A/CN.4/SER.A/1998

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1998

Volumen I

Actas resumidas de las sesiones
del quincuagésimo período de sesiones
20 de abril-12 de junio de 1998
27 de julio-14 de agosto de 1998

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/1998

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1998

Volumen I

Actas resumidas de las sesiones
del quincuagésimo período de sesiones
20 de abril-12 de junio de 1998
27 de julio-14 de agosto de 1998

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2002

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... 1997*).

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 50.° período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/SR.2519-A/CN.4/SR.2564) 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/1998

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.00.V.10
ISBN 92-1-333301-3

Edición completa de dos volúmenes:
ISBN 92-1-333305-6

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

Página

Composición de la Comisión vii
Mesa vii
Programa viii
Abreviaturas y siglas ix
Fallos, opiniones consultivas y providencias citados en el presente volumen x
Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen. xiii
Lista de documentos del 50.º período de sesiones xix

ACTAS RESUMIDAS
DE LAS SESIONES 2519ª A 2564ª

Actas resumidas de las sesiones 2519ª a 2548ª, celebradas en Ginebra del 20 de abril al 12 de junio de 1998

2519.ª sesión

Lunes 20 de abril de 1998, a las 15.05 horas

Apertura del período de sesiones 1
Declaración del Presidente saliente 1
Elección de la Mesa 3
Aprobación del programa 3
Organización de los trabajos del período de sesiones 3

2520.ª sesión

Martes 28 de abril de 1998, a las 10.05 horas

Protección diplomática
Informe preliminar del Relator Especial 4

2521.ª sesión

Miércoles 29 de abril de 1998, a las 10.05 horas

Protección diplomática *(continuación)*
Informe preliminar del Relator Especial *(continuación)* 11

2522.ª sesión

Jueves 30 de abril de 1998, a las 10.05 horas

Protección diplomática *(continuación)*
Informe preliminar del Relator Especial *(continuación)* 19

2523.ª sesión

Viernes 1.º de mayo de 1998, a las 10.00 horas

Protección diplomática *(continuación)*
Informe preliminar del Relator Especial *(conclusión)* 27

2524.ª sesión

Martes 5 de mayo de 1998, a las 10.00 horas

Actos unilaterales de los Estados
Primer informe del Relator Especial 33
Otros asuntos 44

Página

2525.ª sesión

Miércoles 6 de mayo de 1998, a las 10.05 horas

Actos unilaterales de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 44

2526.ª sesión

Jueves 7 de mayo de 1998, a las 10.00 horas

Actos unilaterales de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 51

2527.ª sesión

Viernes 8 de mayo de 1998, a las 10.00 horas

Actos unilaterales de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(conclusión)* 61
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)
Primer informe del Relator Especial 64

2528.ª sesión

Martes 12 de mayo de 1998, a las 10.05 horas

Homenaje a la memoria de Endre Ustor, antiguo miembro de la Comisión 68
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 68

2529.ª sesión

Miércoles 13 de mayo de 1998, a las 10.10 horas

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 75

2530.ª sesión

Jueves 14 de mayo de 1998, a las 10.15 horas

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 82
Organización de los trabajos del período de sesiones *(continuación)* 88

2531.ª sesión

Viernes 15 de mayo de 1998, a las 10.10 horas

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(conclusión)* 89

Página

2532.ª sesión

Martes 19 de mayo de 1998, a las 10 05 horas

Responsabilidad de los Estados
Primer informe del Relator Especial 92

2533.ª sesión

Miércoles 20 de mayo de 1998, a las 10 10 horas

Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 103

2534.ª sesión

Viernes 22 de mayo de 1998, a las 10 10 horas

Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 111
Organizacion de los trabajos del periodo de sesiones *(continuación)* 122

2535.ª sesión

Martes 26 de mayo de 1998, a las 10 05 horas

Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 122

2536.ª sesión

Miércoles 27 de mayo de 1998, a las 10 05 horas

Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 131

2537.ª sesión

Jueves 28 de mayo de 1998, a las 10 05 horas

Cooperacion con otros organismos
Declaracion del observador del Comite Juridico Consultivo Asiatico-Africano 141
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuacion)* 143

2538.ª sesión

Viernes 29 de mayo de 1998, a las 10 10 horas

Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 147
Cooperacion con otros organismos *(continuación)*
Visita del Presidente de la Corte Internacional de Justicia 153

2539.ª sesión

Martes 2 de junio de 1998, a las 15 05 horas

Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 155

2540.ª sesión

Miércoles 3 de junio de 1998, a las 10 10 horas

Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* 162

2541.ª sesión

Jueves 4 de junio de 1998, a las 10 10 horas

Las reservas a los tratados
Tercer informe del Relator Especial 169

2542.ª sesión

Viernes 5 de junio de 1998, a las 10 05 horas

Las reservas a los tratados *(continuación)*
Tercer informe del Relator Especial *(continuación)* 176
Guia de la practica
Proyecto de directriz 1 1 1 176
Proyecto de directriz 1 1 2 179

Página

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevencionde daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)*
Propuesta del Relator Especial 180

2543.ª sesión

Lunes 8 de junio de 1998, a las 10 15 horas

Actos unilaterales de los Estados *(conclusión)*
Informe del Grupo de Trabajo 184

2544.ª sesión

Martes 9 de junio de 1998, a las 10 10 horas

La nacionalidad en relacion con la sucesion de Estados
Cuarto informe del Relator Especial e informe del Grupo de Trabajo 189
Proteccion diplomatica *(conclusión)*
Informe del Grupo de Trabajo 193

2545.ª sesión

Miércoles 10 de junio de 1998, a las 10 10 horas

Las reservas a los tratados *(continuación)*
Tercer informe del Relator Especial *(continuación)*
Guia de la practica *(continuación)*
Proyecto de directriz 1 1 2 *(conclusión)* 194
Proyectos de directriz 1 1 3 y 1 1 8 195

2546.ª sesión

Jueves 11 de junio de 1998, a las 10 10 horas

Proyecto de informe de la Comision sobre la labor realizada en su 50 ° periodo de sesiones 202
Capitulo IV—Proteccion diplomatica
A Introduccion 202
B Examen del tema en el actual periodo de sesiones 202
Capitulo V—Actos unilaterales de los Estados
A Introduccion 203
B Examen del tema en el actual periodo de sesiones 203
C Informe del Grupo de Trabajo 204
Capitulo VI—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevenciou de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)
A Introduccion 204
B Examen del tema en el actual periodo de sesiones 204
Capitulo VIII—La nacionalidad en relacion con la sucesion de Estados
A Introduccion 205
B Examen del tema en el actual periodo de sesiones 205
Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* *205*

2547.ª sesión

Jueves 11 de junio de 1998, a las 15 10 horas

Responsabilidad de los Estados *(continuación)*
Primer informe del Relator Especial *(continuación)* *211*

2548.ª sesión

Viernes 12 de junio de 1998, a las 10 05 horas

Las reservas a los tratados *(continuación)*
Tercer informe del Relator Especial *(continuación)*
Guia de la practica *(continuación)*
Proyecto de directriz 1 1 4 214
Programa, procedimientos y metodos de trabajo de la Comision, y su documentacion
Recomendaciones del Grupo de Planificacion a la Comision 219
A Recomendaciones para el actual periodo de sesiones de la Comision 219
B Recomendaciones para futuros periodos de sesiones de la Comision 219
Clausura de la primera parte del periodo de sesiones 220

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DEL 50.º PERÍODO DE SESIONES

Actas resumidas de las sesiones 2519.ª a 2548.ª, celebradas en Ginebra del 20 de abril al 12 de junio de 1998

2519.ª SESIÓN

Lunes 20 de abril de 1998, a las 15.05 horas

Presidente saliente: Sr. Alain PELLET

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Thiam.

Apertura del período de sesiones

1. El PRESIDENTE SALIENTE declara abierto el 50.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y da la bienvenida a los miembros de la Comisión. Dice que el presente período de sesiones tendrá carácter excepcional por tres conceptos: en primer lugar, porque el 50.º aniversario se conmemorará dignamente con un seminario de dos días, 21 y 22 de abril; luego, porque, por primera vez en mucho tiempo, la Comisión va a ensayar un período de sesiones dividido en dos partes: la primera en Ginebra y la segunda en Nueva York; y por último, porque la Comisión tendrá un programa recargado pero apasionante, ya que emprenderá el examen de dos temas nuevos y reanudará el de dos antiguos.

Declaración del Presidente saliente

2. El PRESIDENTE SALIENTE dice que, como de costumbre, presentó a la Sexta Comisión el informe de la CDI sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones[1]. Con ese motivo, hizo algunos comentarios sobre el funcionamiento de la CDI y sobre sus relaciones con la Sexta Comisión, insistiendo especialmente en el deseo de aquélla de contar con directrices detalladas de los Estados y de obtener respuestas más precisas, más claras y menos estereotipadas de la Sexta Comisión. Subrayando la necesidad de mejorar el diálogo entre las dos partes que intervienen en el proceso de codificación, señaló que, al haber emprendido la CDI una reforma a fondo de su modo de funcionamiento, incumbía a la Sexta Comisión adoptar también iniciativas orientadas a ese fin. Sus manifestaciones fueron recibidas con benevolencia y comprensión y, por otra parte, la Sexta Comisión aceptó dos innovaciones debidas a la iniciativa del Presidente saliente y que, en su opinión, tuvieron un efecto positivo. En primer lugar, se dedicó media jornada a intercambios de opinión oficiosos entre los representantes de los Estados en la Sexta Comisión y los miembros de la CDI presentes en Nueva York, lo que permitió a unos y otros expresarse más libremente que en una sesión pública y establecer un diálogo real. En opinión del Presidente saliente, esa experiencia fructífera debe repetirse. En segundo lugar y en contra de lo habitual, el Presidente saliente pidió al Relator Especial sobre el tema de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, presente en calidad de tal en la tribuna de la Sexta Comisión, que respondiera a las observaciones formuladas por los representantes de los Estados con respecto al capítulo IV del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones. Esa experiencia debería renovarse y profundizarse en dos direcciones: por una parte, parece legítimo que el Relator Especial designado por la Comisión presente por sí mismo, y no el Presidente, la parte del informe relativa a su tema; por otra, aunque parezca ilusorio esperar que las Naciones Unidas

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte).

accedan a financiar el viaje y la estancia de todos los relatores especiales, los presentes en Nueva York durante el examen por la Sexta Comisión del informe de la CDI deberían ser invitados a intervenir de igual modo.

3. En lo que se refiere al examen propiamente dicho en la Sexta Comisión del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones, el Presidente saliente se remite en lo esencial al excelente resumen por temas preparado por la Secretaría (A/CN.4/483). Señala que el informe fue en conjunto bien acogido, sobre todo por su brevedad y su relativa concisión, lo que constituye una lección que debe aprenderse para el futuro.

4. El proyecto de artículos sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados y el Relator Especial sobre el tema recogieron, con justicia, toda clase de alabanzas. Con algunas reservas, se aprobó el enfoque general adoptado por la Comisión, en particular su «ángulo de ataque», es decir, la protección de los derechos humanos y la preocupación por evitar la apatridia. En su resolución 52/156, la Asamblea General invitó a los Estados a que expresaran su opinión sobre el proyecto y, aunque la resolución final no diga nada al respecto, de los debates se puede deducir que se pide a la Comisión que continúe sus trabajos sobre este tema, con inclusión de lo que se refiere a los efectos de la sucesión de Estados sobre la condición jurídica de las personas morales.

5. En cuanto al tema de las reservas de los tratados, las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, aprobadas por la Comisión[2], no suscitaron la oposición que cabía esperar, aunque se criticaron algunas disposiciones. La mayoría estimó que la Comisión había encontrado un equilibrio satisfactorio y se aprobó la idea de remitir las conclusiones preliminares a los órganos convencionales competentes en la esfera de los derechos humanos, quedando entendido sin embargo que en el párrafo 4 de la resolución 52/156 de la Asamblea General se pide que esa consulta se amplíe a los demás órganos establecidos en virtud de tratados multilaterales de carácter normativo. Con escasas matizaciones, las delegaciones que se manifestaron sobre el tema aprobaron el método general de la Comisión consistente en partir del «régimen de Viena», tratando de aclararlo y completarlo en caso necesario (A/CN.4/483, secc. B)[3]. Como consecuencia lógica de ese consenso, la gran mayoría de las delegaciones se pronunció a favor de la unidad del régimen de reservas y de la preparación de una guía práctica, como decidió en principio la Comisión en su 49.º período de sesiones[4].

6. En cuanto al tema de la responsabilidad de los Estados, el Presidente saliente señala ante todo que parece existir en la Sexta Comisión un amplio acuerdo en que la CDI «termine» con el tema y en que la segunda lectura del proyecto se acabe a más tardar a finales del presente quinquenio (A/CN.4/483, secc. C), lo que coincide con la intención de la CDI; luego las delegaciones que se manifestaron sobre el tema señalaron, a semejanza de la Comisión, que los tres aspectos más «problemáticos» eran los delitos, las contramedidas y la solución de controversias; por último, algunas delegaciones formularon observaciones detalladas sobre diversos aspectos del proyecto, que se consideró a la vez demasiado preciso en algunos aspectos y demasiado superficial en otros.

7. Por lo que se refiere al tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(liability)*, el Presidente saliente señala que, a pesar de todo, siguen vivas las pasiones más o menos contenidas, después de más de 20 años de la inclusión del tema en el programa de la Comisión; sin embargo, observa con satisfacción que ninguna delegación se opuso a la decisión de la Comisión de terminar ante todo el examen del aspecto de la prevención. No obstante, señaló a la atención de la Sexta Comisión el hecho de que, en cuanto al resto, sería indispensable contar con directrices concretas de los Estados y de la Sexta Comisión, que deberían recibirse en un plazo de dos años, sin lo cual la CDI no podría salir del atolladero en que se encuentra desde hace 20 años.

8. Por lo que se refiere a los temas nuevos, que son los actos unilaterales y la protección diplomática, ninguno de los Estados que se manifestaron en la Sexta Comisión, con una sola excepción, puso en duda la oportunidad de ocuparse de ellos.

9. El Presidente saliente da cuenta de otras actividades que caracterizaron la terminación de su mandato de Presidente en el 49.º período de sesiones. En primer lugar, a raíz de la emoción suscitada entre los miembros de la Comisión por la «discreción» del Secretario General, en su informe titulado «Renovación de las Naciones Unidas: un programa de reforma»[5], sobre las actividades jurídicas de la Organización, el 6 de octubre de 1997 escribió una carta al Secretario General. La respuesta del Sr. Kofi Annan, de 9 de diciembre de 1997, aunque en términos amables, supone una desestimación. Por otra parte, el Presidente saliente lamenta que el Secretario General no tuviera a bien recibirlo durante su estancia en Nueva York, tal como él le había solicitado: el calendario del Secretario General está sin duda sumamente recargado, pero el Presidente saliente no puede dejar de pensar que la negativa no indica una gran consideración por la Comisión.

10. Por lo que se refiere a las relaciones tradicionales de cooperación con otros organismos, el Presidente saliente no ha tenido apenas noticias del Comité Jurídico Interamericano. En cambio, el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano organizó un seminario sobre medidas de alcance extraterritorial adoptadas por los Estados, incluidas las sanciones impuestas a terceros, celebrado en Teherán los días 24 y 25 de enero de 1998, en el que participó el Sr. Crawford. Por su parte, el Sr. Yamada aceptó representar a la Comisión en el 37.º período de sesiones del mencionado Comité, celebrado en Nueva Delhi, del 13 al 18 de abril de 1998, en el que se eligió Presidente al Sr. Sreenivasa Rao. Por lo que respecta al Consejo de Europa, el Sr. Ferrari Bravo representó a la Comisión en la reunión del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público, celebrada en febrero de 1998,

[2] Ibíd., párr. 157.

[3] Véase una explicación sobre el «régimen de Viena» en *Anuario... 1996*, vol. I, 2460.ª sesión, párr. 9.

[4] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 63.

[5] A/51/950 y Add.1 a 7.

durante la cual se examinaron algunos problemas relacionados con el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones, y el Presidente saliente ha sido invitado, en su calidad de Relator Especial sobre el tema de las reservas a los tratados, a intervenir sobre el tema en la primera reunión del Grupo de Especialistas sobre las reservas a los tratados internacionales, celebrada en París los días 26 y 27 de febrero de 1998.

11. Para concluir, el Presidente saliente agradece a la Secretaría la organización de dos manifestaciones destinadas a celebrar el 50.º aniversario de la Comisión. Espera que el seminario que se celebrará los días 21 y 22 de abril de 1998 tendrá tanto éxito como el Coloquio de las Naciones Unidas sobre el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, celebrado en Nueva York los días 28 y 29 de octubre de 1997[6]. Este Coloquio ha abierto muchas vías de reflexión que debería explorar el Grupo de Planificación en el 50.º período de sesiones.

12. El Sr. CORELL (Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico) dice que si el Secretario General no pudo inaugurar el Coloquio de Nueva York ni recibir al Presidente de la Comisión, fue por su calendario, muy recargado en aquellos momentos, y no, desde luego, por falta de interés hacia el derecho internacional. El Secretario General visitó a la Comisión en su 49.º período de sesiones[7], y en su informe sobre la renovación de la Organización insiste firmemente, en dos ocasiones, en la importancia de la cuestión, en particular con respecto a la creación de una corte penal internacional, proyecto cuyo origen está en los trabajos de la Comisión. Ahora bien, como indica el Secretario General en su carta de 9 de diciembre de 1997 dirigida al Presidente de la Comisión, el citado informe trata de reformas de carácter urgente que deberán realizarse en la Secretaría para que la Organización desempeñe mejor sus funciones. En comparación con otras esferas, los mecanismos del derecho internacional, al adaptarse siempre a las necesidades de la comunidad internacional, no parecen requerir una reestructuración inmediata. Además, el desarrollo del derecho internacional es un proceso continuo y dialéctico que se produce en muchos foros, entre ellos la propia Comisión, y tiene un papel importante que desempeñar en todo posible proyecto de reforma en esa esfera. La diligencia con que ha abordado sus métodos de trabajo y su programa constituye un excelente augurio para el porvenir.

Elección de la Mesa

El Sr. Baena Soares queda elegido Presidente por aclamación.

El Sr. Baena Soares ocupa la Presidencia.

13. El PRESIDENTE agradece a los miembros de la Comisión el honor que le han hecho al elegirlo Presidente y espera ser digno de la confianza puesta en él. En cualquier caso, se esforzará por asumir sus funciones con un espíritu abierto y por continuar las innovaciones introducidas por el Presidente saliente, que han mejorado los métodos de trabajo de la Comisión y alentado la reflexión en su seno.

14. A continuación, el Presidente propone que se suspenda la sesión a fin de dar tiempo a los miembros para realizar consultas sobre la composición de la Mesa.

Se suspende la sesión a las 15.45 horas y se reanuda a las 16.00 horas.

El Sr. Lukashuk queda elegido primer Vicepresidente por aclamación.

El Sr. Goco queda elegido segundo Vicepresidente por aclamación.

El Sr. Simma queda elegido Presidente del Comité de Redacción por aclamación.

El Sr. Dugard queda elegido Relator por aclamación.

Aprobación del programa (A/CN.4/485)

15. El PRESIDENTE invita a la Comisión a aprobar el programa provisional (A/CN.4/485), quedando entendido que la decisión no prejuzgará el orden en que se examinarán los temas.

16. El Sr. MIKULKA señala que la redacción del tema 5 del programa corresponde al título inicial del tema del que es Relator Especial. Esa redacción debe sustituirse por la adoptada en el 48.º período de sesiones, es decir «La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados»[8].

Queda aprobado el programa con la modificación introducida.

Organización de los trabajos del período de sesiones

[Tema 1 del programa]

17. El PRESIDENTE propone que, de conformidad con la práctica establecida, la Mesa Ampliada se reúna inmediatamente para examinar la organización de los trabajos del período de sesiones.

Se levanta la sesión a las 16.15 horas.

[6] Véase *Actes du Colloque des Nations Unies sur le développement progressif et la codification du droit international. — Pour un meilleur droit international: la Commission du droit international à 50 ans* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E/F.98.V.5).

[7] Véase *Anuario... 1997*, vol. I, 2506.ª sesión.

[8] Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, párr. 88.

2520.ª SESIÓN

Martes 28 de abril de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Thiam.

Protección diplomática (A/CN.4/483, secc. E, A/CN.4/484[1], A/CN.4/L.553)

[Tema 6 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE dice que, como se señala en el párrafo 233 del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones[2], la primera parte del presente período de sesiones se destinará al debate de los diversos informes en tanto que la segunda, que ha de celebrarse en Nueva York, se destinará a la aprobación de los proyectos de artículos con sus comentarios y del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones. Por consiguiente, invita a la Comisión a que comience el examen del tema de la protección diplomática y sugiere que se examinen por separado las cuestiones de que trata el informe preliminar sobre el tema (A/CN.4/484), procedimiento utilizado con buenos resultados en el período de sesiones anterior. Los miembros deberían examinar además qué medidas de seguimiento podría adoptar la Comisión sobre este tema.

2. La Comisión debería examinar si es conveniente que después del debate general se constituya nuevamente el Grupo de Trabajo sobre protección diplomática establecido en su 49.º período de sesiones[3] con el fin de que ayude al Relator Especial a delimitar los elementos que han de tratarse en su segundo informe.

3. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que cuando la Comisión lo nombró Relator Especial recomendó que presentara su informe preliminar en el período de sesiones en curso y decidió que trataría de completar el examen del tema de la protección diplomática en primera lectura a fines del quinquenio. Este último objetivo bien podría reconsiderarse. Los trabajos preliminares son fundamentales para el éxito de cualquier empresa humana. Por ello, un informe preliminar es un escalón para el examen a fondo del tema y la posible incorporación en un tratado u otro instrumento de lo que se considere como la práctica establecida. Desde el momento mismo en que el Grupo de Trabajo comenzó a examinar el tema[4], los miembros señalaron que el análisis preliminar es indispensable para poder hacer un estudio general de la protección diplomática. Por ejemplo, el Sr. Lukashuk opina que el Relator Especial tendría que examinar el concepto mismo de la protección diplomática, que en el derecho moderno se orienta cada vez más a los derechos de la persona; dado que existe un derecho a la protección diplomática, el Sr. Lukashuk considera que la protección diplomática no se basa en la jurisdicción *ratione personae* sobre las personas. Esta opinión ha recibido el apoyo de otros miembros de la Comisión.

4. El Sr. Pellet ha señalado a la atención de la Comisión la total falta de simetría en materia de protección diplomática. Un Estado cuyo nacional ha sido lesionado puede ejercer la protección diplomática y dirigirse contra el Estado causante del daño, pero no sucede lo mismo a la inversa: un Estado que ha sufrido daño como consecuencia del acto de un individuo no puede reclamar al Estado del que esa persona es nacional. El Sr. Pellet ha sugerido también que las posiciones de fuerza política y económica son la razón por la cual la protección diplomática es una institución unilateral. El Sr. Thiam ha señalado además que las empresas multinacionales suelen ser más poderosas que los Estados.

5. El Sr. Pellet también ha dicho que el hecho de que las personas sean consideradas cada vez más hoy en día como sujetos de derecho internacional es una dimensión que el Relator Especial deberá necesariamente tener en cuenta en su informe preliminar. El Sr. Ferrari Bravo, yendo todavía más lejos en este sentido, opina que el fallo de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* se basa en lo que hoy se considera una teoría obsoleta, la de que el Estado se considera como «amo» de sus ciudadanos. Por su parte, considera que la gran evolución de los últimos años hace que el tema deba enfocarse desde un ángulo nuevo y «más fresco».

6. En su opinión, su misión es señalar en el informe preliminar las diversas opciones posibles y no su propia concepción del tema. Aunque sigue siendo totalmente imparcial le parece claro que la concepción tradicional de la protección diplomática ya no es satisfactoria a menos de mantener la posición férreamente conservadora de la que se ha acusado a veces a la Comisión.

7. La concepción tradicional podría adaptarse a la realidad actual de diversas formas, y una sola construcción jurídica no es necesariamente la única solución. La Comisión ha abordado ya con dificultad la distinción

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte).

[3] Ibíd., párr. 169.

[4] Véase el informe del Grupo de Trabajo en ibíd., párrs. 172 a 189.

entre las normas primarias y secundarias y en su informe el Grupo de Trabajo ha sugerido que el tema se limite a las normas secundarias del derecho internacional, esto es, a las consecuencias de los actos internacionalmente ilícitos (por comisión u omisión) que hayan causado un daño indirecto al Estado, comúnmente por un daño a sus nacionales[5]. El Grupo de Trabajo ha dicho también que en este tema no debería señalarse el contenido específico de la obligación jurídica internacional que ha sido violada.

8. Sin embargo, el Sr. Pambou-Tchivounda y el Sr. Simma han hecho la advertencia de que la norma de «manos limpias» y el agotamiento de los recursos de la jurisdicción local entrañarían aventurarse en el ámbito de las normas primarias. Tal vez se deba también examinar las categorías generales de las obligaciones; dado que en el tema de la responsabilidad de los Estados se tendrá que hacer un examen análogo, la labor en ambos temas podría tal vez coordinarse.

9. En 1996, la Asociación de Derecho Internacional estableció un Comité sobre Protección Diplomática de Personas y Bienes que está tratando de resolver las mismas cuestiones que la Comisión se propone abordar. El Presidente de ese Comité le envió una carta en octubre de 1997 señalándole que se proponían examinar cómo han cambiado en la práctica actual los principios tradicionales del derecho internacional relativos a la protección diplomática. En particular, el Comité examinaría qué actos de un Estado constituyen protección, si un Estado puede ejercer la protección diplomática aun cuando sus nacionales rechacen esa protección, si la protección priva a los reclamantes del derecho a presentar reclamaciones por cuenta propia y si los reclamantes particulares pueden pedir que se los excluya de las reclamaciones en nombre de grupos o por cantidades globales. Desde luego, el Comité se ha planteado varias preguntas que pueden todas resumirse en una pregunta básica: ¿cuál es la naturaleza de la protección diplomática y cómo se define esa protección?

10. Evidentemente la Comisión tendrá que encontrar una respuesta y para esto puede adoptar dos enfoques: el primero, latino o cartesiano, sería elaborar una definición y sólo entonces determinar el curso futuro de los trabajos sobre el tema. El segundo enfoque, que podría llamarse anglosajón o empírico, sería dejar abierta en un comienzo la cuestión de la definición y obtener ésta de un estudio de la práctica actual con miras a la codificación del tema. Ambos enfoques tienen sus ventajas e inconvenientes pero lo que parece fundamental en todo caso es hacer un análisis crítico de la concepción tradicional de la protección diplomática para establecer criterios que permitan evaluar la práctica corriente. Por su parte, considera que existe una relación dialéctica constante entre la teoría y la práctica y que en la práctica del derecho internacional nada impide a los expertos aprovechar ocasionalmente las diversas teorías.

11. Al presentar el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones, el entonces Presidente hizo hincapié en la necesidad de una evaluación preliminar de la naturaleza de la protección diplomática, en particular la determinación de si se trata de un derecho de los particulares o si sólo se ejerce a discreción del Estado, y agregó que «cabe preguntarse si la ficción jurídica en que se basa la protección diplomática mantiene su razón de ser al término del siglo XX»[6]. Con esto, el Presidente lanzaba un reto: desempolvar y renovar la concepción tradicional de la protección diplomática como se ha enseñado en las escuelas de derecho durante generaciones.

12. Algunos podrán decir que es una pérdida de tiempo poner en duda la existencia de la protección diplomática: el principio de que todo daño infligido a un miembro de un grupo o tribu es una agresión al cacique o jefe de tribu es inmutable. El derecho está lleno de ficciones y sería una excelente novela si se escribiera como tal. Al igual que la novela, el derecho transforma un aspecto de la realidad en un elemento diferente. Por ejemplo, la persona jurídica o moral es una de las ficciones jurídicas más célebres. En su fallo sobre el asunto *Barcelona Traction* (véase pág. 39), la CIJ dijo que el derecho había reconocido que la existencia independiente de entidades jurídicas no podía considerarse como absoluta y que en ciertos casos estaba justificado y era equitativo «desvelar a la persona jurídica» o «no tener en cuenta la persona jurídica». Así, la Corte había deshecho la ficción que entraña el concepto de la personalidad jurídica de las sociedades (sociedad anónima), mostrando que una vuelta a la realidad subyacente es posible y aceptable y que las ficciones jurídicas no pueden considerarse inmutables. Esas ficciones se inventaron porque correspondían a ciertas necesidades pero la hora de la realidad llega cuando se adaptan para tener más en cuenta las situaciones actuales.

13. Lo mismo sucede ciertamente cuando se trata de la ficción jurídica de la protección diplomática. El derecho internacional ha logrado adelantos considerables desde mediados del siglo XIX. El enfoque dualista del derecho internacional que inspiraba el concepto de la protección diplomática hoy no está ya de moda. Las normas internacionales se orientan cada vez más directamente a las personas y esto es una evolución positiva que da a las personas un acceso cada vez más directo a los tribunales para defender sus derechos en el plano internacional. Los Estados y los tribunales tanto internacionales como nacionales se ven cada vez más obligados a tener en cuenta la situación de las personas al interpretar o aplicar las normas de derecho internacional. De ahí que haya más continuidad entre las instancias jurídicas internacionales y nacionales, aun cuando cada una mantenga su carácter específico.

14. Las razones por las que se inventó la protección diplomática como una ficción jurídica —para justificar la intervención de un Estado en favor de sus nacionales— han desaparecido gradualmente. Cuando se desvela la ficción jurídica, se ve que los derechos de las personas están desplazando cada vez más a los derechos de los Estados. El Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (en adelante «Convenio de La Haya de 1930») ha ajustado la ficción de la protección diplomática al plantear la teoría de que el Estado no tiene la responsabilidad de ocuparse de ninguna persona que tenga doble nacionalidad. Sin embargo, hoy en día es un hecho generalmente reconocido que los Estados son

[5] Ibíd., párr. 180.

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión, párr. 60.

responsables en el plano internacional por el tratamiento que dan a sus nacionales. Esto es así aun en el caso de que una persona tenga doble nacionalidad, siempre que se satisfaga el criterio de la nacionalidad efectiva. En su decisión en el asunto A/18[7], el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha señalado que la tendencia a la modificación de la norma del Convenio de La Haya de 1930 no es nada sorprendente ya que está en armonía con el desarrollo actual del derecho internacional de acordar protección jurídica a las personas aun contra el Estado del que son nacionales.

15. ¿Cómo podría aceptarse que los extranjeros puedan exigir el respeto de las normas de derecho internacional y obtener protección de su propio Estado pero denegar en cambio esa protección a los nacionales afectados por iguales violaciones del derecho internacional? La CIJ ha dado un primer paso en esta dirección al reconocer la posibilidad de todos los Estados de actuar en nombre de una persona cuyos derechos fundamentales han sido violados (asunto *Barcelona Traction*). Hoy en día se reconoce que un Estado puede actuar en el plano internacional para proteger ciertos derechos universales de las personas sin tener que probar ningún vínculo de nacionalidad.

16. El respeto de la soberanía del Estado de acogida que inspira el Convenio de La Haya de 1930 justifica también la norma del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. En su proyecto sobre responsabilidad de los Estados[8] la Comisión ha incluido el artículo 22 (Agotamiento de los recursos internos) partiendo de la base de que esa norma es de carácter sustantivo y no procesal y que la violación de la obligación internacional y la responsabilidad internacional sólo entran en juego cuando se han agotado los procedimientos existentes a nivel nacional. La Comisión podrá observar también los efectos del dualismo que trata de defender la idea de que la aplicación del derecho interno es una cuestión de procedimiento interno y que la aplicación del derecho internacional es una cuestión de procedimiento internacional. En el Seminario sobre Derecho Internacional celebrado en Ginebra los días 21 y 22 de abril de 1998 para conmemorar el 50.º aniversario de la Comisión, el Sr. Dominicé ha destacado el hecho de que el acto inicial puede ser en sí mismo una violación de una obligación internacional en el caso de que en un procedimiento seguido ante un tribunal nacional una persona invoque las normas internacionales, haciendo valer desde un comienzo sus propios derechos en virtud del derecho internacional. Sólo una vez finalizados los procedimientos nacionales pasa a hacerse cargo del asunto el Estado de la nacionalidad. En esta etapa se plantea la cuestión de si al imputar responsabilidad internacional al Estado de acogida el Estado reclamante está actuando para asegurar el respeto de un derecho propio o como representante o agente de su nacional. Esta es la principal cuestión que debe examinarse y no se trata de una cuestión filosófica sino jurídica y práctica. En principio, nada impide argumentar que, al asumir la causa de su nacional, el Estado está haciendo valer su derecho en el marco de las normas de derecho internacional por las que se rige.

17. Llevada a su extremo, la ficción jurídica de la protección diplomática lleva a la conclusión de que la reparación se debe al Estado aun cuando lo que proporciona la medida de esa reparación es el daño sufrido por la persona (asunto *Usine de Chorzów* [véase pág. 28]). Hoy en día existe un reconocimiento cada vez mayor del derecho de las personas a pedir indemnización al Estado de su nacionalidad en los tribunales nacionales y de su derecho a impugnar las condiciones en que se ha repartido la indemnización, en el caso de que haya diversas partes. La jurisprudencia interna tiende a considerar que la realidad del daño sufrido por la persona prima sobre la ficción del daño al Estado, y siempre habrá esta interacción.

18. La Comisión podría, pues, partir del supuesto de que la protección diplomática es la facultad discrecional del Estado de iniciar un procedimiento internacional no necesariamente para hacer valer su propio derecho sino para asegurar la observancia de las normas internacionales en favor de sus nacionales, e invocar la responsabilidad internacional del Estado de acogida. La Comisión debería entonces examinar este supuesto para comprender mejor la naturaleza jurídica de la protección diplomática; a la luz de ese debate el Relator Especial prepararía para el próximo año un informe sobre el contenido de fondo del tema. La Comisión tal vez se resista a abandonar el concepto tradicional de la protección diplomática pero debe reconocer que ese concepto ha quedado sobrepasado en gran medida por la evolución reciente del derecho internacional en materia de los derechos de la persona y que el Relator Especial tiene el deber de tener en cuenta este aspecto en su labor futura sobre el tema.

19. La ficción de la protección diplomática como expresión de un derecho del Estado ha desempeñado ciertamente un papel positivo en la época en que era el único medio de defender la causa de una persona en el ámbito internacional y de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado de acogida en sus relaciones con esa persona. Evidentemente, esa situación ya no es la misma y el mantenimiento rígido de esa ficción podría percibirse como una actitud retrógrada o aun reaccionaria a la luz de todas las consecuencias que entraña el concepto de mundialización.

20. En su informe preliminar ha planteado la cuestión de la relación entre el tema de la protección diplomática y el tema de la responsabilidad internacional y ha pedido una aclaración respecto de la limitación de los trabajos de la Comisión a las normas secundarias del derecho internacional. Su propósito no ha sido que la Comisión elija entre las normas primarias y las secundarias. Ciertamente, la protección diplomática queda comprendida en la categoría de las normas secundarias pero esto plantea la cuestión de la importancia de las normas secundarias en relación con las normas primarias. Al analizar la cuestión del derecho subyacente (cuestiones de nacionalidad y la norma de «manos limpias») la Comisión necesariamente tendrá que basarse en las categorías de las normas primarias para poder extraer algunas conclusiones sobre la cuestión de la protección diplomática.

[7] Irán-Estados Unidos, caso n.º A/18, decisión de 6 de abril de 1984, *Rapports du Tribunal des différends américano-iraniens*, vol. 5, bajo la dirección de S. R. Pirrie y J. S. Arnold, Cambridge (Reino Unido), Grotius Publications, 1985, vol. 5, pág. 251.

[8] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, sec. D.

21. El Sr. BROWNLIE desea dejar en claro que no se opone a los conceptos e instituciones de derechos humanos. Su problema es la experiencia que tiene por haber prestado servicios a gobiernos y personas, y aun tribus, en sus intentos por aplicar en la práctica los principios y las instituciones de derechos humanos. La polaridad no se produce entre las opiniones conservadoras y liberales; sencillamente, el problema es cómo funcionan las cosas.

22. El Relator Especial tiene una clara preferencia por las opiniones expuestas por el Presidente del Comité sobre Protección Diplomática de Personas y Bienes de la Asociación de Derecho Internacional y otras personas que desean asimilar la institución de la protección diplomática y los principios de derechos humanos. Sin embargo, la asimilación no es asociación sino una vía de sentido único y la Comisión podría terminar en esa vía si rechaza el sistema de la protección diplomática.

23. El sistema de derechos humanos funciona de manera análoga a los principios de la protección diplomática: una condición para la admisibilidad es que el reclamante haya agotado cualquier recurso existente en la jurisdicción interna, y los Estados tienen la facultad discrecional de asumir una reclamación en nombre de una persona o empresa. La práctica de la Comisión Europea de Derechos Humanos es muy parecida: en algunos importantes casos de principio que se han planteado en los que la persona había decidido retirar su reclamación la Comisión Europea no ha aceptado considerar como retirada la reclamación porque tiene un interés objetivo en mantener las normas de orden público europeas. La Comisión debe, pues, tener cuidado en no establecer falsas polaridades entre derechos humanos y protección diplomática. Cabe observar también que aun en Europa la protección de los derechos humanos es muy fragmentaria. Nada aconseja desechar la institución de la protección diplomática cuando todavía no se dispone de ningún sustituto eficaz. La manera práctica de avanzar es mantener los diversos instrumentos en juego.

24. En sus comentarios sobre las opiniones del Relator Especial lo que más le preocupa es la cuestión de los métodos de trabajo. Desde luego, se pueden discutir ciertas teorías o conceptos como la distinción entre las normas primarias y secundarias, pero no es útil que antes de examinar las instituciones y normas de la protección diplomática se insista en un debate teórico previo, por ejemplo, si la protección diplomática es o no una ficción jurídica. Esos aspectos podrán debatirse a medida que se planteen en un contexto determinado. La Comisión no es una academia y su labor es de orden práctico. Por ello, prefiere que se avance en el sentido señalado en el informe del Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática en el 49.º período de sesiones. El sentido general de la protección diplomática es claro: las cuestiones importantes son la admisibilidad de las reclamaciones y las normas relativas a las condiciones que han de satisfacerse para poder presentar reclamaciones. Las propias reclamaciones son parte del derecho sustantivo de la responsabilidad de los Estados, los tratados, los actos unilaterales y otros temas.

25. Por su parte, está de acuerdo en que la Comisión está examinando normas secundarias. Ciertamente sería un motivo de confusión si su objetivo fuera otro, pero la distinción entre normas primarias y secundarias no debe considerarse como un criterio absoluto. La clasificación de una norma como primaria o secundaria dependerá de la naturaleza de la cuestión en cada caso determinado. No cabe duda de que existen problemas de clasificación. Sin embargo, la cuestión no es de superposición sino de una doble función de la admisibilidad y el fondo con respecto, por ejemplo, a las normas de «manos limpias», a ciertas cuestiones relativas a la nacionalidad y a toda la esfera de consentimiento y demora.

26. No puede comprender por qué el interés jurídico de un Estado en la suerte de sus nacionales entraña una ficción jurídica. Nada hay de extraño en la noción de que una tribu pueda tener ese interés. La Comisión no debe caer en la tentación de parecer muy modernista.

27. Evidentemente, la protección diplomática es una construcción jurídica al igual que los conceptos de posesión, propiedad y matrimonio. La base para el agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna es empírica y es discutible que exista un principio de riesgo implícito, esto es, de que no es necesario agotar los recursos de la jurisdicción interna a falta de toda relación voluntaria previa con la jurisdicción de que se trate. Este fue el argumento esgrimido por Israel en el caso contra Bulgaria por haber derribado un avión civil israelí: las víctimas no tenían el deber de agotar los recursos de la jurisdicción interna por no existir ninguna relación voluntaria previa con la jurisdicción de Bulgaria[9]. No se trata de una ficción jurídica sino de un buen argumento.

28. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que los argumentos del Sr. Brownlie con respecto a la ficción jurídica no lo convencen. La mayoría de los ejemplos mencionados en el informe preliminar son parte de un razonamiento jurídico y desde luego humano; nada hay en ello de retrógrado ni de extraño. Si ha entendido bien, esos ejemplos tampoco se limitan exclusivamente al siglo XIX. Como señalaba el jurista romano Ulpiano, a los fines de la ley, se debe considerar a ciertas ciudades y municipalidades como si fueran menores. El concepto mismo de fideicomiso, y de la relación entre el rey y su reino, se basa en esta analogía. Análogamente, en la época medieval el Rey Enrique VIII de Inglaterra afirmó que *Rex in regnum sui est imperator*, lo que tuvo muchas repercusiones en el desarrollo del derecho. Por ende, le parece que en esa cuestión hay una dosis mucho mayor de realidad que la que se ha sugerido.

29. El Sr. ECONOMIDES dice que en los párrafos 33 a 44 del informe preliminar queda de manifiesto que la institución de la protección diplomática ha ido perdiendo terreno desde hace algún tiempo; esto se debe al impresionante desarrollo de los derechos humanos, en particular en Europa. En muchos casos, las personas pueden ahora defender esos derechos en el plano internacional sin necesidad de pedir la intervención de su propio Estado. Sin embargo, la codificación de la protección diplomática habría debido hacerse probablemente en el contexto de la responsabilidad de los Estados y no de manera autónoma. La Comisión deberá sin duda volver a examinar esta cuestión en una etapa posterior.

[9] *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, págs. 531 y ss.

30. La Comisión no debería ocuparse de la cuestión de la ficción en que, según el Relator Especial, se basa la institución de la protección diplomática. Independientemente de cómo se la llame —ficción, novación, sustitución— se trata de una concepción teórica que no es pertinente para el desarrollo normativo del tema. La principal cuestión, como ha destacado con razón el Relator Especial, es la de quién es el titular del derecho que se ejerce por la vía de la protección diplomática: ¿el Estado de la nacionalidad o las víctimas lesionadas de ese Estado? Evidentemente, la respuesta debe ser siempre el Estado y, en principio, sus facultades a este respecto son discrecionales. La protección diplomática ha sido siempre una prerrogativa soberana del Estado como sujeto de derecho internacional. De no haber sido así, no se habría concertado ningún acuerdo después de la segunda guerra mundial para indemnizar a los dueños de bienes nacionalizados, en particular por los ex Estados comunistas. Desde luego, la persona puede ser ahora sujeto de derecho internacional y por ello puede presentar por sí misma una reclamación internacional. En esos casos, la protección diplomática no tiene ya razón de ser. Pero cuando la persona no puede ser sujeto de derecho internacional —lo cual suele suceder en la práctica actual— la protección diplomática puede ser muy útil. Así pues, se deben hacer todos los esfuerzos posibles por no desechar esta institución.

31. Está de acuerdo en que la distinción entre normas primarias y secundarias debe abordarse con flexibilidad. La Comisión debe ocuparse más de la sustancia de esta cuestión y menos de ciertas distinciones artificiales. La norma del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, así como sus excepciones tradicionales, y las demás condiciones para el ejercicio de la protección diplomática, en particular en lo que respecta a la nacionalidad del reclamante, son fundamentales a los efectos de la protección diplomática. ¿Se propone el Relator Especial abordar esas cuestiones en su segundo informe? Indudablemente hay cabida para un desarrollo progresivo y una modernización apreciable de las disposiciones sobre protección diplomática. Aun si se toma como punto de partida el derecho de los Estados, a los fines del desarrollo progresivo del derecho se debería poder dar un lugar más importante a la persona en el contexto de la protección diplomática, especialmente en lo que respecta a la indemnización.

32. El título del proyecto podría ser tal vez más preciso pero ello podrá decidirse más adelante a la luz del texto que se prepare.

33. Es hora también de hacer extensiva la protección diplomática a los nacionales de un Estado que resultan perjudicados no cuando se encuentran en el extranjero sino en su propio Estado como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de una misión diplomática extranjera o de sus funcionarios que disfrutan de inmunidad jurisdiccional y, por consiguiente, no pueden ser enjuiciados por los tribunales nacionales. No hay ninguna razón por la cual un Estado que protege a sus nacionales cuando resultan perjudicados en el extranjero como consecuencia de la violación de una norma de derecho internacional no deba hacer lo mismo en el caso de que resulten perjudicados siendo residentes del territorio nacional. Se trata de un aspecto nuevo e importante que la Comisión debería examinar.

34. El Sr. LUKASHUK dice que el informe preliminar trata de una cuestión que es a la vez compleja y de gran importancia práctica para la protección de los derechos humanos. Aunque está de acuerdo en que la institución de la protección diplomática desempeñará un importante papel en los años venideros a los efectos de asegurar el respeto de esos derechos, algunos aspectos del informe le plantean dudas.

35. Habida cuenta de la complejidad del tema no conviene recargarlo con conceptos teóricos. Por ejemplo, la cuestión del reconocimiento de que la persona tiene la condición de sujeto de derecho internacional es muy controvertida. De ahí que no tenga mucho sentido plantearla en este contexto particular. Mejor sería sumarse a la práctica —especialmente la práctica judicial— de que el individuo es considerado como beneficiario del derecho internacional. La afirmación de Scelle[10], a la que hace referencia el Relator Especial en su informe preliminar, no es del todo convincente porque, como es bien sabido, Scelle se opone a la tendencia general al rechazar la idea de que el Estado puede tener la condición de sujeto de derecho internacional y sostener que sólo la persona disfruta de esa condición. Por consiguiente, está de acuerdo en que nada justifica por ahora el rechazo total de la concepción tradicional que se refleja en la decisión adoptada en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, gran parte de la cual sigue siendo valedera.

36. Sin embargo, el Relator Especial tiene razón en señalar a la atención de los miembros ciertas insuficiencias de la concepción tradicional, sobre todo que el Estado considera su derecho a la protección diplomática como una cuestión de facultades discrecionales, en que la persona no tiene ningún derecho a la protección diplomática en cuanto tal. La Comisión tal vez desee seguir examinando ese problema.

37. Le preocupa en cierto modo la propuesta del Relator Especial de que la persona debería renunciar al derecho a proteger sus propios bienes. Es difícil imaginar cómo podría aplicarse esta idea en la práctica, especialmente cuando se trata de inversiones extranjeras. La tendencia es más bien a aumentar las garantías para la inversión extranjera, como muestra la creación del CIADI, que el Relator Especial toma como fundamento para considerar que los inversionistas extranjeros tienen una personalidad jurídica internacional. Pero las controversias en materia de inversión han tenido desde hace tiempo solución mediante el arbitraje comercial internacional y nadie ha pretendido nunca que la persona que somete esa controversia a arbitraje adquiere por ello personalidad jurídica internacional.

38. Por otra parte, en el párrafo 50 de su informe preliminar, el Relator Especial se pregunta si al actuar de esa manera el Estado hace valer su propio derecho o, por el contrario, no es más que un mandatario o representante de un nacional suyo que es titular de un interés jurídicamente protegido en el plano nacional y, por lo tanto, de un derecho. Esto plantea un dilema que, sin embargo, debería resolverse no por contraposición sino más bien por armo-

[10] G. Scelle, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1933-IV*, París, Sirey, 1934, vol. 46, en particular pág. 661.

nización de los derechos del Estado y de la persona. De más está decir que uno de los principales derechos de los Estados es el derecho a proteger los derechos de sus ciudadanos, pero se trata de un derecho que debe ejercerse de manera no arbitraria y que debe regirse tanto por el derecho interno como por el derecho internacional.

39. El derecho a la protección diplomática está consagrado en muchas de las nuevas constituciones como un derecho de la persona. En el plano internacional, debería considerarse como un derecho humano fundamental y se deberían establecer los mecanismos apropiados para que pueda hacerse efectivo.

40. Al postular la existencia de un vínculo entre la protección diplomática y la responsabilidad internacional, el Relator Especial justifica su posición señalando que las primeras discusiones de la Comisión sobre el tema de la responsabilidad internacional se centraban en la responsabilidad de los Estados por los daños causados a las personas y bienes extranjeros. Pero la responsabilidad internacional sigue siendo todavía sólo un tema de debate y no una división reconocida del derecho internacional. Sólo a comienzos de siglo tratadistas de Francia e Italia comenzaron a referirse a la responsabilidad por el daño causado a extranjeros y sus bienes. La Sociedad de las Naciones, en sus esfuerzos de codificación de esta cuestión, la enfocó con el mismo criterio estrecho. Así fue también en los primeros esfuerzos de la Comisión: sólo más adelante ésta decidió examinar la responsabilidad internacional en general.

41. Por su parte, está totalmente de acuerdo en la necesidad de enfocar tanto las normas primarias como las secundarias. En su conjunto, el informe preliminar facilita la buena marcha de los trabajos del Relator Especial de conformidad con el calendario establecido.

42. El Sr. HAFNER dice que la última cuestión señalada por el Sr. Economides se presta a muchas interpretaciones. Sería útil para los trabajos futuros de la Comisión que esta cuestión se aclarara en relación con casos específicos.

43. El Sr. ECONOMIDES dice que ha deseado plantear la cuestión de las víctimas de violaciones del derecho internacional que tienen lugar en el territorio del Estado de su nacionalidad porque la protección diplomática se aplica al daño sufrido por los nacionales de un Estado que viven en el extranjero. Cuando esas violaciones se cometen en el territorio de un Estado por otro Estado o sus agentes, que disfrutan de inmunidad de jurisdicción, los nacionales del primero de esos Estados no tienen ninguna posibilidad de pedir reparación a sus propios tribunales. Por ejemplo, esta situación puede plantearse si una misión diplomática o los agentes diplomáticos o consulares causan daño a un nacional del Estado receptor. El Estado no debe permanecer indiferente a las legítimas reclamaciones de sus propios nacionales ante un daño causado por violaciones del derecho internacional. Antes bien, debe tratar de atender a esas reclamaciones por la vía de la protección diplomática. En su opinión, existe una perfecta simetría entre la protección diplomática en su concepción clásica y el daño causado en el territorio del Estado de la nacionalidad. Esta cuestión merece ser examinada por la Comisión.

44. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que en su opinión lo importante es decidir si la cuestión planteada por el Sr. Economides queda comprendida en el ámbito de la protección diplomática propiamente tal o del derecho de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos. A primera vista, parecería quedar comprendida en el primero de esos temas, pero tras una reflexión se plantea la cuestión de si el acto cometido por un agente diplomático en el territorio de otro Estado en violación del derecho internacional pero en el ejercicio de las funciones oficiales de ese Estado no es imputable al Estado al que representa.

45. El Sr. SIMMA dice que difícilmente ningún otro tema está tan maduro para la codificación como la protección diplomática y a su respecto existe un cuerpo relativamente sólido de derecho positivo. El debate teórico es bueno y conveniente cuando se empieza a examinar un tema pero es hora de olvidar los prolegómenos y tratar el fondo.

46. Aunque el informe preliminar se refiere sólo ocasionalmente al concepto de «ficción jurídica», toda la presentación oral del informe hecha por el Relator Especial gira en torno a ese concepto. De conformidad con la definición de ficción que figura en el diccionario Robert, una ficción jurídica consiste en postular un hecho o una situación que difieren de la realidad jurídica. Sin embargo, a juzgar por la afirmación del Relator Especial de que la definición de ficción es precisamente aplicable en el fallo del asunto *Mavrommatis*, parecería que su percepción de la realidad jurídica es distinta de la de otros miembros de la Comisión.

47. Por el contrario, nada hay de artificial en considerar que el Estado de la nacionalidad tiene el derecho de asegurar que se trate a sus nacionales de conformidad con las normas internacionales o con las normas de derechos humanos. En su opinión, es manifiesto que la Comisión no está tratando de una ficción. En el contexto de la protección diplomática llamar ficción a la construcción jurídica del asunto *Mavrommatis* es dar una visión peyorativa del derecho internacional; el Relator Especial al oponer la «ficción» a los derechos humanos insinúa así que el derecho «antiguo» es mera ficción en tanto que el «nuevo» derecho basado en los derechos humanos tiene fundamentos morales más elevados.

48. En cuanto a la terminología, no es en absoluto partidario de calificar a esos enfoques como «antiguo» y «nuevo» respectivamente. Si bien es cierto que el derecho a la protección diplomática ha existido durante decenios o aun siglos antes de que surgieran los derechos humanos como un vocablo técnico en los círculos jurídicos internacionales, ambos enfoques son paralelos y sus potenciales respectivos se sobreponen sólo parcialmente como ha dejado en claro, entre otros, el Sr. Brownlie. En ciertos casos, desechar la protección diplomática en favor de los derechos humanos sería privar a las personas de una protección de que antes disfrutaban. Desde luego, los derechos humanos pueden servir en la actualidad para reforzar la protección diplomática que ejercen los Estados: por ejemplo, siempre que puede, la República Federal de Alemania invoca argumentos de derechos humanos al ejercer su protección diplomática, dado que una reclamación basada en los derechos humanos es claramente más pode-

rosa para muchos Estados que la basada en la norma mínima internacional que ha sido un motivo de controversias durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

49. El enfoque tradicional de la protección diplomática que se refleja en el asunto *Mavrommatis* tiene, pues, sus puntos fuertes y no debe desecharse sin un examen cuidadoso de lo que se requiere para que el enfoque de los derechos de la persona sea efectivo. No tiene ningún inconveniente en que el enfoque de los derechos humanos impregne los futuros debates casuísticos de la Comisión sobre el tema pero al adoptar ese enfoque la Comisión no debe seguir poniendo en duda el fundamento mismo de la protección diplomática.

50. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que a medida que el debate avanza se convence cada vez más de la necesidad de que éste tenga lugar pese a las opiniones en contrario. Por su parte, habría deseado también poder desechar el concepto de ficción, que es básicamente una construcción jurídica. Sin embargo, en el caso de la protección diplomática el daño lo sufre directamente la persona y sólo indirectamente el Estado del cual la persona es nacional. Por eso ha sido necesario recurrir a una construcción algo artificial para vincular el daño sufrido por la persona al sufrido por el Estado. Sin embargo, el Sr. Brownlie y el Sr. Simma se equivocan al suponer que utiliza el término «ficción» en un sentido peyorativo. El derecho es una construcción intelectual hecha de ficciones y nada hay de peyorativo en el uso de ese término. El problema es básicamente de terminología y de percepciones culturales diferentes.

51. Al igual que el Sr. Brownlie y el Sr. Simma, considera muy natural que un Estado asegure que sus nacionales sean tratados de conformidad con el derecho internacional y desea que esa práctica continúe. La Comisión está de acuerdo en que los Estados tienen facultades discrecionales a nivel procesal para defender a sus nacionales. Sin embargo, la situación no puede quedar así. ¿Debe la Comisión adoptar el enfoque *Mavrommatis*, de que al defender los derechos de sus nacionales el Estado está afirmando sus propios derechos o debe adoptar el enfoque de las facultades discrecionales, en que al actuar en favor de uno de sus nacionales el Estado ejerce un derecho propio de ese nacional? La Comisión debe reflexionar cuidadosamente sobre esta cuestión, que no es meramente teórica. Es cierto que en esta esfera existe un derecho positivo pero éste ha quedado obsoleto y por su parte se opondrá a todo intento de la Comisión de mantener a este respecto una posición muy conservadora.

52. Por último, desea subrayar que, pese a lo señalado por el Sr. Simma, no ha tratado de oponer la protección diplomática a los derechos humanos. Ciertamente, por así decirlo, no desea aserrar la rama en la que espera apoyarse demoliendo el tema mismo para el cual ha sido nombrado Relator Especial. Sólo ha querido afirmar que el concepto de la protección diplomática, que es anterior al concepto de derechos humanos, no puede examinarse sin tener cuidadosamente en cuenta la evolución de los derechos humanos en los últimos años. Los países que se encuentran en el proceso de transición a la democracia, entre otros el suyo propio, son los que tienen el mayor interés en fortalecer los derechos humanos y asegurar así que la acción del Estado tenga en cuenta a la persona.

53. El Sr. FERRARI BRAVO dice que el enfoque sugerido por el Relator Especial es ciertamente atractivo, a condición de que se pueda lograr un equilibrio entre la protección diplomática y las exigencias de los derechos humanos. Su impresión es que todo dependerá de la cuestión de las personas jurídicas, zona gris que ni la Comisión ni otros órganos han explorado a fondo contentándose en cambio con citar el *obiter dictum* algo oscuro de la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*. No es casualidad que a nivel del sistema europeo de protección de los derechos humanos los derechos que están más cercanos a los de las personas jurídicas, esto es, los derechos de propiedad, no se traten en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante «Convenio europeo de derechos humanos») sino en un Protocolo de dicho Convenio. Un nuevo enfoque parece estar ganando terreno y éste será el aspecto esencial del estudio que debe hacer el Relator Especial.

54. El Sr. ROSENSTOCK dice que tanto en su informe preliminar como en su presentación oral el Relator Especial parece sugerir que hay un conflicto entre la concepción tradicional de la protección diplomática y el enfoque basado en los derechos humanos mientras que ahora dice que no es esa su opinión. Tal vez el Relator Especial deba aclarar su posición a este respecto. A su juicio, nada hay de incompatible entre ambos enfoques.

55. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que es alentador ver que las dudas comienzan a infiltrarse en el debate, pues la duda es el comienzo de la sabiduría. En cuanto a la cuestión planteada por el Sr. Rosenstock, señala que no es su propósito oponer la protección diplomática a los derechos humanos. Ambos enfoques no son excluyentes y, ciertamente, son complementarios. En cambio, desea contrastar una cierta concepción tradicional de la protección diplomática y los derechos humanos. La evolución de estos derechos hace necesario replantearse la naturaleza jurídica de la protección diplomática. En la concepción adoptada en el asunto *Mavrommatis*, se ignoraba a la persona y sólo se tenía en cuenta el daño al Estado. Ese enfoque no es defendible en la actualidad. Además del Estado, que tiene el derecho procesal de presentar una reclamación, se debe tener en cuenta el derecho de las personas, que hoy en día no «desaparecen» detrás del Estado.

56. Los interesantes comentarios del Sr. Ferrari Bravo son también tema de reflexión. Se podría criticar el informe preliminar por haberse referido sólo a las personas y es cierto que todavía se tropezará con muchas más zonas grises en el caso de las personas jurídicas, a las que algunos Estados no tienen el menor interés en defender y a las cuales la jurisprudencia del asunto *Barcelona Traction* no es aplicable.

57. El Sr. GOCO dice que el informe preliminar del Relator Especial trata extensamente de la distinción entre las normas primarias y secundarias. Sin embargo, en su opinión la Comisión no puede examinar las normas secundarias consideradas aisladamente. La Comisión debe también abordar de manera sustancial las normas primarias dado que, por ser de carácter procesal, las normas secundarias son el medio para hacer valer derechos

reconocidos. El propio Relator Especial parece conceder que ambos tipos de normas están tan estrechamente relacionadas que su división tal vez no sea práctica. Por su parte, considera que no se podrá comprender el tema de la protección diplomática sin una referencia directa a los principios y normas de carácter sustantivo.

58. El informe preliminar parece plantear dudas en cuanto a la concepción tradicional de la protección diplomática de que, al recurrir a la protección diplomática o a procedimientos judiciales internacionales en nombre de sus nacionales, el Estado está en realidad haciendo valer sus propios derechos. Pese a las nuevas posibilidades de acceso de las personas a los órganos o tribunales internacionales, esto sigue siendo de la esencia misma de la protección diplomática. No está muy de acuerdo con la opinión de que en el ejercicio de la protección diplomática el sujeto real de derecho, esto es, la persona, quede completamente eliminada. Aunque es el Estado el que presenta la reclamación de la persona lesionada, esta última sigue siendo el actor principal en el proceso judicial. Esto es equivalente a la regla de la subrogación, según la cual una parte sustituye a otra parte asumiendo todos los derechos y reclamaciones de esta última, sin negarle por ello el derecho a participar en el proceso. Respecto a la ficción, no está en desacuerdo. La facultad discrecional que se da al Estado permite a éste ejercer, o no, la protección diplomática. Análogamente, existe en el derecho de las sociedades la doctrina que, en caso de fraude, consiste en desvelar la ficción de la empresa que tiene personalidad jurídica autónoma y distinta a la de sus miembros o accionistas.

59. Del párrafo 18 del informe preliminar se desprende que la responsabilidad del Estado de acogida aparece únicamente una vez que el particular ha agotado los recursos internos. ¿Es esto así aun en el caso de que el Estado de la nacionalidad asuma desde un comienzo la reclamación de la persona en aplicación de la concepción tradicional de que cualquiera que maltrata a uno de sus ciudadanos ofende directamente al Estado? Cuando un Estado invoca la protección diplomática en favor de sus ciudadanos y elige los medios para hacerla valer, ¿por qué sería necesario determinar en qué derecho fundamenta el Estado su acción (párr. 13 del informe preliminar)? El fallo de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* ilustra la cuestión de que la lesión a un interés privado no es pertinente una vez que el Estado plantea el asunto ante un tribunal internacional en nombre de sus sujetos dado que el Estado es considerado entonces como el único reclamante.

60. En cuanto a la norma mínima de trato reconocida por el derecho internacional a los extranjeros de la que se trata en el párrafo 21 del informe preliminar, se plantea la cuestión de si esa debe ser la única norma. ¿Debe la norma mínima de trato definirse en referencia a la ley interna, a fin de no otorgar una condición de privilegio a los extranjeros? El Sr. Goco se pregunta si el derecho internacional no exige que la norma de trato se defina en términos de igualdad en el derecho interno. Seguramente la aplicación de cualquiera de estas normas daría lugar a controversias, habida cuenta de las diferencias culturales, sociales, económicas y jurídicas entre el Estado de acogida y el otro Estado. Un factor que hace todavía más difícil esta cuestión es el surgimiento de los derechos humanos y de los principios que rigen el trato de los extranjeros. El Relator Especial debería explorar más a fondo esta difícil cuestión.

61. Según el párrafo 40 del informe preliminar, las partes en una controversia, al aceptar el arbitraje, renuncian a cualquier otro recurso. ¿Esto impediría también a otros Estados que no son partes en el arbitraje hacer valer la protección diplomática? Si el derecho de la persona es reconocido en el plano internacional, ¿obstaría eso a que el Estado le otorgue su protección diplomática?

62. En lo que respecta al párrafo 24 del informe preliminar, las bases para la protección diplomática son probablemente los vínculos de la ciudadanía, la lealtad, etc. ¿Por qué, entonces, se mantendría el derecho de acción que adquiere el Estado si se produce un cambio posterior en la nacionalidad del particular lesionado? Tal vez sea apropiado establecer directrices o normas —como la nacionalidad, la justificación de la reclamación, la denegación de justicia o la violación de los derechos humanos fundamentales— para impedir todo abuso en el ejercicio de las facultades discrecionales de los Estados de ejercer la protección diplomática.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2521.ª SESIÓN

Miércoles 29 de abril de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Thiam.

Protección diplomática *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. E, A/CN.4/484[1], A/CN.4/L.553)

[Tema 6 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. ADDO estima legítimas y pertinentes las cuestiones planteadas por el Relator Especial en su informe

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

preliminar (A/CN.4/484), cuestiones a las que deberá responder la Comisión si desea favorecer el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Para no perder el tiempo debatiendo los fundamentos teóricos del derecho de protección diplomática, le parece que es preciso determinar ante todo qué es la *lex lata*, y a partir de ahí avanzar en las esferas controvertidas e intentar definir el modo más adecuado de aportar al derecho los cambios necesarios, en el sentido de su aceptación o aplicación universal.

2. La materia que se examina se refiere tradicional y únicamente al trato que dan los Estados a los extranjeros que se encuentran en su territorio y no al que aplican a sus propios nacionales. Según los autores, especialmente Brierly[2], y según la CPJI, cuyo fallo en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase pág. 16) hizo época, cuando un Estado, al ejercer su protección diplomática, toma partido por uno de sus nacionales, hace valer en realidad su propio derecho, que es el de hacer respetar las normas de derecho internacional en la persona de sus propios nacionales. Esa es la *lex lata*.

3. El único problema que se plantea, según el Sr. Addo, es el artificio en que se funda. Es cierto que un Estado tiene en general interés en que sus nacionales sean tratados justamente en el extranjero, pero sería un tanto exagerado, como observa Brierly, decir que cada vez que uno de sus nacionales sufre un perjuicio en el extranjero el Estado lo sufre también. Por otra parte, en la práctica esa teoría no se aplica de forma coherente. Así, exigiría que los daños se evaluaran con respecto al perjuicio sufrido por el Estado, que no es evidentemente el mismo que el sufrido por el individuo. Sin embargo, el derecho permite evaluar el daño en función de la pérdida sufrida por el individuo, como si fuera precisamente esa pérdida individual sobre la que se basara la acción.

4. Además de ese aspecto teórico artificial, el derecho de la protección diplomática no resulta tampoco totalmente satisfactorio en el plano del procedimiento. El individuo carece en realidad de recursos y el Estado del que es nacional puede no sentirse inclinado a asumir su causa, por razones que no tengan que ver nada con el fondo del asunto. ¿No se podría encontrar una solución que permitiera al individuo hacer valer sus derechos ante algún tribunal internacional? Hay pocas probabilidades de que los Estados acepten tal procedimiento, pero no resulta inútil estudiar el proyecto, aunque pueda quedar en letra muerta.

5. Las normas consuetudinarias de la protección diplomática —facultad discrecional del Estado, exigencia en cuanto a la continuidad de la nacionalidad, necesidad de que haya violación de derechos para basar una reclamación, etc.— no ofrecen necesariamente una protección perfecta para los derechos y los intereses de los extranjeros. Hay que tener en cuenta que la protección diplomática afecta a una esfera muy delicada de las relaciones internacionales, ya que el interés del Estado extranjero en proteger a sus nacionales se opone a la soberanía territorial de otro Estado, como señaló la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*.

6. Por ello, hay que remitirse a la pregunta que formula el Relator Especial en el párrafo 54 de su informe preliminar: al interponer una reclamación internacional, el Estado ¿hace valer su propio derecho o el de su nacional perjudicado? Descartando ante todo el argumento del respeto a la antigüedad y el de la modernización obligatoria, el Sr. Addo explica que la estabilidad y el cambio son para él conceptos gemelos que animan el derecho de toda sociedad dinámica. Dicho esto, según la *lex lata*, el Estado que interpone una reclamación internacional hace valer su propio derecho en la medida en que el perjuicio sufrido por uno de sus nacionales se transpone, por el artificio jurídico ya mencionado, en perjuicio sufrido por él mismo.

7. Brierly explica que en contra de lo que a veces se piensa, no hay ninguna ficción jurídica y la teoría no se basa en nada tan intangible como la «injuria al honor nacional»[3]. Es interesante observar que, más adelante, Brierly parece haber modificado su posición hasta negar prácticamente su postulado anterior, que calificará de interpretación impuesta a los hechos con desprecio de la razón. Ese viraje ilustra el hecho de que esta rama del derecho se ha desarrollado un poco al azar. Ya es hora de que la teoría surja de la práctica. Ahora bien, ésta se limita en su aplicación a los Estados que la han hecho nacer o la han adoptado. No se puede negar que lo esencial de la *lex lata* en esa materia es la herencia de la comunidad internacional de otro tiempo, más limitada que la comunidad de hoy. Sea o no ficción, el derecho en esa esfera ha funcionado admirablemente para un gran número de Estados. Por otra parte, el Sr. Addo no ve por qué habría que lanzar un anatema sobre una ficción jurídica. Cita diversos artículos de diccionarios jurídicos de lengua inglesa que desarrollan el sentido de ese término y recuerda que el *common law* abunda en ficciones jurídicas. Así, sabido es que los jueces crean el derecho, pretendiendo únicamente declararlo. Sin embargo, el derecho así producido no padece en modo alguno la ficción de su origen.

8. Desde otro punto de vista, el Sr. Addo recuerda que, históricamente, una buena parte del derecho internacional de la protección diplomática se formó al mismo tiempo que se extendían por el mundo las ideas económicas, sociales y políticas de Europa y de América del Norte. Si se quiere desarrollar un derecho de aplicación universal, hace falta evitar, por lo tanto, basarse exageradamente en un material demasiado antiguo y, por el contrario, hay que modernizarlo constantemente y tomar en consideración las actitudes de los Estados más recientes, que son las del Tercer Mundo. También conviene no olvidar que ningún concepto tiene la condición de postulado universal intangible, y que todos los conceptos pueden revaluarse a la luz de la evolución de los acontecimientos. La apariencia de universalidad del derecho no debe confundirse con su universalidad real.

9. Por otra parte, la institución de la protección diplomática ha tropezado con resistencias en algunas regiones, como América Latina. Así, los dos juristas mexicanos Padilla Nervo y Castañeda criticaron un régimen que,

[2] J L Brierly, *The Law of Nations*, 6ª ed rev por H Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963

[3] J L Brierly, «The theory of implied state complicity in international claims», *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, bajo la dirección de H Lauterpacht y H Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1958, pag 158

según ellos, se edificó sobre unas relaciones de desigualdad entre las grandes Potencias y los pequeños Estados. Se ha discrtado mucho sobre la cuestión de saber si ese régimen se inspiraba en las ideas de justicia e igualdad de trato de los Estados europeos, pero es indudable que las grandes Potencias derogaron en ese caso los principios de fondo y abusaron del procedimiento de la protección diplomática, como ilustra la diplomacia de la cañonera.

10. El Sr. Addo concluye, por consiguiente, que, cualquiera que sea el régimen de protección diplomática, son necesarias normas que lo rijan, dado que todos los Estados tienen nacionales que viajan o intereses en otros Estados. En conjunto, se puede decir que el derecho consuetudinario en la materia, a pesar de todos sus defectos, ha sido relativamente satisfactorio, ya que ha logrado establecer un equilibrio entre los intereses de los extranjeros y los de los países de acogida, en beneficio de unos y de otros. Sin duda, la Comisión deberá dar muestras de imaginación en la elección que habrá de realizar entre el derecho antiguo y el derecho actual y en la integración de posibles innovaciones.

11. El Sr. HERDOCIA SACASA señala que, habiendo sacudido el árbol de una antigua institución, el Relator Especial ha hecho caer frutos que podrá aprovechar la Comisión. Ha devuelto la institución de la protección diplomática a la perspectiva del desarrollo del derecho internacional y, de pasada, ha derribado mitos anticuados, construyendo quizá ficciones nuevas. Sin embargo, su mérito más insigne es haber situado a la persona en la esfera de la protección diplomática y haberle dado una nueva función.

12. El punto central que ha hecho surgir el debate es saber en qué medida la protección diplomática sigue siendo pertinente, cuando algunos llegan a decir que se trata de una institución superada. Por el contrario, la Comisión debe reafirmar que esa institución conserva toda su validez, aunque sea necesario desplazar el acento hacia el individuo e iniciar una dinámica de modernización de la materia, sobre todo, quizá, en el plano del procedimiento de definición y la distribución de los resultados de la reclamación.

13. El hecho de haber reafirmado la calidad de sujeto internacional reconocida a la persona humana y haber abierto al individuo acceso a determinados organismos o tribunales no disminuye en nada la protección diplomática ni le priva de su eficacia. Es verdad que quedan lagunas en el régimen de la protección internacional de los individuos, pero diversas instituciones contribuyen a salvaguardar el mecanismo general de protección ya existente.

14. A este respecto, hay que recordar que el principio de la protección diplomática pertenece al derecho internacional consuetudinario y no es de origen convencional. En cambio, no ocurre lo mismo con los derechos humanos, que se basan a menudo en una base convencional.

15. El Sr. Herdocia Sacasa cree también que el ejercicio de la protección diplomática corresponde de manera general al poder discrecional del Estado. Sin embargo, reconoce que los legisladores nacionales han elaborado poco a poco normas de protección imperativas. Por ello, sería necesario sin duda revisar la observación que figura en el párrafo 48 del informe preliminar, según la cual, por más que en algunos textos constitucionales se enuncie una obligación de esa índole [de protección], en realidad ésta es más moral que jurídica, ya que, en principio, una persona que disfrutara constitucionalmente de la protección de su Estado podría exigirla de éste.

16. Por lo que se refiere a la pregunta formulada en el párrafo 54 (véase párr. 6 *supra*), el Sr. Herdocia Sacasa estima que no supone un dilema para la Comisión. En efecto, no se trata en ese caso de dos derechos contrapuestos sino, por el contrario, de dos derechos complementarios. Si, en la práctica, es indudable que es el Estado quien dispone del poder discrecional de ejercer la protección diplomática, esta protección no puede ejercerse si no ha habido un perjuicio o si no ha habido reparación, y la reparación, a su vez, sólo puede ser efectiva si no interviene la protección diplomática.

17. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se felicita por la valentía de que ha dado pruebas el Relator Especial al elaborar su informe preliminar que, por su fondo, su fin y hasta su forma, tenía por objeto alertar a sus destinatarios. Si era esa su intención, ha logrado su objetivo. Pasado ese primer efecto, sólo contará la continuación de los acontecimientos, tanto más cuanto que en esa materia habrá que realizar una evaluación positiva de una concepción tradicional, es decir, tener en cuenta la constante relación dialéctica entre la teoría y la práctica.

18. Limitando su intervención a la cuestión de la naturaleza jurídica de la protección diplomática, tratada en el capítulo I del informe preliminar, el Sr. Pambou-Tchivounda recuerda para comenzar una serie de cosas evidentes.

19. En primer lugar, la esfera material del derecho internacional es tributaria de la estructura de la sociedad internacional. En segundo lugar, esa estructura comprende una diversidad de sujetos que se encuentran en situación desigual en función de sus atributos jurídicos: a ese respecto hay que remitirse a la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. En tercer lugar, la atribución de derechos o la imposición de obligaciones por el derecho internacional no confiere por sí misma personalidad jurídica a aquellos a que se refieren: la personalidad jurídica no es inherente a la calidad de sujeto de derecho, ni en derecho interno ni en derecho internacional. En cuarto lugar, ya sea bajo el imperio de la jurisprudencia del fallo de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* o del de la jurisprudencia de la opinión consultiva mencionada anteriormente, la atribución de derechos específicos a las personas o a agentes oficiales procede de la voluntad de los Estados o de las organizaciones internacionales (por vía convencional o por vía consuetudinaria), sin que suponga un reconocimiento de la personalidad jurídica internacional. Por último, el acceso directo de la persona a ciertas instituciones internacionales para hacer valer ante ellas una reclamación se inscribe en el marco de la aplicación del derecho internacional convencional o consuetudinario, en cuyo nacimiento el individuo no habrá participado, al no estar habilitado para ello por el derecho internacional, es decir, al no tener personalidad jurídica internacional.

20. Una vez recordados estos hechos, el Sr. Pambou-Tchivounda desea desmarcarse de la idea, muy difundida en cierta doctrina y enunciada en el párrafo 32 del informe preliminar, según la cual se ha reconocido al individuo cierto grado de personalidad jurídica internacional. Por su parte, considera por el contrario la personalidad jurídica, interna o internacional, como un bloque uniforme no susceptible de fragmentación. Por ello, tampoco suscribe las implicaciones de esa idea, a saber, que los individuos serían los determinantes del marco de las reclamaciones que puede hacer valer en el plano internacional. De hecho, los individuos se sirven de los procedimientos existentes dentro de los límites de éstos y para pretender la satisfacción de intereses muy limitados. Considerar que a ese respecto los individuos se han convertido en competidores de los Estados o de las organizaciones internacionales sería recurrir a una ficción, y sería un error conferir a los derechos humanos un papel y una influencia excesivos en relación con instituciones o técnicas establecidas como la protección diplomática, que padece la dialéctica entre estabilidad y cambio, pero sobrevive a ella. En cambio, nadie sabe cuál será la suerte que la fuerza de la evolución del derecho internacional reservará a los derechos humanos, dado que los Estados, en torno a los cuales se constituyó la institución de la protección diplomática, podrían lógicamente retractarse con respecto a las derivaciones a que podría exponerles el gran movimiento en favor de los derechos humanos, ya que nada les prohíbe volver a examinar este o aquel instrumento del que son los autores. El Sr. Brownlie afirma con razón (2520.ª sesión), basándose en la anterioridad cronológica de la protección diplomática con respecto a los derechos humanos y en la jurisprudencia, tanto judicial como arbitral, que los derechos humanos han utilizado los recursos de la protección diplomática.

21. El Sr. Pambou-Tchivounda concede que la configuración del derecho relativo al ejercicio de la protección diplomática debería incluir, para su beneficio y modernización, los progresos que le ha hecho conocer el registro de los derechos humanos. Sin embargo, no puede adherirse por completo a la tesis de Laviec[4], que hace suya el Relator Especial en el párrafo 38 de su informe preliminar y según la cual estas formas recientes de protección anuncian el ocaso de la protección diplomática. Sostener la pertinencia de esa idea equivaldría en efecto a respaldar el llamamiento que hace el Relator Especial en favor de una reinterpretación del fallo de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, para decir, como se hace en el párrafo 53 del informe, que el Estado, al tomar la representación de sus nacionales, hace valer su derecho a que se respeten las obligaciones internacionales. Desde la perspectiva de una respuesta a la pregunta formulada en el párrafo 54 del informe, el Relator Especial intenta así corregir lo que, con razón o sin ella, califica de «ficción», es decir, el derecho del Estado con respecto al derecho internacional, haciendo valer que el Estado sería mandado por sus nacionales, cuyos intereses representaría en el plano internacional.

22. A este respecto, el Sr. Pambou-Tchivounda observa en primer lugar que salvo algunos casos, por lo demás limitados, recogidos en los párrafos 33 a 44 del informe preliminar, la esencia de la protección diplomática sigue intacta en sus tres componentes: es una técnica de defensa de derechos e intereses que se despliega en el marco de un procedimiento contencioso internacional que opone a Estados. Por lo tanto, mientras haya Estados y salvo que se los considere como ficciones, la protección diplomática seguirá siendo una técnica de utilización general, con independencia de las condiciones de su aplicación. Es un derecho del Estado, es ante todo un derecho de procedimiento y sólo accesoriamente es un derecho de fondo.

23. En segundo lugar, el Sr. Pambou-Tchivounda ve una contradicción en la idea de que el derecho internacional hecho por los Estados haya conferido una dosis de personalidad jurídica al individuo, pero limitaría la plena expresión de ésta en la esfera del derecho internacional. Tal contradicción echa abajo toda tentativa de transponer del derecho interno al derecho internacional la teoría del mandato, privando de todo fundamento a la sustitución del individuo por el Estado y a la representación.

24. En tercer lugar, el Sr. Pambou-Tchivounda propone que se deduzca de la relación de inherencia entre el individuo, como elemento de la población, y el Estado, el fundamento del derecho de sustitución y el carácter propio del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática. En efecto, desde un punto de vista jurídico las relaciones entre el individuo y el Estado son de tipo ontológico, ya que el individuo existe como elemento de la población sin la cual no hay Estado, y el Estado existe como creación del derecho. Ahora bien, la inherencia entre el individuo y el Estado se valoriza y se encarna en la condición de nacionalidad. Desde este punto de vista, la nacionalidad es una norma de derecho internacional cuya aplicación corresponde sólo al Estado en cuanto a sus modalidades de atribución y pérdida; al ser una norma de derecho internacional, su oponibilidad a terceros se ve sancionada por el derecho internacional. Tal es el sentido de la decisión tomada en el asunto *Nottebohm* que dio un impulso renovado, sin modificación alguna, a la técnica consuetudinaria de la protección diplomática. En esa exigencia del vínculo de la nacionalidad está la premisa implícita y en cierto modo abreviada de la proclamación en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* que, si se tiene en cuenta, suprime el artificio de la construcción jurídica que señala el Relator Especial en el párrafo 27 de su informe preliminar. A este respecto, las jurisprudencias respectivas de los asuntos *Concessions Mavrommatis en Palestine* y *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* se aclaran mutuamente.

25. El Sr. Pambou-Tchivounda concluye, apoyándose en la nacionalidad del Estado, que la protección diplomática es evidentemente un derecho del Estado.

26. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que, al ser la doctrina clásica algo adquirido, la Comisión debe interrogarse sobre la oportunidad de tener en cuenta acontecimientos recientes, con plena conciencia de que, al hacerlo, enriquecerá necesariamente el proyecto sobre responsabilidad internacional. Éste, en efecto, sólo ha previsto dos situaciones, como la nacida de hechos ilícitos y la derivada de actividades no prohibidas, situaciones que se refieren ambas a la responsabilidad de un Estado hacia otro. Sin embargo, la responsabilidad de los Estados

[4] J. P. Laviec, *Protection et promotion des investissements: Étude de droit international économique*, París, Presses universitaires de France, 1985, pág. 5.

con respecto a las personas privadas es ya algo evidente admitido por la jurisprudencia internacional. En este caso, o bien el individuo hace valer esa responsabilidad directamente por los procedimientos que le estén abiertos, o el Estado interviene para hacer valer la responsabilidad del otro Estado con respecto a las personas privadas de que se trate.

27. Por otra parte, es incompatible con el estado del derecho internacional contemporáneo afirmar que la personalidad jurídica es un bloque uniforme. Indudablemente, la primera personalidad es el Estado, y son los Estados los que determinan la dosis de personalidad jurídica reconocida tanto a las organizaciones no gubernamentales como a los individuos, pero no existe un modelo uniforme. Así, en el marco del CIADI, al consentir en el arbitraje, el Estado concierta un acuerdo internacional y se obliga con un inversor privado como si lo hiciera con otro Estado.

28. La posición estricta adoptada por el Sr. Pambou-Tchivounda muestra que la Comisión está dividida y es necesario el debate. Por lo que se refiere a la interrogante formulada en el párrafo 54 del informe, la situación quizá no es tan clara como lo era en los años veinte y la solución deberá buscarse por el camino de la complementariedad: probablemente existe un derecho procesal del Estado en el plano jurídico, que se caracteriza por la protección diplomática, pero, al actuar, el Estado hace valer su propio derecho y a veces también el derecho de los particulares.

29. El Sr. ECONOMIDES está de acuerdo en que, junto a la relación entre Estados creada por la protección diplomática y la responsabilidad internacional, hay también en el derecho reciente una relación, igualmente de derecho internacional, entre el Estado y el individuo. Cuando esa relación muy concreta de Estado a individuo no existe aún, no puede haber otra solución que la concepción tradicional, en la que el Estado hace valer el derecho del individuo en nombre de éste. Crear la posibilidad de que la persona ejercite por sí misma su protección diplomática requeriría elaborar una convención universal que trastornaría no sólo la institución de la protección diplomática sino todo el derecho internacional.

30. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) puntualiza que su intención no ha sido nunca que la protección diplomática sea ejercida por el individuo. Es siempre el Estado quien ejerce esa protección pero, hoy en día, cuando el Estado interviene, a veces ejerce su propio derecho y a veces un derecho que se reconoce como propio de los individuos. Por consiguiente, se está en una fase de transición y de evolución que obliga a la Comisión a decir a la Asamblea General que va a tratar de la protección diplomática en la *lex lata* y a tener en cuenta la evolución reciente para codificar esa materia, lo que debe revestir la forma de una adaptación y no de una revolución.

31. El Sr. MELESCANU hace notar que, en realidad, hay acuerdo general en que es preciso realizar una codificación de la institución de la protección diplomática teniendo en cuenta la evolución reciente. Por ello, la tarea, partiendo del tronco común sobre el que hay acuerdo, consiste en definir bien esa evolución y el lugar que es preciso asignarle.

32. El Sr. BROWNLIE no está seguro de que los actuales debates teóricos presenten mucho interés si se considera que el eje esencial del trabajo de la Comisión debe ser determinar cómo ayudar a los individuos perjudicados por los actos de Estados extranjeros. Por razones tanto económicas como políticas, la catástrofe de Chernobyl no dio lugar a reclamaciones contra la antigua Unión Soviética, pero, según el punto de vista clásico, hubiera debido aplicarse la norma del agotamiento de los recursos internos, y asociaciones de demandantes extranjeros habrían presentado solicitudes ante los tribunales de Ucrania. Si esa norma se aplica siempre tanto por los países desarrollados como por los países en desarrollo, no se trata ya de debates teóricos o históricos, sino de saber lo que se puede hacer, mediante un desarrollo progresivo del derecho, para ayudar no a las multinacionales, que disponen de medios, sino a los particulares que se ven obligados a acudir a jurisdicciones extranjeras.

33. El Sr. DUGARD está dispuesto a aceptar que el tema se basa en una ficción jurídica: la que hace de la reclamación del individuo una reclamación del Estado. La evolución del derecho internacional, en particular en la esfera de los derechos humanos, así como la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven[5], tienden a hacer todavía más vaga la distinción entre derechos humanos y protección diplomática, pero la cuestión es saber si, en el caso que se examina, la ficción jurídica es útil y cuáles son sus consecuencias. El Relator Especial no sugiere que el hecho de que la reclamación sea del individuo y no del Estado deba inducir al individuo a hacer valer sus propios derechos en derecho internacional, pero esa idea parece deducirse implícitamente de la sugerencia de que debería revisarse el conjunto del tema de la protección diplomática porque se basa en una ficción jurídica. Hay que comprender que, a falta de tratados o de otros mecanismos que den al individuo el derecho a hacer una reclamación internacional, el individuo carece de recursos. Se podría, mediante un desarrollo progresivo del derecho internacional, recomendar que éste diera un recurso de esa índole al individuo, pero hay razones fundadas para dudar de que ello tenga cualquier efecto en los Estados. En la mayoría de los casos, es la concepción tradicional de la protección diplomática, es decir, aquella en que el Estado considera que la reclamación es suya y no del individuo, la que proporciona a éste la mejor protección.

34. El pronunciamiento de la CIJ sobre las obligaciones *erga omnes* en el asunto *Barcelona Traction* tenía por objeto indicar claramente que, en algunos casos, los Estados pueden proteger a no nacionales en interés superior de la humanidad, pero también en ese caso hace falta que haya una base convencional para que el Estado inicie un procedimiento en nombre de una persona no nacional. En cualquier caso, cualquiera que sea la finalidad de la opinión de la Corte, hay toda clase de razones para pensar que, en la mayoría de los casos, los Estados no estarían dispuestos a iniciar un procedimiento en nombre de no nacionales. Incluso en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, las reclamaciones entre Estados en nombre de no nacionales son raras y contienen siempre

[5] Resolución 40/144 de la Asamblea General, anexo

un elemento de vinculación lingüística o étnica. La adopción de las obligaciones *erga omnes* en el asunto *Barcelona Traction* puede examinarse en el marco del artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[6], pero no en el del estudio de la protección diplomática. La comunidad internacional ha cambiado, y el derecho internacional también, pero no lo suficiente para cambiar por completo la institución de la protección diplomática a riesgo de llegar a una situación en que los individuos estarían menos protegidos. La providencia de la CIJ en el asunto sobre la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay* c. *États-Unis d'Amérique)* muestra que los Estados siguen estando dispuestos a proteger a sus nacionales y a considerar que los daños sufridos por ellos son un daño sufrido por el Estado.

35. Las normas tradicionales relativas al estudio del tema de la protección diplomática figuran en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones[7]. El Relator Especial debería partir de esa base, introduciendo las modificaciones que puedan ser necesarias por la evolución reciente que ha señalado a la atención de la Comisión. El mejor medio de promover los intereses de los individuos en el mundo moderno es codificar las normas tradicionales del derecho internacional en la materia y, en su caso, recomendar a los Estados que consideren que el derecho a la protección diplomática forma parte de los derechos humanos y que deberían incluirlo en su sistema jurídico interno.

36. El Sr. GOCO observa que, en el párrafo 48 de su informe preliminar, el Relator Especial insiste en el carácter discrecional del ejercicio por el Estado de la protección diplomática, pero menciona también elementos que podrían hacer de ella una obligación. Se pregunta, por ejemplo, si en caso de denegación de justicia, comportamiento arbitrario de los tribunales o cualquier otra violación de derechos fundamentales de la persona humana, no podría haber normas básicas que obligaran al Estado a conceder su protección diplomática cuando se sintiera tentado a no hacerlo por razones políticas.

37. El Sr. DUGARD dice que, en derecho internacional, no puede haber un ejercicio obligatorio de la protección diplomática. Lo único que la Comisión puede hacer es recomendar a los Estados que modifiquen su derecho interno.

38. El Sr. BENNOUNA opina también que el individuo no podría en ningún caso obligar a un Estado a actuar contra otro Estado.

39. El Sr. SIMMA considera que si el derecho a la protección diplomática se convierte en un derecho humano, esa evolución tendría necesariamente consecuencias en las facultades discrecionales del Estado en el plano internacional. En efecto, sería mucho más difícil para el Estado aducir consideraciones políticas o diplomáticas para no hacer la reclamación.

40. El Sr. HAFNER opina que el enfoque más teórico y deductivo adoptado por el Relator Especial y el enfoque más pragmático e inductivo, que algunos hubieran preferido, habrían llevado de todas formas a los mismos resultados, ya que, en definitiva, habría habido que responder a las mismas preguntas sobre el tema de la protección diplomática, que es uno de los últimos elementos de las relaciones entre Estados que quedan por codificar.

41. La Comisión ha sido casi unánime en considerar que el tema se refiere sólo a las normas secundarias, pero cabe preguntarse si una norma determinada es secundaria o primaria. En realidad, la condición de una norma depende de la función que ejerce en la situación de que se trate. Una norma de derecho de los tratados puede pertenecer en un caso a la categoría de normas secundarias y en otro a la de normas primarias. Por ello, no resulta útil continuar al respecto un debate que sólo puede enredar más las cosas. Siendo así, la Comisión no tiene en modo alguno la intención de codificar los derechos individuales que deban violarse para dar lugar a la protección diplomática. Sin duda será difícil en ocasiones encontrar una formulación que regule esa cuestión sin dejar de ser general pero, como los comentarios de los Estados indican con mucha claridad, la Comisión no debe sentirse por ello obligada a emprender un estudio de las normas de fondo de la responsabilidad internacional.

42. Por consiguiente, se trata sólo de los derechos de los Estados en lo que se refiere a ejercer la protección diplomática y de las condiciones de ese ejercicio. La práctica actual de los Estados muestra que se trata de un derecho y no de un deber. Por ello, parece difícil aceptar que ese derecho forme parte de los derechos humanos, ya que entonces habría una obligación del Estado de dar su protección diplomática. Sin embargo, no es así. Por poner sólo un ejemplo, en el marco de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuando se negó que los Estados pudieran ser llevados a los tribunales por empresas privadas, se propuso que el Estado que patrocinara a la empresa demandante quedara obligado a presentarse ante el Tribunal del Derecho del Mar y a representar a esa empresa contra el otro Estado, propuesta que equivalía a una protección diplomática obligatoria. Sin embargo, la propuesta fue rechazada casi unánimemente, precisamente por esa razón, y la solución adoptada finalmente en el artículo 190 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fue en sentido contrario.

43. De esa forma se llega a la cuestión de la función del individuo en las relaciones internacionales. Es evidente que hoy hay más acceso a las instituciones internacionales para hacer valer sus derechos contra el Estado. El individuo se ha emancipado en cierta medida con respecto al Estado del que es nacional, y la importancia de la soberanía resulta disminuida. Ello plantea de nuevo necesariamente la cuestión de los derechos humanos y de la protección diplomática, y de sus relaciones mutuas. No hay que olvidar que existen diferencias fundamentales en tanto que los derechos humanos se dirigen sobre todo contra los Estados, mientras que la protección diplomática utiliza a los Estados. Los derechos humanos son independientes de la nacionalidad, en la medida en que los Estados deben respetar los derechos fundamentales de todas las personas situadas bajo su jurisdicción. Por ello, si se basara en los

[6] Véase 2520.ª sesión, nota 8.

[7] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 189.

derechos humanos la obligación de ejercer la protección diplomática, no se comprende por qué no debería extenderse el beneficio a todas las personas que dependen de la jurisdicción del Estado de que se trate. Ahora bien, por ejemplo, ni el artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos ni el artículo 1 de su Protocolo pueden interpretarse en el sentido de que creen tal obligación. Es verdad que se podría concebir un derecho político otorgado únicamente a los nacionales en su calidad de ciudadanos, pero el derecho internacional no da indicación alguna que justifique la formulación de tal norma, ni siquiera de *lege ferenda*. Esa ampliación del acceso del individuo a las instituciones internacionales afecta por consiguiente a la protección diplomática, en la medida en que ésta no es ya el único medio de hacer valer los derechos del individuo frente a Estados extranjeros. Sin embargo, como ese acceso directo no es universal ni está generalizado sino que, de hecho, es raro, los individuos siguen necesitando la institución de la protección diplomática para gozar de cierta protección.

44. En esa perspectiva, cabe preguntarse si una obligación de ejercer la protección diplomática no sería útil a los intereses del individuo: sin embargo, además de que nada prueba que sea así, esa obligación no parece justificarse siempre, ya que el Estado no debe defender sólo los intereses de uno de sus nacionales sino los de todos, y se puede concebir muy bien que los intereses de un individuo estén en conflicto con los de la colectividad nacional. Por otra parte, cuando se planteó la cuestión en Austria con respecto a un acuerdo que preveía una indemnización global, concertado con la ex Checoslovaquia, se indicó claramente que el Estado que no ejerce la protección diplomática no puede ser demandado por no actuar o por enajenamiento ante los tribunales por el nacional de que se trate. No puede ser de otra forma, salvo si el Estado acepta tal obligación en su propia legislación.

45. Por ello, hay que llegar a la conclusión, que confirma la jurisprudencia, de que la protección diplomática es un derecho del Estado y no del individuo. De ello se deducen diversas consecuencias: en primer lugar, existe sin duda cierto elemento de ficción en ese derecho, en el sentido de que considera cierto algo que puede no serlo. El daño se causa al individuo y no al Estado, pero se considera que se ha causado al Estado, como si los bienes de los nacionales y quizá los propios nacionales fueran de propiedad del Estado. Para evitar esa conclusión, vale más aceptar la existencia de cierto elemento de ficción. No obstante, esas cuestiones no deben ocupar la atención de la Comisión, ya que hay otras que resolver y la doctrina está muy dividida al respecto.

46. Otra consecuencia es que, en la medida en que no se den las condiciones de nacionalidad o de agotamiento de los recursos internos, no se habrá infringido ningún derecho con respecto al derecho internacional y la protección diplomática no podrá ejercerse. Existirá únicamente una violación del derecho del individuo con respecto al derecho nacional. Se puede demostrar *a contrario*, suponiendo por ejemplo que un tratado bilateral dé a los nacionales de las dos partes derecho a cierto trato, pero que este tratado se establezca claramente en una disposición que no sea directamente aplicable y no se haya introducido en la legislación nacional. En tal caso, no se habrá conferido al individuo ningún derecho subjetivo que pueda ser invocado, ya que no podrá recurrir a la disposición de que se trate ante la jurisdicción nacional. Si el Estado de que es nacional pide que se respete esa disposición convencional, no ejerce la protección diplomática sino su propio derecho a exigir que el otro Estado Parte en el tratado lo respete. Sin embargo, hay que distinguir este caso del caso en que el individuo puede invocar una disposición directamente aplicable pero en el que la norma del agotamiento de los recursos internos no juega porque no existe recurso o debido a excepciones bien conocidas. Por consiguiente, hay que determinar muy claramente a partir de qué momento entra en juego el derecho internacional de la protección diplomática. A este respecto, no es necesario examinar la cuestión de si el individuo es sujeto de derecho internacional. En efecto, esa condición jurídica no es más que una consecuencia de la existencia de ciertos derechos y obligaciones y no una condición para conceder ciertos derechos y obligaciones.

47. Por consiguiente, esa norma general tiene otra consecuencia en lo que se refiere a la naturaleza de la norma del agotamiento de los recursos internos: no puede significar que el incumplimiento de la obligación internacional o la responsabilidad del Estado que incumple no existen más que si se agotan esos recursos, a reserva de diferentes excepciones. Las razones para ello pueden ser de naturaleza diferente, pero el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debe entenderse en ese sentido. No puede interpretarse en el sentido de que solo impida una reclamación internacional. Esto indica también la importancia de la concepción que inspira esa norma.

48. Esa concepción significa también que el modelo de la subrogación no puede aplicarse a la protección diplomática, ya que existe una modificación fundamental de la naturaleza del derecho. No obstante, se podría prever una solución diferente en lo que se refiere a las obligaciones *erga omnes* enunciadas en beneficio de los individuos, como en la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos a que se refiere la primera nota del párrafo 37 del informe preliminar[8]. Sin embargo, para el Sr. Hafner, esos casos, en los que un Estado pretende que se respeten los derechos humanos interponiendo una demanda, no corresponden necesariamente a la protección diplomática y deben distinguirse de ella.

49. En cuanto a la idea sugerida por el Sr. Economides de examinar si la norma del agotamiento de los recursos internos es aplicable en caso de violación por un Estado extranjero de los derechos de los individuos en el territorio del Estado del que son nacionales, pueden hacerse varias observaciones. En algunos casos, esa norma no se aplica, sobre todo, como ha señalado el Sr. Brownlie (2520.ª sesión), citando el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*[9], cuando no existe vínculo con la jurisdicción de que se trate. Esto será especialmente cierto, por ejemplo, en el caso de que alguien posea unos terrenos cerca

[8] Consejo de Europa, decisión de la Comisión sobre la admisibilidad de la demanda n.º 788/60 presentada por el Gobierno de la República Federal de Austria contra el Gobierno de la República Italiana (11 de enero de 1961), *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1961*, vol. 4, La Haya, Martinus Nijhoff, 1962, págs. 117 a 183, en particular pág. 141.

[9] Véase 2520.ª sesión, nota 9.

de una frontera y el disfrute de esos terrenos se vea perturbado por un daño transfronterizo causado por el Estado vecino, como en el asunto de la *Fonderie de Trail*. En tal caso sería indudablemente injusto exigir el agotamiento de los recursos internos en el Estado de origen, y podría concederse la protección diplomática aunque no se hubieran interpuesto esos recursos. Una situación distinta es aquella en que un diplomático no hace honor a sus compromisos con respecto al Estado que lo acoge, por ejemplo si no paga sus deudas. En un caso así, la obligación prevista en el artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos entra en conflicto con la inmunidad diplomática. Sea como fuere, cabe preguntarse si la persona privada que ha sufrido un perjuicio debería agotar los recursos internos en el Estado de remisión porque ello sea teóricamente posible. No obstante, se puede imaginar que esta prescripción no se considere como condición para el ejercicio de la protección diplomática. La solución puede deducirse también de la teoría general elaborada con ocasión del asunto relativo al *Incident aérien du 27 juillet 1955*. Queda por saber si en tal situación se satisface debidamente una de las condiciones tradicionales del ejercicio de la protección diplomática, a saber, la de que no se haya observado una norma internacionalmente reconocida. En efecto, la protección diplomática es un instrumento que debe utilizarse contra un Estado extranjero, pero si un diplomático no hace honor a sus deudas, la responsabilidad del Estado de envío no queda comprometida, porque no se le puede imputar ningún acto. Sin lugar a dudas, sería difícil determinar la existencia de una implicación directa del Estado de envío que hiciera nacer un crédito a favor de la persona privada interesada. Si, por otra parte, el acto es directamente imputable al Estado, se trata esencialmente de un acto *jure gestionis*, en virtud del cual el Estado no disfruta de inmunidad y por el cual puede ser llevado ante los tribunales internos.

