tiene ninguna relación lógica con el párrafo 29.

31. El PRESIDENTE considera por su parte que entre ambos párrafos hay una perfecta relación lógica.

32. El Sr. CRAWFORD propone que, en ese caso, el texto del párrafo 30 se reemplace por el siguiente: «Otros miembros, sin embargo, estimaron que se evitaría este riesgo si en relación con el código la jurisdicción del tribunal se limitara sólo a algunos de los crímenes en él definidos» o, en términos todavía más sencillos, «Otros miembros, sin embargo, estimaron que se evitaría este riesgo si los Estados pudieran aceptar la jurisdicción del tribunal respecto de algunos pero no de todos los crímenes definidos en el código».

33. El Sr. ROSENSTOCK está dispuesto a aceptar cualquiera de las dos nuevas versiones propuestas por el Sr. Crawford, pero le parece fundamental saber si el código figurará en la lista de los instrumentos comprendidos en el ámbito de la jurisdicción del tribunal. A su juicio, esto no es nada evidente si se considera que el proyecto de código sigue siendo muy controvertido.

34. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que, en su forma actual, el párrafo 30 refleja efectivamente la opinión expresada por algunos miembros y considera, pues, que no hay razones para modificarlo.

35. El Sr. CRAWFORD está de acuerdo con el Relator Especial en que el informe debe reflejar fielmente las opiniones expresadas en sesión plenaria pero insiste en que se modifique como ha propuesto el párrafo 30 en razón de que el párrafo 29 trata de la cuestión general de la vinculación entre el tribunal y el código y en realidad la cuestión que se plantea no es saber si el código es una posible base de jurisdicción sino si es una base necesaria.

Queda acordado sustituir el párrafo por la segunda versión propuesta por el Sr. Crawford.

Queda aprobado el párrafo 30, en su forma enmendada.

Párrafos 31 y 32

Quedan aprobados los párrafos 31 y 32.

Párrafo 33

36. Tras un debate en el que participan el Sr. VERESHCHETIN, el Sr. EIRIKSSON, el Sr. BENNOUNA, el Sr. CRAWFORD, el Sr. THIAM (Relator Especial) y el Sr. RAZAFINDRALAMBO, sobre la cuestión de saber cuán divididas están las opiniones sobre la vinculación entre el estatuto del tribunal y el código, el Sr. CRAWFORD propone sustituir en la primera oración las palabras «algunos miembros» por «muchos miembros».

Queda aprobado el párrafo 33, en su forma enmendada.

Párrafo 34

Queda aprobado el párrafo 34.

Párrafo 35

37. El Sr. EIRIKSSON propone sustituir el texto de la primera oración, hasta el punto y coma, por el siguiente: «En lo que respecta a la jurisdicción del tribunal penal internacional, se plantearon otras dos cuestiones;».

Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada.

Párrafos 36 a 39

Quedan aprobados los párrafos 36 a 39.

Párrafo 40

38. El Sr. EIRIKSSON propone sustituir las palabras «estarían legitimados para», cuyo sentido no es claro, por las palabras «tendrían derecho a».

Queda aprobado el párrafo 40, en su forma enmendada.

Párrafos 41 a 44

Quedan aprobados los párrafos 41 a 44.

Párrafo 45

39. El Sr. KOROMA propone sustituir en la segunda oración la palabra «exclusiva» por «primordial», que es el término empleado en la Carta de las Naciones Unidas.

40. El Sr. ROSENSTOCK dice que, como uno de los miembros cuya opinión —valedera o no— se refleja en esa oración, se opone a que se sustituya la palabra «exclusiva» por «primordial». Sin embargo, en un espíritu de avenencia, aceptaría que simplemente se suprimiera la palabra «exclusiva».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 45, en su forma enmendada.

Párrafo 46

41. El Sr. KOROMA observa que el CICR tiene un estatuto especial y no cabe asimilarlo a una organización no gubernamental ordinaria. Por ello convendría agregar en la primera oración del párrafo, tras las palabras «organizaciones no gubernamentales», las palabras «o humanitarias».

Queda aprobado el párrafo 46, en su forma enmendada.

Párrafo 47

42. El Sr. EIRIKSSON, apoyando al Sr. KOROMA, observa que la última oración del párrafo 47 es una versión deformada de la opinión que se propone reflejar. En consecuencia, sugiere modificarla de la siguiente manera: «Por ejemplo, no estaban seguros de que el CICR tuviera siquiera interés en ese acceso y tal vez su estatuto no lo permitiera».