50. Por último, hay que mencionar también una cuestión que plantea Zemanek en su curso general, que es la de si el recurso a un órgano internacional para proteger los derechos humanos debe considerarse como un «recurso interno»[10]. La simple interpretación literal no permite responder afirmativamente, pero es indudable que la Comisión debe ocuparse de esas cuestiones.

51. Todavía queda mucho por hacer y en el porvenir se plantearán y habrá que examinar muchas cuestiones tan importantes como las tratadas en el informe. Cabe imaginar por ejemplo un nutrido debate sobre la cuestión de si la protección diplomática puede ejercerse a favor de no nacionales, en particular si se considera que, como en la esfera de los derechos humanos, el vínculo de la nacionalidad está perdiendo importancia en beneficio del vínculo de la residencia.

52. En consecuencia, aunque se pueda comprender que algunos deseen llegar a una solución concreta a partir de una posición general y abstracta, la Comisión no debe escatimar esfuerzos para elaborar en cuanto sea posible normas concretas, a fin de dar a los Estados la seguridad de que los trabajos están bien orientados. La labor realizada por el Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática[11] ha permitido ya a los Estados hacerse una idea clara, que parecen haber aprobado, del plan de trabajo. Por consiguiente, hay que proseguir los trabajos en ese plano, teniendo en cuenta el debate que ha suscitado el informe que se examina.

53. El Sr. LUKASHUK, refiriéndose a la intervención del Sr. Brownlie, estima que los daños transfronterizos no deberían incluirse en una primera fase en el estudio de la protección diplomática. Esos daños pertenecen a una esfera diferente, y sería preferible limitarse al caso de que el daño se hubiera causado en la jurisdicción de un Estado extranjero. Además, parece indudable que la existencia de un derecho del individuo a la protección diplomática será cada vez más ampliamente reconocido, lo mismo que la responsabilidad del Estado en la materia.

54. El Sr. HAFNER dice que puede aceptar que se excluyan los daños transfronterizos del examen del tema, aunque puedan dar lugar efectivamente al ejercicio de la protección diplomática, pero que en tal caso hay que decirlo claramente.

55. El Sr. ROSENSTOCK cree, como el Sr. Dugard y el Sr. Hafner, que el tema que se examina se presta eminentemente a la codificación, lo que no significa que quede excluido todo elemento de desarrollo progresivo; el hecho de que ese tema no sea nuevo resulta a ese respecto totalmente indiferente.

56. En su informe preliminar, el Relator Especial ha resumido brevemente la historia de la institución de la protección diplomática, añadiendo ciertos comentarios, y el Sr. Rosenstock reconoce la utilidad de ese método. Por lo que se refiere a los comentarios mencionados, no habría que pensar que «el que calla otorga». Volver a abrir un debate sobre los problemas bilaterales Norte-Sur no sería fructífero.

57. Tampoco sirve de nada entablar un debate sobre la cuestión de saber si la protección diplomática se basa en una ficción jurídica. Por las razones expuestas, el Sr. Rosenstock prefiere abstenerse de explicar por qué considera el párrafo 47 del informe preliminar que se examina sorprendente, superfluo y potencialmente inquietante, ya que los debates teóricos de ese tipo son inútiles. Por otra parte, intencionadamente o no, el Relator Especial parece oponer la doctrina tradicional a las doctrinas progresistas, y la concepción tradicional de la protección diplomática a una concepción que reconoce, aprueba, favorece y refuerza el papel de los derechos humanos. Esa dicotomía no corresponde a la realidad, y el Sr. Rosenstock opina, como el Sr. Dugard y el Sr. Brownlie, que es inútil, y contrario a los intereses del individuo, marginar la protección diplomática. Efectivamente, sin duda es al Estado al que corresponde ejercer esa protección, pero los derechos del individuo no se ven por ello amenazados. Las observaciones del Sr. Herdocia Sacasa y las del Sr. Addo fueron especialmente pertinentes a ese respecto.

58. Tampoco parece indispensable regular las demás cuestiones teóricas que pueden plantearse antes de abordar algunos aspectos del agotamiento de los recursos

[10] K. Zemanek, «The legal foundations of the international system», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1997*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, vol 266, págs. 9 a 336, en particular pág 266

[11] Véase 2520ª sesión, nota 4

internos. Ya en 1834, el que entonces era Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Sr. McLane, declaraba al respecto que «obligar a las naciones a investigar toda infracción cometida por los ciudadanos de una nación contra la persona de los ciudadanos de otra, equivaldría a depositar una carga irrazonablemente pesada sobre las relaciones entre las naciones»[12]. Casi 150 años después, el Sr. Brownlie, un jurista y práctico británico, miembro de la Comisión, que no tiene la reputación de ser conservador, describe la norma del agotamiento de los recursos internos como «justificada por consideraciones prácticas y políticas y no por ninguna necesidad lógica derivada del derecho internacional en su conjunto»[13].

59. La decisión adoptada el pasado año por el Grupo de Trabajo, aprobada por la Comisión, aceptada por el Relator Especial y apoyada también por los Estados en sus observaciones, a saber, que los trabajos deben basarse en las normas secundarias, era juiciosa. Nada se ha dicho que justifique que sea reconsiderada, ni mucho menos modificada. A este respecto, los resultados a que ha llegado la Comisión cuando se ha apartado de las normas secundarias en el estudio de la responsabilidad de los Estados no son animadores. Dicho esto, sería útil constituir un grupo consultivo para apoyar al Relator Especial de conformidad con la recomendación que figura en el informe del Grupo de Planificación en el 48.° período de sesiones[14].

60. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que no quiere poner en duda las conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo en el anterior período de sesiones. Sin embargo, la realidad es que el Grupo de Trabajo dejó cuestiones en suspenso y que precisamente para profundizar en esas cuestiones se ha elaborado el informe preliminar.

61. El Sr. ROSENSTOCK se alegra de que no se reabra el debate sobre las cuestiones resueltas en el período de sesiones anterior y lee un párrafo en el que se dice que «el tema se limitará a la codificación de las normas secundarias»[15].

62. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) puntualiza que quería decir que hay que tener en cuenta el carácter relativo de la distinción entre normas secundarias y normas primarias, y el hecho de que no existe una separación infranqueable entre esas dos categorías de normas.

63. El Sr. ROSENSTOCK conviene en que no existe una separación infranqueable pero en que tampoco hay dudas en cuanto a la decisión adoptada, las razones que la motivaron y lo que esa decisión supone.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

[12] Moore, *Digest* (1906), vol. VI, pág. 658.

[13] I Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1979, pág. 496

[14] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, párr. 148 *g* y párrs. 191 a 195, respectivamente.

[15] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 181.

2522.ª SESIÓN

Jueves 30 de abril de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Thiam.

Protección diplomática *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. E, A/CN.4/484[1], A/CN.4/L.553)

[Tema 6 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. SEPÚLVEDA dice que el informe preliminar del Relator Especial sobre la protección diplomática (A/CN.4/484), aunque es de carácter preliminar, proporciona valioso material para el debate, como lo hicieron la bibliografía y la lista de casos relativos a la protección diplomática que ha distribuido la secretaría. Sin embargo, de este último documento se desprende que desde 1981 sólo se han resuelto nueve casos relativos a la protección diplomática: cinco a nivel interno y cuatro por tribunales internacionales; y que desde 1980 sólo se han publicado media docena de libros sobre el tema, junto con un número considerable de artículos en revistas especializadas. Por tanto, se necesita un instrumento eficaz para reunir información sobre la práctica de los Estados en la esfera de la protección diplomática y sobre los temas conexos, tales como los acuerdos entre los Estados que permiten a los individuos recurrir al arbitraje internacional, obviando así la necesidad de la protección diplomática. El informe sobre las inversiones en el mundo publicado por la UNCTAD ofrece una valiosa fuente de información al respecto[2].

2. En cuanto al informe preliminar, es esencial comenzar el estudio del tema estableciendo las hipótesis jurídicas básicas sin las cuales no puede producirse la protección diplomática. Las condiciones necesarias se establecieron en el pasaje de la sentencia de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* citada en el párrafo 5. La primera condición para tal ejercicio es que

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] Por ejemplo, *World Investment Report 1997* (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: E.97.II.D.10).

el Estado está facultado para proteger a sus nacionales, cuando son perjudicados por actos contrarios al derecho internacional que haya cometido otro Estado. Por tanto, es importante señalar que, para que surja una reclamación diplomática, debe existir primeramente la prueba de que se ha producido un perjuicio en contra de un nacional; que ese daño es contrario al derecho internacional; que ese daño es imputable al Estado en contra del cual se ha formulado la reclamación y que existe una relación de causalidad entre el daño producido y la imputación. Por tanto, son tres actores principales los que participan en un caso de reclamación internacional y de eventual protección diplomática: el sujeto lesionado en sus bienes, persona o derechos; el Estado que causa la lesión y, por último, el Estado que auspicia la reclamación. Pero, naturalmente, el Estado que ha causado el daño tiene prioridad para reparar el perjuicio antes de que se inicie el procedimiento de protección diplomática.

3. La segunda condición para el ejercicio de la protección diplomática mencionada en la sentencia de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* es que los nacionales perjudicados no hayan podido obtener reparación por la vía ordinaria. Es decir, la regla que dispone la necesidad de acudir a los órganos de la jurisdicción interna para resolver controversias tiene como razón de ser la necesidad de permitir al Estado evitar una violación de sus obligaciones internacionales mediante la reparación oportuna.

4. El párrafo 11 del informe preliminar del Relator Especial señala también acertadamente que el Estado que defiende a sus nacionales no puede, en ejercicio de la protección diplomática, recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza. Por tanto, una importante contribución que la Comisión podría hacer en el examen del tema es indicar los medios de que disponen los Estados para hacer valer sus derechos y los derechos de sus nacionales en el contexto de la protección diplomática.

5. También es importante determinar quién tiene interés jurídico directo inmediato y quién tiene las atribuciones y facultades para plantear una reclamación internacional. A su juicio, el Estado no tiene tal interés directo o inmediato. Si fuera así, los derechos de que se trate serían ineluctables y no podrían ejercerse a discreción del Estado. Por ejemplo, los acuerdos sobre la protección de inversiones extranjeras dan a las personas, ya sea naturales o jurídicas, la posibilidad de reclamar directamente la reparación, concediéndoles por tanto un estatuto similar al concedido a las Naciones Unidas en el asunto *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, según el cual tienen personalidad jurídica internacional por el hecho de estar facultadas a presentar una reclamación internacional. Lo mismo sucede en el caso de la cláusula Calvo[3], según la cual el extranjero declina contractualmente la protección diplomática de su Estado de origen. En este caso también es evidente que sólo el individuo tiene un interés directo e inmediato en la reclamación. Por tanto, el debate sobre la ficción jurídica relativa al titular de esos derechos no lleva a ninguna parte, y la Comisión debería en cambio centrarse en los derechos y los intereses legítimos que se protegen. El orador ya ha expresado la opinión de que el Estado ejerce sustitutoriamente un derecho conferido originalmente al individuo.

6. Es de señalar que los inversores extranjeros se encuentran, por tanto, en una situación sumamente privilegiada frente a los nacionales, ya que tienen recurso a tres procedimientos para la protección de sus derechos: los recursos de la jurisdicción interna, la protección diplomática y el arbitraje internacional, en tanto que los nacionales sólo disponen de los recursos de la jurisdicción interna.

7. El orador desea también referirse a la inquietante cuestión de la presunta relación entre la protección diplomática y los derechos humanos. A su juicio, las dos cuestiones son totalmente distintas, y un examen más detenido de la cuestión revelaría que tradicionalmente la protección diplomática se ha referido estrictamente a los derechos patrimoniales, en tanto que los derechos humanos conciernen a la esencia misma de la libertad personal. Los derechos tradicionalmente comprendidos dentro de la protección diplomática comprenden el trato de la nación más favorecida y los requisitos de cumplimiento de los contratos impuestos a las empresas, cuestiones muy distintas de las preocupaciones tradicionales de derechos humanos.

8. El Sr. BROWNLIE señala a la atención el problema de tratar cuestiones del daño directo causado a los Estados que, aunque claramente no forman parte del mandato de la Comisión, suelen estar indisolublemente ligadas con las cuestiones de protección diplomática en el mundo real. A este respecto, bastarán tres ejemplos.

9. El incidente del *Rainbow Warrior*, relativo a la destrucción de un barco internacional de Greenpeace por una unidad de sabotaje de la marina francesa en el puerto de Auckland, condujo a reclamaciones en nombre del Estado de Nueva Zelandia relativas a violaciones de su soberanía y, en nombre de los Países Bajos, relativas a un fotógrafo que perdió la vida en el incidente y que fue considerado de nacionalidad neerlandesa a los efectos de la solución negociada por el Secretario General de las Naciones Unidas. Por tanto, el caso representaba un ejemplo velado de interés directo del Estado, de parte de Nueva Zelandia, y el interés de otro Estado en uno de los individuos involucrados en el episodio.

10. Un segundo ejemplo, el de Chernobyl, conllevó pérdidas económicas directas para personas en diversos Estados, así como la posibilidad para los propios Estados de reclamar por daños directos a su espacio aéreo, si lo hubieran deseado. El tercer ejemplo se refiere al satélite nuclear soviético *Cosmos 954*, que se desintegró en el espacio aéreo del Canadá en 1978, incidente que condujo a un arreglo diplomático entre el Canadá y la Unión Soviética[4]. La reclamación canadiense se refirió exclusivamente a los gastos efectuados por el Estado del Canadá para limpiar los desechos peligrosos que habían caído en territorio canadiense. Ahora bien, también en este caso intereses privados podían muy bien haber resultado dañados por la contaminación. La conclusión inevitable es que sería equivocado opinar que, porque se trate de daños directos, un episodio particular sea irrelevante a los efec-

[3] Véase *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 203 y 204, doc. A/CN.4/96.

[4] *ILM*, vol. 18, 1979, pág. 899.

tos de la Comisión. Todos esos ejemplos conciernen a la protección diplomática real o potencial respecto de intereses privados. El hecho de que no conciernan exclusivamente a intereses privados no debe ponerlos fuera del ámbito competencial de la Comisión.

11. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que cree recordar que la protección diplomática no es aplicable en los casos relativos a vehículos espaciales, en los que se invoca la responsabilidad estricta del Estado que lanzó el vehículo respecto de otros Estados. En cuanto a los demás casos mencionados por el Sr. Brownlie, convendría ciertamente tener presente que la distinción entre daño directo a los Estados y daño sufrido por los nacionales no siempre es tajante en la práctica.

12. Desea dar las gracias al Sr. Sepúlveda por destacar la distinción, como el propio Relator Especial ha tratado de hacer, entre la facultad discrecional del Estado de ejercer la protección diplomática, cuestión en la que están de acuerdo los miembros de la Comisión, y los derechos (y tal vez las obligaciones) involucradas, que dependen de las circunstancias particulares y del análisis a fondo requerido. Por tanto, a la luz de la reciente evolución en esferas tales como los derechos humanos y patrimoniales y las inversiones, el derecho en cuestión sería a veces el derecho del individuo, y la obligación del Estado de acogida sería a veces una obligación internacional asumida directamente respecto de la persona. La Comisión debería destacar la distinción entre el ejercicio de la protección diplomática, que sigue siendo un derecho del Estado, y los derechos y obligaciones en juego, que pueden ser un derecho del Estado o un derecho de la persona, con la posibilidad de cierta superposición entre ambos.

13. Agradece que se le recuerde que el Estado no ejerce invariablemente su derecho, y la prueba de ello es que el derecho a veces se transmite a la persona, la cual tiene acceso a los órganos internacionales. El Sr. Sepúlveda ha comparado acertadamente la protección conferida a las Naciones Unidas en el asunto *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* con el derecho a plantear una reclamación conferida a los inversores individuales. En ambos casos esa facultad es conferida por los Estados.

14. Esas contribuciones son una respuesta que agradece a sus peticiones de orientación y contribuyen a despejar el terreno a nivel conceptual y técnico, lo que permite a la Comisión abordar el fondo del problema. A su juicio, es prematuro decir que la protección diplomática no está relacionada con los derechos humanos y tiene que ver sólo con los derechos patrimoniales. Es cierto que en el pasado ha versado principalmente sobre cuestiones de propiedad, nacionalización e inversiones, pero el procedimiento incoado ante la CIJ en el asunto *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay* c. *États-Unis d'Amérique)* por un Estado a raíz de la reciente ejecución de uno de sus nacionales en los Estados Unidos es un caso claro de relación con los derechos humanos.

15. Los miembros han planteado otro problema que merece consideración. Antes de que la coacción y la amenaza o el uso de la fuerza pueda eliminarse en el ejercicio de la protección diplomática, se necesitarían mecanismos apropiados para garantizar que la persona o el Estado puedan defender los derechos de la persona. ¿Debería ser la gama de esos mecanismos tan amplia como sea posible o debería comprender sólo los recursos judiciales? ¿Deberían utilizarse los mecanismos de la diplomacia con preferencia a las reclamaciones ante los tribunales? Se ha convenido en que los privilegios e inmunidades diplomáticos, definidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (denominada en adelante «Convención de Viena de 1961») y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (denominada en adelante «Convención de Viena de 1963»), no se contemplarán en el futuro proyecto de artículos. Pero la intervención diplomática y los recursos judiciales reúnen muchos elementos en común, entre ellos el uso de la negociación, y el orador considera que ambos planteamientos deberían considerarse posibles elementos de la protección diplomática.

16. El Sr. ECONOMIDES dice que el Sr. Sepúlveda ha tenido razón en mencionar, en el contexto de la protección diplomática, el principio que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza, principio que pertenece ahora al ámbito del *jus cogens*. Debería estudiarse la idea de dedicar un artículo sobre ello en el futuro instrumento.

17. Está de acuerdo con los comentarios del Relator Especial sobre la protección diplomática de los derechos de propiedad. En efecto, la protección diplomática se invoca más frecuentemente en los casos en que se violan esos derechos, pero igualmente puede invocarse en otros casos. Por tanto, sería demasiado restrictivo suponer que la protección diplomática trata exclusivamente de los daños a los bienes. Cree también que la distinción entre derechos humanos y protección diplomática es menos tajante de lo que ha insinuado el Sr. Sepúlveda; debería considerarse más esa cuestión.

18. En cuanto al arbitraje internacional, mencionado por el Sr. Sepúlveda, señala que cuando un Estado presenta una denuncia, generalmente sucede una de las dos cosas siguientes: o bien el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito reconoce el hecho ilícito y hay un arreglo amigable, o bien el Estado se niega a admitir el hecho ilícito y se produce una controversia internacional centrada en un caso de protección diplomática. Esas controversias tienen que resolverse por los procedimientos correspondientes a todas las controversias internacionales, que comprenden la negociación, el arbitraje y la solución judicial. En todos esos casos el Estado ejerce su protección diplomática respecto de sus nacionales.

19. El Sr. ROSENSTOCK dice que apoya la observación del Sr. Brownlie sobre la complejidad de ciertos casos relativos a la protección diplomática y la dificultad de trazar una distinción clara entre la protección diplomática y los derechos humanos. En el asunto sobre la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay* c. *États-Unis d'Amérique)*, esencialmente el Paraguay ejercitaba también una acción por violación de la Convención de Viena de 1963. El caso entraña ciertamente una obligación debida directamente al Estado del Paraguay, pero la cuestión de si concierne también a los derechos humanos es una cuestión sutil y compleja, y la respuesta no se proporcionaría hasta que la CIJ adoptara su decisión. En lo referente al tema que se trata, mostrar una mayor sensibilidad hacia los derechos humanos sería

hacer hincapié en la necesidad de evitar la apatridia, tal y como hizo la Comisión en el tratamiento del tema de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados tras la decisión correspondiente al asunto *Nottebohm*. El razonamiento seguido en este caso no fue, *grosso modo*, erróneo, pero el resultado sí lo fue.

20. El Sr. SIMMA dice que, si el daño causado a un nacional extranjero entraña una violación de un derecho reconocido como derecho humano, nada puede impedir que el Estado de origen del nacional extranjero auspicie su reclamación. La práctica de la República Federal de Alemania, por ejemplo, ha destacado este planteamiento. Si el daño causado a extranjeros en forma de violaciones de los derechos humanos se excluyera de la aplicación de la protección diplomática, no se dispondría de recurso eficaz en los casos en que un extranjero no tenga acceso a procedimiento ante un órgano internacional de derechos humanos. Si en un contrato se prevé el arbitraje *ad hoc*, en ese caso el extranjero tendría que agotar los recursos de la jurisdicción interna y probablemente los recursos internacionales. En la mayoría de los casos de violaciones de los derechos humanos de extranjeros, sin embargo, tales como el encarcelamiento injusto o los malos tratos, esos procedimientos internacionales no están disponibles, y por tanto es vital confirmar el derecho del Estado de origen a ejercer la protección diplomática.

21. El Sr. SEPÚLVEDA dice que está de acuerdo con el Sr. Simma en que la protección diplomática y la protección de los derechos humanos pueden efectivamente coincidir en los casos en que se violan los derechos humanos. Sin embargo, sería ir demasiado lejos sugerir que ambos coinciden en todos los casos. Por ejemplo en el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)[5] se indica que ninguna Parte podrá requerir que una empresa de esa Parte que sea una inversión de un inversor de otra Parte nombre para los puestos de la administración superior a individuos de ninguna nacionalidad determinada. Si una de las Partes formula tal requerimiento en violación del Tratado, difícilmente cabría decir que se ha violado un derecho humano fundamental. Por tanto, cree que una de las primeras medidas debe ser definir la naturaleza del derecho que ha de protegerse.

22. El Sr. HERDOCIA SACASA dice que es esencial distinguir entre protección diplomática y protección de los derechos humanos, pero no cabe duda en absoluto de que la protección de los derechos humanos cae dentro de la categoría de protección diplomática, que no debe limitarse a la intervención en caso de daños a los bienes. La Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (denominada en adelante «Pacto de San José») y otros instrumentos internacionales, por ejemplo, establecen el principio de que nadie puede ser privado arbitrariamente de sus bienes, pero ese principio está íntimamente relacionado con el derecho humano a un proceso con las debidas garantías.

[5] *Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, México, M. A. Porrua, SECOFI, 1993.

23. El Sr. CANDIOTI dice que el informe preliminar y la exposición oral del Relator Especial han suscitado un provechoso debate en torno a los aspectos fundamentales de la protección diplomática que requieren mayor precisión a fin de sentar una sólida base conceptual para un examen detallado del tema. La protección diplomática, como ha revelado el análisis histórico del Relator Especial, en principio fue virtualmente el único medio de que disponían los Estados para proteger los derechos e intereses de sus nacionales en el extranjero, pero ahora existe junto con otros mecanismos e instituciones elaborados por la comunidad internacional a nivel regional e internacional, especialmente respecto de los derechos humanos. Sin embargo, la protección diplomática es a veces, de hecho, la única o la mejor opción para tratar un problema determinado.

24. Respecto de la cuestión de saber si, al ejercitar la protección diplomática, el Estado está haciendo valer su propio derecho o el derecho de un nacional perjudicado, cuestión planteada en el párrafo 54 del informe preliminar, una persona ligada por nacionalidad a un Estado forma parte de su población y, por tanto, es uno de los elementos constitutivos del Estado. Como ha señalado el Sr. Pambou-Tchivounda (2521.ª sesión), la protección de sus nacionales es un derecho fundamental del Estado, en el mismo plano que la preservación de su territorio y la salvaguardia de su soberanía. La protección diplomática por un Estado de sus nacionales y de sus intereses equivale a la defensa por el Estado de uno de sus elementos constitutivos, es decir, de sus propios derechos e intereses jurídicos. Sin embargo, al mismo tiempo, el Estado está defendiendo los derechos e intereses específicos del nacional perjudicado por otro Estado.

25. Como ha señalado el Sr. Herdocia Sacasa, no cabe trazar una distinción rígida entre los derechos del Estado y los derechos de sus nacionales; ambas series de derechos son complementarias y pueden defenderse juntamente. Por tanto, en la actual fase de desarrollo del derecho internacional en la que se reconocen ampliamente los derechos de la persona, no hay necesidad de calificar el mecanismo de la protección diplomática de ficción u otra creación artificial, lo que tal vez fuera apropiado en otros contextos históricos.

26. Conviene con otros oradores en la necesidad de actualizar la institución de la protección diplomática a la luz de la reciente evolución de la protección internacional de los derechos humanos. Se han hecho propuestas interesantes de innovación como contribución al desarrollo progresivo del derecho, algo que merece un análisis más detallado. Pero importa recordar que la protección diplomática es sólo una parte del inmenso ámbito de la responsabilidad internacional. Para dar efecto a la responsabilidad del Estado, crea una relación entre dos Estados: el Estado «protector» y el Estado contra el que se ejercita la acción, que se considera responsable de un hecho internacionalmente ilícito que ha causado un daño a un nacional del Estado «protector». El actual hincapié en la protección de los derechos humanos, hincapié que el orador aprueba totalmente, no debe hacer olvidar el hecho de que la relación de Estado a Estado es un elemento esencial para determinar la naturaleza de la protección diplomática.

27. El respeto de la independencia y de los demás derechos, entre ellos los poderes jurisdiccionales, del Estado contra el que se ejerce la protección diplomática y, en particular, la observancia del principio del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, son esenciales para regular la protección diplomática. Las observaciones del Sr. Sepúlveda son particularmente pertinentes a este respecto.

28. En materia de normas primarias y secundarias, ha surgido un consenso a favor de dejar de lado las normas primarias que establecen el contenido material de las obligaciones de los Estados en el trato de extranjeros y de inversiones extranjeras, y de centrarse en las normas secundarias que definen el fundamento, los términos, las modalidades y las consecuencias de la protección diplomática, aunque algunas de las normas primarias de carácter general podrían tenerse en cuenta. A este respecto apoya las propuestas hechas por el Relator Especial en los párrafos 59 a 62 y 64 del informe preliminar. Como se ha señalado en el debate, el estudio de la protección diplomática debe incluir el estudio de los medios para ejercerla. Ciertamente, han de excluirse la amenaza o el uso de la fuerza: los mecanismos tradicionales de arreglo pacífico de controversias, en particular la negociación pero también la mediación, los buenos oficios y el arbitraje, son mucho más apropiados y productivos. También debería tenerse debidamente en cuenta la cuestión de las contramedidas en el contexto de la protección diplomática.

29. A su juicio, el debate ha aclarado el punto de partida de los trabajos futuros y aporta material suficiente para formular conclusiones sobre las que sentar los futuros esfuerzos.

30. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) recuerda que, en la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, se convino en que el uso de las contramedidas no debería entrañar ninguna violación de los derechos humanos. La práctica internacional establecida confirma esa posición. La amenaza o el uso de la fuerza se consideran igualmente inaceptables en el ejercicio de la protección diplomática. No obstante, piensa que debería dejarse claro que las normas imperativas —*jus cogens*— han de respetarse al ejercer la protección diplomática.

31. Los miembros de la Comisión han declarado que la protección diplomática conlleva la protección de uno de los elementos constitutivos del Estado: la población. Esto es cierto según el principio de la jurisdicción del Estado en virtud de la relación con las personas, no con el territorio. Ahora bien, gracias a los progresos realizados en la esfera de los derechos humanos, la interpretación de la jurisdicción del Estado *ratione personae* es mucho más restrictiva hoy, y afortunadamente los Estados ya no tienen el derecho a hacer lo que deseen con su población.

32. El Sr. HAFNER dice que, en todo intento de comparar la protección de los derechos humanos con la protección diplomática, deben distinguirse los aspectos específicos de ambos. Por ejemplo, el contenido de los derechos humanos no debe confundirse con los medios de hacer valer esos derechos. Si se mantiene clara la distinción, podría responderse a las siguientes preguntas: ¿es la protección diplomática un derecho humano? No. ¿Puede una violación de los derechos humanos dar lugar a la protección diplomática? Sí. En virtud del efecto *erga omnes* de los derechos humanos, cualquier Estado podría presentar una queja contra otro Estado, pero debe trazarse una distinción clara acerca de si esa queja se plantea como consecuencia de la protección diplomática o de un derecho particular a presentar una queja en virtud de un régimen determinado, en cuyo caso la queja claramente no cae dentro del ámbito de la protección diplomática. No ve la necesidad de invocar las normas imperativas o las normas generales de derecho internacional en relación con la protección diplomática, ya que huelga decir que son aplicables.

33. La mención del Sr. Sepúlveda del capítulo XI del TLCAN plantea una cuestión muy interesante. Si un Estado plantea una reclamación en relación con el incumplimiento de una norma que no tiene efecto inmediato que no ha sido incorporada al derecho interno, se plantea la cuestión de saber si conlleva o no la protección diplomática, y el orador considera que no: el Estado está formulando una reclamación basada en su propio derecho. Lo mismo puede decirse del caso relativo a la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay* c. *États-Unis d'Amérique)*, en el que el Paraguay planteaba claramente una reclamación basada en su propio derecho, no en ejercicio de la protección diplomática.

34. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, respondiendo a una observación hecha por el Relator Especial, dice que no son simplemente las normas imperativas sino la totalidad del derecho internacional lo que constituye una limitación al uso de la protección diplomática. Una vez aceptada la protección diplomática como institución del derecho internacional y una vez aceptado su uso como facultad discrecional del Estado, el Estado tiene la obligación primordial de ejercer esa facultad de conformidad con el derecho internacional en su conjunto.

35. El Sr. ECONOMIDES dice que la observación del Sr. Candioti de que la protección diplomática siempre existió paralelamente con otras posibilidades disponibles a los individuos plantea la difícil cuestión de la relación entre la protección diplomática y todos los demás recursos disponibles de carácter interno o internacional. Todo el mundo está de acuerdo en que el derecho interno tiene precedencia en todos los casos y que la protección diplomática es algo excepcional, ya que entraña la intervención de un Estado como especie de último recurso. Pero no está claro si todos los recursos internacionales tienen precedencia o sólo aquellos que conducen a un arreglo obligatorio. Su opinión es que todos los recursos internacionales tienen precedencia sobre la protección diplomática y que un Estado sólo puede intervenir si el arreglo a que dieron lugar esos recursos no se respeta.

36. El Sr. Hafner tiene razón al decir que, en principio, la Comisión no tiene que tratar las cuestiones generales de derecho internacional. Pero existe el problema de que la protección diplomática es una relación que puede crear una controversia o un clima de conflicto entre Estados. En consecuencia, convendría hacer referencia expresa a las normas imperativas de derecho internacional, en particular el principio de no utilización de la fuerza y también el principio de que las contramedidas no son aplicables en la esfera de los derechos humanos.

37. Por último, refiriéndose a una cuestión técnica, debe recordarse que la población de un Estado consiste no sólo en los nacionales sino también en los extranjeros y los apátridas, que no gozan de protección diplomática.

38. El Sr. MIKULKA dice que en líneas generales está de acuerdo con el contenido del informe preliminar del Relator Especial. Sin embargo, si la observación que acaba de hacer el Relator Especial sobre las normas imperativas se interpreta *a contrario*, la Comisión puede encontrarse en la situación de celebrar un debate parecido al de las contramedidas. Las contramedidas dan a un Estado el derecho a hacer caso omiso de ciertas normas de derecho internacional pero no de las normas imperativas. La protección diplomática, sin embargo, debe ejercitarse pura y simplemente de conformidad con todas las normas de derecho internacional, no solo con las de *jus cogens*.

39. La cuestión planteada por el Sr. Economides respecto de si los recursos de carácter internacional tienen preferencia sobre la protección diplomática requiere un estudio más detallado. No está claro si un Estado puede ejercer la protección diplomática paralelamente con un recurso internacional entablado directamente por la persona perjudicada o si el Estado tiene el derecho a ejercer la protección diplomática cuando trate de hacer revocar una decisión dictada contra la persona por el órgano internacional de que se trate.

40. Comparte las dudas del Relator Especial sobre si debería mantenerse una distinción rígida entre normas primarias y secundarias. La posición del Relator Especial suscita la cuestión de saber si la Comisión no debería examinar, bajo el tema en estudio, algunas de las cuestiones que no caen dentro de la categoría de las normas secundarias, por ejemplo la cuestión de la nacionalidad.

41. El Sr. GOCO, respondiendo a una cuestión planteada por el Sr. Hafner, dice que la cuestión consiste en saber si el derecho del Estado existe independientemente del daño sufrido por la persona o de la acción que pueda ejercitar. El párrafo 51 del informe preliminar dice que es concebible que el Estado no pueda plantear una reclamación internacional contra la voluntad del nacional de que se trate. Esta es también la doctrina Calvo, relativa al rechazo contractual del individuo de la protección diplomática de su Estado de origen. ¿Podría un Estado invocar la protección diplomática en esas circunstancias y proceder, por ejemplo, en base a un tratado contra la voluntad expresa de la persona perjudicada? Si pudiera, en ese caso la persona se convertiría simplemente en un aspecto procedimental del caso. Esta parece ser la verdadera cuestión que ha de resolver la Comisión.

42. El Sr. SEPÚLVEDA dice que el caso de la *North American Dredging Company*, tratado por la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América, es relevante respecto de la observación hecha por el Sr. Goco acerca de la cláusula Calvo. En su contrato con el Gobierno mexicano, la empresa había acordado no recurrir a la protección diplomática de los Estados Unidos. La Comisión de Reclamaciones había decidido que el contrato era válido y que, por tanto, la reclamación presentada por el Gobierno de los Estados Unidos no era admisible[6]. El caso suele citarse como reafirmación de la cláusula Calvo.

43. El Sr. SIMMA dice que siempre ha entendido que el caso de la *North American Dredging Company* sostenía el principio de que una persona natural o jurídica no puede renunciar a un derecho que no sea suyo.

44. El Sr. SEPÚLVEDA dice que lo esencial es que la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos rechazó la reclamación presentada por el Gobierno de los Estados Unidos basándose en que el contrato era válido.

45. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que el Sr. Simma está equivocado respecto de la cuestión específica que se debate. El caso de la *North American Dredging Company* se cita en la doctrina como convalidación de la doctrina Calvo, pero las cosas no son tan sencillas. Hay también una doctrina occidental específica, como ha señalado el Sr. Simma, según la cual la persona no puede renunciar a un derecho que no sea suyo. Pero la jurisprudencia no sigue esa línea. El debate que él, como Relator Especial, ha planteado a la Comisión no es artificial y debe seguir abierto. El orador desea proponer que, aunque no haya problema respecto del ejercicio de la facultad discrecional del Estado, la Comisión debe examinar más detenidamente los derechos y obligaciones afectados. En efecto, el propósito de su informe preliminar era ahondar en los matices de la doctrina tradicional.

46. El Sr. KABATSI dice que la posición del Relator Especial es que, a la luz de la evolución de los derechos de la persona a nivel internacional, la Comisión debería reconsiderar el derecho tradicional expresado en el caso *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Al Relator Especial no le gusta la «ficción» de los intereses del Estado, para diferenciarlos de los de la persona, en relación con la asunción de reclamaciones. Ha argüido acertadamente que si ahora es cierto que en los casos de derechos humanos la persona pueda utilizar recursos distintos de la protección diplomática, la Comisión debería abandonar la «ficción» estricta de que el Estado está asumiendo o auspiciando su propio derecho y no el derecho de la persona. El Relator Especial pide orientación a la Comisión sobre esta cuestión.

47. Pide también orientación acerca de si la Comisión debería reexaminar la propuesta del Grupo de Trabajo formulada en el 49.º período de sesiones de limitar el tema a la codificación de las normas secundarias[7]. La posición del Relator Especiales que, siempre que sea apropiado, la Comisión debería examinar también las normas primarias con miras a codificar debidamente las normas secundarias. El Relator Especial acepta, en el párrafo 5 de su informe preliminar, que el tema esté maduro para la codificación, es decir, acepta la posición del Grupo de Trabajo y el hecho de que el origen consuetudinario del principio en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* está bien establecido en derecho internacional. Aun cuando lo califica de ficción jurídica, en realidad el Relator Especial

[6] *Opinions of Commissioners under the Convention concluded 8 September 1923 between the United States and Mexico — 4 February 1926 to 23 July 1927*, Washington, D. C. United States Government Printing Office, 1927, págs. 31 y 32.

[7] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 180 y 181.

no está poniendo en duda el derecho del Estado a proteger a sus nacionales cuando los recursos de la jurisdicción interna no lo hayan hecho. El debate de la Comisión ha aportado la orientación pedida por el Relator Especial: los conceptos de intereses del Estado y de intereses de la persona deberían por el momento permanecer separados, aunque sean complementarios. En la mayoría de los casos el ejercicio de la protección diplomática conlleva la aplicación de derechos humanos y además aún quedan casos en que la persona no dispone directamente de un recurso.

48. En la fase actual, la Comisión no tiene por qué preocuparse de las vías disponibles para hacer valer las reclamaciones de las personas por medio del mecanismo establecido en los tratados de derechos humanos. La Comisión tiene que seguir el esquema del Grupo de Trabajo y responder a las distintas cuestiones suscitadas en los epígrafes de los cuatro capítulos. La mayoría dc los detalles de las cuestiones se enuncian en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 49.° período de sesiones[8]. La tarea de la Comisión es aclarar esas cuestiones.

49. Tiende a estar de acuerdo con el Relator Especial en que la labor de codificación debería limitarse a las normas secundarias pero que, siempre que sea necesario, también podrían considerarse incidentalmente las normas primarias.

50. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que, en lo que se refiere a la posición de las personas, la cuestión consiste en saber si un Estado puede ejercer el derecho a proteger a sus nacionales aun cuando el nacional afectado haya indicado que no desea ampararse en ese derecho. Es una cuestión importante, ya que la situación variará naturalmente según se trate de personas naturales o de personas jurídicas. Por tanto, el orador considera también que la cuestión debería tratarse con la máxima cautela.

51. El Sr. GOCO dice que desea saber si, en el supuesto de una presunta violación de los derechos humanos fundamentales, el Estado de la víctima podría, en ejercicio de su facultad discrecional, negarse a conceder la protección diplomática.

52. El Sr. KABATSI dice que, si la persona no tiene acceso a diversos recursos en virtud de los mecanismos previstos por un tratado, el Estado podría ejercer la protección diplomática y, a su juicio, incluso si se hubiera violado un derecho humano fundamental, esa seguiría siendo la posición. Sin embargo, el Estado, por diversas razones, podría desear declinar la asunción de la cuestión.

53. El Sr. HE dice que la protección diplomática, que ha tenido una historia desafortunada, podría considerarse una extensión del poder colonial o una institución impuesta por los Estados poderosos a los débiles. Sigue causando gran preocupación a los países pequeños y en desarrollo. Por tanto, ha llegado el momento de revaluar los principios en que se basa.

54. La sentencia de la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* proclamó como principio elemental del derecho internacional que el Estado está facultado para proteger a sus nacionales cuando resulten lesionados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado y respecto de los cuales los nacionales no hayan podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Merece la pena señalar que en algunos países tanto las personas naturales como las personas jurídicas pueden sufrir un daño en derecho interno que constituya una violación de principios de derecho internacional. Esto sucede a causa de los diferentes grados de desarrollo, la diferencia de sistemas jurídicos y los diferentes grados en que los principios de derecho internacional se han incorporado al derecho interno. Por ejemplo, actos tales como la nacionalización o la requisa, que son legítimos en derecho interno, pueden ser contrarios al dercchо internacional, en tanto que actos tales como la rebelión y la acción armada, que son contrarios al derecho interno, no tienen por qué ser necesariamente contrarios al derecho internacional.

55. Por tanto, hay un enfrentamiento y un nexo entre el derecho interno y el derecho internacional, y es importante adaptar el primero a los principios del segundo. En su informe preliminar el Relator Especial señala que la institución de la protección diplomática ha evolucionado con el tiempo y reseña dos factores en particular: la evolución de los derechos de las personas, por una parte, y de los derechos de las personas jurídicas como inversores extranjeros, por la otra. La tendencia a reconocer los derechos de la persona, a permitir a los individuos que tengan cada vez más acceso a los órganos internacionales y a ser parte en procedimientos ante los tribunales internacionales, y también la tendencia que permite a las personas jurídicas extranjeras tener acceso directo al CIADI, tendrían un efecto importante sobre la función tradicional de la protección diplomática.

56. Ahora bien, no puede estar de acuerdo en que esa función esté anticuada, dada la necesidad de recurrir a la protección diplomática para proteger al nacional de un Estado perjudicado por actos de otro Estado que sean contrarios al derecho internacional. No obstante, dada la evolución que ha mencionado, el marco cambiante de la protección diplomática permitiría a los Estados plantear reclamaciones en nombre de sus nacionales lesionados. Además, la estructura cada vez más compleja de las personas jurídicas, como se manifiesta en el caso *Barcelona Traction* —ya que una empresa puede tener una nacionalidad y sus accionistas diversas otras nacionalidades—, haría aún más difícil para el Estado de la nacionalidad de la persona jurídica adoptar medidas. El problema es si el Estado cuya nacionalidad posea la empresa tiene un interés real en plantear el caso ante un tribunal internacional.

57. A la vista de todos esos factores, la teoría, el marco y la función tradicionales de la protección diplomática deberían revalorizarse.

58. Aunque el Grupo de Trabajo ha decidido que el tema debería limitarse a las normas secundarias, centrarse exclusivamente en esas normas sólo haría la labor más difícil, dado que la Comisión tendría que estudiar las condiciones en que se ha ejercido la protección diplomática. Esas condiciones comprenderían la norma de las «manos limpias» —un caso extremo, como ya se ha señalado, entre las normas primarias y las normas secundarias— y también el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. Las dos cuestiones son complicadas y no cabe descartar en ellas la posibilidad de entrar en el ámbito de las normas primarias.

[8] Ibíd., párr. 189.

59. El Sr. BROWNLIE dice que, en cierta medida, es cierto que la institución de la protección diplomática ha tenido una historia desafortunada y que se ha abusado y podría seguirse abusando de ella. Pero hay una distinción evidente entre la esencia de algo y el abuso de ello. Por ejemplo, un vehículo automóvil puede utilizarse para llevar personas al hospital pero también para ayudar a un robo a mano armada, y no ha sido abolido por esa razón. No es cierto que la protección diplomática sea utilizada sólo por los Estados fuertes contra los débiles. Frecuentemente se utiliza entre Estados de igual posición y a menudo dentro de la misma región. Cuando determinados judíos en la Rusia zarista que habían adquirido la nacionalidad de los Estados Unidos fueron perseguidos, las protestas de los Estados Unidos se dirigieron contra el Gobierno ruso de la época[9]. En el decenio de 1960, China dirigió protestas contra Indonesia[10] y contra Mongolia[11] por el trato de nacionales suyos residentes en esos territorios; y, de nuevo, a finales del siglo XIX y principios del XX, hubo protestas de China por el hecho de que los Estados Unidos no protegieran a los residentes chinos en los Estados Unidos contra los disturbios[12] y también por Italia respecto de los daños sufridos por los nacionales italianos en disturbios en Nueva Orleáns[13]. Es importante no generalizar indebidamente.

60. El Sr. GALICKI dice que, a la vista del informe preliminar y del debate en la Comisión, la creación de un grupo de trabajo sobre la protección diplomática sería beneficiosa para el ulterior desarrollo del tema.

61. No es fácil responder a la cuestión planteada en el párrafo 54 del informe preliminar, a saber, al interponer una reclamación internacional, el Estado ¿hace valer su propio derecho o el de su nacional perjudicado? Según el criterio internacional, el derecho a ejercer la protección diplomática es un derecho discrecional del Estado de la nacionalidad. Según esto, la posición de la persona perjudicada es muy débil y depende totalmente de la voluntad del Estado de su nacionalidad. Sin embargo, como acertadamente se dice en el párrafo 52, la atribución de derechos a particulares por la vía convencional puede llegar hasta el punto de permitirles que tengan acceso directo a mecanismos y tribunales internacionales para garantizar el respeto de esos derechos. A este respecto, los ejemplos citados en la sección B del capítulo I del informe parecen indicar que, en el caso particular de los derechos inherentes de las personas hasta ahora comprendidos en la normativa internacional de los derechos humanos, cabría sustituir a los Estados por personas o al menos permitir a las personas que actúen paralelamente con los Estados en las esferas hasta ahora confinadas a la protección diplomática ejercida exclusivamente por los Estados.

62. No debería olvidarse que el concepto mismo de nacionalidad —fundamento del ejercicio de la protección diplomática— ha experimentado cambios importantes. Ya no puede definirse la nacionalidad —como se hacía en el apartado *a* del artículo 1 del proyecto de convención sobre la nacionalidad preparado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard[14]— como «la situación de la persona natural relacionada con un Estado por el vínculo de fidelidad». Dado que se ha desarrollado el fenómeno de la subjetivización de las personas, el «vínculo jurídico» de la nacionalidad se ha convertido menos en un «vínculo de fidelidad» y más en una cuestión de derechos y obligaciones recíprocos entre la persona y el Estado. La existencia de esos derechos y obligaciones como elemento de la nacionalidad ha sido destacada por la CIJ en el caso *Nottebohm*. Además, el derecho a la nacionalidad se reconoce en un número creciente de tratados internacionales como uno de los derechos humanos que han de ser disfrutados por todas las personas.

63. Aunque el concepto de nacionalidad como «vínculo de fidelidad» entre el Estado y la persona coincide con el planteamiento tradicional de la protección diplomática, el concepto del derecho a la nacionalidad como derecho humano prepara el camino para ciertas consideraciones ulteriores relativas a la protección diplomática como institución íntimamente relacionada con la nacionalidad. Ya se están produciendo algunos cambios muy interesantes en la actitud de los Estados respecto de la cuestión de la protección que conceden a sus nacionales. Algunas constituciones nuevas, entre ellas la Constitución polaca[15], disponen que un nacional en el extranjero tiene derecho a la protección de su Gobierno. Por tanto, el orador está totalmente de acuerdo en que hay claros indicios de que al menos algunos Estados son partidarios de considerar el derecho a la protección diplomática como un derecho humano que puede ser invocado por las personas y que no depende exclusivamente de la discreción de los Estados.

64. El derecho a la protección del Estado enunciado en la Constitución polaca figura en el capítulo II, que trata de los derechos humanos y civiles, y está garantizado por recursos judiciales. Por tanto, es posible reconocer que, al menos en la práctica constitucional, pudiera estar apareciendo un nuevo derecho humano a la protección diplomática.

65. En suma, primero, la subjetivización de las personas, que ha tenido un fuerte efecto sobre el concepto tradicional de protección diplomática, debería considerarse cuando la Comisión elabore los principios apropiados. Incluso si no hay acuerdo general sobre la cuestión de las personas como sujetos de derecho internacional, las personas están adquiriendo gradualmente un número cada vez mayor de derechos subjetivos en virtud del derecho internacional. Segundo, la relación entre la nueva normativa internacional de los derechos humanos y las normas tradicionales de la protección diplomática debería analizarse a fondo. Tercero, la cuestión de un derecho humano a la protección diplomática debe considerarse con miras a que ese derecho lo ejerza el Estado de la nacionalidad. Y por último, a la luz de las crecientes posibilidades de que las personas tengan acceso directo a los órganos y tribunales internacionales, debería examinarse cuidadosamente el ejercicio paralelo, por los Estados y por las per-

[9] Moore, *Digest* (1906), vol. II, págs. 8 y ss.

[10] «Chronique», *RGDIP*, vol. 70 (1966), págs. 1013 y ss.

[11] Ibíd., vol. 71 (1967), págs. 1067 y 1068.

[12] Moore, *Digest* (1906), vol. VI, págs. 820 y ss.

[13] Ibíd., págs. 837 y ss.

[14] *Research in International Law:* I. *Nationality*, Cambridge (Massachusetts), Harvard Law School, 1929, pág. 13.

[15] Polonia, Constitución aprobada el 2 de abril de 1997, cap. II, art. 36.

sonas, de los derechos tradicionalmente comprendidos dentro de la protección diplomática.

66. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que está de acuerdo en que una evaluación de los distintos derechos internos y de los principios constitucionales sobre la protección diplomática sería útil y confía en que la secretaría ayude en la cuestión.

67. Le interesaría ver las disposiciones correspondientes de la Constitución polaca con arreglo a las cuales, según el Sr. Galicki, la protección diplomática se eleva a la categoría de derecho humano. Además, el Sr. He ha hablado de la necesidad de determinar en qué medida la protección diplomática se rige por el derecho interno y en qué medida cae dentro del derecho internacional. Podría haber un problema en el derecho interno en el caso de un recurso ejercitado por la persona frente a su Estado cuando no la haya protegido. Por otra parte, a nivel internacional, el derecho a actuar o no actuar queda a discreción del Estado; pero discrecionalidad no significa arbitrariedad. En derecho interno pueden existir los derechos establecidos a la protección diplomática pero, a su juicio, tales derechos no existen a nivel internacional. En cualquier caso, el derecho internacional aún no ha llegado a esa fase. Por ello, sería de gran interés una evaluación de los distintos derechos nacionales. Se ha sugerido que podría pedirse la asistencia de los Estados en esta materia, pero el problema es que, en general, los Estados no responden. Por tanto, preferiría que la secretaría hiciera la investigación correspondiente.

68. El Sr. GOCO dice que es evidente que discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad. El Estado protege naturalmente sus intereses pero, en el caso de la protección diplomática, no hay normas firmes y concretas. Al mismo tiempo, no debe desconocerse la función de los medios internacionales de comunicación, dada la imagen que podría darse de un Estado extranjero que no prestara protección diplomática a una víctima determinada, aunque cabe suponer que un Estado extranjero que decidiera discrecionalmente no conceder la protección diplomática habría sopesado todas las consecuencias.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2523.ª SESIÓN

Viernes 1.º de mayo de 1998, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Protección diplomática *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. E, A/CN.4/484[1], A/CN.4/L.553)

[Tema 6 del programa]

INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)*

1. El Sr. MELESCANU dice que con ocasión del debate actual sobre el informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/484), se han planteado ya todas las cuestiones teóricas principales, especialmente la de la relación entre el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática y los derechos del individuo, y la de la relación entre las normas primarias y las normas secundarias. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, parece necesario hacer dos observaciones importantes. La primera es que la institución de la protección diplomática merece ser codificada, aunque en los últimos tiempos los asuntos de protección diplomática hayan sido escasos en la práctica de los Estados. En efecto, la protección diplomática representa la última garantía para todo nacional. Esa codificación debe basarse además en la concepción clásica de la institución; de otro modo, los Estados no la aceptarían, precisamente porque la única práctica de los Estados se basa en esa concepción. Sin embargo, ha habido en ella una evolución que naturalmente es preciso tener en cuenta. Habrá que estudiar, por ejemplo, la cuestión de si un Estado que ha obtenido un resarcimiento en el ejercicio de la protección diplomática puede negarse a resarcir al nacional en cuyo nombre haya ejercido esa protección, aduciendo que el derecho ejercido es suyo. Para el Sr. Melescanu, la Comisión debe responder a esa pregunta negativamente e imponer al Estado la obligación pertinente. Igualmente por razón de la evolución ocurrida no se podrá limitar el ejercicio de la protección diplomática a los derechos patrimoniales.

2. La segunda observación se refiere a la relación entre la protección diplomática y el ejercicio de los recursos de que actualmente disponen los individuos, especialmente en materia de derechos humanos. Para el Sr. Melescanu, hay que distinguir claramente el ejercicio de la protección diplomática del ejercicio de esos derechos de recurso, pero hay que determinar también la relación entre ambas instituciones. Habrá que preguntarse, por ejemplo, si un Estado puede ejercer su protección diplomática de forma paralela a un recurso individual o después de que haya recaído una decisión desfavorable con respecto a su nacional. Sin embargo, la distinción sigue siendo muy clara y ello por cuatro razones.

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

3. En primer lugar, en el marco de los mecanismos de protección de los derechos humanos que ofrecen recursos a los individuos, la acción ejercida por éstos se dirige casi siempre contra el Estado del que son nacionales. Por consiguiente, los Estados apenas tienen ocasión de ejercer la protección diplomática en materia de derechos humanos. En segundo lugar, la institución del recurso individual se creó precisamente para sustituir a la protección diplomática, a fin de permitir al individuo hacer valer directamente sus derechos: no se trata en modo alguno de una evolución de la protección diplomática. En tercer lugar, hay una diferencia muy clara entre las dos instituciones, porque la protección diplomática se deriva del derecho consuetudinario, mientras que el ejercicio de un recurso individual en materia de derechos humanos tiene siempre una base convencional. En cuarto lugar, hay diferencias tan marcadas entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y los sistemas regionales —y en particular el más desarrollado de éstos, que es el europeo— que sería sumamente difícil encontrar un denominador común que pudiera integrarse en el marco de la protección diplomática. En consecuencia, para el Sr. Melescanu la protección diplomática es una institución fundamental que debe codificarse con arreglo a su concepción clásica, sin dejar de tener en cuenta la evolución del derecho.

4. El Sr. SIMMA señala que la diferencia entre los recursos individuales en materia de derechos humanos y la protección diplomática no es tan marcada como parece. En algunos casos, un elemento de protección diplomática puede completar un recurso en materia de derechos humanos. Así, en el asunto *Soering*[2], el Gobierno alemán intervino en nombre de un nacional suyo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La doctrina reconoce además que existe un vínculo, al menos teórico, entre las dos instituciones.

5. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se pregunta si el hecho de que Alemania interviniera en el asunto *Soering*, mencionado por el Sr. Simma, permite llegar a la conclusión de que ejerciera efectivamente su protección diplomática. En su opinión, para responder a esa pregunta habría que estudiar previamente la relación entre los recursos individuales en materia de derechos humanos y la protección diplomática.

6. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) dice que es evidente que el ejercicio de la protección diplomática y el ejercicio de recursos en materia de derechos humanos deben distinguirse, y nadie ha pretendido nunca lo contrario. La protección diplomática se basa en normas secundarias, mientras que los derechos humanos constituyen normas primarias. Sin embargo, no deja de ser cierto que el derecho ha evolucionado, aunque sólo sea con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos[3], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que los nuevos derechos así conferidos al individuo quedan comprendidos sin duda en el campo de la protección diplomática.

7. El Sr. ECONOMIDES observa que la relación entre la protección diplomática y los mecanismos de recurso individuales no es tan sencilla. Hay que distinguir tres casos. En primer lugar, un recurso puede ejercerse por un individuo contra el Estado del que es nacional; ese caso no afecta en nada a la protección diplomática. En segundo lugar, un individuo puede ejercer un recurso contra un Estado extranjero, en cuyo caso hay un paralelismo, ya que el Estado puede ejercer su protección en beneficio de su nacional. Sin embargo, en la práctica, un gobierno no lo hará nunca y dejará que el interesado interponga su recurso. En tercer lugar, un Estado puede ejercer un recurso estatal en la esfera de los derechos humanos contra otro Estado, en un caso en que podría ejercer también su protección diplomática. Corresponde al Estado elegir la vía que desea utilizar, y la Comisión no debe examinar tal situación. Por ello, resulta demasiado sencillo decir que se trata simplemente de una oposición entre normas secundarias y normas primarias; la cuestión debe analizarse a fondo.

8. El Sr. KABATSI pregunta al Sr. Simma si, en el caso *Soering*, el Estado no ejerce su propio derecho y no los del individuo al que se subroga.

9. El Sr. SIMMA dice que ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden intervenir tres Estados: el Estado objeto de la demanda, el Estado que la presenta y el Estado cuya nacionalidad tiene la persona que presenta la demanda. Si, como en el asunto mencionado, se trata de este último Estado, cabe decir que hay un elemento de protección diplomática, porque se trata también de proteger derechos que se derivan para el individuo del Convenio europeo de derechos humanos.

10. El Sr. BROWNLIE señala que, aunque se admita que el sistema de recursos establecido en el marco del Convenio europeo de derechos humanos se inspira en gran parte en la protección diplomática, el Estado que interviene ante el Tribunal no se subroga al individuo de que se trate sino que interviene de una forma paralela, lo que explica que Estado e individuo tengan una representación distinta ante el Tribunal, como en el asunto *Loizidou* c. *Turquie*.

11. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que la cuestión de los trabajos sobre el tema depende en gran medida del equilibrio que la Comisión sepa encontrar entre el realismo y el idealismo que han caracterizado al derecho de la protección diplomática, cuyo desarrollo se ha hecho en diferentes épocas y siguiendo diferentes tendencias.

12. En un principio hubo una concepción clásica de un derecho bilateral, discrecional, que hacía del Estado el sujeto de derecho internacional a expensas de la parte realmente lesionada. Para limitar los abusos derivados de las desigualdades entre Estados, surgieron entonces la cláusula Calvo[4] y, más recientemente, las tentativas realizadas para dar a esa restricción una formulación nueva en los años setenta, en el marco de lo que se llamó el nuevo orden económico internacional. Sin embargo, se pudo

[2] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: arrêts et décisions*, vol. 161, decisión de 26 de enero de 1989 y fallo de 7 de julio de 1989, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1989.

[3] Resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

[4] Véase 2522.ª sesión, nota 3.

comprobar en tercer lugar el hecho curioso de que los mismos Estados que luchaban contra los abusos de la protección diplomática ante las instancias internacionales concertaban paralelamente acuerdos de fomento de las inversiones, dando al Estado del inversor el derecho a recurrir al arbitraje internacional o reconociendo ese mismo derecho a personas físicas o morales, es decir, haciendo a éstas sujetos de derecho internacional. Esta es la realidad que habrá que tomar en consideración si se quiere que la labor de la Comisión no sea puramente teórica.

13. Por otra parte, como se recuerda en el párrafo 34 del informe preliminar, se dispone ahora de una serie de grandes convenciones multilaterales en materia de derechos humanos que hacen del daño causado a un extranjero una violación de esos derechos. Sin embargo, al revés de lo que ha ocurrido con las inversiones, los medios de que disponen los individuos para obtener reparación han seguido siendo rudimentarios, lo que ofrece un contraste sorprendente entre la amplitud de los derechos humanos y el pequeño número de sujetos que pueden ejercerlos. Y ello no cambia mucho por el hecho de que se trate de obligaciones *erga omnes*. Se observa también que la práctica reciente de los Estados suele considerar las reclamaciones de los individuos desde el ángulo de las violaciones de derechos humanos más que en términos de protección diplomática, por lo menos si no se trata de inversiones. En realidad, los Estados no consideran que haya dos esferas que se excluyan mutuamente, sino más bien dos terrenos complementarios.

14. El Sr. Al-Khasawneh concluye diciendo que el trabajo emprendido por la Comisión debe orientarse esencialmente a codificar el derecho de la protección diplomática en su sentido tradicional. Los notables progresos realizados en la esfera de los derechos humanos no deben sustituir a esa concepción clásica como punto de partida de la reflexión. Ese trabajo debe proponerse también codificar y desarrollar progresivamente las normas secundarias, en el entendido de que la distinción entre normas primarias y normas secundarias no siempre es muy clara, como se ve en el caso de la norma de «manos limpias». El antiguo régimen de la protección diplomática ha superado la prueba del tiempo y su jurisprudencia es abundante, pero está en decadencia por el hecho de la aparición de normas de inversión más rigurosas y del desarrollo de los derechos humanos. Es precisamente la tensión entre esas tendencias la que da interés al tema.

15. El Sr. PELLET se felicita de que el Relator Especial haya planteado desde el principio en su informe preliminar muchas cuestiones importantes, que en su opinión corresponden a dos grandes problemáticas que va a tratar sucesivamente: la de las circunstancias históricas del nacimiento de la protección diplomática, de la ficción jurídica que es el origen de esa institución, y las relaciones de ésta con los derechos humanos, por una parte, y la de la naturaleza primaria o secundaria de las normas que la Comisión debe codificar y las relaciones del tema considerado con el de la responsabilidad de los Estados, por otra.

16. El Relator Especial ha hecho bien en recordar que la institución de la protección diplomática es inseparable de las dos grandes ideas antiguas en que se basa el derecho internacional contemporáneo: la soberanía del Estado y la responsabilidad internacional. Por ello, se remite con acierto, en el párrafo 6 de su informe preliminar, a Vattel[5], campeón de la soberanía triunfante del Estado. Esa idea de que el derecho internacional es ante todo un asunto entre Estados soberanos fue reafirmada con vigor en la decisión por la que concluyó el asunto *«Lotus»*[6], resuelto tres años después del asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, que había dado ocasión para expresar brillantemente la teoría «tradicional» de la protección diplomática.

17. Sin embargo, la indignación que manifiesta el Relator Especial ante la institución de la protección diplomática no está totalmente justificada. En primer lugar, se trataba de paliar los inconvenientes y las injusticias que padecían las personas físicas o morales. Lejos de ser una institución opresiva, la protección diplomática permitió corregir, al menos parcialmente, las injusticias de un sistema que reducía a la persona privada, tanto individuos como personas morales, no a la condición de sujeto de derecho internacional sino a la de objeto de violaciones de ese derecho. La protección diplomática no es tampoco en esencia discriminatoria, como se dice en el párrafo 8 del informe. Lo es en su ejercicio, que, por la naturaleza de las cosas, se reserva prácticamente a los Estados más poderosos. El Sr. Brownlie ha recordado al respecto que no hay que caricaturizar: la institución está a disposición de todos los Estados; sin embargo, hay que admitir que hay Estados «más iguales» que otros. En este sentido, es por otra parte un elemento del derecho de la responsabilidad —que, según Jessup, se deriva de la «diplomacia del dólar»— cristalizado esencialmente a finales del siglo XIX y principios del XX en las relaciones, muy desiguales, que mantenían Europa y América del Norte por una parte y América Latina por otra, es decir el tercer mundo de aquella época. Por otro lado, América Latina reaccionó ante las normas que se le imponían, como prueban la cláusula Calvo y la doctrina Drago[7].

18. Por último, la institución de la protección diplomática no supone tampoco, por sí misma, una amenaza para los derechos humanos. Al contrario, es un medio de garantizar su protección, aunque no sea ese su propósito principal y, cuando los derechos humanos han sido violados por un Estado en la persona del nacional de otro Estado, permite a éste intervenir a falta de otros mecanismos de protección. Por lo demás, el Relator Especial tal vez no tenga razón en situarse exclusivamente en el terreno de los derechos humanos, terreno que se encuentra a un nivel conceptual y práctico diferente. En efecto, la protección diplomática sirve también en otras esferas que no tienen nada que ver con los derechos humanos fundamentales, como la de la protección de intereses económicos privados, en donde coexiste con otros mecanismos que dan acceso directo a las personas privadas a la esfera del derecho internacional, por ejemplo el CIADI.

19. Esta aparición de la persona privada y, más ampliamente, del individuo en la esfera del derecho internacio-

[5] E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), *The Classics of International Law*, vol. III, Washington, D. C., Carnegie Institution of Washington, 1916.

[6] Fallo n.º 9, *1927, C.P.J.I., série A, n.º 10.*

[7] Véase *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 213, párr. 228.

nal no tiene mucho que ver con el dualismo entre órdenes jurídicos al que ataca el Relator Especial. Lo único que demuestran los ejemplos que cita en materia de derechos humanos —hubiera podido encontrar otros en la de las relaciones económicas internacionales— es que el individuo se ha convertido en sujeto de derecho internacional, opinión que comparte el Sr. Pellet, y que ello parece añadir un aspecto fundamental, sumamente pertinente, a la materia considerada.

20. Sin embargo, si el individuo se convierte así en sujeto de derecho internacional, cabe preguntarse si conviene conservar la «ficción jurídica» creada a finales del siglo XIX y principios del XX, y notablemente formulada por la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Esa ficción no tenía otra finalidad que proteger los intereses de las personas privadas, que era necesario admitir carecían de derechos en el plano internacional: se hacía «como si» el Estado, al subrogarse a sus nacionales, ejerciera un derecho propio. Cabe interrogarse sobre la pertinencia de esa ficción. En primer lugar, no se comprende por qué la expresión misma ha suscitado tantas pasiones, en la medida en que se sabe muy bien que el derecho está hecho de ficciones, es decir, de reconstrucciones normativas de la realidad. En ese caso concreto, la protección diplomática es una ficción porque el factor que la desencadena, es decir, la lesión de los intereses de una persona privada, se disfraza de otra cosa: la lesión de un derecho bastante inasible del Estado, que es el de hacer respetar el derecho internacional en la persona de su nacional. Aunque los juristas en el ámbito del derecho internacional estén acostumbrados a ella, la lógica del sistema parece bastante forzada, tanto más cuanto que el derecho no saca todas las consecuencias de ese postulado: aun dejando de lado la cláusula Calvo, de licitud dudosa y, en cualquier caso, totalmente incompatible con la ficción fundamental, e incluso dejando de lado también la exigencia del agotamiento de los recursos internos por la persona privada lesionada y no por el Estado, queda aún el ejemplo elocuente de la indemnización. Esto se evalúa en función del perjuicio sufrido por el particular y no por el Estado.

21. Para terminar su análisis de la ficción jurídica, el Sr. Pellet manifiesta tener una opinión dividida. El ideal sería sin duda reconocer que las personas privadas son sujetos de derecho internacional que tienen no sólo la capacidad sino también la posibilidad concreta de hacer valer directamente sus derechos en el plano internacional. Para ello habría que crear mecanismos internacionales eficaces y efectivos. Existen algunos mecanismos, especialmente en materia de derechos humanos o de protección de las inversiones, pero son excepciones. Por lo demás, puede pensarse que la antigua institución de la protección diplomática prestará grandes servicios aún y que hay que pensarlo dos veces antes de ponerla en tela de juicio. El Relator Especial, por su parte, propone levantar decididamente el velo. El Sr. Pellet aconseja prudencia: la Comisión haría mejor en distinguir claramente los dos aspectos de la materia, es decir el ejercicio del derecho protegido, por una parte, y el derecho mismo, por otra. Por consiguiente, debería ante todo reconocer claramente que el titular del derecho a ejercer la protección diplomática es indiscutiblemente el Estado cuya nacionalidad tiene la persona privada lesionada, quedando entendido que si existe un mecanismo internacional accesible a ésta el problema no se plantea. Luego tendría que reconocer que los derechos protegidos no son los del Estado sino los de la persona lesionada, persona que habrá que definir más exactamente en un informe próximo. Sin embargo, de todas maneras habría que reconocer firmemente que el Estado tiene el derecho discrecional a ejercer o no su protección.

22. El Relator Especial parece pensar en esa disociación. Se podría ser más claro todavía y declarar, en primer lugar, que la ficción en que reposa la fórmula del asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine* no tiene ya razón de ser y que, cuando ejerce su protección diplomática en favor de uno de los suyos, es el derecho de éste el que intenta hacer valer el Estado; en segundo lugar, que, a falta de instituciones que permitan a las personas protegidas actuar directamente en la esfera internacional, el Estado tiene el poder discrecional de ejercer o no su protección diplomática; y en tercer lugar, que la Comisión reflexionará *de lege ferenda* sobre los medios de alentar al Estado a ejercer su protección. Sin embargo, en este último aspecto, no podrá hacer más que formular deseos y recomendaciones, ya que está encargada de codificar el derecho internacional y desarrollarlo progresivamente, y no de revolucionarlo. En cuanto al movimiento orientado a reconocer a la persona privada la calidad de sujeto de derecho internacional, ha comenzado ya en gran parte. La idea de convertir la protección diplomática en derecho humano parece sin embargo prematura y, por lo demás, discutible, sobre todo por razones técnicas y jurídicas imperiosas, algunas de las cuales expuso el Sr. Hafner (2522.ª sesión).

23. Por lo que se refiere a las relaciones entre la protección diplomática y la responsabilidad de los Estados, la primera cuestión que se plantea es la de la necesidad de atenerse a las normas secundarias o de invadir también las normas primarias. Recordando que la distinción entre unas y otras no es evidente, el Sr. Pellet dice estar seguro de que sería mucho más conveniente atenerse muy estrictamente al enfoque general adoptado por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, para el estudio de la responsabilidad de los Estados. En primer lugar, como señaló el Relator Especial, Sr. Crawford, en la sección B.1 del capítulo II de su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7)[8], el artículo primero del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, redactado por el Sr. Ago[9], fue un rasgo de genio, ya que eliminaba de la definición de la responsabilidad internacional el daño. El Sr. Ago tuvo también otro rasgo de genio, consistente precisamente en pasar de las normas llamadas «primarias» a las normas «secundarias», en interesarse no por las violaciones del derecho por sí mismas, sino únicamente por sus consecuencias; es decir, en definitiva, por el tema que había que examinar, ya que esas consecuencias constituyen la responsabilidad internacional: poco importa la norma infringida, la consecuencia es siempre que el infractor es responsable. Con respecto a la protección diplomática habría que adoptar ese mismo método.

24. A ese respecto, la manera en que están redactados los párrafos 60 a 64 del informe preliminar es más bien

[8] Véase nota 1 *supra*.

[9] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 176, doc. A/9010/Rev.1, párr. 58.

inquietante. Así, el Relator Especial remite a la decisión del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el asunto A/18[10], decisión que parece claramente indefendible en relación con el derecho actual. El «método Ago» resulta tanto más indispensable porque la casi totalidad de la doctrina en lenguas románicas hace del tema de la protección diplomática la prolongación del de la responsabilidad. Para el Sr. Pellet, sería incluso parte integrante de él y hubiera debido constituir un elemento de la tercera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[11]. En efecto, la protección diplomática es uno de los medios de hacer efectiva esa responsabilidad. Incluso es el único cuando no hay convención que permita a la persona privada ejercer directamente sus derechos en el plano internacional en caso de perjuicio resultante de un hecho internacionalmente ilícito, acontecimiento que —conviene recordar— compromete siempre la responsabilidad del Estado autor.

25. Para terminar, el Sr. Pellet explica cómo se articulan en su opinión los temas de la protección diplomática y de la responsabilidad de los Estados. En primer lugar, se relacionan en el plano del razonamiento: el Estado es responsable de toda violación del derecho internacional que cometa o que pueda atribuírsele, como se dice en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Si se cumple esa primera condición, se produce cierto número de consecuencias (segunda parte del proyecto), de las que la principal es la obligación de reparar. La reparación no plantea problemas si el hecho internacionalmente ilícito del Estado responsable ha causado un daño a otro Estado (dejando de lado la hipótesis del crimen internacional), caso en que se sigue estando en la esfera de las relaciones entre Estados. Sin embargo, plantea un problema cuando la parte lesionada no es otro Estado sino una persona privada que, salvo excepciones todavía raras, no tiene capacidad para actuar en el plano internacional. Precisamente a ese nivel interviene la protección diplomática, que por lo tanto aparece como una prolongación, una consecuencia, un elemento particular del derecho de la responsabilidad de los Estados. Siendo así, sería prudente no rechazar los dos rasgos de genio que caracterizan el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados elaborado por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, como parecerían sugerir algunas formulaciones que figuran al final del informe que se examina.

26. El Sr. HAFNER señala dos puntos delicados que el debate ulterior debería precisar. En primer lugar, si, después de concertar dos Estados un tratado que prevea la obligación del Estado A de adoptar una legislación relativa a los nacionales del Estado B, el Estado A incumple su obligación, la reclamación del Estado B ¿corresponde al ejercicio de la protección diplomática o a un derecho propio del Estado? En esta última hipótesis, el tratado no habría conferido ningún derecho inmediatamente aplicable a los individuos interesados, y la protección diplomática sólo podría ejercerse cuando hubiera habido infracción de un derecho que les reconociera la legislación interna del Estado A. En segundo lugar, este punto influirá en la cuestión de si la medida de la reparación corresponde al derecho de la responsabilidad o al de la protección diplomática. En su opinión, convendría tratar la situación que se ha descrito *supra* en el contexto de la responsabilidad, quedando entendido que se debería tener en cuenta la relación entre ambas esferas.

27. El Sr. PELLET observa sobre el primer punto que el análisis basado en la jurisprudencia de la CPJI, según la cual un tratado relativo al trato de los extranjeros sólo daría derecho a los Estados contratantes, es inexacto en la época contemporánea. En el plano de las relaciones entre Estados, cada Estado parte en el acuerdo tiene derecho a que los otros Estados contratantes cumplan las condiciones previstas en él, pero, en las relaciones entre el Estado A y los nacionales del Estado B, ese tratado, en la medida en que se refiera al trato de extranjeros, da a éstos derechos que justifican el ejercicio de la protección diplomática a falta de un mecanismo internacional adecuado. Sobre este segundo aspecto, es verdad que la protección diplomática es un medio de aplicar las normas relativas a la responsabilidad de los Estados en caso de daños mediatos y que establece el vínculo entre el hecho internacionalmente ilícito y sus consecuencias, es decir, primero la obligación de reparar. El cálculo de la reparación, por su parte, es una ilustración sorprendente de la ficción en que se basa la institución, ya que la reparación debida al Estado por derechos que, se supone, le pertenecen se mide en función del daño sufrido por sus nacionales.

28. El Sr. ECONOMIDES señala que, en la época contemporánea, la protección diplomática puede ser utilizada todavía por los Estados poderosos, pero éstos consiguen arreglar la cuestión de una manera diplomática sin tener que recurrir a instancias internacionales, a las que, por el contrario, acuden los pequeños Estados; los dos asuntos célebres, *Concessions Mavrommatis en Palestine* y *Ambatielos*[12], fueron suscitados por Grecia, parte demandante. Por otro lado, piensa que la importancia dada al concepto de ficción es excesiva. La protección diplomática apareció concretamente después de la conclusión de los primeros acuerdos de establecimiento que daban por escrito derechos a los particulares. En caso de lesión de esos derechos, el individuo, objeto del derecho internacional, no tenía otro recurso que dirigirse a los tribunales del Estado de acogida, pero el Estado de envío, directamente lesionado por la violación del tratado, consideraba que, al haber sufrido un daño, tenía interés por actuar. Mucho más tarde vino la construcción teórica de la ficción.

29. El Sr. ELARABY, recordando los abusos de las grandes Potencias que han caracterizado la historia de la protección diplomática, dice que, cualquiera que sea el resultado de sus trabajos, la Comisión deberá dedicarse a colmar algunas lagunas para no dejar a los Estados poderosos la posibilidad de emprender determinadas acciones contra Estados más débiles. Además, tendrá que prestar atención al desarrollo desigual, en el tiempo y según los países, de las normas en materia de derechos humanos, a fin de no crear una mayor necesidad de intervención.

30. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) admite que algunos abusos del ejercicio de la protección diplomática han marcado históricamente a la institución, pero que la

[10] Véase 2520.ª sesión, nota 7.

[11] Ibíd., nota 8.

[12] Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1953*, pág. 10. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 37.

finalidad de ésta no es criticable en sí misma. Por otra parte, si ha mencionado los derechos humanos es para mostrar que, paralelamente a la cuestión de las inversiones, la persona humana es cada vez más destinataria directa de algunas normas de derecho internacional. Sin embargo, el estudio de la protección diplomática no tiene por objeto definir los derechos de que se trata.

31. El Sr. Sreenivasa RAO observa ante todo que la Comisión debería tener en cuenta la evolución histórica experimentada por la institución de la protección diplomática y tratar de apartarse de la ficción, reconociendo a la persona un papel tan directo como sea posible en la relación estudiada, ya que los Estados pueden actuar esencialmente en el marco de la responsabilidad de los Estados, a reserva de condiciones y parámetros propios de esta esfera. La consideración de la evolución histórica le lleva por otra parte a preguntarse por la posibilidad de que la Comisión se atenga efectivamente al estudio de las normas secundarias de la protección diplomática. A ese respecto, espera nuevas orientaciones del Relator Especial. Por último, desearía, a propósito del vínculo de nacionalidad, que el Relator Especial puntualizara el sentido de la última frase del párrafo 60 del informe preliminar, al menos en su versión inglesa.

32. El Sr. ROSENSTOCK hace suyas las reservas expresadas por el Sr. Pellet sobre los párrafos 60 a 64 del informe preliminar. Subraya además que el concepto de protección diplomática debe entenderse como la formulación por el Estado de sus reclamaciones, ya que la aparición progresiva de nuevos instrumentos y mecanismos no ha transformado fundamentalmente su naturaleza. Estudiar el tema desde una perspectiva contemporánea puede suponer, por ejemplo, releer el asunto *Nottebohm* fijándose más en los derechos humanos y en la necesidad de evitar la apatridia, y llevar quizá a la elaboración de criterios diferentes. En cambio, sería inoportuno que los miembros de la Comisión reabrieran el debate sobre puntos de desacuerdo destacados que, por lo demás, sólo tienen un carácter accesorio en relación con la cuestión de la protección diplomática en sentido estricto. Tal fue, por otra parte, el sentido de la decisión adoptada en el 49.º período de sesiones de limitar el tema a la codificación de las normas secundarias.

33. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) considera por el contrario muy útil, en el primer período de sesiones dedicado al examen del tema de la protección diplomática con miras a su codificación, recordar su historia, incluidos los posibles abusos a que pudo dar lugar su ejercicio, así como sus límites. No hay que temer el debate teórico, ni las oposiciones doctrinales expresadas en la fase de examen preliminar, ya que ello evitará tropezar ulteriormente con oposiciones de fondo.

34. Pasando a hacer el resumen del debate sobre el tema de la protección diplomática, el Sr. Bennouna señala que la mayoría de los oradores ha reconocido que esta institución se desarrolló en una época dada de la historia y que la construcción jurídica en que se basa tuvo en cuenta la situación del derecho internacional tal como era antes de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. Las perversiones y abusos de que fue objeto la institución reflejan el carácter profundamente desigual de las relaciones internacionales de la época y, sobre todo, la ausencia, al lado de la soberanía de los Estados, de contrapesos como los derechos de los pueblos o los de las personas privadas.

35. Todos los que han intervenido han subrayado la importancia de la protección diplomática y su actualidad como medio de defensa de las personas víctimas de una denegación de justicia en algún orden jurídico nacional, y de ahí la necesidad de reforzar su función en la garantía de los derechos de los particulares. Desde ese punto de vista, la protección diplomática y los mecanismos de protección de los derechos humanos son complementarios en la promoción del predominio del derecho y en el trato que se da a las personas privadas. Hoy se asiste ya a un proceso de modernización de la protección diplomática conforme con la evolución del derecho internacional, desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, se trata de codificar un tema que está maduro para ello, pero también de situarlo en el contexto histórico contemporáneo.

36. En efecto, en nuestros días, algunos derechos se reconocen directamente a las personas privadas en el plano internacional. Esos derechos, la persona privada los tiene en su origen y los conserva intactos, pero pueden ser defendidos por el Estado nacional por medio de la institución de la protección diplomática. Por ello, del debate se deduce que hay que considerar que, de conformidad con la jurisprudencia y la doctrina tradicionales, el Estado nacional tiene una competencia discrecional en virtud del vínculo de nacionalidad, pero teniendo en cuenta esos derechos nuevos de la persona, al ejercer la protección diplomática el Estado no defiende automáticamente y en todos los casos imaginables su propio derecho. Por ello, se ha propuesto responder a la pregunta hecha en el párrafo 54 del informe preliminar con una distinción entre, por una parte, el derecho que corresponde a la persona privada, cuando es la destinataria directa de determinadas normas de derecho internacional, o al Estado, y por otra, el ejercicio de ese derecho, que corresponde en todos los casos imaginables a la competencia discrecional del Estado nacional. Sin duda comienza a surgir, en el nivel de las constituciones nacionales, cierto derecho de la persona a gozar de la protección de su Estado nacional, pero hay que reconocer que esa obligación no existe todavía en derecho internacional. Con asistencia de la secretaría, la Comisión procurará pedir a los Estados que le informen sobre el estado de su legislación al respecto.

37. La persona privada dispone además de la posibilidad de acceder a instancias internacionales, incluidos los tribunales arbitrales, y el Estado puede siempre tomar la defensa de esa persona y hacer valer sus derechos a través de los procedimientos de que disponga con respecto al país de acogida. El Relator Especial tratará de puntualizar en el futuro las relaciones que existen entre esos recursos diferentes. Se ha observado a este respecto que las fronteras entre algunas categorías jurídicas utilizadas para delimitar el tema en el 49.º período de sesiones de la Comisión no son herméticas ni rígidas, sobre todo en lo que se refiere a las distinciones entre daño directo y daño indirecto y entre normas primarias y normas secundarias. En lo que se refiere a esta segunda distinción, y para responder a la pregunta formulada en el párrafo 65 del informe preliminar, la tendencia dominante en la Comisión es considerar que la referencia, por necesidades del tema, está integrada sólo por las normas secundarias, pero que debe tratarse el tema teniendo presentes las interfe-

rencias inevitables con las normas primarias, que es preciso tener en cuenta para responder a preguntas relativas, por ejemplo, a los derechos afectados, la nacionalidad o los nacionales interesados, la norma de las «manos limpias», etc. Del debate se deduce que la prudencia no consiste en reproducir el pasado sino en leerlo desde la perspectiva actual.

38. Para terminar, el Relator Especial desea puntualizar que las observaciones que ha hecho sobre la secretaría de la Comisión no deben interpretarse como críticas sino, por el contrario, como un llamamiento dirigido al Secretario General para que refuerce los medios de la División de Codificación a fin de permitirle hacer frente a la excesiva carga de trabajo que tiene que asumir, por cuenta, sobre todo, de la Comisión.

39. El Sr. PELLET opina que las expresiones «daño directo» y «daño indirecto» son peligrosas en el marco de la responsabilidad de los Estados y que se trata, en el tema que se examina, de la dicotomía daño mediato-daño inmediato. Por otra parte, aun estando firmemente convencido de que no existe en derecho internacional un derecho a la protección diplomática, se pregunta sin embargo si, en caso de violación grave de los derechos humanos, el Estado que no ejerciera su protección diplomática no infringiría no obstante una norma de derecho internacional general.

40. El Sr. MELESCANU opina que la noción de denegación de justicia empleada por el Relator Especial debe comprenderse en el sentido general de esa expresión. Piensa además que, si existe en algunas constituciones nacionales la obligación de conceder la protección diplomática, es muy dudoso que sea una obligación de derecho internacional, y de ahí la necesidad de redactar cuidadosamente al respecto el cuestionario que se dirija a los Estados.

41. El Sr. KUSUMA-ATMADJA manifiesta estar de acuerdo en conjunto con las conclusiones del Relator Especial, siempre que se incorporen los puntos planteados por otros oradores, especialmente el Sr. Pellet. Por otra parte, desearía que se aclarasen los conceptos de construcción o ficción jurídica y la distinción entre «individuo» y «persona». Por último, citando tres asuntos en que Indonesia ha concedido el pasado año su protección diplomática a nacionales indonesios, subraya que un «derecho blando» *(soft law)* puede resultar más eficaz en algunos casos.

42. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) puntualiza que, en lo que se refiere a la continuación de los trabajos de la Comisión sobre el tema, las conclusiones que ha presentado son las que deduce personalmente del debate. Ahora es preciso que la CDI, quizá en el marco de la elaboración de su informe a la Asamblea General, deduzca algunas conclusiones preliminares propias, oriente los debates de la Sexta Comisión con respecto a algunas cuestiones y prepare el cuestionario que deberá dirigirse a los Estados Miembros.

43. El PRESIDENTE insiste en la necesidad de que la Comisión respete el programa de trabajo que ha presentado a la Asamblea General.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2524.ª SESIÓN

Martes 5 de mayo de 1998, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/483, secc. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558)

[Tema 7 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial para el tema de los actos unilaterales de los Estados a que presente su primer informe (A/CN.4/486).

2. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que la Comisión tiene ante sí, en cumplimiento de la petición que hizo en el 49.º período de sesiones[2], su primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados. Espera recibir de los miembros comentarios y observaciones que le sirvan en la futura preparación de un informe de fondo para el próximo período de sesiones.

3. El primer informe, que tiene carácter de introducción al tema, refleja gran parte de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados ya expuestas en la Sexta Comisión (A/CN.4/483, secc. F). Se basa en la labor anterior de la CDI y, en especial, en las conclusiones incluidas en el informe del Grupo de Trabajo establecido en el 49.º período de sesiones de la CDI[3]. Hay muchos trabajos doctrinales sobre los actos unilaterales de los Estados en general y los actos unilaterales jurídicos en particular, pero no son necesariamente coincidentes en cuanto a su enfoque. Por consiguiente, el primer informe tiene por finalidad principal la sistematización del estudio de esos actos, conforme a la metodología propuesta.

4. La CPJI y la CIJ, que en varias ocasiones han examinado declaraciones unilaterales de los Estados, han lle-

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 213.

[3] Ibíd., cap. IX, secc. B.

gado a la conclusión de que son obligatorias, independientemente de que se ubiquen o no en la esfera convencional (asunto *Statut juridique du Groënland oriental*). En otros dos asuntos, la CIJ ha sostenido que existían declaraciones jurídicas unilaterales (asuntos *Essais nucléaires*), mientras que en otros se habían hecho declaraciones políticas que no tenían ninguna fuerza jurídica (asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* y asunto *Différend frontalier*).

5. En cuanto al alcance del tema, en el primer informe se ha considerado que no es posible llevar adelante una labor de codificación y desarrollo progresivo de las normas aplicables al funcionamiento de una categoría específica de actos unilaterales jurídicos del Estado sin elaborar una definición o, por lo menos, los elementos de una definición. En particular, es fundamental decidir si el acto unilateral que puede ser objeto de codificación y desarrollo progresivo es un acto unilateral formal, es decir, una declaración que sería al derecho de los actos unilaterales (si se considera que existe tal rama del derecho internacional) lo que es un tratado al derecho convencional internacional.

6. El capítulo I del primer informe trata de la existencia de los actos unilaterales del Estado y el capítulo II estudia los actos jurídicos puramente unilaterales del Estado. Esta última calificación se ha utilizado por comodidad para diferenciarlos de los actos no autónomos o dependientes, en relación con los cuales ya existen reglas aplicables a su funcionamiento.

7. No cabe duda, como se refleja en la práctica internacional y en la doctrina general, de que los actos unilaterales existen en derecho internacional. El Estado realiza una serie de actos unilaterales muy diversos en sus relaciones exteriores: algunas veces políticos, otras jurídicos y muchas veces indeterminados, pero, en todo caso, actos que tienen un efecto importante en el ámbito internacional. El tema obliga a una delimitación previa de los actos que están fuera de la esfera o del ámbito de los puramente unilaterales o autónomos y, a la vez, a una limitación ulterior que conduce a tratar de establecer criterios para la determinación de esta categoría de actos. Es importante subrayar que, así como no todos los actos convencionales entran en la esfera del derecho de los tratados, no todas las declaraciones unilaterales entran en la esfera exclusiva del derecho de los actos unilaterales. En la introducción del informe se hace una distinción entre los actos unilaterales no jurídicos —o actos políticos—, los actos jurídicos unilaterales de las organizaciones internacionales y los comportamientos, actitudes y acciones del Estado que, si bien son realizados voluntariamente, no se hacen con la intención de producir determinados efectos jurídicos.

8. El propósito del informe es tratar de llegar a una definición del acto puramente unilateral para preparar informes más precisos sobre las reglas relativas a la elaboración, la validez, los efectos, la nulidad, la interpretación, la revocación o la modificación de esos actos. A tal fin, la Comisión deberá tener en cuenta, en una suerte de planteamiento paralelo, el derecho de los tratados y, en particular, la metodología que utilizó cuando estudió el derecho de los tratados, sin pasar por alto, desde luego, la especificidad propia de los actos unilaterales.

9. En la introducción del primer informe, en la que se intenta una primera delimitación, se consideran en primer lugar los actos políticos. Por supuesto, la determinación de la naturaleza de un acto realizado por un sujeto de derecho internacional, en particular el Estado, no es una labor fácil. Un acto político puede ser puramente político si produce sólo efectos políticos y no produce, en consecuencia, efectos jurídicos, lo que es apreciable en la práctica de los Estados. Pero nada parece impedir que un acto aparentemente político, formulado fuera del contexto de negociaciones y en un marco político desprovisto de formalidades propias al acto jurídico internacional, pueda contener elementos jurídicos que vinculen al Estado. La intención del Estado es esencial para la determinación de la naturaleza del acto unilateral. Corresponderá a los tribunales interpretar si un Estado, al realizar un acto político, tiene la intención de contraer obligaciones de carácter jurídico. Eso es lo que puede verse en los asuntos *Essais nucléaires* y en las decisiones adoptadas por la CIJ, en las que infirió que las declaraciones políticas formuladas fuera del contexto de negociaciones pueden contener elementos jurídicos que vinculen al Estado.

10. En consecuencia, deben excluirse del ámbito del informe los actos que se consideran puramente políticos, es decir, que producen sólo efectos políticos. Obviamente, esos actos políticos no carecen de valor importante en las relaciones internacionales. Los Estados pueden contraer compromisos políticos a través de esos actos, que van a regular su comportamiento en el plano internacional, y si bien el incumplimiento de tales actos no genera sanciones jurídicas, la responsabilidad política del Estado estará en juego, afectando su credibilidad y, por ende, su participación en las relaciones internacionales. No se pueden equiparar estrictamente los compromisos políticos y los compromisos jurídicos, pero sí se puede encontrar un elemento común en ellos: ambos regulan el comportamiento del Estado en las relaciones internacionales, aunque puedan tener consecuencias diferentes, especialmente en caso de incumplimiento.

11. También se excluyen del primer informe los actos jurídicos unilaterales de las organizaciones internacionales, aun reconociendo que el tema merece una atención particular. Esos actos sin duda existen, como se puede observar en una práctica cada vez más nutrida. Sin embargo, los actos unilaterales de las organizaciones internacionales están fundamentados en la voluntad de los Estados reflejada en los instrumentos constitutivos de esas organizaciones, en las competencias que los propios Estados confieren a las organizaciones y que pueden generar obligaciones. Eso es también lo que los diferencia de los actos unilaterales del Estado, que sólo pueden crear, en principio, derechos en favor de terceros. Del estudio de la doctrina y del examen de la práctica de las organizaciones internacionales, al menos las de carácter universal, se puede concluir que existe una variedad importante de actos formulados mediante resoluciones: a veces se trata meramente de textos recomendatorios, otras de decisiones con efectos jurídicos diferentes. Los actos unilaterales formulados mediante resoluciones que tienen carácter de decisiones son vinculantes, como los que se relacionan con el funcionamiento de la organización o los que se dirigen, en particular, a un órgano subsidiario y que también pueden tener un valor jurídico.

Otros, que tienen carácter de recomendaciones y van dirigidos a los Estados, aunque no son vinculantes, tienen mucho que ver con el derecho internacional, sobre todo en lo que se refiere a la formación de las normas consuetudinarias. Otros actos unilaterales, poco estudiados por la doctrina, son los actos realizados por la máxima autoridad administrativa de la organización en el ejercicio de sus competencias, no sólo los que tienen un carácter interno, sino también los que guardan relación con uno o más Estados o con la comunidad internacional en su conjunto.

12. Esta breve reseña refleja la complejidad del tema y pone de relieve las dificultades que se plantean para elaborar normas comunes aplicables a los Estados y a las organizaciones internacionales, especialmente en cuanto se refiere al carácter vinculante de los actos unilaterales. Aunque los Estados y las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional, existen diferencias importantes entre ellos respecto de sus competencias y de la realización de sus actos, lo cual hace necesario, al menos por ahora, separar del examen de los actos unilaterales de los Estados el de los actos realizados por las organizaciones internacionales.

13. Del primer informe se excluyen también los actos unilaterales del Estado que se relacionan con la responsabilidad internacional, tema que la Comisión está tratando a partir del primer informe sobre la responsabilidad de los Estados presentado por el Relator Especial, Sr. Crawford (A/CN.4/490 y Add.1 a 7)[4], y el primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas presentado por el Relator Especial, Sr. Sreenivasa Rao (A/CN.4/487 y Add.1)[5]. Esto no significa que los actos relacionados con la responsabilidad internacional no tengan que ver con los actos unilaterales, ya que aquellos son igualmente unilaterales, aunque algunos sean contrarios al derecho internacional y otros no. Las declaraciones unilaterales formuladas por un Estado que puedan tener efectos jurídicos internacionales guardan una relación directa con la cuestión de la responsabilidad internacional. La exclusión está relacionada, más que con los actos unilaterales mismos, con el tema de la responsabilidad.

14. En el capítulo I del primer informe, referente a la existencia de los actos unilaterales de los Estados, se aborda el examen de la cuestión fundamental de las fuentes del derecho internacional y de las fuentes de las obligaciones internacionales que permiten distinguir el acto jurídico formal de la norma jurídica que crea ese acto, y ello a fin de centrar los comentarios en la declaración unilateral como acto jurídico mediante el cual se crean normas jurídicas, en particular obligaciones, a cargo del Estado declarante. La declaración unilateral es un acto jurídico formal mediante el cual se pueden crear normas jurídicas y que, por lo tanto, puede ser objeto de reglas específicas aplicables a su funcionamiento. Se ha considerado importante examinar con mayor detenimiento la declaración como acto jurídico formal del Estado, independientemente de su contenido, lo cual guarda relación con la última parte del informe, que se refiere al establecimiento de los criterios para determinar el carácter puramente unilateral de ciertos actos jurídicos del Estado. También en este caso la distinción entre la declaración formal y la norma que contiene puede facilitar el examen de los actos unilaterales del Estado. Ello no significa, sin embargo, que la apreciación de una declaración unilateral para determinar su carácter autónomo o independiente no tenga en cuenta el acto sustantivo.

15. En el capítulo I también se hace referencia a los diversos actos sustantivos del Estado para tratar de determinar cuáles pueden situarse fuera de la esfera convencional y, por tanto, requerir reglas específicas que regulen su funcionamiento. Los actos unilaterales relacionados con el derecho de los tratados entran, sin mayor dificultad, en la esfera convencional, por lo que se les aplicarán las reglas correspondientes, en particular la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (denominada en adelante «Convención de Viena de 1969»). Esos actos serán, concretamente, la firma, la ratificación, la formulación de reservas e incluso las declaraciones interpretativas.

16. De la misma forma, se excluyen los actos relacionados con la costumbre, aunque, sin duda, los actos unilaterales tienen una gran importancia a este respecto. En efecto, cabe destacar que el acto unilateral del Estado puede formar parte del proceso de formación de una norma consuetudinaria, pero a la vez ese acto unilateral puede ser autónomo si se dan las condiciones necesarias para considerarlo como un acto autónomo o puramente unilateral. En cualquier caso, se señala en el primer informe que, en el proceso de formación de la costumbre, el acto unilateral forma parte de un proceso consensual tácito, ya que esos actos son fundamentalmente reacciones ante otros actos ya existentes.

17. Otra categoría de actos unilaterales aparentemente autónomos que se excluyen del primer informe es la de los actos que constituyen el ejercicio de un poder conferido por la disposición de un tratado o por una regla de derecho consuetudinario. Tal es el caso, por ejemplo, de los actos unilaterales del Estado relacionados con el establecimiento de zonas marítimas y, en particular, de los relacionados con el establecimiento de la zona económica exclusiva, que generalmente está contenido en un acto jurídico interno. En estos casos, aunque crean derechos a favor del Estado declarante y obligaciones a cargo de terceros Estados, esos actos son válidos en el derecho internacional. Esta afirmación ha hecho necesario incluir en el informe una observación general sobre los actos jurídicos unilaterales internos del Estado no vinculados con normas preexistentes, es decir, la legislación interna y sus efectos jurídicos extraterritoriales.

18. A este respecto, parece importante subrayar que los actos jurídicos no pueden crear obligaciones para terceros Estados que no han participado en su elaboración, lo que corresponde a principios establecidos del derecho internacional, a menos que esos terceros Estados las acepten. Los actos jurídicos unilaterales internos del Estado, sin lugar a dudas, tienen que ver con el derecho internacional; así ocurre, por ejemplo, en lo que respecta a la formación de la costumbre o cuando los actos están relacionados con el derecho de los tratados, especialmente cuando se refieren al perfeccionamiento de compromisos internacionales. En consecuencia, la legislación del Estado no puede

[4] Véase nota 1 *supra*.

[5] Ibíd.

tener un alcance extraterritorial, es decir, crear obligaciones a cargo de terceros Estados que no han participado en su elaboración.

19. Además, deben descartarse los actos jurídicos unilaterales del Estado que por su propia naturaleza forman parte de una relación convencional, como la oferta y la aceptación o las declaraciones unilaterales simultáneas que se ven en la práctica internacional y que conforman una relación convencional a la que se aplicarán las reglas ya existentes.

20. Cabe hacer una breve observación sobre la regla de los actos propios o *estoppel*, figura procesal de origen anglosajón relacionada con la prueba que tiene cabida en el derecho internacional, según la doctrina y la jurisprudencia, pero que los órganos jurisdiccionales internacionales, si bien la han considerado en varias ocasiones, rara vez la han utilizado para fundamentar una decisión. Cabe remitir a este respecto, a título complementario, al asunto *Corvaia*, entre Italia y Venezuela en 1903[6]. La doctrina internacional acepta en general el término *estoppel*, aunque algunos autores consideran improcedente traspasar un concepto de orden interno al orden internacional, cuando ya existen reglas generales aplicables. La jurisprudencia, por su parte, parece haberlo considerado solamente en su forma restrictiva, es decir el *estoppel* por representación. Así se puede apreciar, entre otros, en el asunto *Statut juridique du Groënland oriental*, los asuntos relativos al *Plateau continental de la mer du Nord*[7], el asunto *Temple de Préah Vihéar*[8], el asunto *Nottebohm* y el asunto *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*[9] y la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*[10]. El *estoppel* en sí no interesa al estudio de los actos unilaterales, aunque ciertamente los comportamientos o acciones del Estado que permiten su invocación guardan una aparente relación con los actos jurídicos unilaterales. Sin embargo, si bien es cierto que es importante tenerlos en cuenta al estudiar los actos jurídicos unilaterales, los comportamientos del Estado que permiten a otro Estado invocar el *estoppel* en un proceso son de naturaleza distinta. El *estoppel* se refiere a actitudes o comportamientos que crean cierta expectativa en un tercer Estado, el cual, basándose en ello, adopta una actitud que le causa un perjuicio o un daño. Cabe destacar que una representación de cosas susceptible de permitir la invocación del *estoppel* en un proceso puede emanar de un acto positivo o de una actitud pasiva, como el silencio. En el *estoppel* lo que más importa es la apreciación objetiva del tercer Estado, es decir, saber si ese Estado ha podido fiarse de la intención que podía desprenderse de la actitud del primer Estado. Si bien existe cierta similitud entre los comportamientos y actos que pueden permitir invocar el *estoppel*, la declaración unilateral es un acto jurídico formal realizado precisamente con la intención de producir efectos jurídicos, lo que no parece ser el caso de los comportamientos y actitudes que se relacionan con el *estoppel*. Es más, la declaración unilateral obligaría al Estado a partir del momento de su formulación. En el caso del *estoppel*, el efecto no dimana de la voluntad del Estado que asume el comportamiento, sino de la representación que el tercer Estado se hace de la voluntad del autor. El comportamiento del tercer Estado es fundamental, mientras que en el caso del acto unilateral sustantivo, como la promesa, según indicara la CIJ en sus fallos en los asuntos *Essais nucléaires*, el comportamiento del destinatario no determina su carácter obligatorio. Es interesante, a este respecto, ver que algunos autores consideran que el *estoppel* en los asuntos *Barcelona Traction*, *Emprunts serbes*[11] y *Plateau continental de la mer du Nord*, se interpretó como un modo especial de establecimiento de una relación convencional.