Queda aprobado el párrafo 47, en su forma enmendada.

Párrafo 48

Queda aprobado el párrafo 48.

Párrafo 49

43. El Sr. PELLET observa que en la tercera oración de la versión inglesa del párrafo, las palabras «could lead» están de más y deberían, pues, suprimirse.

Queda aprobado el párrafo 49, en su forma enmendada.

Párrafo 50

Queda aprobado el párrafo 50.

Párrafo 51

44. El Sr. KOROMA dice que en la última oración del párrafo, la distinción entre el sistema de «denuncia» y el de «querella» no está bien formulada y propone modificar esa oración para que diga así: «Por último, un miembro señaló que podría considerarse asimismo un sistema conocido con el nombre de ''denuncia'', que es distinto de la querella».

Así queda acordado.

45. El Sr. PELLET propone que en la primera oración del párrafo se supriman las palabras «en la Comisión», que son totalmente inútiles.

46. El Sr. EIRIKSSON propone que para mayor claridad, además de la supresión propuesta, el comienzo de la primera oración se modifique de la siguiente manera: «En lo que respecta a la cuestión de la jurisdicción *ratione personae*, se observó que el Relator Especial la abordaba sólo desde el ángulo...».

Queda aprobado el párrafo 51, en su forma enmendada.

Párrafos 52 a 72

Quedan aprobados los párrafos 52 a 72.

Párrafo 73

47. El Sr. CRAWFORD propone agregar al final de la segunda oración el texto siguiente: «y, además, en muchos casos el número de víctimas podía ser muy elevado».

Queda aprobado el párrafo 73, en su forma enmendada.

Párrafo 74

Queda aprobado el párrafo 74.

Párrafo 75

48. El PRESIDENTE propone que en la penúltima oración del texto inglés, las palabras «the complainant party» se sustituyan por «the applicant party».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 75, en su forma enmendada.

Párrafos 76 a 78

Quedan aprobados los párrafos 76 a 78.

Párrafo 79

49. El Sr. EIRIKSSON, apoyado por el Sr. CRAWFORD, dice que considera que al comienzo del párrafo en el texto inglés la expresión «double-hearing principle» está mal empleada. En efecto, esa expresión hace pensar en el principio *non bis in idem*. Propone que se modifique esa oración agregando inmediatamente después de esa expresión una explicación, entre paréntesis, en los mismos términos empleados por el Relator Especial en la segunda parte de la primera oración.

50. El Sr. PELLET señala que en francés la expresión «double-hearing principle» debe traducirse por «double degré de juridiction».

Queda aprobado el párrafo 79, sin modificaciones.

Párrafo 80

51. El Sr. CRAWFORD propone que se agregue al final del párrafo la siguiente oración: «Se podía prever quizás que la Corte Internacional de Justicia desempeñara un papel».

Queda aprobado el párrafo 80, en su forma enmendada.

Párrafo 81

Quedan aprobado el párrafo 81.

Queda aprobada la sección B.1, en su forma enmendada.

2. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

Párrafos 82 a 86

Quedan aprobados los párrafos 82 a 86.

Párrafo 87

52. El Sr. EIRIKSSON observa que al final del párrafo no se justifican los paréntesis en torno a la palabra «suficientemente».

Queda aprobado el párrafo 87, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección B.2, en su forma enmendada.

3. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

Párrafo 88

Queda aprobado el párrafo 88.

53. El Sr. CRAWFORD observa que si el informe del Grupo de Trabajo ha de figurar en un anexo al informe de la Comisión, se deberían numerar los párrafos en forma consecutiva, para evitar toda confusión.

Queda aprobada la sección B.3.

Queda aprobado en su conjunto el capítulo II, en su forma enmendada.

Queda aprobado en su conjunto el proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones, en su forma enmendada.

Clausura del período de sesiones

54. El PRESIDENTE, tras un breve balance de la labor realizada por la Comisión en su 44.° período de sesiones, da las gracias, en particular, a los relatores especiales y a los presidentes y miembros de los grupos de redacción por el excelente trabajo que han llevado a cabo.

55. Tras un intercambio de felicitaciones y fórmulas de cortesía, el Presidente declara clausurado el 44.° período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

كيفية الحصول على منشورات الامم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الامم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع انحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى الامم المتحدة ،قسم البيع في نيويورك او في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed at United Nations, Geneva
GE.93-62701
May 1994–630

Complete set of two volumes: ISBN 92-1-333227-0

United Nations publication
Sales No. S.94.V.3
ISBN 92-1-333224-6

ISSN 0497-9885