21. Finalmente, en el primer informe se descartan expresamente ciertos comportamientos o actitudes del Estado que no son actos jurídicos formales, aunque pueden producir efectos jurídicos, como el silencio, que es una inacción del Estado o, según señalan algunos, una forma de manifestación del consentimiento. El silencio es una actitud pasiva que en la mayoría de los casos se traduce en un asentimiento tácito. No es un acto puramente unilateral en el sentido del tema que se examina, puesto que no puede tener un efecto autónomo ni crear una relación jurídica nueva ni, menos aún, constituir un acto jurídico unilateral formal equiparable a una declaración unilateral. Lo mismo puede decirse de la notificación que, independientemente de que sea o no un acto jurídico —aunque el Relator Especial comparte la idea de que no produce efectos *per se*—, no es autónoma formalmente, pues se refiere a un acto preexistente.

22. El capítulo II se refiere a los criterios que determinan el carácter puramente unilateral del acto jurídico y el fundamento de su carácter vinculante, con objeto de facilitar la definición del acto puramente unilateral. Ese acto, que puede producir efectos en el plano internacional, debe ser considerado como la expresión única de la voluntad de uno o más Estados, es decir, que hay que reconocer la existencia de actos unilaterales individuales o colectivos. Se trata de actos que cabe llamar heteronormativos, es decir, que producen efectos y, en particular, crean derechos en favor de terceros que no han participado en su elaboración. Pero ese criterio no es suficiente para determinar si esos actos son autónomos, independientes o puramente unilaterales. Es preciso pensar en términos no sólo de imputabilidad única, sino también de la autonomía del acto y de la autonomía de la obligación que contrae el Estado declarante. El acto jurídico puramente unilateral debe ser independiente, autónomo, con respecto a toda manifestación de voluntad anterior, simultánea o posterior. De lo contrario, serían actos formalmente unilatera-

[6] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (n.° de venta: 60.V.4), págs. 609 y ss., en particular pág. 633.

[7] Fallo, *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 3. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: S.92.V.5), pág. 100.

[8] Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 6. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: S.92.V.5), pág. 81.

[9] Excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1964*, págs. 6 y ss., en particular págs. 24 y 25. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: S.92.V.5), pág. 93.

[10] Fallo, *C.I.J. Recueil 1960*, pág. 192. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: S.92.V.5), pág. 77.

[11] Fallo n.° 14, *1929, C.P.J.I., série A, n.° 20.*

les que entrarían en la esfera del derecho de los tratados. Además, como se señala claramente en el informe, la autonomía de la obligación es un criterio determinante para establecer su carácter puramente unilateral.

23. Todo acto jurídico crea, por su estructura misma, derechos y obligaciones, y un acto unilateral, por supuesto, crea obligaciones a cargo del Estado que lo realiza y derechos en favor de terceros. Pero la obligación en ese caso no nace en el momento de la aceptación ni de cualquier comportamiento ulterior del tercer Estado, sino cuando el Estado que formula la declaración o realiza el acto unilateral entiende comprometerse y adquirir esa obligación jurídica internacional, lo que sin duda es posible al ejercer el poder de autolimitación que le confiere el derecho internacional. La autonomía de la obligación tiene consecuencias prácticas importantes. Como se advierte en el informe, el juez, cuando examina la existencia de un acto puramente unilateral y determina sus efectos jurídicos, estudia la formulación del acto y no el comportamiento del otro Estado, aunque éste pueda adquirir derechos, como bien señaló la CIJ en los fallos correspondientes a los asuntos *Essais nucléaires*.

24. En el capítulo II se hace referencia a la fundamentación del carácter obligatorio de los actos unilaterales del Estado. En primer lugar, así como ocurre en el derecho convencional, en virtud del cual todo tratado debe ser cumplido de buena fe, la declaración unilateral también debe ser respetada de la misma manera. La necesidad de la confianza mutua y de una seguridad jurídica internacional hace que la buena fe sea también considerada como fundamental para el carácter obligatorio de los actos unilaterales de los Estados. Por lo demás, en los fallos de la CIJ en los asuntos relativos a los *Essais nucléaires*, que son fundamentales para el estudio de las fuentes del derecho internacional y de las obligaciones internacionales, se precisa que el carácter obligatorio de un acto unilateral sustantivo, la promesa en ese caso, se fundamenta en la buena fe. La obligatoriedad de esos actos también está fundamentada en el poder de autolimitación que tiene el Estado, es decir, la capacidad de actuar en el plano internacional y de contraer obligaciones internacionales, no necesariamente supeditadas a la norma de la reciprocidad. El Estado puede contraer obligaciones internacionales en forma unilateral y de manera autónoma, en el ejercicio de la soberanía y de la capacidad que le confiere el derecho internacional. En consecuencia, el carácter vinculante de las declaraciones jurídicas unilaterales del Estado debe basarse no ya en el interés jurídico que pueda tener el tercer Estado, sino en la misma intención del Estado que las formula, lo que tiene consecuencias prácticas importantes cuando los tribunales internacionales tienen que interpretar un acto de esa naturaleza.

25. Además, conviene recordar, en relación con el derecho de los tratados, la norma *pacta sunt servanda*, que es la base del carácter obligatorio, como se desprende del artículo 26 de la Convención de Viena de 1969. De igual modo, en el caso de los actos unilaterales se podría formular una norma particular con igual sentido, como, por ejemplo, *promissio est servanda*, para el caso concreto de la promesa. También sería posible, a ese respecto, invocar una norma *acta sunt servanda* o, más concretamente, *declaratio est servanda*, para fundamentar el carácter obligatorio de las declaraciones unilaterales del Estado.

26. Por consiguiente, una definición resulta fundamental para los trabajos futuros. En el primer informe se ha intentado presentar los elementos constitutivos de esa definición. Una declaración puramente unilateral puede considerarse como una manifestación autónoma de voluntad clara e inequívoca, hecha explícita y públicamente por un Estado, con objeto de crear una relación jurídica, en particular, de crear obligaciones internacionales a su cargo, en relación con uno o más Estados que no han participado en su elaboración, sin que resulte necesario para ese o esos Estados aceptarla o mostrar comportamientos que puedan significar tal aceptación.

27. A todas luces, los actos unilaterales de los Estados existen en derecho internacional. Algunos de ellos son realmente autónomos, es decir, puramente unilaterales, no supeditados a otra manifestación de voluntad y por medio de los cuales se crea una relación jurídica nueva. El estudio de estos actos por la Comisión tiene un interés práctico y una importancia política considerable toda vez que la realidad, a la cual debe ajustarse el derecho internacional, es que los Estados recurren cada vez más a los actos unilaterales, muchos de ellos con contenido jurídico, y que algunos de ellos entran en la esfera de los actos puramente unilaterales. Si la Comisión considera que la declaración unilateral, como acto mediante el cual se crean normas jurídicas internacionales, puede ser un tema para la elaboración de reglas que rijan su funcionamiento, convendría desde ahora considerar el enfoque que haya de darse a los trabajos futuros. Con tal fin puede ser muy útil la reconstitución del Grupo de Trabajo creado en el período de sesiones anterior. También puede ser aconsejable avanzar más en los trabajos referentes al contenido y al alcance del proyecto para llegar a una decisión al respecto. Es importante subrayar que un documento final sobre el tema deberá excluir los actos unilaterales distintos de las declaraciones. En la Convención de Viena de 1969 se hace referencia a los tratados, a los acuerdos escritos, lo cual no significa que otros actos convencionales no existan en derecho internacional. Por consiguiente, en todo trabajo ulterior sobre el tema deberá considerarse muy cuidadosamente el derecho de los tratados, no sólo desde el punto de vista formal, sino también en lo relacionado con el proceso de adopción de la Convención de Viena de 1969 y la metodología que se utilizó entonces.

28. Al terminar, da las gracias a todas las personas que le han ayudado con sus observaciones y le han prestado asistencia durante su trabajo.

29. El Sr. BROWNLIE felicita al Relator Especial por su utilísimo primer informe sobre lo que probablemente es el tema más difícil y proteico del programa de la Comisión, un tema que, como reconocerán los colegas que han actuado ante tribunales internacionales, tiene consecuencias importantes en la práctica. Tal vez sea prematuro decidir ahora la forma que en definitiva revestirá el trabajo de la Comisión, pero lo cierto es que esa consideración debe influir en la manera de llevar a cabo los trabajos. Su primera impresión es que, dada la naturaleza del tema, la forma más útil que pueda revestir el resultado de la labor de la Comisión será la de un estudio expositivo. En cambio, es muy posible que resulten muy poco útiles los intentos de codificar el tema.

30. Sus preocupaciones a este respecto obedecen a que duda mucho de que el tema constituya una materia unificada. Ahora bien, ello no significa, en el caso de que su observación sea acertada, que el tema tiene una falla, pero debe influir en la manera de abordar el tema. Se resiste, sin embargo, a imponer límites categóricos a un tema de carácter global del que el mundo exterior puede tener una visión más imprecisa. Por consiguiente, los actos unilaterales no deben definirse de manera estricta, si bien es cierto que la Comisión todavía puede clasificarlos de varias maneras. Se plantea la cuestión del efecto del comportamiento de los Estados y de la aceptación implícita o la aquiescencia, como en la decisión adoptada en el asunto *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, en la que se invocó contra Nicaragua una sentencia arbitral principalmente sobre la base de su conducta ulterior. A su entender, una definición pura del acto unilateral —si es que puede encontrarse alguna— no debería servir también como definición del mandato. Ello no quiere decir que no sea útil tratar de aislar el concepto de acto unilateral, por lo menos para determinados fines. Pero no está seguro de que sea acertado que la Comisión trate esa definición como si con ella pudiera circunscribir el tema. En definitiva, aun si se acepta —y hay que hacerlo— la postura del Relator Especial, que ha descartado varias formas de actos porque, a su juicio, no caen dentro del mandato de la Comisión, el hecho es que esta última se halla ante una serie de instituciones jurídicas distintas. Aun después de una ojeada rápida, él mismo ha conseguido delimitar cinco instituciones jurídicas.

31. En primer lugar está el consentimiento implícito basado en la conducta, incluido el silencio. En segundo lugar, se plantea el problema de la oponibilidad. Aunque el asunto de las *Pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* c. *Norvège)*[12] probablemente se zanjó sobre la base del derecho internacional general relativo al sistema de las líneas de base, el razonamiento de la decisión, en particular las últimas seis páginas del fallo, se basaba, en lo esencial, en la oponibilidad. El hecho es que durante varios decenios, frente al desarrollo del sistema noruego de líneas de base, el Reino Unido —que, al fin y al cabo, era otro Estado ribereño y un país cuyos pescadores habían resultado directamente afectados por ese sistema después de 1906— había permanecido en silencio, sin hacer ninguna protesta formal hasta 1933. Así pues, la oponibilidad probablemente forma parte de la misma familia que las protestas y las reservas de derechos.

32. En tercer lugar está la norma de los actos propios *(estoppel)*. Con el debido respeto para el Relator Especial, no está convencido de que en derecho internacional pueda decirse con propiedad que el *estoppel* es una institución de la doctrina anglosajona. Existe ahora una jurisprudencia bien establecida de la CIJ, empezando con el párrafo 26 de los fallos en los asuntos *Plateau continental de la mer du Nord*, que incorpora al derecho internacional público una versión del *estoppel*, según la cual un Estado puede invocar contra otro Estado el hecho de que actuó en detrimento propio al fundarse en la actitud de ese otro Estado. La Corte tiene ahora planteados seis asuntos de esa índole y cinco de ellos remiten a ese mismo párrafo.

33. En cuarto lugar hay declaraciones cuya fuerza vinculante está basada en la buena fe, y así lo ha reconocido la CIJ en los asuntos *Essais nucléaires*. En quinto lugar, en el asunto *Détroit de Corfou* un elemento importante de las pruebas relativas a la responsabilidad de Albania sobre las que se basó la Corte consistía en lo que ésta llamó la «actitud» de Albania, es decir, tanto sus declaraciones como sus silencios en el período siguiente a la explosión de las minas. Todos estos ejemplos indican que la intención del Estado autor del primer acto no es en todos los casos condición necesaria para la existencia de efectos jurídicos. Este es otro aspecto en que la Comisión debe preocuparse por definir categorías en cuanto líneas divisorias útiles más bien que por fijar límites exteriores del tema innecesariamente estrictos.

34. El Sr. HAFNER dice que las cinco instituciones a que se ha referido el Sr. Brownlie son resultado de «actividades» o «actitudes» del Estado más bien que de «actos» del Estado, tal como se entiende la palabra normalmente. ¿Debe entenderse que el acto unilateral comprende todas las actividades del Estado que tienen un efecto o solamente las actividades con las que el Estado tiene la intención de crear un efecto jurídico, en cuyo caso la palabra «acto» tendría un ámbito más estrecho que el término «actividad»?

35. El Sr. BROWNLIE reconoce que hay un problema a este respecto. Al propio tiempo, no puede aceptar que los cinco ejemplos que ha citado se refieran a actividades o conductas. Se considera que los asuntos *Essais nucléaires* se refieren a actos unilaterales y, si bien es cierto que existe a este respecto una zona gris, la Comisión actuaría en una forma indebidamente doctrinal si se limitara a ciertos tipos de actos unilaterales. Muy a menudo se presenta un modelo de conducta que incluye tanto actos unilaterales como silencios significativos. En cuanto a la pregunta del Sr. Hafner relativa a la necesidad de una intención jurídica, esa es una condición que es apropiada para algunos sectores del tema pero no para todos. Tal vez la aceptación de la complejidad y la compartimentación del tema sea una solución más fácil que insistir en que el tema es más unitario de lo que es en realidad.

36. El Sr. GOCO dice que el primer informe sobre los actos unilaterales del Estado contiene una exposición convincente de lo que no puede considerarse un acto unilateral. No cabe duda de que los actos unilaterales formales del Estado existen en derecho internacional, pero la mayoría de ellos pertenece a la esfera de las relaciones convencionales.

37. En los párrafos 96 y 97 del primer informe el Relator Especial también señala que los Estados realizan actos que pueden considerarse comprendidos en la esfera de las relaciones convencionales; y se refiere a varios actos jurídicos que son unilaterales por su forma pero que corresponden al derecho de los tratados. A continuación se mencionan en el informe toda una gama de otros actos del Estado que, aunque producen efectos jurídicos vinculantes en el Estado interesado, no entran en la categoría de

[12] Fallo, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 116. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 29.

los actos unilaterales. Cita el Estatuto de la CIJ, cuyo Artículo 38 enuncia las principales fuentes del derecho internacional sin mencionar los actos unilaterales de los Estados. Sin embargo, el hecho de que los actos unilaterales del Estado no se mencionen en ese Artículo 38 no impide en sí mismo, por supuesto, que sean tratados como tales.

38. En el informe también se intenta seriamente hacer una distinción entre los actos jurídicos del Estado y sus actos políticos. Trazar la línea divisoria entre ambos no es nada fácil. Pese a que se ha intentado definir el acto político como un acto que descansa en la voluntad política del Estado que lo realiza y cuya obligatoriedad reside en la moral y la política, en última instancia la intención del Estado de contraer el compromiso es lo que determina su carácter jurídico o político.

39. El presente debate tiene por objeto, en primer lugar, descubrir, examinando los diversos actos y formas de conducta de los Estados, los elementos constitutivos de una definición del acto jurídico unilateral y determinar si éste existe en derecho internacional y, en caso afirmativo, si las normas que lo rigen pueden ser objeto de codificación y desarrollo progresivo. Ese objetivo está en plena conformidad con el mandato asignado al Relator Especial por el Grupo de Trabajo en el 49.º período de sesiones de la Comisión[13].

40. En general, los actos y la conducta de los gobiernos no pueden encaminarse a la formación de acuerdos, pero tienen capacidad para crear efectos jurídicos. Si bien existen ciertos actos identificables que pueden considerarse actos unilaterales —la protesta, la promesa, la renuncia, el reconocimiento, la declaración—, hay otros muchos que sólo pueden tratarse como actos unilaterales mediante una interpretación de sus elementos constitutivos. En su conclusión, el propio Relator Especial admite que es difícil concretar esos elementos y atribuirlos a una categoría determinada. Se expresó una opinión similar en la Sexta Comisión. Ahí precisamente está la dificultad: no escasean la práctica, la doctrina ni la jurisprudencia sobre los actos y la conducta del Estado, pero no siempre son coherentes.

41. La obligatoriedad en derecho internacional tiene por objeto lograr que el Estado interesado quede vinculado por su acto o su conducta. El acto unilateral debe tener consecuencias, aun en el caso de que no exista, como existe en un tratado, la intención de contraer un compromiso. En efecto, semejante acto puede afectar a un tercer Estado o a terceros y tener verdaderamente efectos jurídicos o generar obligaciones. Pero puede ser difícil identificar esos actos y encontrar en ellos un grado de coherencia o un patrón básico. El carácter vinculante de las consecuencias de un acto unilateral depende en gran medida de la apreciación de los hechos. En los asuntos *Essais nucléaires* la Corte decidió que Francia quedaba obligada por su declaración pública según la cual iba a dejar de realizar pruebas nucleares en la atmósfera. En cambio, en los asuntos *Plateau continental de la mer du Nord* la misma Corte sostuvo que no podía presumirse, por la conducta de un Estado, que éste contraía obligaciones convencionales y que en tal situación se requería una línea de conducta muy coherente.

42. No parece tratarse muy a fondo en el primer informe la cuestión de los efectos o consecuencias. El carácter vinculante de un acto unilateral sería ilusorio si la relación jurídica creada por el acto fuese rescindible unilateralmente por el Estado autor y a su arbitrio. Efectivamente, si el acto es revocado o anulado unilateralmente, ¿qué pasará con su efecto vinculante?

43. Por último, en el informe se establecen los criterios de una definición estricta de los actos unilaterales y el fundamento jurídico de su carácter vinculante. Cabe dudar, sin embargo, de que esos criterios sean suficientes para abarcar todos los actos. En cuanto al fundamento jurídico, sólo el principio de la buena fe del Estado que hace la declaración o la promesa puede servir de base jurídica para la obligatoriedad. Si hay una expresión de esa buena fe, no puede haber ninguna necesidad de someter el asunto a un tribunal internacional.

44. El Sr. LUKASHUK señala a la atención de la Comisión el párrafo 45 del primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados, en el que el Relator Especial dice que la obligatoriedad de un compromiso político es a veces más eficaz e importante que la de un compromiso jurídico. El Sr. Pellet se ha permitido discrepar, emitiendo la opinión de que las obligaciones jurídicas siempre son supremas. Pero si el Sr. Pellet, camino de la universidad para pronunciar una conferencia en cumplimiento de su obligación jurídica, viese a un niño ahogándose en un lago, no cabe duda de que intervendría para rescatar al niño, anteponiendo así su deber moral a su obligación jurídica.

45. Y lo que es más importante: el Relator Especial habla, no ya de la supremacía de las aplicaciones políticas, sino de su eficacia, lo que es muy distinto. Durante la guerra fría, por ejemplo, la Unión Soviética y los Estados Unidos de América elaboraron una compleja serie de «reglas del juego» en la esfera de la seguridad. Ambos lados han reconocido que esas reglas políticas eran sumamente eficaces —mucho más, en verdad, que algunos tratados—. Pero ello no restaba autoridad a los tratados y al papel que desempeñaban. El general de Gaulle dijo en cierta ocasión que los tratados son como las mujeres: buenos cuando son jóvenes. Para los juristas, un lema más acertado sería que los tratados son como las mujeres, en el sentido de que las mujeres siempre son mujeres.

46. El Relator Especial considera las fuentes del derecho internacional como métodos y procedimientos para crear derecho internacional y reglas internacionales. Es bien sabido que una fuente de derecho internacional representa no sólo el método para crear normas, sino también la forma que esas normas revisten. En ese sentido utiliza la CIJ en su práctica el concepto de tratado. El Relator Especial tendrá que recurrir a ese concepto para resolver el problema central del primer informe, a saber: que si bien los actos unilaterales de los Estados no constituyen una fuente de derecho, ello no significa que el Estado no pueda crear derecho internacional con sus actos unilaterales (párr. 81). Parece, sin embargo, que, al no constituir una fuente de derecho internacional, el acto unilateral no

[13] Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 209.

puede por sí mismo crear normas de derecho internacional. Como señala acertadamente el Relator Especial, el acto unilateral puede crear una obligación internacional a cargo del Estado, lo que es un asunto distinto.

47. También suscita dudas la opinión del Relator Especial según la cual el acto unilateral puede establecer relaciones unilaterales. Más bien le parece que las relaciones jurídicas siempre deben ser por lo menos bilaterales. El amor puede ser unilateral, pero no existe nada que se parezca a un contrato unilateral de matrimonio. Por consiguiente, resulta difícil aceptar la proposición contenida en el párrafo 133 del primer informe, según la cual el acto unilateral puede considerarse como un acto que es atribuible a uno o varios Estados y que crea una relación jurídica nueva con un tercer Estado que no participó en su elaboración. De hecho, tal relación jurídica no puede crearse sin el consentimiento del tercer Estado. Se plantea una cuestión importante en relación con el acto unilateral que tiene que ver con varios Estados, cuestión que, desgraciadamente, el Relator Especial no ha abordado, a saber: ¿cuáles son las relaciones y obligaciones entre los participantes en un acto unilateral y hasta qué punto son vinculantes esas relaciones y obligaciones? El Relator Especial, inspirándose en la práctica, dice acertadamente que la norma que da lugar a la fuerza vinculante del acto unilateral es el principio de la buena fe. Por consiguiente, no es necesario inventarse una regla especial como la *declaratio est servanda* propuesta por el Relator Especial en el párrafo 157. El principio de la buena fe es suficiente.

48. Estas cuestiones, que pueden debatirse, confirman la complejidad del tema. Es, pues, aconsejable definir desde un principio los parámetros fundamentales del estudio. A su entender, sería útil examinar primero el derecho interno, con lo que se podría comprobar que el derecho romano nunca concedió ninguna importancia a la manifestación unilateral de voluntad de un individuo: sólo los acuerdos tenían consecuencias jurídicas. Asimismo, el Código Civil francés no contiene ningún concepto de actos unilaterales y sólo se refiere a los cuasicontratos, que son un asunto distinto. Es cierto que el derecho alemán contiene el concepto bien conocido de *Rechtgeschäft*, que se acerca mucho al del acto unilateral. El Código Civil italiano de 1938 regula las *promesse unilaterali* que, sin embargo, sólo tienen importancia jurídica cuando así lo prevé la ley. Esa proposición tiene consecuencias muy importantes para el derecho internacional: los actos unilaterales pueden tener importancia si así lo prevén las normas del derecho internacional. En su voto particular en los asuntos relativos al *Sud-Ouest africain*, el Sr. Jessup declaró que los «contratos unilaterales» eran posibles en los Estados Unidos (véase la página 403 de su opinión individual). No está claro, sin embargo, a qué se refería.

49. Este breve panorama del derecho interno muestra que los sistemas nacionales dejan muy poco margen, si es que dejan alguno, para los actos jurídicos unilaterales. Así pues, el derecho internacional ocupa un lugar especial a ese respecto, ya que ofrece un margen mayor para los actos unilaterales. Es interesante ver que Grocio ya consideraba que las promesas, lo mismo que los acuerdos, eran una fuente de obligaciones jurídicas, con la condición importante de que la promesa sólo podía tener efectos jurídicos cuando era aceptada por el destinatario[14]. Y eso, desgraciadamente, significa que deja de ser una promesa. Quizás esta figura se acerque más al concepto estadounidense de «contratos unilaterales».

50. La cuestión de los actos unilaterales se ha planteado frecuentemente en la práctica de los tribunales internacionales, por ejemplo en el asunto *Statut juridique du Groenland oriental* y en el asunto *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*[15]. Pero en esos asuntos el acto unilateral era casi siempre un componente de una acción bilateral. El derecho internacional sancionó muy claramente el concepto de acto unilateral en la decisión de la CIJ relativa a los asuntos *Essais nucléaires*. Desde luego, en su declaración el Gobierno de Francia no causó la impresión de que su intención era asumir una obligación jurídica. Sin embargo, la Corte declaró que la existencia de tal intención era un factor decisivo. El estatuto del Tribunal de Nuremberg[16] puso las garantías en el mismo plano que los tratados al definir un crimen de lesa humanidad como la preparación o la realización de una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías.

51. Afirma que sólo ha podido descubrir un acto verdaderamente unilateral y éste, de hecho, establece no sólo obligaciones, sino normas precisas en el plano internacional. Se trata de la Declaración hecha por el Gobierno de Egipto sobre el Canal de Suez en 1957[17], que creó el régimen jurídico del Canal. En ella, Egipto manifestó claramente que la Declaración debía hacer las veces de instrumento jurídico internacional.

52. Los demás actos unilaterales eran actos a los que se aplica la máxima *acta tertiis* con respecto a otros Estados, es decir, que no generan derechos ni deberes sin el consentimiento de esos Estados y no establecen ninguna relación jurídica. Ahora bien, si hay terceros Estados que invocan ciertos derechos, también están obligados a cumplir ciertos deberes. Hay, por otra parte, muchos actos unilaterales que no van acompañados de pruebas de que sus autores quieren que tengan fuerza de obligar, pero esos actos pueden tener, a pesar de todo, consecuencias jurídicas en virtud de la norma de los actos propios *(estoppel)*.

53. Una de las características específicas de los actos unilaterales es la renuncia a los derechos. La práctica de los tribunales internacionales pone de relieve que esa renuncia debe manifestarse siempre claramente: no puede presumirse ni invocarse por inferencia. Otro acto especial es el reconocimiento, como indicó la CIJ en su opinión consultiva sobre el asunto *Statut international du Sud-Ouest africain* (véase pág. 135).

---

[14] H. Grocio, *De jure belli ac pacis, libri tres* [1646] (Libro II, cap. XI, párr XIV) Traducción en francés de J. Barbeyrac· *Le droit de la guerre et de la paix*, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, t. I, págs. 410 y 411.

[15] Fallo, *1932, C.P.J.I., série A/B, n º 46*, pág. 96.

[16] Estatuto del tribunal militar internacional 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 279)

[17] Declaración (con carta de presentación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas) sobre el Canal de Suez y los arreglos referentes a su gestión. El Cairo, 24 de abril de 1957 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 265, pág. 299)

54. La aquiescencia desempeña un papel fundamental en la formación de las normas del derecho internacional, por guardar relación con la costumbre y la tradición. También abarca el silencio o la ausencia de protesta en situaciones que requieren una acción positiva. En muchos casos la aquiescencia tiene consecuencias jurídicas muy concretas. Finalmente, la protesta, que es un acto puramente unilateral, también tiene consecuencias jurídicas. Esos son los principales tipos de actos unilaterales, pero corresponde al Relator Especial abordar la compleja tarea de la definición y clasificación de los muchos otros actos que todavía no se han mencionado.

55. Habrá que acometer ciertas cuestiones en la labor futura sobre el tema: ¿cómo ha de establecerse la intención de los Estados de atribuir a un acto unilateral el carácter de obligación jurídica? ¿Cuál es la función de los terceros Estados en el establecimiento de una relación jurídica basada en un acto unilateral? ¿Qué régimen debe elaborarse para la revocación o la revisión de un acto unilateral?

56. El Sr. ECONOMIDES agradece al Relator Especial su excelente primer informe, que traza con prudencia los parámetros del tema, en verdad uno de los más difíciles del derecho internacional. Todavía está por elaborar una teoría coherente de los actos unilaterales del Estado, a diferencia de lo que ocurre en otras esferas del derecho, como los actos basados en tratados y la costumbre internacional. Por eso, la labor futura de la Comisión tendrá carácter de desarrollo progresivo, más que de codificación, del derecho.

57. Ciertas categorías de actos unilaterales deben excluirse del alcance del estudio. Una de ellas es la que engloba los actos unilaterales de finalidad interna, que no tienen ningún efecto en el plano internacional. También deben excluirse algunos actos unilaterales que tienen efectos en el ámbito internacional, como aquellos por los cuales el Estado ejerce poderes que le son conferidos en virtud del derecho internacional, por ejemplo en relación con el mar territorial, la zona contigua o la zona económica exclusiva.

58. Otros actos que deben excluirse del estudio son aquellos mediante los cuales el Estado desempeña en el ámbito interno sus obligaciones internacionales. Como ejemplo pueden citarse la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, o de las directivas de las Comunidades Europeas. Asimismo, deben excluirse los actos unilaterales que puedan contribuir a la formación de la costumbre internacional afianzando el componente material, la *opinio juris* o ambos. Lo mismo cabe decir de los actos unilaterales relativos a un tratado internacional, tales como la aprobación por el parlamento o la ratificación, las reservas, las declaraciones interpretativas, la denuncia. Los actos unilaterales por los cuales el Estado viola deliberada o involuntariamente el derecho internacional también deben excluirse, ya que son actos ilícitos y pueden entrañar la responsabilidad internacional del Estado.

59. Deben descartarse asimismo los actos de las organizaciones internacionales, incluidos los tribunales internacionales, puesto que el tema se denomina actos unilaterales de los Estados. Ello no obstante, no estaría de más inspirarse en el derecho aplicable a los actos de las instituciones internacionales, que está mucho más desarrollado que el derecho de los actos unilaterales del Estado, así como en las decisiones de esos órganos. En cambio, no parece acertado hacer una distinción entre los actos políticos y los actos jurídicos de los Estados. Para empezar, es una distinción muy sutil y, además, los actos políticos tienen tanto que ver con el tema como los actos jurídicos. Lo más importante no es la naturaleza o las características del acto unilateral, sino más bien la intención en que se basa, en particular, la intención de producir un efecto en el plano internacional.

60. Considera que el silencio, la aquiescencia, las declaraciones de los agentes del Estado ante los tribunales internacionales y la notificación, pese a los argumentos convincentes que presenta el Relator Especial a favor de excluirlos del ámbito del tema, merecen una investigación a fondo para determinar en qué casos y en qué condiciones pueden crear derechos y obligaciones no convencionales en el plano internacional. La autonomía con que se ejecuta el acto es, a todas luces, el factor decisivo, pero también hay que tener en cuenta ciertos actos no formales que pueden generar tales derechos y obligaciones de manera no autónoma. Esa investigación podría facilitar una decisión final en cuanto a saber si esos actos no formales deben excluirse del ámbito del tema o tratarse como excepciones.

61. La distinción entre actos unilaterales formales y actos unilaterales sustantivos es acertada. También es cierto que la mayoría de los actos unilaterales se enmarcan en una declaración que es, en consecuencia, el acto unilateral formal más común. Sin embargo, no debe excluirse la posibilidad de que los actos unilaterales se expresen, andando el tiempo, en otros textos legislativos o reglamentarios.

62. ¿Qué objetivos debe, pues, fijarse la Comisión? Por supuesto, el estudio debe centrarse en el acto unilateral, mostrando que es un acto que crea ciertos derechos y obligaciones para los Estados. Normalmente, los actos unilaterales no crean derechos objetivos como los que son generados, según una distinción de la doctrina, por los tratados-ley en contraposición a los tratados-contrato. El Sr. Lukashuk ha citado una excepción a esa regla y de igual modo se pueden mencionar los comunicados políticos emitidos después de las reuniones de jefes de Estado, porque son declaraciones unilaterales que a veces tratan de temas jurídicos y que incluso establecen principios normativos, pero no son tratados ni acuerdos. Esos casos, sin embargo, son la excepción más bien que la norma. Los actos unilaterales generan esencialmente derechos y obligaciones subjetivos, pero esos derechos y obligaciones, cuando se producen en el ámbito internacional, están cubiertos por el derecho internacional y, por consiguiente, puede decirse con razón que son fuentes de derecho internacional.

63. El Relator Especial ha citado el reconocimiento, la promesa, la renuncia y la protesta como actos unilaterales que, en ciertas circunstancias, pueden crear derechos y obligaciones a nivel internacional, pero personalmente quisiera añadir que la regla de los actos propios *(estoppel)* también entra en esa categoría. Todas esas modalidades

deberán estudiarse detenidamente y será necesario determinar sus características específicas, su fundamento, las partes que pueden recurrir a ellas, la forma en que se hacen públicas, su conformidad con el derecho internacional y la intención con la que los Estados las adoptan. Como han señalado el Sr. Goco y el Sr. Lukashuk, también será necesario estudiar la delicada cuestión de la revocación de un acto unilateral que, a diferencia de un acto convencional, no está basado en la reciprocidad.

64. El Sr. FERRARI BRAVO dice que en su país la doctrina prevé la existencia de actos unilaterales, pero personalmente se pregunta si vale la pena, en verdad, tomarse todo este trabajo e incluso si la Comisión debe proseguir el estudio que ha iniciado el Relator Especial, quien, de todos modos, ha hecho una labor muy notable aprovechando las bases sentadas por el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados en el 49.º período de sesiones.

65. Si dos o más entidades o partes realizan actos unilaterales unas contra otras, siempre existe un compromiso recíproco que se define como contrato o tratado. De ese modo, la acción de las partes es creativa, porque da realidad, por la intención de las partes, a algo que antes no existía. Está, pues, totalmente justificado elaborar reglas precisas acerca de la manifestación y la ejecución de esa intención, en otras palabras, desarrollar el derecho de los tratados. Pero si la intención es manifestada por una parte solamente, como ocurre, por definición, en el caso de los actos unilaterales, ¿puede decirse verdaderamente que es creativa? A su entender, la intención que no se lleva a efecto no es creativa, aunque pueda hacer intervenir ciertas obligaciones jurídicas si se cumplen ciertas condiciones previas. En realidad, el acto unilateral suele realizarse en respuesta a una situación preexistente y a menudo es provocado por un litigio sobre lo que era esa situación preexistente.

66. En cuanto a saber si un acto unilateral puede crear derecho internacional, cabe señalar que una declaración de guerra es sin duda alguna un acto unilateral que sí tiene efectos jurídicos, pero en esos casos todo está ya predeterminado por las leyes de la guerra. Si un acto unilateral no crea derecho internacional y es simplemente algo que hace intervenir la normativa internacional, es dudoso que sea necesario, en verdad, codificar el tema. Los actos unilaterales son tan variados precisamente porque los Estados quieren esa variedad. Si esos actos se rigieran por un convenio internacional, ¿cómo se harían las declaraciones unilaterales, qué declaraciones serían válidas y cuáles serían sus consecuencias? De hecho, los Estados no estarían dispuestos a adentrarse por ese camino, porque eliminaría la posibilidad de seguir utilizando las declaraciones unilaterales.

67. La Comisión puede examinar el tema, pero sólo en el marco de situaciones concretas —relacionadas con el derecho ambiental, el derecho de la guerra— más bien que *in abstracto*. Pero esa empresa no resultaría muy útil y muy bien podría ocurrir que la Comisión se encontrase navegando en un océano sin límites.

68. El Sr. MELESCANU dice que todo este debate sobre los efectos jurídicos que tienen o no tienen los actos unilaterales puede resumirse entre dos posiciones extremas. En uno de los extremos puede argumentarse que prácticamente no hay actos jurídicos unilaterales, sino acuerdos internacionales que se celebran de manera simplificada, con grados variables de formalismo, de manera que los efectos jurídicos de esos actos se basan en un acuerdo entre las partes. Puede objetarse que hay casos en que la parte a quien se dirige el acto unilateral no reacciona. El principio *qui tacet consentit* puede muy bien aplicarse en este caso y constituir una base jurídica para sostener que, incluso en esos casos, se establece un acuerdo voluntario entre las partes. El Sr. Ferrari Bravo ha presentado algunos de los argumentos favorables a esa posición extrema pero defendible.

69. El hecho de que en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ no se mencionen los actos unilaterales tiene cierta importancia. El Relator Especial ha señalado que algunos actos unilaterales no constituyen fuentes de derecho internacional pero crean obligaciones internacionales. Esa es la idea básica en que debe descansar todo el informe, y la Comisión debe primero llegar a un acuerdo sobre ella, porque, de no ser así, la base jurídica de cualquier trabajo de codificación sería muy endeble.

70. La otra posición extrema consistiría en sostener que todos los actos unilaterales pueden crear efectos jurídicos en determinadas circunstancias. La Comisión tiene que hacer una distinción apropiada entre los actos que generan efectos jurídicos por sí mismos y otros actos que dimanan ya sea de una convención internacional, ya sea, y aquí está el gran peligro, del derecho internacional consuetudinario. Si se acepta que la Comisión no estudie los actos unilaterales dimanantes de una obligación convencional, ¿cómo no ha de ser igual la situación con respecto a los actos unilaterales dimanantes de la costumbre internacional?

71. El tema de los «actos unilaterales de los Estados» es uno de los más difíciles de codificar. Tal vez la Comisión deba emprender un examen más a fondo del tema antes de decidirse a hacer un intento de codificación. En sí mismo, ese examen produciría resultados interesantísimos.

72. El Sr. HAFNER, contestando a dos observaciones formuladas por el Sr. Ferrari Bravo, dice que el mandato conferido por la Asamblea General a la Comisión[18] impone a ésta el deber de codificar los actos unilaterales, deber que la Comisión no puede rechazar. La única posibilidad de contemplar un enfoque diferente consistiría en tratar de convencer a la Asamblea de que reconsidere su decisión. Sostener que los actos unilaterales sólo deben tratarse en sus contextos concretos equivale a decir que los tratados deben estudiarse en sus contextos concretos y no como fenómeno general del derecho internacional. Los actos unilaterales tienen características comunes, independientes de su contexto, y la Comisión muy bien puede estudiarlos.

73. El Sr. FERRARI BRAVO afirma que, en el caso de los tratados, deben tenerse en cuenta dos declaraciones. La primera necesidad consiste en establecer la equivalencia de esas declaraciones y la manera como una hace eco a la otra. Eso mismo ya aporta suficiente material para la codificación y es perfectamente posible enunciar una teo-

[18] Resolución 51/160 de la Asamblea General, párr. 13.

ría de los tratados sin saber cuál es su propósito. La situación de los actos unilaterales es totalmente diferente.

74. El acto unilateral es un acto que en su forma pura no puede crear nada fuera de su contexto, de manera que este contexto pasa a ser mucho más importante que el acto en sí.

75. El Sr. LUKASHUK dice que felicita al Relator Especial por la presentación de un primer informe exhaustivo en el que pudo en particular resolver el problema de los compromisos políticos y los jurídicos. Los primeros a veces resultan más eficaces e importantes, dados sus resultados, que los segundos. Las normas internacionales no tienen sólo un carácter jurídico, baste recordar las normas de la moral, el respeto internacional *(comitas gentium)*, las costumbres (usos), las tradiciones y, en particular, las normas políticas internacionales, como las creadas en el proceso de Helsinki, que rigen la colaboración entre Estados en todos los órdenes. En virtud de actos políticos se pudo establecer la OSCE. De todo lo anterior cabe inferir que el problema de los compromisos políticos rebasa los marcos del tema que se examina y tiene un alcance más amplio.

76. El orador está de acuerdo con los juristas que afirman que el derecho y la política son indivisibles y que todo acto jurídico tiene un carácter político; sin embargo, en este caso no se trata del contenido de los compromisos sino de la índole de su fuerza obligatoria. Los Estados pueden atribuir fuerza obligatoria a un acto unilateral ya sea política o jurídica. De tal manera, en las actas de la OSCE se establece especialmente que los postulados de esa organización tienen fuerza obligatoria de carácter político y no deben registrarse en las Naciones Unidas como si fueran acuerdos internacionales.

77. El Sr. Lukashuk señala además que en el curso de las deliberaciones ha surgido un nuevo tema: los acuerdos simplificados o informales. Resultaría difícil llegar a una conclusión sobre los actos unilaterales sin estudiar ese tema, porque la práctica sumamente difundida de los acuerdos informales se interpone entre la codificación del derecho de los tratados y la codificación de los actos unilaterales. Es importante estudiar paralelamente ambos temas.

78. El Sr. SIMMA dice que la dificultad de tratar el tema lleva a una «bilateralización» de los actos unilaterales, centrada en la cuestión de la norma de los actos propios o, como ha señalado el Sr. Lukashuk, a equiparar el problema de los actos unilaterales al de los acuerdos informales. En realidad, el tema de los actos unilaterales es más amplio que todo eso. Un acuerdo supone una avenencia de las mentes, mientras que una promesa unilateral, por ejemplo, sólo tendrá efectos jurídicos si tal es la intención del Estado que hace la promesa. Uno de esos efectos es el de dar al Estado a quien va destinada el derecho a basarse en ella, efecto que puede equipararse a la regla de los actos propios en determinadas circunstancias.

79. El Sr. ROSENSTOCK apunta que, si el efecto es esencial, puede decirse entonces que por lo menos existe un equivalente funcional de la voluntad. En tal caso el tema queda bilateralizado en el sentido indicado por el Sr. Lukashuk, porque la confianza puesta en el acto es lo que crea la situación jurídica, que es muy similar a una oferta y una aceptación, es decir, a un compromiso voluntario, que el destinatario acepta al considerarlo fiable.

80. El Sr. GOCO señala que la Asamblea General ha invitado a la Comisión a seguir examinando el tema de los actos unilaterales y a indicar su alcance y su contenido. Como la codificación en estos momentos sería, en verdad, muy difícil, tal vez la Comisión pueda elaborar unas directrices para los Estados, como ha sugerido el Relator Especial. Este planteamiento sería compatible con las instrucciones de la Asamblea General.

81. El Sr. MELESCANU indica que le gustaría saber si el Sr. Simma cree que el principio de *acta sunt servanda* es análogo al de *pacta sunt servanda*. Asimismo, ¿crea la declaración unilateral efectos jurídicos si no es aceptada por el Estado al que va dirigida?

82. El Sr. SIMMA dice, en respuesta al Sr. Goco, que preparar unas directrices sobre el tema podría resultar contraproducente al crear una especie de camisa de fuerza para los Estados. Lo bueno de los actos unilaterales es que los Estados pueden realizarlos en los términos que mejor les parecen, siempre que tengan presente que esos actos pueden tener consecuencias indeseadas. En cuanto a la pregunta del Sr. Melescanu, el principio *acta sunt servanda* no tiene objeto, porque los actos son vinculantes únicamente en el sentido de que el Estado que hace una declaración unilateral debe atenerse a ella. En cambio, los tratados son plenamente vinculantes. De hecho, en una obra reciente sobre los actos unilaterales se enuncian por lo menos seis teorías sobre el carácter vinculante de dichos actos.

83. El Sr. ECONOMIDES no está seguro de que la CIJ tenga competencia para crear derecho, pero sin duda alguna es competente para enunciar ese derecho y ha aceptado los actos unilaterales como una de las fuentes de derechos y obligaciones internacionales. En realidad, estos debates no podrían celebrarse en la Comisión si no existiese una jurisprudencia pertinente, y la Comisión tiene todo el material necesario para estudiar los actos unilaterales. Desde un punto de vista técnico, se pregunta si el Sr. Ferrari Bravo está dispuesto a admitir que el derecho de la guerra ya no existe, puesto que, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, no tiene aplicación salvo en el caso de legítima defensa.

84. El Sr. HERDOCIA SACASA dice que la cuestión planteada por el Sr. Economides acerca de la CIJ queda ilustrada por los asuntos *Essais nucléaires* y el asunto *Différend frontalier*, en los que quedó claramente establecida la existencia jurídica de los actos unilaterales y de sus efectos. La Corte dictaminó, entre otras cosas, que sólo cuando el Estado que hace la declaración tiene la intención de quedar vinculado por ella puede esa intención conferir a la posición del Estado el carácter de un compromiso jurídico. Por consiguiente, todo depende de la intención del Estado.

85. En cuanto a las relaciones entre los actos unilaterales y otros actos o a la existencia de una jurisprudencia suficiente sobre la autonomía del acto en sí, la Corte ha considerado en otros asuntos que no es necesaria ninguna contrapartida para que una declaración tenga efectos jurídicos y que tampoco se necesita ninguna aceptación subsiguiente ni otras reacciones por parte de otro Estado, por-

que ello es incompatible con el carácter estrictamente unilateral del acto jurídico mediante el cual se ha hecho la declaración.

86. La tarea de la Comisión consiste en desarrollar esos textos fundamentales del derecho internacional.

87. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que este intercambio inicial de opiniones ha confirmado la complejidad del tema y demostrado que el trabajo del Relator Especial es fundamental para los debates. En su primer informe ha intentado sistematizar una teoría de los actos unilaterales del Estado. No se trata de un trabajo puramente académico. La Comisión también debe tener en cuenta la realidad jurídica porque los actos unilaterales existen en derecho internacional. Se trata de saber si esas declaraciones jurídicas crean efectos unilateralmente o si entran en el ámbito de los tratados.

88. La distinción entre las fuentes del derecho internacional y las fuentes de las obligaciones internacionales es interesante, porque lleva a plantearse la cuestión de las declaraciones formales, que se tratan en el informe. La labor futura de codificación no puede basarse más que en el acto jurídico formal.

89. El silencio o la ausencia de reacción ante una declaración no pueden, por sí mismos, considerarse un acto unilateral, que es un acto formal positivo. Así como los tratados constituyen el medio más usual de generar efectos jurídicos en el derecho de los tratados, en el derecho de los actos unilaterales el acto unilateral es el medio más importante de alcanzar el mismo resultado.

90. El material existente sobre los actos unilaterales puede codificarse: existen una doctrina y una jurisprudencia sobre el tema y el acto unilateral formal existe en derecho internacional en cuanto acto que crea reglas jurídicas. La autonomía de esos actos es una cuestión muy importante, respecto de la cual la CIJ ha dictaminado que las declaraciones unilaterales pueden existir independientemente de otras manifestaciones de voluntad. La autonomía de la obligación también es importante: un Estado puede contraer un compromiso sin ninguna otra contrapartida o elemento de reciprocidad.

91. La Comisión también tendrá que estudiar más a fondo la difícil cuestión de la revocación de los actos unilaterales.

Otros asuntos

[Tema 11 del programa]

92. El PRESIDENTE anuncia que la Conferencia en memoria de Gilberto Amado, que cada año patrocina el Gobierno del Brasil, estará a cargo del Embajador Ramiro Saraiva Guerreiro, ex Ministro de Relaciones Exteriores del Brasil, y se verificará el 13 de mayo de 1998. El título será «La creación de la Comisión de Derecho Internacional y algunas consideraciones sobre posibles nuevas fuentes del derecho internacional».

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2525.ª SESIÓN

Miércoles 6 de mayo de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Actos unilaterales de los Estados *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558)

[Tema 7 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que el primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/486), que destaca claramente el carácter multiforme y difícil de precisar del tema, suscita tres series de reflexiones. La primera se refiere a la concepción del tema. Aparte de que podría haber sido más conciso, la principal laguna del primer informe es que no contiene ningún análisis de la importancia del tema, lo que habría sido de gran utilidad para exponerlo claramente. En efecto, no se ve muy bien cómo, de toda la gama de actos unilaterales de los Estados, el Relator Especial deduce la singularidad de la declaración, que considera como la figura emblemática de todos estos actos. Tampoco se advierte muy bien la importancia, a no ser pedagógica o simbólica, de la oposición entre el acto jurídico y el acto político, en los párrafos 44 y 45 del informe, como si la función social del derecho fuese extraña a la función no menos social de la política. No se comprende muy bien por qué no se ha hecho un paralelo, que habría sido fructuoso, entre el régimen del acto unilateral del Estado en el derecho público nacional y el régimen —que se debe crear— del acto unilateral del Estado en el derecho público internacional. En ambos casos el Estado actúa como potencia pública, pero en uno de ellos el modo unilateral de intervención es la regla, mientras que en el otro es la excepción. La línea de demarcación entre el acuerdo de voluntades y la manifestación unilateral de voluntad debería ser una de las claves para definir el tema.

2. La segunda serie de reflexiones se refiere al método. A este respecto, el Relator Especial debe tratar de evitar

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

dos peligros en sus próximos informes. En primer lugar, no debe ocuparse del plazo del quinquenio en curso para no verse en la obligación de renunciar a un examen minucioso de la práctica de los Estados, ya que ese trabajo de investigación es necesario para cualquier codificación. En segundo lugar, el Relator Especial debe evitar la simplificación del tema suprimiendo ciertas categorías —el silencio, la aquiescencia, la notificación, etc.— que pueden resultar indispensables en alguna fase ulterior del trabajo sobre el tema. La codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional forman, desde este punto de vista, una pareja indisoluble.

3. Por último, con respecto al fondo de la cuestión, es posible preguntar en qué medida el criterio formal de la imputabilidad a uno o varios Estados, examinado en los párrafos 133 a 135 del informe y que en sí mismo depende de la validez externa y de la validez interna del acto, sólo serviría para definir el acto «puramente» unilateral —la declaración— y no los demás actos, que erróneamente son marginados. La naturaleza restrictiva de este criterio no resiste el análisis puesto que se trata, por el contrario, de un denominador común. Ocurre lo mismo con el criterio derivado de la autonomía de la obligación, que sólo puede aumentar la diversidad de situaciones abarcadas y, por lo tanto, la diversidad de regímenes que deben elaborarse. Para citar un solo ejemplo, en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ dedujo, con respecto a la falta de reacción, toda una serie de consecuencias que podrían constituir un régimen específico de inacción. Desde este punto de vista el derecho de los tratados sólo puede enriquecer el derecho relativo a los actos unilaterales de los Estados.

4. Sea cual fuere la figura considerada, el régimen del nacimiento del acto unilateral está estrechamente relacionado con la cualidad inicial de este acto, es decir con su validez. El régimen de la ejecución o del funcionamiento está relacionado con el objeto del acto. Por lo tanto, corresponde a la función determinante del objeto y de la finalidad en el derecho de los tratados una función determinante del contenido y de la intención en el derecho relativo a los actos unilaterales de los Estados. Tratándose del régimen de la oponibilidad y de la notoriedad, debe hallarse en gran parte relacionado con la importancia del acto. La dialéctica de las obligaciones y de los intereses y derechos correspondientes implica consideraciones de tiempo y cabe preguntarse cuáles son sus repercusiones en el derecho relativo a los actos unilaterales de los Estados. La capacidad de actuar es otra consideración que debe tenerse en cuenta. Cuando los actos unilaterales están destinados a la comunidad internacional en general, ¿quién va a invocar los derechos de esta comunidad internacional inducidos por la posición tomada por tal o cual Estado? ¿Qué Estado tiene la facultad de actuar y de qué comunidad internacional organizada se trata? Si se tienen en cuenta todas estas consideraciones aumentará la fuerza de las reglas mínimas cuya elaboración parece ajustarse mejor a la tarea del Relator Especial y se dará su verdadero sentido a esta cuestión.

5. El Sr. SIMMA considera que la tarea del Relator Especial depende, en gran medida, de la forma en que se entienda la codificación de este tema. La idea de un proyecto de artículos le parece muy difícil de realizar, puesto que las definiciones serían muy numerosas y las normas de fondo de carácter muy general y, en consecuencia, sin efecto. A lo sumo se podría pensar en una especie de advertencia a los jefes de Estado y a los políticos ante las consecuencias que podrían tener unos enunciados demasiado explícitos. La única solución realista parece ser un estudio descriptivo del asunto. Para ello habría que determinar, en primer lugar, lo que debe figurar en el estudio y lo que debe quedar excluido. La gran multiplicidad de actos multilaterales de los Estados no impide, en forma alguna, realizar un trabajo de sistematización y clasificación de estos actos. Se podrían definir tres grandes categorías. La primera son aquellos actos que, según el derecho internacional, carecen de consecuencias específicas y uniformes distintas de las que se derivan de la situación concreta. Los disparos de advertencia de un navío contra otro pueden, según las circunstancias, hacerse en aplicación de una resolución del Consejo de Seguridad o constituir una violación del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Esta primera categoría no puede formar parte del ámbito del estudio, como tampoco el silencio, aunque el derecho internacional pueda asignar ciertas consecuencias a este último. La segunda categoría está constituida por los actos unilaterales a los que el derecho internacional atribuye consecuencias. Se trata, por ejemplo, de la ocupación de una *terra nullius*, del abandono de un territorio, o de una *negotiorum gestio*. El caso de las declaraciones es menos claro, pero indudablemente la declaración de guerra entra en esta categoría. Es verdad que ya no existe *terra nullius*, y que el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta prohíbe recurrir a la guerra, pero quedan todavía actos comprendidos en esta segunda categoría que deben también quedar excluidos del estudio.

6. La tercera categoría es la de los actos unilaterales que han sido concebidos por el Estado emisor para tener las consecuencias jurídicas deseadas por dicho Estado o que están destinados a tener tales consecuencias. Esta categoría puede, a su vez, dividirse en dos subcategorías. En primer lugar, están los actos unilaterales que podrían llamarse «dependientes», vale decir aquellos cuyos efectos dependen de un acto correspondiente de otro u otros Estados. Como ejemplo de este tipo de actos se puede citar la oferta y la aceptación, en el contexto del derecho de los tratados, lo mismo que la adhesión, la ratificación, la formulación de reservas y la denuncia, así como la declaración hecha en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la CIJ. La segunda subcategoría está formada por los actos que, para producir efectos, no tienen necesidad de una respuesta, en forma de un acto correspondiente dimanado de otro Estado. Estos actos no tienen por qué ser aceptados, sino sólo recibidos en el sentido de que, como es evidente, deben señalarse a la atención de otros Estados. Es el caso del reconocimiento, la protesta y la renuncia de derechos, como así también de la promesa unilateral. Los actos comprendidos en esta categoría, que son actos unilaterales autónomos, deben ser estudiados más adelante por el Relator Especial y requieren desde ahora ciertas observaciones.

7. La primera observación es que la cuestión de la fuerza vinculante o del carácter obligatorio de estos actos autónomos se plantea de manera distinta en cada caso. Tratándose del reconocimiento, la cuestión principal consiste en saber si el acto es revocable. En materia de protesta, se trata sobre todo de determinar en qué circunstan-

cias un Estado debe protestar para evitar ciertas consecuencias, por ejemplo para no quedar obligado por una regla de derecho internacional consuetudinario que se está concretando.

8. El problema más interesante de esta cuestión es, sin embargo, la fuerza obligatoria, para el Estado que emite, de las promesas unilaterales; según el Sr. Simma este término debe preferirse al de declaración unilateral, que resulta demasiado formal y, por consiguiente, puede abarcar actos muy diversos. A partir de una promesa de Francia de no continuar con las pruebas nucleares la CIJ dedujo ciertas consecuencias en los asuntos *Essais nucléaires*. ¿En qué circunstancias resulta obligatoria una promesa unilateral para el Estado que la hace? Existen en tal sentido por lo menos seis teorías, que es posible clasificar en dos grupos, las teorías subjetivas y las teorías objetivas. Según las primeras, la intención del Estado que hace la promesa es lo que da nacimiento a la obligación, al parecer sobre el fundamento, de la *pollicitatio* del derecho romano. Para el Sr. Simma el elemento subjetivo, aunque necesario, no es suficiente, y también debe existir un elemento objetivo. Las teorías objetivas parecen basarse en la noción de *estoppel*, o en nociones más amplias, como la buena fe. Lo dice muy bien Reuter: «Esta afirmación [relativa al carácter vinculante de una promesa unilateral] se basa en el principio de la buena fe y, más especialmente, en la obligación de respetar las convicciones a que se ha dado origen con su comportamiento»[2].

9. Parece necesario hacer una última distinción, porque la idea de confiar en una promesa puede entenderse en sentido concreto, y entonces el principio sería que una promesa unilateral es vinculante cuando, dadas las circunstancias, su destinatario confía en ella, y aquí aparecería la noción de *estoppel*; pero también puede, y para el Sr. Simma debe, comprenderse en un sentido más abstracto: una promesa unilateral es vinculante cuando, en vista de las circunstancias, su destinatario, o la comunidad de Estados, pueden legítimamente confiar en ella. Un primer ejemplo son las garantías negativas de seguridad formuladas en diversas ocasiones por los Estados que tienen armas nucleares. Por ejemplo, en 1978 la URSS declaró, en el décimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, dedicado al desarme, que la Unión Soviética no utilizaría nunca armas nucleares contra los países que no produjeran ni adquirieran tales armas y que no las tuvieran en sus territorios[3]. Dos años más tarde Austria declaró que, en su opinión, las declaraciones respectivas de los gobiernos de los países que tuvieran armas nucleares, por ejemplo la URSS, obligaban a las Potencias nucleares en cuestión en virtud del derecho internacional[4]. Sin embargo, aunque el Sr Brezhnev reiteró esta promesa en 1982, en 1993 la Federación de Rusia parece considerarla con cierta reserva. Este caso demuestra que si un Estado desea confiar en una promesa unilateral es preferible hacerla constar en un tratado. Esto ocurrió en 1990 cuando, en el marco de las negociaciones que llevaron a la reunificación alemana, la República Federal de Alemania prometió unilateralmente limitar los efectivos del ejército federal a 370.000 hombres; algunos meses más tarde se insertó una obligación en tal sentido en el Tratado «2 + 4»[5].

10. En este contexto, las promesas que, a primera vista, parecen unilaterales suelen resultar elementos de una negociación o de un proceso bilateral. La famosa declaración Ihlen (véase *Statut juridique du Groënland oriental*, págs. 69 y 70), por ejemplo, se hizo en respuesta a una gestión danesa y, por lo tanto, en un contexto de reciprocidad. Por otra parte, es frecuente que las declaraciones unilaterales se limiten a reiterar una obligación asumida anteriormente: la Declaración hecha por el Gobierno de Egipto sobre el Canal de Suez en 1957[6] podía considerarse como basada en el Convenio para asegurar a todas las Potencias y en todo tiempo el libre uso del Canal de Suez (Convenio de Constantinopla de 1888). Por último, el Sr. Simma observa que los actos unilaterales de los Estados no son una fuente de derecho pero crean obligaciones jurídicas, y que los principios y las normas en los que se basa la creación de tales obligaciones forman parte de los principios generales del derecho o de la jurisprudencia del derecho internacional consuetudinario.

11. El Sr. BROWNLIE, refiriéndose a la intervención del Sr. Simma, dice que los miembros de la Comisión tienen con el Relator Especial la obligación de estudiar a fondo las categorías de actos que ha definido a los efectos del estudio y que no basta proponer otras categorías. El Relator Especial ha hecho un considerable ejercicio intelectual para encontrar un terreno bien delimitado por la doctrina y la jurisprudencia, y a este respecto el párrafo 57 de su primer informe resulta muy oportuno, así como el párrafo anterior relativo a la analogía con el derecho de los tratados. El Sr. Brownlie acepta la categoría fundamental definida en esos párrafos, es decir los actos unilaterales formales del Estado, aunque piensa que otras instituciones también deben estudiarse, en primer lugar el *estoppel*, que ocupa un lugar importante en la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

12. El Sr. ELARABY señala, en lo que se refiere a las garantías negativas de seguridad formuladas por los Estados que tienen armas nucleares recordadas por el Sr. Simma, que los Estados que no disponen de tales armas no se conforman realmente con esas garantías y hubiesen preferido que los Estados que tienen armas nucleares firmaran acuerdos con compromisos semejantes. Por otra parte, se puede considerar, con respecto a las zonas libres de armas nucleares que han sido creadas, la última de ellas en África en 1996[7], que las garantías negativas de seguridad tienen efectos jurídicos y que han sido aceptadas en cuanto tales.

[2] P. Reuter, *Droit international public*, 5.ª ed., París, Presses universitaires de France, 1976, colección «Thémis», pág. 142.

[3] Departamento de Asuntos de Desarme, *The United Nations General Assembly and Disarmament 1984* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.85.IX.7), anexo del capítulo VIII, pág. 119. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, décimo período extraordinario de sesiones, Sesiones Plenarias*, 5.ª sesión, párr. 44.

[4] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Primera Comisión*, 40.ª sesión (A/C.1/35/PV.40), págs. 69 y 70.

[5] Tratado relativo al arreglo final sobre Alemania (Moscú, 12 de septiembre de 1990), *RGDIP*, París, CNRS, t. 94, 1990, pág. 1168, art. 3, párr. 2.

[6] Véase 2524.ª sesión, nota 17.

[7] Tratado sobre una zona libre de armas nucleares en África (Tratado de Pelindaba) (El Cairo, 11 de abril de 1996), A/50/426, anexo.

13. El Sr. SIMMA, respondiendo al Sr. Brownlie, niega haber rechazado de entrada las categorías propuestas por el Relator Especial, y señala que, si propuso otras categorías que no se habían mencionado, fue sólo con la idea de prestarle ayuda. En cuanto al *estoppel*, que es un concepto establecido de derecho internacional público, sólo entra en juego después del acto unilateral y no constituye un acto unilateral en sí mismo. Por otra parte, el Sr. Simma hace suyas las observaciones del Sr. Elaraby en apoyo de su opinión de que siempre es preferible confirmar las promesas unilaterales en el marco de un tratado.

14. El Sr. MIKULKA considera que, si bien las categorías propuestas por el Sr. Simma son satisfactorias en el plano teórico, la frontera que las separa no siempre está bien marcada, y que es necesario hacerse una idea de los actos que no pueden en ningún caso crear efectos jurídicos para determinar, *a contrario*, qué actos puedan crearlos. Está de acuerdo en cambio con la distinción hecha entre los actos dependientes y los actos autónomos, pero se pregunta si los primeros están comprendidos realmente en el tema que se estudia o si no constituyen, más bien, acuerdos de forma muy simplificada, puesto que sus consecuencias jurídicas nacen de una coincidencia de voluntades.

15. El Sr. Mikulka conviene también con el Sr. Simma en que existen ciertos actos unilaterales a los cuales el derecho internacional atribuye determinadas consecuencias jurídicas específicas, a veces en instrumentos existentes, como las Convenciones de Viena de 1961 y 1969. No obstante, cabe preguntarse si resulta útil enumerar todos los actos en cuestión, aunque tampoco se deje caer en el otro extremo y en excluirlos enteramente del estudio; un análisis crítico de lo que se ha codificado a fin de encontrar características comunes permitiría, en efecto, facilitar el estudio. Por último, el Sr. Mikulka piensa que también cabe preguntarse en qué medida los actos unilaterales de los órganos o de las dependencias del Estado pueden atribuirse al Estado, ya que en ciertas esferas, por ejemplo el incumplimiento de las obligaciones internacionales, la definición de Estado es mucho más amplia que en otras esferas, como por ejemplo el derecho de los tratados.

16. El Sr. Sreenivasa RAO pone de relieve, con respecto al *estoppel*, que el acto unilateral es el que crea una convicción que servirá de base a otros Estados para fundar su comportamiento y que, en este sentido, dicha institución está relacionada con el tema que se examina.

17. El Sr. SIMMA se siente sorprendido de que se considere que el *estoppel* es una figura pertinente en el estudio emprendido por la Comisión: resulta difícil ver cómo puede constituir un acto unilateral, puesto que resulta de una situación en la que el Estado A, al cambiar su actitud anterior, causa un perjuicio al Estado B. No puede existir *estoppel* sin que haya, por lo menos, dos Estados.

18. El Sr. Sreenivasa RAO comprueba que el Sr. Simma se concentra en las consecuencias del acto unilateral. Por su parte desea referirse al acto inicial que, desde el origen, tiene consecuencias jurídicas, puesto que desde el origen puede dar lugar a una situación de *estoppel*. Desde este punto de vista, el *estoppel* es pertinente al tema.

19. El Sr. GALICKI felicita al Sr. Simma por el esfuerzo de sistematización que ha realizado. La Comisión debe agradecérselo puesto que de cualquier modo estará obligada a definir las diversas formas de los actos unilaterales.

20. Como ha dicho el Sr. Mikulka, sería muy delicado trazar una distinción entre las dos primeras categorías de actos unilaterales que propuso el Sr. Simma. A lo cual se debe agregar que tampoco resulta fácil delimitar la tercera categoría, que está fundada en el principio de que el autor del acto especifica las consecuencias jurídicas que desea asignar a dicho acto. Esta categoría es el meollo del tema. Pero hay un ejemplo que muestra bien su ambigüedad, el caso de la declaración de neutralidad, que también puede pertenecer a la segunda categoría, según las circunstancias. La Comisión debe tratar de definir la diferencia entre la situación en que el derecho internacional asigna determinadas consecuencias jurídicas a un acto de la situación en que el autor del acto da por supuesto que éste tiene ciertas consecuencias jurídicas. Como las dos situaciones se pueden superponer en la práctica, la distinción entre una y otra categoría es mucho más difícil de establecer.

21. A propósito de la observación del Sr. Simma de que los actos unilaterales de los Estados no son una fuente clara de derecho internacional, según la clasificación en vigencia, pero crean obligaciones jurídicas, se recuerda que una obligación jurídica no se forma en el vacío y que sólo existe frente a un interlocutor, a varios interlocutores e incluso *erga omnes*. El interlocutor adquiere, en cierta medida, el derecho a comportarse de cierta manera. Nos encontramos ante una situación en que nacen derechos y obligaciones en la esfera del derecho internacional, de lo cual se puede concluir que se trata de obligaciones y derechos internacionales. En opinión del Sr. Galicki esta distinción entre las fuentes del derecho internacional y las fuentes de las obligaciones internacionales debe profundizarse más. El estudio que emprenderá la Comisión ofrece una buena ocasión para ello.

22. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que los juristas anglosajones tienden a considerar el *estoppel* como una figura del procedimiento de presentación de pruebas en el proceso. La Comisión se ocupa de los actos jurídicos unilaterales de los Estados, es decir que en su análisis debe dejar de lado las actitudes, comportamientos y las actividades de los Estados que no sean actos propiamente dichos, aunque produzcan efectos jurídicos. No obstante el *estoppel* puede invocarse ante actos, comportamientos, etc., que tienen efectos jurídicos y, en tal medida, es interesante estudiarlo en relación con los actos unilaterales de los Estados.

23. El Sr. HAFNER, volviendo al ejemplo de las garantías negativas en materia de seguridad, precisa que, para evaluar la validez jurídica de la declaración hecha por las Potencias nucleares, Austria se basó en el dictamen de la CIJ en los asuntos *Essais nucléaires*. A la luz de los criterios establecidos en dicha decisión, Austria llegó a la conclusión de que dicha declaración era obligatoria para los Estados que la habían formulado. Las Potencias nucleares se sintieron muy sorprendidas y dijeron que esa no había sido en absoluto su intención.

24. Según el Sr. Hafner el problema se analiza de la siguiente manera: se puede afirmar que existe una presunción del efecto vinculante de la declaración, o sea que corresponde a los otros Estados probar, eventualmente, que esta presunción es falsa. En ese caso se podría argumentar que, si se estima que la declaración de las Potencias nucleares era realmente vinculante para sus autores, no se advierte por qué estas Potencias habrían seguido negociando un tratado de desnuclearización, lo cual prueba que no tenían intención de comprometerse internacionalmente con su declaración. La expresión de la voluntad, criterio definido por la CIJ, no era manifiesta en este caso.

25. El Sr. BROWNLIE también se pregunta si el *estoppel* forma parte del tema que se examina. A su juicio, hay que cuidarse de no ser excesivamente teóricos. En la práctica, muchos abogados internacionales consideran que, efectivamente, el *estoppel* corresponde a la esfera de los actos unilaterales de los Estados. Es impensable que la Comisión deje de lado una figura jurídica de tal importancia, sobre todo que lo haga por razones de simple doctrina.

26. Además, la Comisión debe establecer claramente la distinción entre el acto unilateral clásico y el acto que define su propia naturaleza *(self-characterizing)*: por ejemplo, la Declaración hecha por el Gobierno de Egipto sobre el Canal de Suez fue depositada ante el Secretario General de las Naciones Unidas y en ella se explicaban claramente las intenciones de sus autores. Pero, en general, los actos unilaterales de los Estados no contienen su propia definición. El problema particular que presenta la declaración oral Ihlen, citada en el párrafo 88 del primer informe, es que no se autodefine y que su naturaleza sólo fue explicada en el contexto de un procedimiento contencioso. Muchos ejemplos citados por diversos miembros de la Comisión presentan el mismo carácter, es decir que se trata de actos que no se consideran con efectos *ab initio* porque, por ejemplo, no han sido ratificados por el Parlamento cuando lo exige la Constitución. Estos actos no dicen lo que son en el momento en que se realizan: su sentido sólo adquiere importancia *a posteriori*. En consecuencia, la Comisión no puede excluirlos de su análisis sólo porque su realización no es totalmente análoga a lo que, en la esfera del derecho convencional, es la conclusión de un tratado o de algún otro instrumento que especifica a qué corresponde desde el momento en que se concluye.

27. El Sr. HERDOCIA SACASA saluda el esfuerzo de clasificación realizado por el Sr. Simma, pero piensa que el Relator Especial ha tenido el mérito fundamental de definir ciertos actos que la doctrina sitúa en la esfera de los actos unilaterales de los Estados cuando, en realidad, tienen una base convencional. Su labor ha consistido en buscar los elementos constitutivos de lo que la CIJ califica en muchas de sus decisiones de acto jurídico puramente unilateral. En los asuntos *Essais nucléaires* precisó que este tipo de acto no exigía ninguna contrapartida, ni siquiera la aceptación ulterior de otro Estado porque —esta consideración es fundamental— exigir la reacción de un Estado distinto del autor del acto unilateral sería infringir el carácter estrictamente unilateral del acto originario. El Relator Especial ha tratado de mantenerse en los límites estrictamente definidos de esta figura.

28. Sin embargo, el Sr. Herdocia Sacasa piensa que la Comisión debe analizar en forma más detallada otros tipos de actos unilaterales y de situaciones, por ejemplo los actos que varios de sus colegas han mencionado, como el silencio, la aquiescencia o el *estoppel*. Sólo después de esa labor podrá tener una visión global del asunto.

29. El Sr. ECONOMIDES juzga excesivo el pesimismo del Sr. Simma. Recuerda que el acto convencional, es decir el acuerdo entre Estados, es una situación que no es fácil lograr en la medida en que hace falta la coincidencia de dos voluntades. Esto se advierte claramente en el asunto de la declaración Ihlen, en la cual la CIJ sólo vio una declaración unilateral que tenía ciertas consecuencias jurídicas pero que, según lo que parece pensar el Sr. Simma, presentaría elementos de un proceso convencional.

30. Con respecto a la declaración de la URSS de 1978 (véase párr. 9 *supra*) se puede decir que su aceptación por Austria no basta para transformar la acción de la Unión Soviética en un acto convencional por el cual dicho Estado se habría comprometido internacionalmente frente a Austria. Si un Estado ofrece a su vecino facilidades portuarias y el vecino declara aceptar la oferta esto no crea, sin embargo, un compromiso internacional convencional. Sería fácil para el primer Estado concertar un acuerdo pero, justamente porque no ha deseado imponerse una servidumbre de orden internacional, se ha reservado la facultad de revertir su primera actitud. Se comprueba que el acto unilateral es una acción fácil, útil, ampliamente utilizada por los Estados que no desean comprometerse en el plano internacional y que puede evolucionar más adelante hacia un acuerdo o un tratado. Esta técnica de las relaciones internacionales es muy común en la práctica estatal y la Comisión haría mal en restringir su estudio a un simple análisis de la doctrina.

31. El Sr. ELARABY piensa, al igual que el Sr. Sreenivasa Rao, que cuanto más aclare la Comisión los actos unilaterales de los Estados y sus consecuencias más se aclarará el caso del *estoppel*. Es evidente que esta figura jurídica, donde se expresa la reacción de un Estado a un acto unilateral que tiene efectos jurídicos, forma parte del tema que se examina. Sería inaceptable, por ejemplo, que una declaración hecha ante el Consejo de Seguridad o la Asamblea General cuyas consecuencias jurídicas no han sido previstas necesariamente por el autor ponga al Estado emisor en situación de *estoppel*. Para muchos países no puede considerarse que una simple declaración de política general produzca efectos jurídicos que los ponga en condiciones en que podría darse una situación de *estoppel*.

32. El Sr. CRAWFORD también piensa que no convendría excluir *a priori* la cuestión del *estoppel* del ámbito de estudio de la Comisión. Se trata de una figura ampliamente aceptada por los tribunales internacionales. Se la podría analizar desde el ángulo de las circunstancias en que un Estado no puede revocar un acto unilateral. Desde este punto de vista el *estoppel* está estrechamente relacionado con el tema que se examina.

33. El Sr. PELLET comparte la opinión expuesta por el Relator Especial en los párrafos 59 a 131 del primer informe: los actos unilaterales de los Estados tienen exis-

tencia real. La doctrina habla de ellos, la jurisprudencia se funda en ciertos actos de este tipo y, sobre todo, los Estados realizan estos actos e invocan los de otros Estados o protestan contra ellos. El problema es que los Estados realizan estos actos unilaterales sin saberlo puesto que no están claramente definidos y que el régimen aplicable es incierto. Por eso el tema tiene tanta importancia y por eso la Comisión ha hecho bien en incluirlo en su programa.

34. Para proceder a la codificación de la materia y, eventualmente, al desarrollo progresivo del derecho que la rige, la Comisión no está obligada a determinar desde un principio la forma definitiva de sus conclusiones, pero está claro que el tema se presta a la elaboración de un proyecto de artículos con comentarios que, evidentemente, debe comenzar con definiciones. Este es precisamente el objeto del informe que se examina, y el Sr. Pellet aprueba a este respecto el enfoque adoptado por el Relator Especial.

35. Pero el orador se pregunta sobre un problema de método: ¿se trata de definir los actos unilaterales de los Estados en general o simplemente de definirlos a los efectos del estudio que ha emprendido la Comisión? Para comenzar, debe resolverse esta cuestión de entrada puesto que las definiciones serán diferentes según la decisión que se adoptare, y se debe determinar desde el principio si existe una definición generalmente aceptada del acto unilateral del Estado. Está claro que esa definición no existe. Como lo han hecho notar el Relator Especial y algunos otros miembros de la Comisión, los actos unilaterales de los Estados no figuran entre las fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, y ningún tribunal se ha arriesgado a proponer una definición general. Incluso la CIJ se ha contentado, en los asuntos *Essais nucléaires*, con hablar de «declaración» unilateral.

36. Para el Sr. Pellet la elaboración de la definición debe partir del hecho de que estamos en presencia de un acto, vale decir de la manifestación de la voluntad de un sujeto de derecho destinada a producir efectos jurídicos o, para usar la definición clásica de Jacqué, de «una manifestación de voluntad imputable a uno o varios sujetos de derecho internacional y destinada a crear una norma a la cual el derecho internacional atribuye la creación de derechos y obligaciones»[8]. Estas características bastan para distinguir los actos unilaterales de los demás actos que el Relator Especial excluye justificadamente del ámbito de estudio, aunque lo haya hecho por razones que no son enteramente convincentes.

37. Este es el caso de lo que denomina «actos políticos». Para un jurista una declaración política no puede ser un acto ya que, aunque sea internacional, no está destinada a producir efectos jurídicos, simplemente porque su autor no lo desea, como lo ha explicado el Relator Especial muy bien en el párrafo 44 del primer informe. La declaración política es a los actos unilaterales lo que un *gentleman's agreement* es a los tratados: se parece a esos actos porque emana de un solo Estado, pero no crea derechos ni obligaciones en el sentido jurídico de estos dos términos. Pero sean unilaterales o concertadas, las declaraciones políticas tienen un efecto: pueden dar origen a un *estoppel* y pueden también, igual que los actos unilaterales, contribuir a la formación de las normas consuetudinarias. Pero no crean directamente derechos subjetivos y no obligan a sus autores. A este respecto, el Sr. Pellet no coincide con el Relator Especial cuando éste habla, en los párrafos 43 y 45 de su informe, del «carácter obligatorio» de los actos políticos. Los actos políticos no son, por definición, obligatorios para nadie, ni siquiera para el Estado autor de la declaración y eso los distingue de los actos unilaterales. Esto no significa que los Estados los ignoren ni que, en definitiva, no los hagan prevalecer sobre el derecho, porque el derecho no lo es todo, ya que también importan la política, la moral o la religión.

38. Si nos atenemos a la definición citada, las observaciones que figuran en los párrafos 48 a 57 y 95 del informe parecen al mismo tiempo demasiado vagas y demasiado complicadas. La razón de que el silencio o el comportamiento no tengan relación con este tema es más sencilla: ninguno de los dos es una manifestación de voluntad destinada a tener efectos jurídicos. Por el contrario, el Relator Especial se equivoca al excluir lo que denomina actos relativos a la responsabilidad internacional del Estado. En efecto estos actos no son una categoría especial de actos unilaterales: constituyen lo que el proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados[9] califica de «hechos internacionalmente ilícitos» y plantean, en el marco del tema que se examina, la cuestión fundamental de saber si son o no válidos. Pero no por implicar la responsabilidad del Estado deben ser excluidos. Sorprende también al Sr. Pellet la importancia asignada por el Relator Especial y varios miembros de la Comisión a la cuestión del *estoppel*. Esta figura no corresponde en absoluto a la definición de acto unilateral. La cuestión que se plantea realmente es la de saber si un acto unilateral puede dar origen a una situación de *estoppel*, y en qué condiciones. La respuesta es probablemente afirmativa, pero se refiere a los efectos del acto unilateral y no a su definición, y sería prematuro adoptar ahora posición sobre este punto y, más aún, eliminar por completo el problema.

39. Una segunda característica del acto unilateral es que debe emanar de un sujeto de derecho único y que, como dice el Relator Especial, debe expresar una voluntad única. En primer lugar debemos observar que, como reconoce el Relator Especial, el autor del acto puede ser «compuesto». El Sr. Pellet piensa, por ejemplo, en las decisiones de las cuatro Potencias aliadas en Alemania, que frecuentemente asumieron una forma convencional, pero se presentaron con respecto al pueblo alemán, y luego a las dos Alemanias, como actos unilaterales. Sin duda no habría que detenerse mucho ante este fenómeno, pero vale la pena tenerlo presente. En segundo lugar conviene observar que hay actos unilaterales que comportan elementos bilaterales o sinalagmáticos. Son aquellos actos que al haber sido aceptados toman un valor jurídico diferente, por ejemplo las ofertas. Como lo hizo notar el Sr. Ferrari Bravo (2524.ª sesión), la eventual aceptación del destinatario puede poner al autor del acto en la imposibilidad de anularlo o de modificarlo. Se trata también un aspecto sobre el cual habrá que volver.

[8] J. P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, pág. 181.

[9] Véase 2520.ª sesión, nota 8.

40. No basta, sin embargo, que un Estado actúe unilateralmente para que estemos en presencia de un acto jurídico unilateral según el derecho internacional. Todavía falta, según la definición, que este acto exprese la voluntad de crear derechos y obligaciones, lo cual plantea el gran interrogante de saber con respecto a quién se crean estos derechos y estas obligaciones. En este sentido el informe no resulta muy claro. Ahora bien, se debe hacer una distinción fundamental entre los actos autonormativos, por ejemplo los que crean obligaciones a cargo de quien los formula, y derechos para los destinatarios o, según corresponda, para la comunidad internacional en su conjunto —es el caso de la Declaración hecha por el Gobierno de Egipto sobre el Canal de Suez en 1957 por la cual Egipto se comprometió a respetar la libertad de navegación en el Canal de Suez— y los actos heteronormativos que pretenden crear obligaciones para los Estados o para los sujetos de derecho internacional distintos del que inició el acto. Esta distinción aparece en varias partes del informe pero no se explica claramente, a pesar de parecer esencial.

41. Por lo que hace a los actos autonormativos, se presentan muchos problemas técnicos con respecto a su régimen jurídico pero, como lo dice el Relator Especial en los párrafos 152 a 162 de su informe, el fundamento de su carácter obligatorio se encuentra en el principio de la buena fe, que sirve de base tanto al principio *pacta sunt servanda*, enunciado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, como a la norma *acta sunt servanda* tomada por el Relator Especial del esquema general elaborado en el 48.º período de sesiones[10]. Este principio, sin embargo, no sirve para nada cuando el acto unilateral tiene por objeto crear obligaciones no para su autor sino para otros sujetos de derecho internacional, en general para otros Estados.

42. En efecto, si bien el principio de la igualdad de soberanía de los Estados significa que ningún Estado, por poderoso que sea, tiene el derecho general de imponer obligaciones a otros Estados en la esfera internacional, existen, en casos particulares, actos unilaterales de carácter heteronormativo, por ejemplo el acto según el cual un Estado fija libremente la amplitud de su mar territorial en el límite de las 12 millas marinas. Si bien en su informe el Relator Especial no trata directamente la cuestión del fundamento del carácter obligatorio de este tipo de actos, esboza una respuesta al afirmar que, como encuentra su principio en una norma de derecho internacional consuetudinario relativa al derecho del mar, tal acto no es puramente unilateral o, según otra terminología, autónomo, y se encuentra por lo tanto fuera del ámbito del estudio. Esta respuesta no es convincente porque la norma de fundamento así enunciada no tiene un carácter diferente del principio *acta sunt servanda* ni del principio *promissio est servanda*; en estos dos casos hay una «habilitación» en el sentido que daba Kelsen a esta palabra[11]. Por lo tanto es posible formular un principio general válido para todos los actos unilaterales: tienen un efecto obligatorio en la medida en que exista una norma habilitante que les confiera ese efecto. Contrariamente a lo que afirman algunos, la cuestión del fundamento del carácter obligatorio de los actos unilaterales es fundamental y es el centro mismo del misterio que constituye el derecho internacional, derecho que relaciona, en primer lugar, entidades soberanas que, en la esfera internacional, sólo pueden ejercer competencias, vale decir potestades, delimitadas por el derecho. El Sr. Pellet espera que los trabajos futuros de la Comisión sobre este tema permitan poner de relieve esta verdad necesaria.

43. Con respecto a los temas que deberán elegirse para el futuro proyecto de artículos, el Sr. Pellet no considera conveniente la idea del Relator Especial de limitar el estudio a los actos unilaterales autónomos del Estado. La Comisión, en su deseo de establecer un régimen general de actos unilaterales y no una suma de regímenes especiales, podría dejar de lado ciertos actos unilaterales, como la ratificación o las reservas, porque responden a reglas especiales pero no debido a su falta de autonomía. Al igual que cuando codificó el derecho de los tratados la Comisión no se detuvo en las particularidades de las normas características de los tratados relativos a los derechos humanos, al desarme o al medio ambiente, aunque las tomó en cuenta cuando correspondía a manera de ejemplo, positivo o negativo, en la esfera de los actos unilaterales, también debe tomar nota de que existen regímenes particulares, preguntarse si pueden ayudar, pese a todo, a deducir normas generales y tratar de explicar las razones de su particularidad.

44. Por último, el Sr. Pellet está enteramente convencido del carácter realista de la empresa que ha emprendido la Comisión. No cabe duda, por supuesto, de que existen diferencias entre la fijación de los límites del mar territorial, el reconocimiento del Estado, la notificación de ocupación de un territorio, la declaración de guerra o la promesa de carácter comercial, pero no son más acusadas que las que existen entre un tratado bilateral relativo al flete aéreo y la Carta de las Naciones Unidas o el Convenio europeo de derechos humanos. Ahora bien, estas diferencias no impidieron la codificación del derecho de los tratados en una forma que todos están de acuerdo en considerar, en general, satisfactoria. Lo mismo es posible para los actos unilaterales a condición de que la Comisión se ocupe de las normas generalmente aplicables, a su elaboración, su validez, su interpretación y su aplicación —algunos dirían las normas secundarias— sin detenerse en el contenido de los actos unilaterales ni en el régimen jurídico particular que caracteriza alguno de estos actos.

45. El Sr. ADDO piensa que, como el tema no se presta fácilmente a la codificación, quizás fuera conveniente que la Comisión, como lo ha propuesto el Sr. Brownlie, se limite en un primer momento a un estudio descriptivo del tema antes de volver a exponer, eventualmente, el derecho correspondiente. La falta de una definición exhaustiva, uniforme y precisa aumenta la dificultad de la tarea, ya que la naturaleza de los actos unilaterales sólo puede comprenderse plenamente a partir de las particularidades que caracterizan sus diferentes tipos.

[10] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, anexo II, adición 3.

[11] H. Kelsen, «Théorie du droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1953-III*, Leyde, Sijthoff, 1955, vol. 84, págs. 1 a 201, en particular págs. 10 a 12.

46. Por lo que se refiere al fundamento del efecto obligatorio de los actos unilaterales, sólo en los asuntos *Essais nucléaires* la CIJ dedujo este efecto de la buena fe, principio de derecho internacional consuetudinario. Este principio no se aplica, de todas formas, a los actos como el reconocimiento, la protesta, la notificación o la renuncia, que se han transformado en instituciones plenas de derecho internacional cuya fuerza jurídica reposa directamente en el derecho internacional consuetudinario. Como el Estado autor de una declaración está en condiciones de crear unilateralmente derechos, en determinadas circunstancias y sobre la base del derecho consuetudinario en vigor, es indudable que este tipo de acto puede tener consecuencias considerables. Hay dos cuestiones preocupantes que debe abordar el Relator Especial: de una parte, el carácter irrevocable o no de la declaración unilateral y, de otra, la condición jurídica del representante del Estado que puede comprometerlo por un acto unilateral.

47. El Sr. GOCO, quien hace hincapié en la complejidad y la amplitud del tema, como se ha comprobado durante el debate, desea contar con algunas indicaciones sobre la orientación que se dará al estudio de la Comisión.

48. El Sr. LUKASHUK considera que, en una primera fase, el Relator Especial debe mantenerse dentro del tema de los actos puramente unilaterales para poder llegar a un resultado concreto, pues de otra manera corre el peligro de emprender una tarea imposible.

49. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, con el apoyo del Sr. THIAM, dice que es prematuro tratar el problema de la orientación que tendrá el estudio porque el debate no ha terminado.

50. El Sr. ECONOMIDES observa que hay tres tendencias en el seno de la Comisión: la expresada por el Relator Especial orientada a limitar el estudio al acto formal y autónomo que crea derechos y obligaciones en el plano internacional; la que preconiza, además, el examen de otros actos no formales o no autónomos que también permiten crear derechos y obligaciones de derecho internacional; y una tercera, que el orador apoya personalmente, que consiste en incluir en el tema los actos formales autónomos y a subordinar la decisión relativa a los otros actos a una profundización del estudio preliminar.

51. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que es importante pensar en la orientación que debe adoptar la Comisión. El punto central del informe es tratar de definir los actos unilaterales, al menos los actos formales, como un mecanismo de creación de normas. Sería ilusorio pretender hacer una obra exhaustiva de codificación pero, ante todo, incumbe a la Comisión decidir si el instrumento, vale decir la declaración formal, sea cual fuere su contenido, puede ser objeto de reglas especiales, diferentes de las del derecho de los tratados.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2526.ª SESIÓN

Jueves 7 de mayo de 1998, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Actos unilaterales de los Estados *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558)

[Tema 7 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. DUGARD dice que definir el tema desde el principio es útil, pero que las definiciones siempre son peligrosas, especialmente si con ellas se pretende fijar unos parámetros estrictos para el debate. Probablemente la definición enunciada en el párrafo 170 del primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/486) no se ha formulado como una declaración absoluta del derecho en la materia, ya que esa definición tendrá que ser modificada. Comparte la opinión de que el *estoppel* (doctrina de los actos propios) debe incluirse en el estudio.

2. La doctrina de los actos unilaterales se basa en unas cuantas decisiones judiciales, en especial la dictada en los asuntos *Essais nucléaires*, de 1974. Pero los casos difíciles no producen buenas normas jurídicas. En aquella ocasión, la CIJ quiso evitar pronunciarse sobre la cuestión y buscó una salida de lo que era un asunto político, encontrándola en el principio de los actos unilaterales. Su decisión se discute ahora como si no hubiera sido nunca polémica, pero en su época fue asimilada al fallo dictado por la Corte en 1966 en los asuntos *Sud-Ouest africain*, que constituyó un ejemplo de cómo un órgano judicial evita el enfrentamiento con la autoridad política. Puede aceptar la declaración hecha en esa ocasión por el magistrado *ad hoc* Sir Garfield Barwick en el sentido de que nada justifica la conclusión de que quienes hacen las declaraciones tienen la intención de asumir una obligación internacional solemne, y que es más natural concluir que las declaraciones son declaraciones de principio (véanse las páginas 448 y 449 de su opinión disidente). Esta opinión fue compartida a la sazón por la mayoría de los internacionalistas.

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

3. Estas consideraciones ponen de manifiesto la dificultad de distinguir entre actos jurídicos y actos políticos. El Relator Especial ha tratado de definir los actos políticos en el párrafo 43 del primer informe. Sin embargo, es dudoso que pueda llegarse alguna vez a una definición satisfactoria, y la Comisión tendrá que aceptar el hecho de que siempre es difícil distinguir entre los actos unilaterales destinados a producir efectos jurídicos y los que tienen una intencionalidad puramente política, ya que tal distinción dependerá del contexto en que se hagan las declaraciones. Este punto fue destacado por la Corte en la sentencia dictada en el asunto *Différend frontalier* de 1986, en la que se mostró poco dispuesta a considerar que Malí había tenido la intención de obligarse. A diferencia de los asuntos *Essais nucléaires*, Malí podía haber concertado un acuerdo obligatorio si lo hubiera deseado. La misma renuencia a deducir consecuencias jurídicas de un acto unilateral se aprecia en la opinión consultiva dictada anteriormente en el asunto *Statut international du Sud-Ouest africain*, de 1950, en la que la Corte se abstuvo de concluir que una declaración hecha por Sudáfrica ante las Naciones Unidas en 1947 fuera jurídicamente obligatoria. En pocas palabras, las resoluciones judiciales son confusas y requieren un examen más atento de la Comisión.

4. En su definición del acto unilateral, el Relator Especial menciona el requisito de la publicidad, elemento en que también insistió la CIJ en el asunto *Essais nucléaires*, en el que sostuvo que un compromiso asumido públicamente y con la intención de obligarse, aunque no fuera en el curso de unas negociaciones, era efectivamente vinculante. La necesidad de publicidad fue confirmada en su providencia de 22 de septiembre de 1995[2]. Por el contrario, la declaración a que se hace referencia en el asunto *Statut juridique du Groënland oriental* no fue una declaración pública. Por consiguiente, debería prestarse al elemento de la publicidad una atención mayor que la que ha recibido en el primer informe.

5. No es costumbre de la Comisión analizar detalladamente las resoluciones judiciales, pero debería estudiar los pocos casos relativos a las consecuencias jurídicas de los actos unilaterales porque constituyen la base del presente estudio. Como se ha señalado ya, el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ no incluye ninguna referencia a los actos unilaterales y el tema no ha sido tratado en detalle por la doctrina. En realidad, la doctrina se basa en gran parte en las escasas decisiones de la Corte, que ofrecen una imagen un tanto confusa. La tarea de la Comisión es arrojar alguna luz sobre esa confusión.

6. El Sr. PELLET, refiriéndose a la observación del Sr. Dugard sobre la publicidad, dice que no está seguro de que en el asunto *Statut juridique du Groënland oriental* la decisión de la CPJI deba considerarse fundada en un acto unilateral. Puede considerarse basada en un acuerdo verbal. Además, la publicidad debe redundar en beneficio de la parte a la que se dirige la declaración unilateral. En los asuntos *Essais nucléaires*, se entendió que Francia había dado seguridades a la comunidad internacional en su conjunto. En el asunto *Statut juridique du Groënland oriental*, la declaración unilateral, si se considera unilateral, estaba dirigida a Noruega. La cuestión estriba en que la parte que deduce derechos de un compromiso unilateral debe conocer la promesa hecha. En lo que se refiere a la publicidad, el Sr. Dugard se equivoca al contraponer el asunto *Statut juridique du Groënland oriental* y los asuntos *Essais nucléaires*.

7. El Sr. BROWNLIE dice que le inquietaría que la Comisión entrara en el análisis político y psicológico de las resoluciones de la CIJ. Gran parte del derecho nace, en realidad, de asuntos que en su momento se consideraron poco fundamentados. Es cierto que circunstancias especiales indujeron a la Corte a escurrir el bulto en los asuntos *Essais nucléaires*, y hay fundado escepticismo acerca de la aplicación del principio de la buena fe a los hechos del caso. Pero esto es otra cosa, y los Estados no se basan ahora en los asuntos *Essais nucléaires*.

8. Las fuentes del derecho de los actos unilaterales son muy diversas y comprenden una abundante práctica de los Estados. La Comisión no debería adoptar el punto de vista de que la normativa aplicable en este campo depende de un pequeño número de decisiones aisladas de la CIJ. Ya en 1962, Erik Suy publicó lo que sigue siendo una relación muy útil de los actos unilaterales, sin que haya sido atacado por haberse «inventado» el tema[3].

9. El Sr. FERRARI BRAVO manifiesta sus dudas acerca del alcance de la declaración unilateral de Francia en un asunto en que la CIJ dictó finalmente una decisión favorable a ese país. Con todo, es posible extraer una enseñanza de los asuntos *Essais nucléaires* y de la opinión consultiva dictada por la CIJ sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados[4]. Es evidente que, en ese contexto, el valor de los actos unilaterales es distinto del que quizás tengan en un contexto diferente. Es muy posible crear una teoría del derecho de las armas nucleares, un antiderecho del derecho internacional, como la llamó el orador en su declaración anexa a la opinión consultiva. El contexto de las armas nucleares comprende cosas que existen y no existen a la vez, o actos que tal vez no sean verdaderos actos unilaterales. Un ejemplo son las garantías que los Estados poseedores de armas nucleares han dado a los Estados que no poseen armas nucleares en el marco del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares.

10. La Comisión probablemente podría determinar si puede elaborarse una miniteoría de los actos unilaterales basándose en un estudio del problema de las armas nucleares. Pero, como señaló al comienzo del debate sobre el tema, no existe una teoría general de los actos unilaterales. Pueden existir teorías específicas sobre ciertos aspectos de derecho internacional que requieren una acción unilateral, por ejemplo en cuestiones relacionadas con las armas nucleares, y es ese contexto lo que integra

[2] *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), *C.I.J. Recueil 1995*, págs. 288 y ss., en particular pág. 305. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 95.

[3] E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962.

[4] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, C.I.J. Recueil 1996*, pág. 66. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 105.

el derecho internacional existente sobre el tema. Sin embargo, la Asamblea General no ha autorizado a la Comisión a ocuparse de los actos unilaterales sobre la base de un examen del problema de las armas nucleares. Por supuesto, es posible pedir a la Asamblea que diga si tal es su deseo. La Comisión quizás pueda clasificar los actos unilaterales realizados en relación con las armas nucleares, pero no es probable que esa clasificación pueda exportarse fuera de los límites de ese campo.

11. El Sr. GOCO también abriga dudas acerca de la división de los actos unilaterales en actos políticos y actos jurídicos. ¿Cabe decir que, cuando un Estado realiza un acto con repercusiones internacionales, ese acto crea obligaciones jurídicas pero que, a falta de repercusiones internacionales, se trata de un acto puramente político? El Relator Especial define los actos políticos en función de la voluntad política del Estado que realiza el acto y sostiene que la naturaleza vinculante del compromiso radica en la moral y la política. En último análisis, la intención del Estado es la que determina la naturaleza del acto.

12. Cuando la controversia entre Malasia y Filipinas acerca de una parte de Borneo estaba en su apogeo, una enmienda de la Constitución de Filipinas relativa a la delimitación de su territorio nacional incluyó la parte de Borneo en disputa[5]. La enmienda era un acto político que tenía consecuencias internacionales puesto que afectaba a Malasia, pero no está claro que crease obligaciones jurídicas.

13. El Sr. ECONOMIDES está de acuerdo con el Sr. Brownlie en que el derecho jurisprudencial internacional, especialmente las resoluciones de la CIJ, aunque muy importante, no desempeña un papel exclusivo en relación con los actos unilaterales. Dada la importancia de ese derecho jurisprudencial, sería útil que la secretaría, en colaboración con el Relator Especial, aportara, no necesariamente de modo inmediato, un documento en el que se enumerasen todas las decisiones de la CIJ sobre los actos unilaterales y se reprodujesen los pasajes pertinentes.

14. El Sr. DUGARD dice que la observación del Sr. Pellet ha dado en el quid de la cuestión: el conflicto entre la decisión dictada por la CPJI en el asunto *Statut juridique du Groënland oriental* y el fallo dictado por la CIJ en los asuntos *Essais nucléaires*. La CPJI sostuvo que sólo podían atribuirse efectos jurídicos a un acto unilateral realizado durante unas negociaciones, mientras que la CIJ se ha mostrado dispuesta a sacar el tema del contexto de las negociaciones, llevándolo así un paso más allá. El Sr. Pellet tiene razón cuando dice que la Comisión debe examinar las consecuencias de ambos asuntos. La cuestión clave es determinar si un acto unilateral debe realizarse en el contexto de unas negociaciones para surtir efectos jurídicos.

15. El Sr. HE dice que, en el 49.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados enumeró varias razones por las cuales la Comisión debía estudiar el tema[6]. Subrayó que los Estados habían realizado frecuentemente actos unilaterales con la intención de producir efectos jurídicos y que la importancia de tales actos había ido en aumento como resultado de la evolución política, económica y tecnológica. Sostuvo que, en aras de la seguridad jurídica y de la certidumbre, previsibilidad y estabilidad de las relaciones internacionales, había que esforzarse por aclarar el funcionamiento de ese tipo de acto y sus efectos jurídicos, y enunciar el derecho aplicable.

16. Basándose en las conclusiones del Grupo de Trabajo[7], el Relator Especial ha establecido el objetivo del estudio del tema: determinar los elementos constitutivos de una definición de los actos jurídicos unilaterales. Ha tratado de limitar el alcance del tema excluyendo varios actos unilaterales. No plantea problemas la exclusión de los actos unilaterales de las organizaciones internacionales, los actos relacionados con la responsabilidad internacional de los Estados o los actos que son conformes al derecho internacional pero dan lugar a responsabilidad internacional. No obstante, pueden surgir dificultades con respecto a la exclusión de los actos políticos considerados como algo distinto de los actos jurídicos. Es muy difícil trazar una distinción tajante entre ambos tipos de acto. La mayoría de las cuestiones políticas tienen algún contenido jurídico, y viceversa. Por ejemplo, ¿son las garantías nucleares ofrecidas individual o colectivamente por las Potencias nucleares de naturaleza principalmente política o jurídica? No hay nada en derecho internacional que parezca impedir que tales garantías surtan efectos jurídicos internacionales y, por consiguiente, sean reguladas por el derecho internacional.

17. Tampoco hay problema con la exclusión de los actos que corresponden a la esfera de los tratados, pero surgen dificultades en relación con los actos calificados por el Relator Especial de actos que no son actos jurídicos internacionales en sentido estricto. El silencio, por ejemplo, no es un acto jurídico en sentido estricto sino más bien una manifestación de voluntad. Sin embargo, mediante el silencio un Estado puede adquirir derechos y contraer obligaciones en determinados casos; por lo tanto, el silencio puede ser considerado como un acto jurídico unilateral, aunque es difícil equipararlo con un acto unilateral típico, como una declaración.

18. Conviene con el Relator Especial en que el tema debería girar principalmente en torno a las declaraciones, que son los actos unilaterales formales del Estado más corrientes. Sin embargo, habría que abordar también el examen de otros actos unilaterales sustantivos, como el reconocimiento, la promesa, la renuncia y la protesta, ya que también son pertinentes en cualquier estudio de esta materia. Por consiguiente, el planteamiento general del estudio debería ser mucho más amplio que el preconizado por el Relator Especial.

19. El presente título del tema, «Actos unilaterales de los Estados», que comprende los diversos actos unilaterales que recoge la doctrina jurídica, es más apropiado que el de «Actos jurídicos unilaterales de los Estados». Es un poco pronto para decidir la forma que ha de revestir el resultado final de los trabajos de la Comisión, aunque por su parte sería partidario de unas directrices o un estu-

[5] Republic Act n.º 5446 de 18 de septiembre de 1968, secc. 2 (Série législative des Nations Unies, *National Legislation and Treaties Relating to the Territorial Sea, the Contiguous Zone, the Continental Shelf, the High Seas and to Fishing and Conservation of the Living Resources of the Sea* [n.º de venta: E/F.70.V.9], pág. 111).

[6] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 196.

[7] Véase 2524.ª sesión, nota 3.

dio doctrinal. Independientemente de la forma final, sin embargo, nada puede restar valor al presente estudio de un aspecto tan difícil y delicado del derecho internacional.

20. El Sr. HAFFNER desea ante todo hacer algunas observaciones sobre varias de las cuestiones planteadas durante el debate y dice que se han mencionado, en relación con Austria, garantías de seguridad negativas. En el caso que se trata, Austria no aceptó nunca tales garantías sino que sólo hizo una declaración indicando que las consideraba vinculantes. A pesar de las opiniones del Sr. Ferrari Bravo, no está seguro de que la Comisión no deba examinar la cuestión de las armas nucleares, ya que la materia objeto del tema es los actos unilaterales, independientemente de su contenido. También se ha mencionado la denuncia por la Federación de Rusia de ciertas declaraciones hechas por la antigua Unión Soviética. Entiende que la Federación de Rusia adoptó esa manera de proceder basándose en que se había producido un cambio en las circunstancias y que, por consiguiente, no podía seguir manteniendo lo que había sido una promesa unilateral. El incidente mencionado no constituye necesariamente, pues, una prueba de que las declaraciones unilaterales no sean vinculantes. Tal vez sea prudente, en cambio, examinar más atentamente las circunstancias reales en que se produjo la denuncia. Comparte la opinión del Sr. Brownlie en lo que concierne al carácter relativo de las declaraciones hechas en la CIJ y abriga algunas dudas acerca de las sentencias dictadas en los asuntos *Essais nucléaires*. De aplicarse en la práctica diplomática, dichas sentencias harían recaer en los Estados una carga que quizás no estén dispuestos a aceptar en su práctica diaria. Asimismo, apoya sin reservas la petición del Sr. Economides de que se elabore un documento en el que se relacionen las diversas decisiones internacionales dictadas con respecto a los actos unilaterales.

21. El Relator Especial, que se ha hecho merecedor de todos los elogios por su excelente primer informe en un campo sumamente complicado del derecho internacional, ha tratado de concretar la teoría básica en que se fundan los actos unilaterales. El problema, sin embargo, estriba en que las teorías nunca son incontestables. Tampoco pueden estar sujetas a normas, sino sólo ser el resultado de ellas. Sin embargo, sería difícil ponerse de acuerdo sobre determinadas normas a falta de una teoría generalmente aceptada. Por consiguiente, el Relator Especial debe exponer la teoría en que funda sus conclusiones, pero sin ir más lejos. En vista de lo que antecede, el orador se abstendrá de discutir los fundamentos teóricos y se concentrará más bien en las consecuencias jurídicas prácticas.

22. La primera cuestión de fondo examinada en el primer informe concierne a los actos que deben quedar excluidos del ámbito del estudio. Está convencido de que la CDI no debe ocuparse de los actos unilaterales de las organizaciones internacionales ya que, como se ha señalado acertadamente en la Sexta Comisión, tales actos difieren sustancialmente de los actos unilaterales de los Estados. Es inimaginable que la CDI haya de examinar el efecto jurídico de, por ejemplo, las resoluciones y directivas emanadas de la Unión Europea, las decisiones del Tribunal de Justicia o las normativas de la Comisión Europea o que deba, por ejemplo, esforzarse por evaluar el fundamento jurídico del último proyecto de resolución del Consejo de Seguridad sobre un tercer tribunal *ad hoc*.

23. Tampoco sería prudente estudiar los actos políticos de los Estados o tratar de definirlos, puesto que la tarea de la Comisión es definir los actos jurídicos, es decir, los actos que tienen consecuencias jurídicas. Está totalmente de acuerdo en que los actos contrarios al derecho internacional deben excluirse del estudio, pero hay que obrar con mucha cautela. Por ejemplo, es dudoso que la Declaración Truman[8], hecha después de la segunda guerra mundial, estuviera en conformidad con el derecho internacional. Lo mismo cabe decir de la Declaración sobre zona marítima hecha por Chile, Ecuador y Perú[9] relativa a la extensión del mar territorial hasta las 200 millas marinas, aunque esa Declaración llegó a producir con posterioridad ciertos efectos jurídicos en virtud de la reacción de otros Estados. Es necesario, al contrario, determinar los efectos de todos esos actos, ya que con mucha frecuencia tienen por objeto modificar las obligaciones impuestas al Estado. Así ocurrió en la práctica austriaca, no sólo con respecto a la neutralidad, sino también en otros casos. Por ejemplo, en un momento dado se envió a todas las embajadas acreditadas en Viena una circular sobre la admisibilidad de someter las valijas diplomáticas a exámenes por pantalla en el aeropuerto. Puede decirse que eso no era conforme al derecho internacional, aunque sin duda cae dentro del ámbito de cualquier estudio de los actos jurídicos unilaterales.

24. Sin embargo, el silencio no debe incluirse entre los actos jurídicos unilaterales, y ello por una razón distinta de la que aduce el Relator Especial, esto es, el silencio no crea de por sí una obligación jurídica sino que sólo surte efectos jurídicos si constituye una reacción a cierta afirmación o actividad. Debe estudiarse desde este punto de vista.

25. Conviene plenamente con el Relator Especial en que el tema se refiere a los actos jurídicos como fuente de obligaciones internacionales y no como fuente del derecho internacional. No es necesario, pues, añadir nada a lo dicho en los párrafos 100 a 104 del primer informe, que tratan de la formación del derecho consuetudinario.

26. Las declaraciones conjuntas plantean una cuestión jurídica específica, aunque duda de que la declaración conjunta de los Presidentes de Venezuela y México[10], a la que se refiere el párrafo 83 del primer informe y que parece asimilarse a un acuerdo entre dos Estados que contiene disposiciones en favor de terceros Estados, sea un buen ejemplo del tipo de declaración conjunta comprendida dentro del ámbito del tema, puesto que creaba un nexo jurídico o político entre los dos Estados autores de la declaración. Tal vez merezca la pena cotejar las declaraciones unilaterales con las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas a las estipulaciones en favor de terceros Estados. Duda de que el párrafo 124 del primer informe corresponda al verdadero enunciado de la Convención de Viena de 1969, según la cual la irrevoca-

[8] M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 4, Washington, United States Government Printing Office, 1965, págs. 756 y 757.

[9] Firmada en Santiago el 18 de agosto de 1952 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1006, pág. 323).

[10] Acuerdo sobre el programa de cooperación energética para los países de Centroamérica y el Caribe, concluido en San José el 3 de agosto de 1980 (*Libro Amarillo de la República de Venezuela*, Caracas, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1980, págs. 751 a 753).

bilidad de una estipulación de esa índole no depende de la aceptación por el tercer Estado sino de la intención del autor de la estipulación de establecer una cláusula de esa naturaleza.

27. Otra cuestión de interés es la que se refiere a los actos jurídicos internos. El párrafo 110 del primer informe da a entender que tienen efectos jurídicos internacionales si son conformes al derecho internacional, aunque probablemente lo que se quiere decir es que sólo tendrán efectos jurídicos internacionales si tales efectos están especialmente previstos en derecho internacional. De lo que se trata en realidad, por consiguiente, es de lo que el Sr. Pellet ha denominado *habilitation* (2525.ª sesión) y que el orador calificaría de «facultad», según la cual un acto unilateral sólo tiene efectos jurídicos internacionales si tal facultad existe en virtud del derecho internacional general consuetudinario o, como sucede a menudo, de un tratado bilateral. Así pues, se trata de determinar el fundamento de esa facultad con arreglo al derecho internacional general.

28. Se plantea entonces la cuestión de si el concepto de facultad hace necesario entender los actos unilaterales y ciertas transacciones, en el sentido de *negotia*, como el reconocimiento y la renuncia. Dos argumentos se oponen a esa manera de proceder. En primer lugar, si sólo se consideran las transacciones en el sentido de *negotia*, habrá que examinar actos distintos de las declaraciones puesto que el reconocimiento, por ejemplo, puede efectuarse tácitamente y no requiere por tanto una declaración formal. El reconocimiento por varios Estados de la ex República Yugoslava de Macedonia constituye un ejemplo de ello. Se ha dicho que dicha República no fue reconocida mediante una declaración formal sino en virtud del comportamiento observado por ciertos Estados en la Asamblea General cuando fue admitida como Miembro de las Naciones Unidas[11].

29. El segundo argumento es que ese planteamiento llevaría a la conclusión de que los Estados sólo pueden realizar transacciones si están explícitamente facultados para ello en virtud del derecho internacional. Dicho de otro modo, esto significaría que las competencias para actuar en el ámbito internacional de que gozan los Estados se derivan del derecho internacional. No cabe negar que existe una tendencia a avanzar en esa dirección pero, a juicio del orador, el derecho internacional no ha alcanzado todavía ese punto. Por lo tanto, el Estado no tiene que probar que está facultado para realizar determinada actividad, sino que una actividad está o no prohibida por el derecho internacional. Esto es lo que caracteriza también la relación entre el derecho internacional general y los regímenes específicos relativos a los actos unilaterales.

30. Análogamente, los actos jurídicos internos no crean obligaciones internacionales a no ser que la obligación resulte de una norma general de derecho internacional que así lo dispone. Es decir, sólo puede producir efectos jurídicos en las condiciones que la CIJ, por ejemplo, exige para los actos unilaterales: que haya pruebas de la intención de obligarse. Un acto jurídico interno no refleja de por sí tal intención, que por lo tanto debe ser probada. Por ejemplo, si un Estado, por ley, abre su universidad a los estudiantes de todo el mundo, ello no significa que no pueda anular esa ley. El Estado puede en cualquier momento cerrar el acceso a la universidad a menos que haya realizado una declaración o un acto jurídico con la intención específica de obligarse. Pero eso tiene que ser probado.

31. Tampoco comparte la opinión expresada en el párrafo 114 del primer informe, es decir, que deben excluirse del estudio los actos unilaterales que no surten efectos jurídicos sino una vez que el Estado o los Estados a los cuales se dirigen acepten la oferta que se hace en esos actos. Por ejemplo, en un acto claramente político —en relación con las declaraciones hechas por miembros del gobierno soviético[12]— la delegación austriaca se comprometió a velar por que Austria hiciera una declaración de neutralidad que obtuviese cierto grado de reconocimiento internacional. A tal fin, Austria promulgó una Ley constitucional sobre la neutralidad de Austria[13] que, según la opinión general, no surtía efectos en el plano internacional. Sólo se produjeron tales efectos en virtud de la notificación del acto jurídico a todos los Estados con los que Austria mantenía en ese momento relaciones diplomáticas pidiéndoles el reconocimiento. Ese reconocimiento se dio expresa o tácitamente. La cuestión es si el reconocimiento expreso modifica la naturaleza unilateral del acto inicial austriaco. A su juicio, no la modifica, y ahora la cuestión es saber en qué circunstancias Austria puede anular su neutralidad. Se han formulado dos opiniones. Una es la de que no es posible anular la neutralidad de Austria a causa del segundo acto, es decir, el reconocimiento, a menos que los otros Estados consientan en la anulación. La otra opinión es que el reconocimiento no equivale a la aceptación de la neutralidad de Austria y que, por consiguiente, Austria es libre de anular su neutralidad cuando convenga.

32. Se ha dicho asimismo en este contexto que la notificación junto con el reconocimiento equivalen a un cuasi-contrato en derecho internacional. En su opinión, todas esas teorías indican simplemente que no es fácil distinguir lo que es un acto unilateral; en cualquier caso, casi todos esos actos tienen cierto elemento bilateral. Si no recuerda mal, Islandia hizo una vez una declaración[14] en un intento de convertirse en un Estado neutral pero, a falta de reacciones de otras fuentes, la opinión general es que no se ha convertido en un Estado neutral. Por consiguiente, los actos a que se refiere el párrafo 114 del primer informe no deben excluirse de la continuación de los trabajos sobre el tema porque, de otro modo, quedaría excluida la mayoría de los actos unilaterales, ya que casi todos contienen un elemento bilateral. El Relator Especial también menciona el carácter bilateral de las promesas al citar, en el párrafo

[11] Véase la resolución 47/225 de la Asamblea General

[12] Véase «Memorandum concerning the results of the conversations between the Government delegation of the Republic of Austria and the Government delegation of the Soviet Union», Moscú, 15 de abril de 1955, suplemento del *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol 49, 1955, págs 191 a 194.

[13] Aprobada por el *Nationalrat* (Cámara baja del Parlamento) el 26 de octubre de 1955 Véase el texto en francés en A Verdross, «La neutralité dans le cadre de l'ONU, particulièrement celle de la République d'Autriche», *RGDIP*, París, vol. 28, 1957, págs 187 y 188.

[14] Véase «Declaration between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden establishing similar rules of neutrality, with rules», Estocolmo, 27 de mayo de 1938, *British and Foreign State Papers*, 1938, vol 142, pág. 533

159 de su informe, a Grocio y Pufendorf, que afirmaban que era necesaria también una manifestación de voluntad del Estado al que se dirigía la promesa.

33. El orador es del parecer de que conviene distinguir tres enfoques diferentes para abordar los actos unilaterales: el que se ocupa solamente de las declaraciones jurídicas o actos jurídicos en sentido estricto; el que únicamente contempla las actividades unilaterales de los Estados; y el que trata de lo que él llamaría transacciones. Por consiguiente, la Comisión tiene que decidir si desea examinar los procedimientos por los cuales puede crearse una obligación jurídica o un efecto jurídico, o si debe concentrarse en la especie de las transacciones jurídicas, por ejemplo en el reconocimiento, la renuncia, la protesta, las objeciones, etc. Si decide estudiar los diversos tipos de transacción, deberá ir más allá de las declaraciones e incluir, por ejemplo, el silencio, lo que podría ocasionar algunas dificultades. La otra cuestión que debe plantearse la Comisión es la de si los tipos de acto unilateral descritos en los diversos manuales de derecho constituyen una lista exhaustiva o enunciativa, y si existen otros tipos de transacciones que tiene que examinar.

34. Otra posibilidad es concentrarse en el procedimiento, como ha propuesto el Sr. Brownlie, lo que le lleva a abordar la cuestión del *estoppel*. Cabe sostener que el *estoppel* es simplemente el efecto de una actividad determinada. No hay unanimidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de esa institución. La jurisprudencia incluso se refiere a veces al *estoppel* o doctrina de los actos propios mediante los aforismos *venire contra factum proprium* o *allegans contraria non audiendus est*. Existe también, por supuesto, un concepto más estricto de esta materia. En cualquier caso, parece tener la naturaleza de cierto efecto o consecuencia jurídica y como tal elude cualquier regulación precisa. Por otra parte, si la Comisión se ocupa del *estoppel* también podrá pedírsele que examine instituciones como la aquiescencia o quizás incluso la prescripción adquisitiva. El *estoppel*, como se recordará, ya ha sido objeto, por ejemplo, del artículo 45 de la Convención de Viena de 1969, relativo a la pérdida del derecho a alegar una causa de invalidez de un tratado. Quizá sea posible ampliar la aplicación de esa cláusula estableciendo que un Estado no podrá ya alegar la ilegalidad del acto de otro Estado que menoscabe sus derechos si ha dado su aquiescencia a la legalidad de ese acto. Pero en ese caso resultaría necesario definir la aquiescencia y quizás también la buena fe, que no puede ser regulada.

35. No está totalmente claro lo que la Asamblea General espera de la Comisión a este respecto, pero si ésta decide introducir un cambio, tendrá que dejar bien sentado que no se ocupa del punto de vista tradicional de los diferentes tipos de transacciones sino del procedimiento de las transacciones. El Relator Especial ha afirmado ya que no examinará el contenido sino la forma de los actos jurídicos unilaterales, y que se concentrará en las declaraciones. El orador, por su parte, puede aceptar ese modo de ver a condición de que la Comisión estudie las declaraciones como algo que va más allá de una mera promesa. Si lo hace, quizás será necesario volver a la cuestión de los diferentes tipos de transacciones. Así, la Comisión debería estudiar primero la cuestión de las declaraciones y podría entonces examinar la cuestión del *estoppel*, con objeto de obtener la reacción de la Asamblea General.

36. El Sr. LUKASHUK desea comentar las observaciones del Sr. Hafner relativas a la declaración de la antigua Unión Soviética sobre la no utilización de las armas nucleares. Desde su propio punto de vista, que no debe entenderse que coincida necesariamente con la opinión de su Gobierno, la Federación de Rusia, como sucesora de la Unión Soviética, está obligada por esa declaración. El Sr. Hafner ha dicho con razón que la situación ha cambiado tanto que la Federación de Rusia estaría facultada para revisar sus obligaciones cuando fuera necesario y conveniente. Ahora bien, ello es puramente teórico, y hay que señalar el ingente número de instrumentos unilaterales y bilaterales que son políticamente vinculantes aunque no existen, ni es probable que existan en un futuro próximo, normas que regulen su aplicación. Una alternativa es sin duda necesaria, puesto que se plantea la cuestión de la sucesión jurídica y la cesación de obligaciones. Todas esas cuestiones relativas a las obligaciones políticas se resolverían mediante la aplicación *mutatis mutandis* de las normas del derecho de los tratados. No hay otra manera de abordar un problema tan complicado.

37. El Sr. PELLET apoya firmemente las observaciones del Sr. Hafner sobre las declaraciones políticas; la idea de que algo puede ser políticamente obligatorio parece jurídicamente incorrecta.

38. No alcanza en absoluto a discernir cómo el silencio puede considerarse un acto. Es un comportamiento, y exactamente lo contrario de un acto. Cualquier estudio del comportamiento equivaldría, en lo que le concierne, a un antitema. La Comisión, al codificar el derecho de la responsabilidad internacional[15], ha elegido muy cuidadosamente los términos, y se entiende que «hecho internacionalmente ilícito» *[internationally wrongful act, fait internationalement illicite]* abarca tanto las acciones como las omisiones, incluido el silencio. El silencio puede utilizarse como punto de referencia, como comparación, pero no es un acto. Es todo lo contrario.

39. En cuanto a la relación entre el contenido y la forma de las transacciones, la Comisión no la aborda como es debido. Es evidente que diferentes formas pueden llevar al mismo contenido. El silencio, que no es un acto sino una forma, puede llevar al reconocimiento y un tratado puede llevar al reconocimiento. No ve por qué, simplemente con el pretexto de que hay transacciones que también pueden ser objeto de actos unilaterales, habría que estudiarlas como tales. El tema del Relator Especial no es el reconocimiento, sino el procedimiento especial conocido como actos unilaterales que pueden llevar al reconocimiento, al igual que otro procedimiento como el silencio u otro procedimiento como el tratado pueden llevar al mismo resultado. Lo mismo cabe decir del *estoppel*. El *estoppel* puede resultar de un acto unilateral, del silencio o de un tratado, pero ya es hora de dejar de insistir tanto en él. Preguntarse si en realidad forma parte o no del tema no es una manera aceptable de plantear el problema. El apego anglosajón al *estoppel* no hace que éste sea el tema; no es sino un elemento del tema y puede derivarse de él. Formas diferentes pueden llevar al mismo contenido, norma o transacción. A la inversa, formas idénticas evidentemente pueden dar lugar a transacciones diferentes.

[15] Véase 2520.ª sesión, nota 8.

Un acto unilateral puede llevar al reconocimiento, al *estoppel*, etc. También si se limita la materia a las declaraciones universales se carga el acento en la forma. La Comisión debe llegar a una definición equilibrada del acto unilateral, que es ciertamente una manifestación, pero una manifestación de voluntad.

40. El Sr. ECONOMIDES dice que, en contra de lo que opina el Sr. Hafner, los actos unilaterales de las organizaciones internacionales se parecen mucho a los actos unilaterales de los Estados en lo que respecta a sus efectos. Un acto de una organización internacional puede ser fuente del derecho internacional al igual que los tratados. Por ejemplo, todo acto vinculante de una organización internacional, como los reglamentos y resoluciones vinculantes de la Unión Europea, son ahora fuente del derecho internacional. También lo son los actos unilaterales de los Estados, como la declaración francesa en los asuntos *Essais nucléaires*, que fue un acto que creó derechos y obligaciones y que debe considerarse fuente de derecho internacional.

41. Suele distinguirse entre fuentes de derecho internacional y actos que simplemente crean derechos y obligaciones en el ámbito internacional sin constituir fuentes formales de ese derecho. Esa distinción es totalmente errónea, por lo menos en el plano teórico, salvo que se acepte que para que un acto sea fuente de derecho internacional debe ser un acto exclusivamente normativo, excluyéndose así todos los actos sinalagmáticos con arreglo a la vieja distinción entre tratados-ley, que constituyen derecho internacional, y tratados-contrato, que no constituyen tal derecho. Ese planteamiento es equivocado porque los tratados-contrato también se rigen por el derecho internacional.

42. Una segunda semejanza es que los actos de las organizaciones internacionales pueden ser elementos de la creación de la costumbre internacional. Ejemplo de ello son las resoluciones de la Asamblea General de carácter normativo e incluso la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales[16]. Con todo, los actos unilaterales también pueden contribuir a la formación de la costumbre internacional. Además, los actos de las organizaciones internacionales pueden desempeñar la función de fuente auxiliar, análoga a la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo, las sentencias de la CPJI y la CIJ y también algunas recomendaciones normativas de la Asamblea. Lo mismo puede decirse en el plano del derecho interno: en algunas sentencias de los tribunales internos se abordan cuestiones de derecho internacional, de suerte que sirven de fuente auxiliar.

43. Así pues, son muchas las semejanzas entre los dos tipos de acto unilateral, y como el derecho de las organizaciones internacionales está mucho más desarrollado que el de los actos unilaterales, es posible hasta cierto punto inspirarse en el primero. No obstante, conviene con el Sr. Hafner en que la Comisión no debe examinar esta cuestión, aunque sólo sea porque no cae dentro del mandato que le ha sido conferido.

44. El Sr. HAFNER dice que ha tratado de dejar bien sentado que la Comisión debe decidir si desea abordar los actos unilaterales desde el punto de vista del procedimiento, la forma o el *modus*, o si desea abordarlos desde el punto de vista de las transacciones, por las que entiende algo que corresponde más bien al término latino *negotium*, es decir, su contenido. Si la Comisión opta por el primer planteamiento, ¿debe incluir sólo los procedimientos destinados a crear efectos jurídicos o debe incluir también otras actividades del Estado? Ha expresado sus dudas acerca de la viabilidad de esto último, ya que se plantearía entonces un problema de delimitación. Por esas razones se ha manifestado partidario de empezar por el examen de las declaraciones. No obstante, surge el problema de que no ha conseguido encontrar rasgos comunes a todos los diversos tipos de declaraciones con respecto a su efecto jurídico. Si pudiera encontrarse un rasgo común, no habría necesidad entonces de examinar los diferentes tipos de transacciones.

45. En cuanto a la cuestión planteada por el Sr. Economides, opina que existen diferencias sustanciales entre los actos unilaterales de las organizaciones internacionales y los de los Estados. No cree que sea posible actualmente examinar los efectos de las directivas de la Unión Europea, tal como se desprende, por ejemplo, de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; se trata de una esfera demasiado compleja y que ha alcanzado un estado de desarrollo más avanzado. Es difícil deducir conclusiones generales aplicables a todos los actos unilaterales de las organizaciones internacionales. La tarea es mucho más difícil que la que tuvo que afrontar la Comisión en su intento de estudiar los tratados de las organizaciones internacionales. En esa ocasión, el resultado fue que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados acordó excluir tales tratados del ámbito de la Convención de Viena de 1969[17]. Por consiguiente, a pesar de que los actos unilaterales de los Estados y de las organizaciones internacionales poseen algunos rasgos en común, las diferencias superan a las semejanzas, y no ha llegado aún el momento de ocuparse de la segunda categoría.

46. El Sr. PELLET dice que la Unión Europea, cuando hace una declaración en el marco de su competencia reconocida universalmente, se subroga en el lugar de sus Estados miembros y cuando actúa exclusivamente en el ámbito internacional se conduce como un Estado. En esferas como el comercio internacional, los «viejos» Estados son algo que efectivamente pertenece ahora al pasado. Quien actúa es la Unión Europea. Así, si la Unión Europea hace como tal una declaración unilateral en el ámbito internacional, la naturaleza de esa declaración no difiere en último término de la realizada por un Estado. Ahora bien, las resoluciones internas de la Unión Europea plantean problemas muy diferentes de aquellos de los que se ocupa la Comisión.

[16] Resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo.

[17] Véanse *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968* (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: S.68.V.7); ibíd., *segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969* (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: S.70.V.6); e ibíd., *períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969* (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: S.70.V.5).

47. Sigue sin poder comprender la obsesión del Sr. Hafner por establecer una distinción entre los conceptos de *instrumentum* y *negotium*. Un tratado es ambas cosas, pues es un *instrumentum* que da lugar a un *negotium*. No alcanza a discernir cómo un acto unilateral puede ser considerado pura y simplemente un *instrumentum*, puesto que inevitablemente conduce a un *negotium*, del que es indisociable. Por eso ha expresado algunas reservas en lo que concierne a la intención manifestada por el Relator Especial de limitarse en su estudio a la forma de la declaración.

48. El Sr. SIMMA comparte sin reservas las opiniones del Sr. Pellet en lo que concierne a la distinción entre *instrumentum* y *negotium*, así como en lo referente a los efectos de las declaraciones de organizaciones internacionales como la Unión Europea con respecto a terceros. Ha expresado ya su parecer de que el término «declaración» puede englobar una diversidad de actos jurídicos.

49. El Sr. Economides se ha referido a los actos jurídicos unilaterales como fuentes del derecho internacional. A este respecto, es importante no involucrarse en *Begriffsjurisprudenz*. El orador adoptó la postura (2525.ª sesión) de que los actos jurídicos unilaterales podían ser fuentes de obligaciones pero no fuentes de derecho. Pero, por supuesto, todo depende de cómo se define el «derecho». Si, en contra de Kelsen[18], se considera que las sentencias concretas no son normas, y que sólo las reglas generales son normas, los actos unilaterales no serán en ese caso normas pero podrán surtir efectos vinculantes con arreglo a determinadas normas y principios generales o al derecho consuetudinario.

50. El Sr. MIKULKA apoya plenamente la propuesta del Relator Especial de volver a establecer un grupo de trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados. Es importante empezar por delimitar el perímetro de un tema tan amplio. A este respecto, conviene en que habría que dejar fuera los actos unilaterales de las organizaciones internacionales, ya que, a pesar de algunas zonas grises, no quedan comprendidos en el ámbito del mandato de la Comisión. También conviene dejar fuera el problema de los actos ilícitos que dan lugar a responsabilidad internacional. Sin embargo, ciertos actos unilaterales formales de los Estados en el marco del derecho de la responsabilidad —por ejemplo una demanda de reparación como condición previa para recurrir a contramedidas— corresponde por supuesto al ámbito del estudio de la Comisión. Apoya, pues, los dos límites principales del tema propuestos por el Relator Especial. No obstante, al igual que otros miembros, estima que un planteamiento demasiado restrictivo no sería conveniente.

51. Se refirió ya a la cuestión de la distinción entre actos políticos y actos jurídicos en sentido estricto al contestar a las observaciones del Sr. Simma (2525.ª sesión). Puede aceptar la propuesta del Relator Especial de que no se examinen los actos políticos, siempre que esa propuesta se interprete en el sentido de excluir los efectos estrictamente políticos de los actos unilaterales de los Estados, ya que ciertos actos unilaterales pueden producir a la vez efectos jurídicos y efectos políticos, y sólo los primeros interesan a la Comisión. Así pues, la propuesta debería expresarse en términos algo diferentes.

52. Existen varias ramas del derecho internacional en las que los efectos jurídicos de ciertos actos unilaterales están ya bien definidos: el derecho de los tratados, el de las inmunidades y el de los conflictos armados, por ejemplo. La Comisión podría tomar esos sectores como punto de partida de un análisis de las condiciones de validez y oponibilidad —las condiciones en que los actos unilaterales producen efectos jurídicos— con objeto de determinar si existe realmente una base común que también puede servir para un estudio de los efectos de los actos unilaterales en esferas distintas de las que ya han sido codificadas. No es muy optimista en cuanto al resultado de esa operación, que puede llevar a la conclusión de que hay muy pocos elementos comunes a todas esas formas de acto jurídico. Lo interesante son los efectos específicos en las diferentes esferas del derecho internacional. Los efectos jurídicos de una declaración hecha en el contexto del derecho de los tratados —una declaración de retiro de una reserva, por ejemplo— son totalmente diferentes de los de una declaración de neutralidad, formulada en una rama diferente del derecho internacional.

53. En cuanto a la forma que debería darse a los trabajos de la Comisión, quizá sea mejor que el Relator Especial se limite inicialmente a un estudio analítico completo de los problemas, a la luz del cual la Comisión pueda decidir después si el tema está maduro para la elaboración de un proyecto de artículos con los correspondientes comentarios.

54. El Sr. CANDIOTI dice que el primer informe plantea varias cuestiones que la Comisión debe resolver en el presente período de sesiones para poder continuar su labor de conformidad con el calendario provisional establecido en su 49.º período de sesiones[19]. Así, el Relator Especial propone que se excluyan del objeto del estudio varias categorías de actos con objeto de irse circunscribiendo a una determinada categoría de lo que él llama actos jurídicos puramente unilaterales. Esta forma de proceder es útil, pero no debe ser demasiado rígida. Hay actos unilaterales dentro de la órbita del derecho de los tratados, de la formación de la costumbre o del procedimiento judicial que tienen características comunes a los actos unilaterales autónomos, y las semejanzas pueden servir para mejor ilustrar y distinguir las características de estos últimos.

55. Cree, como el Relator Especial, que los actos unilaterales de las organizaciones internacionales, aunque sin duda son un tema sumamente interesante, están fuera del mandato de la Comisión y deben ser objeto de un estudio separado en una etapa posterior de su labor.

56. En cuanto al silencio, la aquiescencia y el *estoppel*, que en rigor se dan como fenómenos o situaciones más bilaterales que unilaterales, revisten interés por los efectos que pueden tener con respecto a los actos unilaterales y, por consiguiente, deberán ser tenidos en cuenta en la medida en que sean pertinentes para aclarar cómo funcionan los actos unilaterales.

57. El Relator Especial ha propuesto acertadamente que la Comisión centre su atención en la declaración unilateral como mecanismo mediante el cual normalmente se formalizan los actos unilaterales clásicos, como la pro-

[18] Véase 2525.ª sesión, nota 11.

[19] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 211 a 216.

mesa, el reconocimiento, la renuncia y la protesta. La declaración es el modo más habitual, aunque bien entendido no el único, de formular los actos unilaterales, independientemente de su contenido. La Comisión puede partir de esta base, si bien teniendo en cuenta que la forma no es un requisito riguroso en esta materia y que incluso en algunas categorías de actos jurídicos unilaterales, como el reconocimiento, el derecho internacional reconoce la mera conducta de los Estados, sin necesidad de declaración o notificación, como forma válida de manifestación de la voluntad de aceptar una determinada situación o derecho como oponible. La notificación también puede ser asimilada a la declaración, y algunos actos internos de los Estados que tienen efectos jurídicos internacionales son también formas posibles de actos unilaterales reconocidos por el derecho internacional.

58. El Relator Especial estima asimismo que sería necesario identificar o habilitar una norma o principio que exprese el valor obligatorio de los actos unilaterales y que se enunciaría como *acta sunt servanda* o *promissio est servanda*. La primera reacción del orador es que esta habilitación, si bien no resulta objetable, no parece necesaria. Prefiere atenerse a lo dicho por la CIJ en los asuntos *Essais nucléaires*, en el sentido de que la fuerza vinculante de esos actos se encuentra en el principio de la buena fe.

59. La definición de la declaración puramente unilateral que figura en el párrafo 170 del primer informe puede servir como punto de partida de los trabajos de la Comisión, sin perjuicio de ser perfeccionada a medida que progrese el estudio. Es obvio que habrá que prestar atención a la jurisprudencia y especialmente a la práctica de los Estados, analizar cómo se formulan los actos unilaterales, para qué sirven, cuándo se consideran jurídicamente vinculantes y no simples declaraciones de políticas, y cuáles son las percepciones y aptitudes de otros Estados ante esos comportamientos. Una recopilación de datos sobre la práctica de los Estados y una lista de ejemplos sería un complemento muy útil para la labor de la Comisión sobre el tema. Este material ayudaría a determinar en qué medida el derecho internacional reconoce a ciertas formas de comportamiento del Estado la calidad de actos jurídicos unilaterales vinculantes, cuáles son los elementos que esos actos deben reunir para ser reconocidos como tales, quiénes pueden formularlos en nombre del Estado para que sean atribuibles a éste, en qué condiciones son válidos, qué forma pueden —o, en algunos casos, deben— asumir, qué efectos producen, cómo pueden terminar o ser revocados o modificados, etc.

60. Cabe recordar que la Comisión invitó a los gobiernos a que le proporcionaran, entre otras cosas, información sobre las prácticas y experiencia de cada Estado en esta materia[20]. A la espera de respuestas, el Relator Especial, asistido posiblemente por la secretaría y por los miembros de la Comisión, quizás tenga también que asumir esa tarea suplementaria de investigación y clasificación.

61. La Comisión propuso someter el primer informe del Relator Especial a la Asamblea General en el quincuagésimo tercer período de sesiones con indicaciones acerca del modo de continuar el trabajo y expresando su parecer acerca de cuál podría ser el resultado final[21]. La Comisión también debe dar al menos una opinión preliminar sobre esa cuestión en su presente período de sesiones. Aunque es demasiado pronto para adoptar una decisión sobre la forma definitiva de los trabajos, la complejidad del tema parece aconsejar que se adopte la hipótesis de un estudio que conduzca a conclusiones acerca de las normas de derecho internacional aplicables a los actos jurídicos unilaterales. Conforme al método habitual de la Comisión, esas normas podrían adoptar la forma de un proyecto de artículos.

62. Conviene que el grupo de trabajo propuesto por el Relator Especial reciba un mandato antes de que la Comisión concluya su debate en sesión plenaria sobre el tema. Una tarea inmediata para el grupo de trabajo podría ser analizar la definición de la declaración unilateral propuesta por el Relator Especial en el párrafo 170 de su primer informe y transformarla en una propuesta de artículo. El grupo de trabajo también podría elaborar un plan general del proyecto de artículos, ordenando las materias en capítulos y haciendo propuestas preliminares sobre el contenido de cada artículo. El esquema contenido en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones podría servir de base para esa labor[22]. La Comisión no debe perder de vista el plan de trabajo para el quinquenio que aprobó en su período de sesiones anterior. Sobre la base de ese plan, el grupo de trabajo y el Relator Especial también podrían estudiar un esquema del contenido de sus próximos informes y transmitir sus conclusiones al pleno para su examen. Sería deseable que en el grupo de trabajo participen representantes de las distintas corrientes de opinión que se han manifestado en el debate.

63. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA apoya la sugerencia de que se prepare una recopilación de la práctica de los Estados y señala que todos los miembros de la Comisión podrían ayudar a la secretaría y al Relator Especial en esa tarea. Cada uno de ellos, al regreso a su país de origen, podría elaborar una lista de las decisiones judiciales relacionadas con el tema y transmitirla al Relator Especial.

64. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que cree también que sería una buena idea preparar una recopilación de la práctica de los Estados.

65. El Sr. YAMADA felicita al Relator Especial por su excelente primer informe, que contiene datos completos y un espléndido análisis de un tema difícil. No le plantea dificultades ninguna de las conclusiones principales del Relator Especial: que la Comisión debe ocuparse de los actos puramente unilaterales, para la definición de los cuales los criterios son una «expresión única de voluntad» y la «autonomía», y que el fundamento jurídico del carácter vinculante de tales actos es el principio de la buena fe. Agradecería, sin embargo, que se le aclarasen tres aspectos.

66. En primer lugar, aunque conviene en que el acto unilateral de un Estado no tiene que ser aceptado por los otros Estados, se pregunta qué ocurre con las reacciones

[20] Ibíd., párr. 215.

[21] Ibíd., párr. 214.

[22] Ibíd., cap. IX, secc. B.3.

de los otros Estados. ¿No influyen para nada en la determinación del efecto jurídico del acto unilateral? ¿Puede hacerse totalmente caso omiso de ellas? Los asuntos *Essais nucléaires* ofrecen un ejemplo inequívoco de acto unilateral autónomo, pero en la mayoría de los casos, y especialmente en los inestables ámbitos financiero y económico de los últimos años, a un acto unilateral sigue una serie de reacciones de los demás Estados.

67. En segundo lugar, un acto unilateral tiene el efecto jurídico de limitar las opciones políticas del Estado autor. A menudo, sin embargo, puede limitar las opciones políticas de otros Estados, especialmente aquellos a los que se dirige el acto. ¿Cuál es el efecto jurídico del acto unilateral en tales casos? ¿Permanece intacto, con independencia de las consecuencias para terceros Estados? Por ejemplo, el Japón, al llegar a ser Parte en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, asumió la obligación jurídica de no fabricar ni poseer tales armas. Pero también ha manifestado pública y reiteradamente que no permitirá la introducción de tales armas en su territorio, manifestación que sigue siendo una declaración unilateral puesto que el Gobierno no ha indicado públicamente que tiene la intención de asumir una obligación jurídica a este respecto. Si se entiende, en aras de la discusión, que se ha expresado esa intención, entonces dicha manifestación tendría varias consecuencias para los Estados poseedores de armas nucleares.

68. Los Estados Unidos de América, en virtud de un tratado de seguridad mutua firmado con el Japón[23], están autorizados a estacionar sus fuerzas en este país para la defensa del Japón y la seguridad y estabilidad del Lejano Oriente. ¿Podría el Japón limitar unilateralmente la decisión política de los Estados Unidos de desplegar armas nucleares con sus fuerzas estacionadas en el Japón? En realidad, esta cuestión ha sido resuelta mediante un canje de notas en el que se prevén consultas previas. Muchos otros Estados poseedores de armas nucleares siguen la política de los Estados Unidos de no confirmar ni negar la existencia de armas nucleares, lo que constituye un elemento decisivo de la disuasión nuclear. Las flotas del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Francia, por ejemplo, ¿tendrían que abandonar esa política y declarar que no están equipadas con armas nucleares antes de hacer una visita amistosa a puertos japoneses? ¿Qué ocurre con el derecho de paso inocente de los buques de propulsión nuclear en el mar territorial del Japón?

69. Su tercera pregunta gira en torno a la idea de que los actos unilaterales deben surtir efectos jurídicos para mantener el orden jurídico de la sociedad internacional y, por consiguiente, que no pueden ser modificados ni denunciados arbitrariamente. Pero si la modificación o la denuncia no estuvieran autorizados, los Estados vacilarían en realizar actos unilaterales. Es preciso examinar los procedimientos por los cuales podrán llevarse a cabo la modificación y la denuncia.

70. El Sr. ECONOMIDES dice, en relación con la última observación, que la cuestión de si los actos unilaterales son fuente del derecho internacional tiene gran importancia. Si lo son, tienen la misma fuerza y validez que todas las demás fuentes del derecho internacional, en particular los tratados y convenios y el derecho consuetudinario. Si no lo son, constituyen actos puramente internos de un Estado y, en tal caso, todas las demás fuentes del derecho internacional tendrán primacía sobre ellos.

71. El Sr. HAFNER conviene en que la Comisión tendrá, inevitablemente, que volver a examinar la cuestión de la revocabilidad de los actos unilaterales. La intención del Estado debe ser el factor determinante de la revocabilidad del acto. En ese caso, se aplicarán las condiciones enunciadas en el derecho de los tratados para la terminación de las obligaciones.

72. El Sr. YAMADA dice que su observación tenía por objeto señalar la necesidad de estudiar los procedimientos y circunstancias que quizás justifiquen la revocación o modificación por los Estados de sus actos unilaterales.

73. El Sr. GOCO, refiriéndose a la observación del Sr. Hafner, pone en tela de juicio que la manifestación de una intención tenga que considerarse el factor decisivo para la determinación de la existencia de un acto unilateral. De ser así, el Estado quedaría obligado en todos los casos por una declaración de intención. En los asuntos *Essais nucléaires*, Francia no había tenido intención, al hacer su declaración, de realizar un acto unilateral. Pero la declaración había sido hecha públicamente y la CIJ interpretó que era vinculante para Francia. No hubo intención al principio, pero, a causa de los efectos del acto en derecho internacional, se consideró que se había realizado un acto unilateral.

74. El Sr. HAFNER dice que todo acto que no vaya acompañado de la intención de que sea vinculante sólo producirá ese efecto jurídico en determinadas circunstancias que deben ser enunciadas en derecho internacional. Por ejemplo, en virtud del *estoppel*.

75. El Sr. GOCO señala que una declaración hecha unilateralmente no puede ser unilateralmente revocada a causa de las consecuencias que tal revocación tiene para terceros Estados. Por el contrario, un Estado puede sostener que no tuvo intención de hacer una declaración unilateral y desea revocar lo que después se interpretó como tal a causa de las consecuencias de esa declaración para terceros Estados.

76. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA conviene en que el Relator Especial tendrá que abordar la cuestión fundamental de cuándo, y cómo, la revocación es posible, ya que forma parte integrante del régimen que ha de establecerse. Opina que la revocación es ciertamente posible; lo que una entidad política hace, también puede deshacerlo. Ahora bien: ¿cuál es el umbral mínimo para la aceptación del uso discrecional de la capacidad del Estado para deshacer un acto? El concepto de lo que es razonable, propio del derecho de los tratados, debe intervenir en el régimen que se establezca para la denuncia de los actos unilaterales.

77. El Sr. HERDOCIA SACASA dice que los fallos de la CPJI y la CIJ muestran que es realmente posible que los Estados modifiquen o revoquen actos unilaterales, pero conviene con el Sr. Pambou-Tchivounda en que hay que

[23] Tratado de seguridad firmado en San Francisco el 8 de septiembre de 1951 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 136, pág. 216).

fijar ciertos límites. En los asuntos *Essais nucléaires*, la CIJ manifestó que un compromiso unilateral no podía interpretarse en el sentido de estar basado en un poder arbitrario —es decir, ilimitado— de reconsideración (véase párr. 51).

78. En el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique)*, la CIJ señaló que los Estados Unidos, aunque tenían el derecho inherente a cualquier acto unilateral de un Estado de modificar el contenido de una declaración hecha en 1946 o darla por terminada, habían asumido no obstante la obligación ineludible de cumplir las cláusulas y condiciones de la declaración, incluida la relativa a la notificación hecha con seis meses de antelación[24]. Por consiguiente, Nicaragua podía oponerse a los actos de los Estados Unidos porque el plazo de notificación de seis meses era un compromiso que formaba parte integrante del instrumento que lo incorporaba.

79. El Sr. MIKULKA insta a la Comisión a que reflexione acerca de la dificultad de abordar un debate abstracto sobre formas y procedimientos, aislándolo del medio jurídico específico y el contenido de actos unilaterales concretos. Los actos tienen efectos diversos, según sean realizados como parte de actividades militares o en el contexto del derecho del mar, por ejemplo. Las declaraciones y las protestas son actos totalmente diferentes, y su revocación tiene consecuencias jurídicas absolutamente distintas, y sin embargo ambas son actos unilaterales.

80. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que es cierto que el examen de la revocación y modificación es prematuro mientras no se haya elaborado una definición de los actos unilaterales mismos. Lo que hay que analizar es el acto jurídico, ya formal, ya sustantivo, y no la intención expresa o implícita, aunque el acto, por supuesto, se funda en la intención del Estado.

81. El Sr. GOCO recuerda la sugerencia del Relator Especial de que se establezca un grupo de trabajo y señala que quizás podría reconstituirse el que se creó en el 49.º período de sesiones.

82. El Sr. CANDIOTI dice que el Grupo de Trabajo creado en el 49.º período de sesiones podría ciertamente servir de base al que se establezca en el actual período de sesiones. No obstante, es importante velar por que estén representadas en él las tres corrientes de opinión esbozadas por el Sr. Economides. Sugiere asimismo que el Relator Especial presente un esquema de las conclusiones que cabe deducir del debate inicial de la Comisión sobre el tema.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

[24] Competencia y admisibilidad, fallo, *C I J Recueil 1984*, pags 392 y ss , en particular pag 419 Vease tambien *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicacion de las Naciones Unidas, n ° de venta S 92 V 5), pag 188

2527.ª SESIÓN

Viernes 8 de mayo de 1998, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Actos unilaterales de los Estados *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558)

[Tema 7 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)*

1. El Sr. ELARABY observa que de los debates se desprenden dos grandes cuestiones. Respecto de la cuestión de saber si existe en derecho internacional una categoría de actos que puedan calificarse de actos unilaterales, piensa que todos los miembros que han intervenido han dado una respuesta positiva refiriéndose a varias decisiones de la CIJ. A este respecto, sería útil una compilación de todas las decisiones internacionales. Respecto de la cuestión de la posible codificación de las normas que rigen tales actos, estima que esa labor «de una forma u otra» contribuiría a mejorar la seguridad, previsibilidad y estabilidad de las relaciones internacionales. En términos generales, el mero hecho de precisar la distinción entre la categoría de las declaraciones de principio y la de las declaraciones que producen efectos jurídicos, y de tratar de definir las normas aplicables a estas últimas, será indudablemente una importante contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional.

2. En términos más concretos, hay cuatro puntos que merecen la atención de la Comisión. El primero, mencionado concretamente en los párrafos 41 a 45 del primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/486), es la dificultad de trazar una distinción precisa entre actos políticos y actos jurídicos en función exclusivamente de la naturaleza o del alcance del acto, incluso de la intención del Estado. El Sr. Simma ya ha mencionado (2525.ª sesión) la cuestión de las declaraciones de los Estados dotados de armas nucleares respecto de las zonas exentas de armas nucleares fuera de los acuerdos de creación de esas zonas, cuestión que en adelante está más o

[1] Reproducido en *Anuario 1998*, vol II (primera parte)

menos resuelta por el hecho de que las cinco Potencias dotadas de armas nucleares son Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares. Un segundo ejemplo concierne a la cuestión, que estudia el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre la cuestión de la representación equitativa en el Consejo de Seguridad y el aumento del número de sus miembros y otras cuestiones relacionadas con el Consejo de Seguridad, del efecto jurídico y la revocabilidad eventual de la declaración que podría hacer Alemania respecto del ejercicio del derecho de veto, si llegara a ser miembro permanente del Consejo de Seguridad. Ante esta especie de zona gris entre consecuencias políticas y consecuencias jurídicas de una declaración unilateral, el criterio más pertinente para medir el grado de confianza que ha de concederse a tal declaración debería ser el de la naturaleza, política o jurídica, del mecanismo que se aplicará en caso de incumplimiento del compromiso.

3. El segundo punto que merece la atención de la Comisión es el de saber si un acto jurídico unilateral puede constituir una fuente de derecho internacional. Cabe considerar a este respecto que el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, en el apartado *b* del párrafo 1, se refiere implícitamente a las consecuencias jurídicas de los actos jurídicos unilaterales, ya que éstos en el pasado contribuyeron a la formación de normas consuetudinarias, particularmente en la esfera del derecho del mar. Por tanto, cabe ver en los actos jurídicos unilaterales una fuente subsidiaria de derecho internacional.

4. El tercer punto se refiere a la necesidad de reexaminar, en el contexto del tema, el principio del *estoppel*.

5. Sobre el cuarto punto, relativo a la conducta que debe seguir la Comisión, el Sr. Elaraby suscribe la idea de realizar, en una primera etapa, un estudio descriptivo.

6. Por último, respecto de la Declaración hecha por el Gobierno de Egipto sobre el Canal de Suez en 1957[2], que se ha mencionado varias veces en el curso de los debates, el Sr. Elaraby precisa que se hizo de conformidad con el Artículo 36 del Estatuto de la CIJ y que se entregó al Secretario General de conformidad con las disposiciones del párrafo 4 de ese Artículo. Su objetivo era aceptar la jurisdicción de la Corte respecto de la aplicación del Convenio de Constantinopla de 1888, pero sólo en lo que concernía a la gestión del Canal de Suez y únicamente con relación a las Partes iniciales en el Convenio y a los Estados sucesores.

7. El Sr. GALICKI aprueba la actuación del Relator Especial consistente en eliminar de entrada los actos que no responden a la condición establecida en el párrafo 57 del primer informe, lo que le lleva, en el párrafo 170, a una definición afinada de lo que él denomina actos puramente unilaterales; así fija más o menos precisamente los límites de los trabajos futuros de la Comisión. No obstante, la exclusión del ámbito del estudio de determinadas categorías de acto puede plantear un problema, por ejemplo respecto de la formación de la costumbre, pues unos actos unilaterales concebidos en su origen solamente para crear obligaciones internacionales pueden en definitiva contribuir a la formación del derecho consuetudinario.

8. Los esfuerzos del Relator Especial para deducir criterios del carácter puramente unilateral de los actos jurídicos de los Estados son dignos de elogio y la distinción que traza, en el párrafo 168 del primer informe, entre actos sustantivos y actos unilaterales formales, en la perspectiva de un trabajo de codificación y desarrollo progresivo, debe aprobarse.

9. La realización práctica del plan de acción que propone para el futuro puede, sin embargo, suscitar cierto número de problemas y dificultades. En primer lugar, el Relator Especial no dice nada de la forma definitiva que debería adoptar el estudio emprendido por la Comisión. Por otra parte, convendría asegurar una mayor continuidad entre el plan elaborado anteriormente por la Comisión sobre el tema en su 49.º período de sesiones[3] y los trabajos del Relator Especial, salvo que éste considere imposible o inoportuno tratar ciertos puntos.

10. Por otra parte, pese al carácter forzosamente general del primer informe, se han planteado cuestiones muy precisas en el curso del debate que, lejos de constituir críticas, podrían ayudar al Relator Especial en la continuación de su misión. Uno se refiere a la revocabilidad de las obligaciones creadas por actos unilaterales de los Estados, las cuales generan los derechos correspondientes para otros Estados. Aunque, en el caso de un acto puramente unilateral, la aceptación del Estado tercero beneficiario no sea necesaria para el establecimiento formal de la obligación, es probable que la aceptación del derecho correspondiente se produzca ulteriormente, de forma directa o indirecta; de ahí la cuestión de la revocación unilateral eventual de la obligación inicial por el Estado autor del acto. Sin cuestionar la distinción trazada con razón por el Relator Especial entre el ámbito del derecho de los tratados y el de los actos unilaterales, parece no obstante que en los artículos 36 y 37 de la Convención de Viena de 1969 puede encontrarse una solución para el problema de la revocación en el caso de los actos unilaterales. Incumbe al Relator Especial, así como al grupo de trabajo que debería constituirse de nuevo, estudiar la cuestión.

11. El Sr. THIAM aprueba el planteamiento del Relator Especial que, sobre un tema particularmente difícil, ha comenzado por despejar el terreno excluyendo del ámbito del estudio cierto número de actos y manteniendo sólo en una primera fase la declaración unilateral, que constituye el núcleo del tema. Esta prudente actitud no le impedirá por lo demás estudiar a continuación si otros actos pueden también considerarse actos jurídicos unilaterales.

12. El Sr. HERDOCIA SACASA señala que el primer informe abre un capítulo importante en la obra de la Comisión porque, en un derecho internacional acostumbrado al diálogo y a la multiplicidad de actores, introduce el monólogo del acto unilateral generador de efectos jurídicos. La Comisión debe en este caso hacer un trabajo tanto de desarrollo progresivo como de codificación. En sus fallos sobre los asuntos *Essais nucléaires*, *Différend frontalier* y *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ fijó criterios que son fundamentales para el estudio el tema, a saber: la intención claramente expresada de producir efectos jurídicos y la manifestación de una voluntad por medio de una decla-

[2] Véase 2524.ª sesión, nota 17.

[3] Véase 2526.ª sesión, nota 22.

ración, oral o escrita. Pero existe también el criterio de autonomía, que caracteriza el acto unilateral «puro», sin contrapartida alguna que garantice su validez, y el de la publicidad, respecto de los destinatarios del acto o *erga omnes*. El Relator Especial ha hecho un trabajo necesario de delimitación, mediante la exclusión de los actos falsamente unilaterales, lo que permitirá a la Comisión cumplir su misión, que consiste en proporcionar los medios de garantizar la seguridad y la estabilidad jurídicas en las relaciones internacionales, deduciendo los márgenes de interpretación y permitiendo a los Estados saber con precisión en qué circunstancias sus actos pueden obligarlos.

13. Contrariamente a algunos miembros de la Comisión que desean ampliar el campo de estudio, el Relator Especial se atiene a los actos puramente unilaterales, refiriéndose esencialmente al criterio de la autonomía y considerando que los demás actos corresponden a ámbitos ya regulados. Para encontrar el equilibrio necesario no hay que preguntarse en realidad si un acto unilateral es autónomo o no, sino si ese acto unilateral, autónomo o no, pertenece ya a un marco jurídico existente. Ahora bien, hay actos no autónomos que aún no tienen tal marco. Muchos actos unilaterales proceden de normas consuetudinarias que quedan por codificar. Abordando el tema desde esta perspectiva, el Relator Especial tendría en cuenta el punto de vista de los partidarios de un estudio más amplio, y llegaría quizá a un régimen general basado no sólo en la autonomía sino también en el carácter unilateral de la ausencia de un marco ya codificado.

14. En esta fase preliminar del examen del tema, se imponen algunos elementos de reflexión. En primer lugar está la cuestión de la relación entre los actos unilaterales y el derecho interno. Los actos convencionales derivan su gran fuerza de su aprobación por el legislador, pero en el marco de los actos unilaterales, que las más de las veces emanan del ejecutivo, se suele chocar con los límites muy estrictos en materia de competencia que derivan del principio de la separación de poderes. También está la cuestión, explícitamente planteada por la Sexta Comisión, de saber si los actos unilaterales no son sólo creadores de obligaciones internacionales sino también fuentes de derecho internacional. El Artículo 38 del Estatuto de la CIJ no incluye ciertamente los actos unilaterales, pero la propia Corte, en repetidas ocasiones, ha dicho que ese Artículo no era un enunciado exhaustivo de los fundamentos sobre los que puede construir sus sentencias. También está la cuestión de la doble función del acto unilateral: creador de una obligación jurídica y, al mismo tiempo, medio de prueba de un hecho o de una situación. En el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Corte estimó que las declaraciones procedentes de personalidades políticas de alto rango tenían un valor probatorio particular y comprometían a sus autores (véase párr. 64). Por otra parte, llegó a la conclusión de que es a ella a la que incumbe formarse su propia opinión sobre el sentido y el alcance que el autor de una declaración ha querido darle a ésta (véase párr. 65). Por lo tanto, la cuestión que se plantea es la de saber no sólo cuál es la intención del autor sino también cómo se interpreta la declaración y por quién. Por lo tanto, el Relator Especial debería analizar con más precisión este segundo aspecto del acto unilateral, siempre con el objetivo de limitar el margen de interpretación en la materia. Por último, si hay que encontrar una norma universal que constituya la base del efecto jurídico obligatorio de todos los actos unilaterales, es en la soberanía de los Estados donde hay que buscarla.

15. El Sr. BROWNLIE señala que el criterio de la publicidad mencionado por el Sr. Herdocia Sacasa es ciertamente pertinente en el plano de la prueba o en el de la identificación de los destinatarios del acto, pero no constituye una condición necesaria para que el acto produzca efectos jurídicos. Muchas declaraciones, de ministros de asuntos exteriores por ejemplo, se hacen a puerta cerrada pero no por ello vinculan menos a sus autores.

16. El Sr. KABATSI observa que el Relator Especial ha cumplido perfectamente la misión que le ha sido confiada. Su trabajo, como todo primer informe, suscita algunas reflexiones preliminares. Aunque algunos miembros desearían no excluir totalmente el planteamiento abierto del tema, sería más prudente mantener su alcance dentro de límites muy estrictos, aunque no deben ser totalmente estancos. Cierto que siempre es difícil aislar un aspecto estrictamente jurídico de los actos, frente al aspecto político, pero la tarea no debe ser imposible y, por tanto, la cuestión debería estudiarse más adelante. Los actos de las organizaciones internacionales indiscutiblemente deben excluirse del campo de estudio, pero hay que velar por descubrir los actos de este tipo que son en realidad actos de los Estados. En cuanto a la posibilidad de que los actos unilaterales de los Estados puedan ser fuente de derecho internacional, el Relator Especial ya ha aportado algunos elementos que permiten aclarar la cuestión. La revocación de los actos unilaterales es una cuestión relacionada con el criterio de la intención precisa del Estado autor, pero convendría que, incluso a falta de intención, sea posible la revocación en caso de cambio de las circunstancias o cuando el interés del Estado autor lo requiera. El silencio parece que no debe entrar *a priori* en el ámbito del tema, pero en la medida en que podría constituir incluso una reacción a la posición de otro Estado, la cuestión debería examinarse más adelante. Por último, en cuanto a la forma del proyecto que ha de elaborarse, la solución del proyecto de artículo parece la más útil y la más apta para ayudar a los Estados.

17. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial), resumiendo el debate en torno a su primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados, señala que, por su carácter preliminar, este informe no podía tener más que un alcance limitado y que se trataba sobre todo de procurar censar los elementos de la definición de acto unilateral. Merced a este debate, la Comisión está ahora en mejores condiciones de discernir la vía que debe tomar para continuar sus trabajos.

18. La mayoría de los miembros reconoce, lo mismo que la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados, la existencia de actos unilaterales de los Estados que, en virtud del derecho internacional, pueden generar obligaciones jurídicas. La cuestión más debatida a este respecto es la delimitación del tema, a saber: cuáles son los actos unilaterales de los Estados susceptibles de ser objeto de normas específicas. Se trataba de delimitar el tema y varias observaciones han sido útiles a este respecto. Así sucede que, en opinión general, los actos unilaterales de las organizaciones internacionales no deberían

estudiarse en el marco del tema en examen, particularmente debido a las diferencias que estos actos presentan, desde el punto de vista de su elaboración y de la fuerza que revisten, con los actos unilaterales de los Estados. Además se ha señalado que su estudio no entraba dentro del mandato confiado por la Asamblea General a la CDI y que los Estados que habían hecho observaciones sobre este punto en la Sexta Comisión tampoco eran favorables a ello. Al contrario, se ha llegado a la conclusión de que los actos en cuestión podrían ser muy bien objeto de un estudio distinto.

19. En cuanto a los actos políticos, la mayoría de los miembros ha considerado que no deberían estudiarse más que en la medida en que contengan elementos jurídicos. A este respecto, se ha dicho que la intención del Estado del que emana el acto era fundamental. Por otra parte, según la opinión general, todos los actos unilaterales relacionados con tratados o normas preexistentes también deberían excluirse del estudio, ya que en cierta medida pertenecen al ámbito convencional En cuanto al *estoppel*, la Comisión parece haber llegado a la conclusión de que había que estudiar esta institución no como mecanismo de procedimiento, sino desde el punto de vista de los actos unilaterales susceptibles de permitir a un Estado invocar el *estoppel*.

20. Por otra parte, se ha señalado que algunos actos unilaterales de los Estados podrían pertenecer al ámbito de la responsabilidad internacional y que había que procurar no invadir esta cuestión, ya en curso de examen en los temas de la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

21. La mayoría de los miembros de la Comisión se ha mostrado favorable a la distinción hecha en el informe entre actos unilaterales sustantivos y actos unilaterales formales y aprobó la idea de que sólo estos últimos podían estudiarse, ya que los primeros, por su naturaleza sumamente variada, eran sumamente difíciles de someter a reglas uniformes. Cada uno de ellos deberá examinarse pero, a los efectos de un trabajo de codificación, parece que, según la opinión general, los trabajos deben centrarse esencialmente en los actos jurídicos formales, comenzando por la declaración unilateral. A este respecto, el Relator Especial espera que la definición que propone en el párrafo 170 de su informe constituya una buena base para la elaboración de una definición definitiva de los actos unilaterales. Tal definición deberá ser clara y no demasiado amplia. En cuanto a la forma que podrían adoptar los trabajos, la forma de proyectos de artículos acompañados de comentarios, que no estarían necesariamente destinados a desembocar en una codificación, contribuiría ciertamente a facilitar la tarea de la Comisión. Por tanto, el Relator Especial propone restablecer un grupo de trabajo representativo de las distintas tendencias doctrinales a fin de llegar a resultados equilibrados pero también realistas desde el punto de vista político.

22. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que los miembros de la Comisión están de acuerdo en restablecer un grupo de trabajo encargado de ayudar al Relator Especial en el estudio de los actos unilaterales de los Estados y que el Sr. Candioti estaría dispuesto, como en el 49.° período de sesiones, a asumir la presidencia de un grupo de trabajo de composición abierta.

Así queda acordado

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1[4], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

23. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial), recordando que en el 44.° período de sesiones, en 1992, la Comisión decidió que la prevención debía estudiarse en primer lugar en el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, y examinar a continuación las medidas de reparación que han de adoptarse una vez producido el daño[5], dice que ha considerado oportuno estudiar primero el alcance y el contenido del tema que, como ha señalado el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional creado por la Comisión en su 49.° período de sesiones[6], no son siempre claros[7]. Por esta razón y habida cuenta de las cuestiones planteadas en el debate sostenido en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI sobre la labor realizada en su 49.° período de sesiones, el Relator Especial indica que ha considerado útil examinar los trabajos realizados hasta ahora para poder responder a esas cuestiones y aclarar al mismo tiempo el alcance y el contenido del tema. Se trata esencialmente de censar los distintos elementos de la noción de prevención hasta ahora identificados por la CDI.

24. Conviene previamente poner los trabajos de la Comisión sobre el tema de la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas en el contexto del desarrollo sostenible. Es en este contexto más amplio en el que la prevención reviste actualmente gran importancia y actualidad. El objetivo de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas fue subrayado en el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)[8] y confirmado por la CIJ en su opinión con-

[4] Reproducido en *Anuario 1998*, vol II (primera parte)

[5] *Anuario 1992*, vol II (segunda parte), pag 55, doc A/47/10, párrs 344 a 346

[6] Vease *Anuario 1997*, vol II (segunda parte), parr 162

[7] Ibíd , parr 165

[8] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, n ° de venta S 93 I 8 y correcciones), vol I *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolucion 1, anexo I

sultiva en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* como parte integrante del cuerpo del derecho internacional (véase párr. 29).

25. Debe darse prioridad a la prevención ya que, en caso de daños, la indemnización suele no permitir restablecer la situación existente antes del acontecimiento del accidente. Es tanto más necesario cumplir el deber de prevención o de diligencia cuanto mejor se conoce el mecanismo de las actividades peligrosas, los materiales utilizados, el proceso de gestión y los riesgos corridos. Desde el punto de vista jurídico, el hecho de comprender mejor la relación de causalidad, es decir el nexo físico entre la causa (la actividad) y el efecto (el daño), incluso si varios factores intervienen en el encadenamiento, impone también a quienes ejecutan actividades peligrosas la obligación de tomar todas las medidas necesarias para prevenir el daño. Se sabe perfectamente que más vale prevenir que curar. Es notable en particular que la Comisión Europea, que ha elaborado varios regímenes sofisticados de prevención de daños transfronterizos, haya considerado que el crecimiento económico era el requisito previo de la sostenibilidad, ya que crea los recursos necesarios para el desarrollo ecológico, la reparación de los daños al medio ambiente y la prevención de los daños futuros.

26. Durante el examen del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional en la Comisión, se señaló repetidas veces que había que considerar la obligación de prevención como una obligación de comportamiento y elaborar nuevas reglas en lo relativo a las actividades lícitas de los Estados que comportan el riesgo de causar un daño grave. Por esta razón se consideró que la obligación de reparar no podía sustituir a la obligación de prevenir. El debate sobre este punto se resume en los párrafos 35 a 39 del primer informe (A/CN.4/487 y Add.1).

27. El primer Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, el Sr. Quentin-Baxter, examinó la cuestión de la prevención y la de la reparación como un todo más que como dos opciones que se excluyen entre sí. Veía en la responsabilidad un sistema que comportaba diferentes grados de prohibición, concebido como un llamamiento a la autorreglamentación de parte del Estado de origen[9]. Distinguiendo entre las obligaciones que dimanan de los actos ilícitos y de los actos no prohibidos por el derecho internacional, respectivamente, el Sr. Quentin-Baxter se proponía elaborar un proyecto de artículos cuyo primer objetivo era favorecer el establecimiento de regímenes jurídicos que, sin recurrir a la prohibición, regularían el ejercicio de toda actividad que se considerase portadora de peligros importantes, actuales o eventuales, y con efectos transnacionales[10]. La mayoría de los principios que se proponía deducir a este respecto pertenecía, según él, a la categoría de las normas primarias del derecho internacional, ya que, en su ausencia, no había obligación de reparar un daño causado por actividades que no estuvieran prohibidas expresamente. Como se indica en el párrafo 43 del primer informe, la Comisión ha suscrito este planteamiento. Además, según el Sr. Quentin-Baxter, la obligación de prevención suponía que existen intereses legítimos y factores múltiples que había que conciliar[11].

28. La principal contribución del Sr. Quentin-Baxter al estudio del tema es ciertamente el plan esquemático que presentó y cuyo objetivo principal era

> reflejar y fomentar la practica creciente de los Estados de regular estas cuestiones por anticipado a fin de que las obligaciones generales tratadas en este tema sean sustituidas por normas precisas de prohibición ajustadas a las necesidades de situaciones particulares, incluidas, en su caso, normas precisas de responsabilidad estricta[12]

El párrafo 1 y los párrafos 5 y 6 de la sección 2 de ese plan esquemático[13] trataban de la obligación de prevención. Preveían una obligación de informar, de cooperar de buena fe y de concluir un acuerdo, llegado el caso, con miras a establecer un procedimiento de investigación no obligatorio. La sección 6 trataba además de diversos factores que los Estados podían considerar para tener en cuenta sus intereses recíprocos y equilibrarlos. Si bien en conjunto el plan esquemático presentado por el Sr. Quentin-Baxter fue acogido favorablemente en la Sexta Comisión, algunos miembros de ésta estimaron que ese plan debía reforzarse para garantizar mejor las obligaciones de prevención. Otros se declararon escépticos, como se indica en el párrafo 48 del primer informe.

29. El Sr. Barboza, asumiendo las funciones del Sr. Quentin-Baxter, conservó la orientación general de este punto. El deber de prevención debía, a su juicio, seguir considerándose una obligación de comportamiento y no una obligación de resultado. No obstante, aconsejó modificar ligeramente el plan esquemático, suprimiendo la primera frase del párrafo 8 de la sección 2 y el párrafo 4 de la sección 3 para mostrar claramente que la inobservancia de las dos obligaciones previstas en los mismos acarreaba para el Estado ciertas consecuencias procedimentales desfavorables. El Sr. Barboza mostró también claramente que si un Estado tiene una obligación de notificación, no está obligado a obtener el consentimiento previo de los Estados susceptibles de sufrir a causa de las actividades peligrosas lanzadas sobre su territorio. Ha censado seis obligaciones diferentes de prevención[14], expuestas con detalle en el párrafo 55 del primer informe: autorización previa, evaluación del riesgo, información y notificación, celebración de consultas, medidas preventivas unilaterales y diligencia proporcional al grado de riesgo de daño transfronterizo en un caso determinado.

30. El primer informe recuerda a continuación los proyectos de artículos adoptados a título provisional por

[9] *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 227, doc. A/CN.4/373, párr. 44.

[10] *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 262, doc. A/CN.4/334 y Add.1 y 2, párr. 9.

[11] Ibíd., págs. 270 y 271, párr. 38.

[12] *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), págs. 229 y 230, doc. A/CN.4/373, párr. 50.

[13] Reproducido en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109. Véanse las modificaciones posteriores en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

[14] J. Barboza, «International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-III*, Dordrecht/Boston/Londres, Sijthoff, 1995, vol. 247, págs. 291 a 406.

la Comisión en sus períodos de sesiones 46.º y 47.º[15] y los proyectos de artículos propuestos por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones[16]. La gran cuestión que se planteaba a este respecto era la de saber si las medidas encaminadas a prevenir nuevos daños —en particular restablecer la situación antes de que ocurriera el daño causado por un accidente, según el principio de la prevención *ex post*— pertenecerían al deber de prevención. Esta cuestión ha sido objeto de debates y polémicas, pero el Grupo de Trabajo hizo suyo en el 48.º período de sesiones el punto de vista que la Comisión había adoptado en el 47.º período de sesiones, a saber, que el concepto de prevención debía incluir las medidas de prevención *ex ante* y las medidas de prevención *ex post*[17]. Este punto de vista es respaldado por la resolución sobre la responsabilidad de derecho internacional por los daños causados al medio ambiente adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de 1997, en Estrasburgo, el cual ha recomendado la adopción, en el marco del concepto de prevención, de mecanismos suplementarios (dispositivos de intervención previa, planes de urgencia, medidas de restauración llamadas de seguridad) para prevenir nuevos daños y controlar, atenuar y suprimir los efectos del daño una vez causado.

31. Los artículos 4 y 6 son la base de otras disposiciones relativas a la prevención, que englobaría así la toma de medidas apropiadas para censar las actividades que pueden causar un daño transfronterizo significativo. Se trata de una obligación de carácter permanente. La obligación de prevención se precisa más en el sentido de que el Estado está obligado a adoptar medidas unilaterales para prevenir o reducir al mínimo el riesgo de daño transfronterizo sensible, recurriendo a los conocimientos científicos y a las técnicas disponibles así como a sus propias capacidades económicas.

32. Presentando a continuación el capítulo III de su primer informe dedicado al alcance del proyecto de artículos, el Sr. Sreenivasa Rao recuerda que la Comisión abordó este problema desde el principio. Sus miembros han podido entenderse sobre algunos criterios fundamentales: el elemento transfronterizo, la materialidad del daño y las consecuencias sociales de éste, excluyendo por tanto el daño causado por las políticas nacionales en materia monetaria, socioeconómica o en esferas análogas. El Sr. Barboza, resistiendo a las sugerencias encaminadas a extender en esta dirección el ámbito de aplicación del tema, lo limitó a las actividades que tienen consecuencias físicas y en las que puede fácilmente establecerse una relación de causa y efecto entre la actividad y el daño. La Comisión no ha conseguido adoptar una decisión definitiva sobre las actividades comprendidas dentro del ámbito del tema. En su 47.º período de sesiones, la Comisión creó un Grupo de Trabajo sobre la determinación de actividades peligrosas[18]. Ese Grupo de Trabajo emitió la opinión de que podía proseguir sus trabajos sin disponer de una definición precisa de las actividades del caso, pero apoyándose en la de las actividades a que se refieren diversas convenciones sobre la protección del medio ambiente. La Comisión se sumó a esta opinión[19].

33. La Comisión se ha ocupado también mucho de la cuestión del umbral, que constituye la base de la noción de daño sensible. El Sr. Barboza, que era de la misma opinión que el Sr. Quentin-Baxter, señaló que en lo relativo a las actividades que pueden causar un daño transfronterizo, el daño era la consecuencia de actividades lícitas y debía determinarse con relación a cierto número de factores. En la CDI y en la Sexta Comisión la opinión general ha sido que la noción de peligro era relativa y que incumbía a los Estados determinar los umbrales más allá de los cuales el peligro podía considerarse importante. Otros miembros hubieran preferido que se precisara ese umbral, mencionando los diversos tipos de actividad o sustancias lícitas pero peligrosas. En su 46.º período de sesiones, la Comisión definió el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible como el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible[20]. Esta fórmula hace del umbral el efecto combinado del riesgo y del daño, que debe alcanzar un nivel considerado sensible. El Grupo de Trabajo aprobó esta formulación en el 48.º período de sesiones.

34. Como se recuerda en el párrafo 97 del primer informe, la noción de daño sensible se ha precisado más: se trata de un daño más que detectable o apreciable pero no necesariamente grave ni sustancial. Según esta concepción, el daño debe reflejarse en efectos perjudiciales reales en la salud de la población, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados, efectos que deben ser mensurables mediante criterios concretos y objetivos. También se sugirió que, dado que las actividades a que se hace referencia no estaban prohibidas por el derecho internacional, el umbral de la intolerancia a los daños no podía fijarse a un nivel menor que «sensible». El término de «sensible» corresponde a criterios concretos y objetivos, y supone un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso considerado y del momento en que se formule ese juicio. Es decir, una pérdida considerada sensible en un momento dado puede no ser considerada como tal más tarde.

35. El criterio de daño transfronterizo engloba las nociones de territorio, control y jurisdicción. Estos tres elementos se definieron en el párrafo 1 del artículo 2 del proyecto presentado por el Sr. Quentin-Baxter en su quinto informe[21]. Según el antiguo Relator Especial, el territorio comprende el territorio terrestre, las zonas marítimas, el espacio aéreo y el mar territorial sobre los que el Estado ejerce su soberanía, tiene derechos soberanos o jurisdicción exclusiva. Pero hay que tener en cuenta también la jurisdicción que el Estado del pabellón ejerce sobre los buques, aeronaves u objetos espaciales que se desplazan en alta mar o en el espacio aéreo. Así definido, el ámbito de aplicación del proyecto de artículos comprende los efectos sentidos en el territorio o bajo el con-

[15] Véase el texto del proyecto de artículos en *Anuario 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 168 y ss., y en *Anuario 1995*, vol. II (segunda parte), págs. 92 y ss.

[16] Véase el texto del proyecto de artículos con sus correspondientes comentarios en el informe del Grupo de Trabajo, *Anuario 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, anexo I.

[17] Véase *Anuario 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 89, párr. 389.

[18] *Anuario 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 91, párrs. 405 y 406.

[19] Ibid., párr. 408.

[20] *Anuario 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 168, art. 2 *a*.

[21] *Anuario 1984*, vol. II (primera parte), pág. 162, doc. A/CN.4/383 y Add.1.

trol de un Estado, pero que son consecuencia de una actividad o de una situación que se produce, en todo o en parte, en el territorio o bajo el control de uno o varios otros Estados.

36. Según el mismo planteamiento[22], el Sr. Barboza extendió la noción de control a las situaciones mencionadas por la CIJ en el asunto *Namibie*, ocasión en la que la Corte declaró que era la utilidad efectiva sobre un territorio, y no la soberanía y la legitimidad del título, lo que constituía el fundamento de la responsabilidad del Estado respecto de actos concernientes a otros Estados (véase párr. 118).

37. En consecuencia, los proyectos de artículo adoptados provisionalmente por la Comisión en su 46.º período de sesiones limitaban el ámbito de aplicación del tema a las actividades que se realizasen en el territorio de un Estado o en lugares que de alguna otra manera estuviesen bajo su jurisdicción o control (art. 1) y definía el daño transfronterizo como un daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tuviesen o no esos Estados fronteras comunes (apartado *b* del artículo 2). Aunque la fórmula «la jurisdicción o el control de un Estado» sea la más corriente, la Comisión consideró útil mencionar también la noción de territorio a fin de insistir en la importancia de una relación territorial, cuando tal relación exista entre las actividades a que se refieren los artículos y un Estado.

38. En su sexto informe[23], el Sr. Barboza examinó aparte la cuestión de la ampliación del ámbito de aplicación del tema a las actividades que afectan a los espacios comunes internacionales en sí. Según él, el análisis de la práctica de los Estados parecía indicar que el problema de los daños causados a los espacios públicos internacionales estaba resuelto en el contexto del control de ciertas sustancias nocivas o de ciertas zonas de esos espacios. A su juicio, esta tendencia indicaba que la mejor solución era plantear la cuestión en el contexto de la responsabilidad de los Estados. Varios miembros de la Comisión señalaron que la cuestión de los daños causados a los espacios públicos internacionales planteaba la difícil cuestión de identificar a los Estados en cuestión, y de evaluar y determinar el daño. Era igualmente difícil aplicar el derecho a la indemnización y la obligación de prevenir el daño si no podía identificarse un Estado, y uno solo, como Estado afectado o Estado de origen. Algunos miembros estimaron que el tema podía examinarse separadamente en el marco del programa a largo plazo de la Comisión, pero otros pensaron que no estaba bastante maduro para ser examinado. Los primeros estimaron también que había que examinarlo con prioridad. Según ellos, los principios del interés común de la humanidad y de la protección del patrimonio de las generaciones futuras se habían desarrollado en el contexto del desarrollo sostenible y del derecho del medio ambiente, y permitían definir la noción de daño a los espacios públicos internacionales. En consecuencia, el apartado *b* del artículo 2, adoptado provisionalmente por la Comisión en su 46.º período de sesiones, excluye las actividades que no causen un daño más que al Estado en cuyo territorio se efectúen, o aquellas que causen un daño a los espacios públicos internacionales propiamente dichos pero no causen daños a ningún otro Estado.

39. Presentando el capítulo IV de su primer informe, en el que figuran las recomendaciones sobre el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, el Sr. Sreenivasa Rao subraya en particular que el apartado *a* del artículo 1 y el artículo 2 propuestos por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones deberían aprobarse sin modificación. El apartado *b* del artículo 1, que trata de las actividades que causan efectivamente un daño, debería en cambio desaparecer. De todas formas, esta disposición figuraba entre corchetes y, como ha mostrado el informe, las actividades de que se trata pertenecen más al régimen de la responsabilidad de los Estados que al tema en examen. Las recomendaciones del Relator Especial reflejan la opinión de la inmensa mayoría de los miembros de la CDI y de las delegaciones de la Sexta Comisión. Si la CDI las adopta, las posibilidades de llegar a alcanzar un consenso, si no un acuerdo completo, serán mayores.

40. El Sr. ROSENSTOCK da las gracias al Relator Especial por su exposición, notablemente clara y concisa. Le felicita en particular por haber sabido trazar la historia de un tema difícil con la mayor precisión. Los miembros de la Comisión están actualmente al corriente de la marcha de las reflexiones sobre este tema del programa.

41. El Sr. PELLET, refiriéndose al apartado *d* del párrafo 111 del primer informe, considera muy inadecuada la frase de la versión francesa *les États ne doivent prévenir que les dommages significatifs*. Esta frase no corresponde ciertamente a lo que el Relator Especial tenía en la mente.

42. El Sr. SIMMA, el Sr. ECONOMIDES y el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA estiman que se facilitarían los trabajos si la secretaría recopilara los diversos textos que la Comisión ya ha elaborado sobre el tema, en particular el plan esquemático y los artículos adoptados, que están esparcidos en diversos informes. También sería cómodo disponer del texto de la resolución del Instituto de Derecho Internacional que el Relator Especial menciona (véase párr. 30 *supra*).

43. Respondiendo a una petición del Sr. SIMMA, el Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) explica que la segunda parte de su primer informe, que se someterá en breve a la Comisión, se refiere por una parte al ámbito de aplicación del proyecto de artículos y, por la otra, a su contenido. En efecto, según el Grupo de Trabajo en el 49.º período de sesiones es sobre estos dos elementos sobre los que convendría aclarar más las cosas. Por tanto, se mencionarán los grandes principios en los que se funda el deber de prevención, que son la buena fe, la consulta, la no discriminación, la obligación de efectuar estudios de impacto ambiental, el principio de quien contamina paga, etc. Todo esto será analizado y puesto en contexto mediante los trabajos de los comentaristas. Por otra parte, leyendo a los publicistas cabe ya concluir que se trata de una materia que se presta más al desarrollo progresivo del derecho que a la codificación.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

[22] *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y 47, párr. 163.

[23] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 89, doc. A/CN.4/428 y Add.1.

2528.ª SESIÓN

Martes 12 de mayo de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Lukashuk, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Homenaje a la memoria de Endre Ustor, antiguo miembro de la Comisión

1. El PRESIDENTE dice que tiene el triste deber de informar a la Comisión del fallecimiento de Endre Ustor, de Hungría, ocurrido el 25 de abril de 1998. Ustor fue un distinguido miembro de la Comisión desde 1967 a 1976 y desempeñó la función de Relator Especial para la cláusula de la nación más favorecida. El Presidente no duda de que expresa los sentimientos de todos los miembros de la Comisión al transmitir a la familia de Endre Ustor su profunda condolencia.

A invitación del Presidente, los miembros de la Comisión guardan un minuto de silencio.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

2. El PRESIDENTE da la bienvenida al grupo de jóvenes y brillantes juristas que participan en el Seminario de derecho internacional e invita al Relator Especial a presentar la segunda parte de su primer informe sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas (A/CN.4/487 y Add.1).

3. El Sr. LEE (Secretario de la Comisión), respondiendo a una observación del Sr. HAFNER, pide disculpas por la publicación tardía de la segunda parte del informe.

4. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que, dadas la actualidad y la complejidad del tema, en la segunda parte de su primer informe ha tratado de presentar ideas que permitan a la Comisión centrar sus trabajos en el contenido del concepto de prevención. En el informe también se identifican los principios de forma y de fondo que interactúan y son esenciales para aclarar ese concepto. Entre los principios de forma se cuentan los de la autorización previa, la evaluación del impacto ambiental, la notificación, la consulta y la negociación; la prevención y solución de controversias; y la no discriminación. Todos ellos constituyen formas de lograr fines específicos. Entre los principios de fondo se pueden incluir el de precaución, el de que «quien contamina paga», de equidad, creación de capacidad y buena gestión pública. Se ha tratado de identificar las diversas fuentes de cada uno de esos principios y de indicar sus elementos constitutivos. En casi todos los casos los Estados están experimentando con su incorporación en la legislación nacional y han demostrado flexibilidad en su aplicación.

5. El requisito de la autorización previa de una actividad que implica el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible supone que aquella se supedita al cumplimiento de determinadas condiciones para asegurar la correcta evaluación, gestión y contención del riesgo. Este requisito obliga también a los Estados a establecer dispositivos de vigilancia adecuados para garantizar que las actividades peligrosas se realicen dentro de las limitaciones y según las condiciones prescritas. Ello fue apoyado por el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional creado por la Comisión en su 48.º período de sesiones, en el artículo 9 del proyecto de artículos[2], según el cual la autorización previa también sería necesaria en caso de que se prevea un «cambio importante» que pueda transformar la actividad en creadora de un riesgo sensible de daño transfronterizo. La expresión «cambio importante» ha quedado sin definición pero se aportan algunos ejemplos en el párrafo 118 de su informe.

6. Los Estados tienden cada vez más a cumplir con su deber de prevenir los daños transfronterizos sensibles por medio de una evaluación del impacto ambiental que determine si una actividad concreta puede causar realmente un daño sensible. En el párrafo 123 figuran varios aspectos de las normas internas sobre la evaluación del impacto ambiental. Tradicionalmente, las normas internas se han ocupado poco de las medidas de aplicación de los resultados de la evaluación del impacto ambiental, pero sin embargo se han previsto sanciones en caso de infracción. En el párrafo 125 se han incluido ejemplos de las infracciones más habituales.

7. Cuando se ha identificado un riesgo sensible de daño transfronterizo nace para el Estado de origen la obligación de avisar a los Estados que puedan resultar afectados y facilitarles toda la información disponible, incluidos los resultados de toda evaluación realizada. Los Estados potencialmente afectados tienen derecho a conocer las investigaciones realizadas y sus resultados; a proponer investigaciones diferentes o complementarias; y a com-

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] Véase 2527.ª sesión, nota 16.

probar por sí mismos los resultados de esas investigaciones. Esta evaluación debe preceder a toda decisión de proseguir las actividades de que se trate, y obliga a las partes a realizar una investigación previa del riesgo de las actividades y no una evaluación posterior de sus efectos. En el caso de recursos compartidos, se alienta una acción conjunta de los Estados o la realización de esfuerzos simultáneos para aportar los datos necesarios a fin de concluir la evaluación.

8. Los casos en que se requiere una evaluación del impacto ambiental no siempre pueden determinarse de antemano mediante criterios objetivos: siempre hay elementos subjetivos. Se podría hacer una lista de actividades sujetas a evaluación a partir de criterios como el emplazamiento y la extensión de la actividad, la naturaleza de sus efectos, el grado de riesgo, el interés público y los valores ambientales. Algunos convenios clasifican a determinadas sustancias como peligrosas, por lo que su mera utilización en una actividad indica que ésta puede causar un daño transfronterizo sensible y requiere, por consiguiente, una evaluación del impacto ambiental. El contenido de la evaluación del riesgo puede variar debido a cierto número de factores, algunos de los cuales figuran en los párrafos 131 y 132.

9. En el párrafo 133 figuran varias cuestiones relativas a la obligación de evaluar el riesgo mediante una exposición sobre el impacto ambiental y de notificar el riesgo a los Estados interesados; los plazos de la notificación y de la presentación de la información; el contenido de la notificación; la obligación de facilitar un cauce de participación pública, sobre todo la participación del público del Estado afectado en el procedimiento de evaluación del impacto ambiental del Estado de origen, y el pago de los gastos correspondientes. Las evaluaciones realizadas en un contexto transfronterizo son de distinto tipo y hasta ahora no existe un método uniforme de intercambio de información transfronteriza. Según un observador que ha examinado el sistema del Tratado Antártico y los principios generales del derecho ambiental, en la actualidad la adopción de la evaluación ambiental no podría considerarse más que una tendencia progresiva del derecho internacional.

10. En la sección C del capítulo V se analizan los principios de cooperación, intercambio de información, notificación, consulta y negociaciones de buena fe, que ya han sido estudiados detenidamente por la Comisión, especialmente en el marco de su labor sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

11. La mayor importancia asignada al principio de la cooperación es digna de destacar puesto que hace hincapié en un vínculo más positivo e incluso más integrado entre los Estados a fin de alcanzar objetivos comunes, a la vez que se les asignan obligaciones positivas de acción. La cooperación puede referirse tanto a la elaboración de normas y el fomento de instituciones como a las actividades emprendidas teniendo en cuenta razonablemente los intereses de otros Estados y el logro de objetivos comunes. En cuanto al procedimiento, la cooperación entraña el deber de notificar a los Estados que puedan verse afectados y entablar consultas con ellos. En los párrafos 141 a 145 se mencionan otros elementos del deber de cooperación. En el párrafo 146 se señala, sin embargo, que en el plano normativo es difícil afirmar que exista en general una obligación de cooperar en el derecho internacional consuetudinario.

12. El objetivo de las consultas es conciliar los intereses contrapuestos y llegar a soluciones mutuamente beneficiosas o satisfactorias, aspecto que se destacó en el asunto *Lac Lanoux*[3] y en el asunto relativo a la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*[4]. Sin embargo es un principio firmemente establecido que la obligación de negociar no entraña la obligación de concertar un acuerdo. En los párrafos 150 y 151 se precisa que la obligación de celebrar consultas y negociaciones de buena fe no significa que se deba contar con el consentimiento previo o el derecho de veto del Estado con quien se celebrarán las consultas.

13. El principio de prevención y solución de controversias también se ha sugerido como uno de los componentes de la prevención, recalcando la necesidad de prever y prevenir los problemas ambientales. A diferencia de otros actos ilícitos, en la medida de lo posible los daños ambientales deben evitarse desde el principio. Además de las comisiones de determinación de los hechos, la prevención de controversias comprende las misiones de buenos oficios, mediación y conciliación, y la diplomacia preventiva recientemente empleada por el Secretario General. Estas técnicas se han mencionado en los párrafos 157 a 164.

14. En el párrafo 166 se mencionan varias recomendaciones hechas por un grupo de expertos para mejorar el cumplimiento y la ejecución de las obligaciones internacionales, entre ellas la de informar sobre una amplia gama de actividades.

15. El principio de no discriminación o derecho a la igualdad de acceso, reconocido por la OCDE[5] y que permite recurrir a los mismos procedimientos administrativos o legales disponibles en el país donde se origina la contaminación, permite que las personas afectadas por la contaminación transfronteriza puedan aprovechar estos procedimientos y defender sus intereses, tanto en la etapa preventiva anterior a la contaminación como en la etapa curativa posterior a ésta, cualquiera que sea su lugar de residencia o su nacionalidad. El principio fue concebido principalmente para resolver los problemas ambientales que surgen entre Estados vecinos y no los derivados de la contaminación a larga distancia. Para el buen funcionamiento del principio tendría que haber cierta similitud entre los ordenamientos jurídicos de los Estados vecinos y entre sus políticas de protección de los derechos de las personas, la propiedad y el medio ambiente. Cuando existen diferencias drásticas entre las medidas de corrección sustantivas previstas en diferentes Estados surgen problemas relativos a la aplicación. Cabe mencionar las diferencias entre las leyes relativas al medio ambiente de los

[3] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (número de venta: 63.V.3), págs. 281 y ss.

[4] Fallo n.º 16, *1929, C.P.J.I., série A, n.º 23.*

[5] Véase la recomendación C(77)28(Final) del Consejo de la OCDE sobre la aplicación de un régimen de igualdad de acceso y de no discriminación en materia de contaminación transfronteriza, aprobada el 17 de mayo de 1977 (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, París, 1986, pág. 171).

Estados Unidos de América y México, o entre las de algunos Estados de Europa occidental y de Europa oriental. Uno de los problemas que se han presentado entre los países miembros de la OCDE se debe a que en algunos de ellos los tribunales administrativos no tienen jurisdicción para entender de casos relacionados con los efectos extraterritoriales de decisiones administrativas. Un segundo problema que se registra es el resultante de conferir competencia exclusiva a los tribunales del lugar en que se produce el daño.

16. En la aplicación del principio de no discriminación se puede hacer una distinción entre las víctimas potenciales y las víctimas reales. La primera situación corresponde a la categoría de prevención: las víctimas potenciales están protegidas, en primer lugar, por su propio Estado, el Estado afectado, respecto del cual el Estado de origen tiene obligaciones de notificación, consulta y negociación. Con el requisito de evaluar el impacto ambiental, la participación pública podría ampliarse a las víctimas potenciales extranjeras.

17. El principio de no discriminación fue incorporado en el artículo 29 (Competencia de los tribunales nacionales) del proyecto de artículos propuesto por el anterior Relator Especial, Sr. Julio Barboza, en su sexto informe[6]. En el 48.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo incluyó un artículo sobre no discriminación, el artículo 20, en el capítulo III, relativo a la indemnización u otra forma de reparación.

18. Con respecto a los principios de fondo, el principio de precaución (párrs. 174 a 185) establece que la falta de certidumbre científica sobre las causas y los efectos del daño ambiental no deberá aducirse como razón para aplazar la adopción de medidas de prevención. El criterio tradicional obliga a la parte que desea adoptar una medida a demostrar la necesidad de dicha medida, basándose en la existencia de pruebas científicas suficientes, que pueden ser difíciles de obtener. Por el contrario, con el criterio más moderno se instaría a los Estados a adoptar medidas para prevenir, atenuar o eliminar los daños graves e inminentes.

19. La Declaración Ministerial de Bergen de 1990 sobre el desarrollo sostenible en la región de la CEPE[7] fue el primer instrumento internacional que consideró que este principio era de aplicación general, y lo vinculó al desarrollo sostenible. El Consejo de Administración del PNUMA recomendó este principio en relación con la contaminación de los mares, y la Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África, la fiscalización de los movimientos transfronterizos y la gestión dentro de África de desechos peligrosos (Convención de Bamako) lo adoptó con objeto de prevenir la contaminación mediante la aplicación de métodos de producción no contaminantes. La Convención de Bamako también rebajó el umbral en que la prueba científica puede imponer la adopción de medidas, al no calificar el daño de «grave» o «irreversible». El Convenio sobre la Diversidad Biológica solo menciona el principio en su preámbulo y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático determinó los límites de su aplicación al requerir una amenaza de «daño grave o irreversible» y al mencionar medidas que fuesen eficaces en función de los costos. Vale decir que los diversos instrumentos internacionales no tienen un contenido ni una comprensión uniformes del principio de precaución. Según un comentarista su situación jurídica es un principio en evolución y las consecuencias de su aplicación estarían influidas por las circunstancias de cada caso.

20. El principio de «quien contamina paga» fue enunciado por primera vez por el Consejo de la OCDE[8] como un principio económico y como la forma más eficaz de asignar los costos de las medidas de prevención y lucha contra la contaminación; su aplicación requeriría la adopción de medidas tanto preventivas como correctivas. El principio fue adoptado como principio 16 de la Declaración de Río[9], y se refería a la vez a los costos de la contaminación y del medio ambiente; en el párrafo 192 del informe se mencionan otros costos que también deben considerarse.

21. El principio no ha sido fácil de llevar a la práctica porque los Estados han encontrado diversos medios de justificar sus planes de subvención, interpretando el principio según su propia conveniencia. En el párrafo 194 se menciona el mecanismo de solución de diferencias que tiene la OCDE, pero no se ha señalado ningún caso de subvenciones excesivas a la atención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ni de la OCDE. La aplicación del principio en un contexto transfronterizo también podría dar lugar a problemas. La experiencia de los países de la OCDE demuestra que los Estados pagan muy pocas veces los daños transfronterizos porque corresponde al contaminador indemnizar a las víctimas. Con algunas excepciones, los Estados suelen aplicar medidas de control sin pedir ningún apoyo financiero a los otros países. El principio se ha incluido en numerosos acuerdos internacionales como principio rector, u obligatorio, pero incluso en este último caso no se ha explicado su significado. Los comentaristas lo han caracterizado de diversas maneras: como principio de orientación para la economía y no principio jurídico, como carente del amplio apoyo que ha obtenido el principio de la acción preventiva, o como difícil de plasmar en un principio de responsabilidad entre los Estados.

22. Los principios de equidad, creación de capacidad y buena gestión pública se analizan en la sección C del capítulo VI del informe. La prioridad que debía atribuirse a los intereses y limitaciones de los países en desarrollo fue específicamente examinada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el contexto del desarrollo del derecho internacional del medio ambiente. De no ocurrir un milagro, los gobiernos de los países en desarrollo continuarán dando prioridad a la satisfacción de las necesidades básicas de su población, cada vez más numerosa y más pobre. Además, los medios de producción y la tecnología de que disponen los países en desarrollo seguirán siendo perjudiciales para el medio ambiente. Lo primero que debe tenerse en cuenta

[6] Véase 2527.ª sesión, nota 23

[7] Doc A/CONF 151/PC/10, anexo I.

[8] Véase la recomendación C(72)128 sobre los principios rectores relativos a los aspectos económicos de las políticas medioambientales en el ámbito internacional, aprobada el 26 de mayo de 1972 (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, París, 1986, pág. 27).

[9] Véase 2527 ª sesión, nota 8.

para fomentar el desarrollo sostenible es la necesidad de reducir el desfase entre los países desarrollados y en desarrollo, y entre los ciudadanos ricos y pobres de un mismo país. Este último punto tiene que ver principalmente con el buen gobierno, mientras que el primero es sobre todo una cuestión de equidad, en particular de equidad intrageneracional.

23. Con respecto a la equidad intrageneracional lo más importante es evitar que sean los pobres los que carguen con las consecuencias ambientales del desarrollo económico. Según un observador, cada vez se da mayor importancia a los efectos de interrelación entre el desarrollo económico, los derechos humanos y la protección del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos en un desarrollo sostenido de los países en desarrollo. También se comprende mejor el deber de ayudar a estos países a cumplir sus obligaciones internacionales y a conseguir un mayor reconocimiento de los derechos humanos.

24. El principio de la equidad intergeneracional se originó recientemente en el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[10], y también fue consagrado en el principio 3 de la Declaración de Río. En el párrafo 210 del informe se mencionan las formas de precisar el contenido del principio. La estrategia de prevenir la contaminación pone de manifiesto una voluntad cada vez mayor de vincular el presente con el futuro al elaborar las normas jurídicas.

25. Con miras al cumplimiento de las obligaciones ambientales internacionales es necesario que el Estado tenga capacidad para elaborar normas adecuadas e introducir tecnologías más compatibles con el medio ambiente, y que cuente con los recursos necesarios para gestionar y vigilar las actividades de que se trata. Se recomienda un espíritu de solidaridad mundial que entrañe el apoyo financiero, la transferencia de tecnología adecuada y la asistencia técnica y de capacitación necesarios para que los países en desarrollo y de economías en transición puedan cumplir sus obligaciones ambientales. Esta cuestión se analiza en los párrafos 213 y 214 del informe.

26. Varios de los requisitos para mejorar la capacidad de los Estados de cumplir sus obligaciones de prevención pueden resumirse en la necesidad de practicar una buena gestión pública, lo que significa que un Estado deberá adoptar las medidas necesarias para aplicarlo, como se indica en el comentario al artículo 7 del proyecto de artículos incluido en el informe del Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones. En los párrafos 218 a 220 se tratan los criterios legislativos de que disponen los Estados, mientras que en los párrafos 221 a 223 se analiza la necesidad de alentar la participación del público. Los párrafos 224 a 233 contienen algunas conclusiones sobre la totalidad del tema que hacen necesarios un examen más profundo y nuevas directrices de la Comisión.

27. El Sr. LUKASHUK dice que se hace eco de las felicitaciones dirigidas por el Sr. Rosenstock al Relator Especial por su excelente primer informe. Es un tema de excepcional importancia y la aprobación del proyecto de artículos significará un paso adelante hacia la solución de una cuestión crucial de los tiempos modernos que afecta a la supervivencia misma de la humanidad.

28. La obligación de prevenir el daño transfronterizo no se puede considerar todavía norma de derecho internacional positivo. La labor de la Comisión sobre el tema de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas parecería enmarcarse en el desarrollo progresivo más que en la codificación del derecho internacional.

29. El informe refleja varios aspectos novedosos del derecho internacional contemporáneo, descollando la cuestión de la protección ambiental. A este respecto, el orador se refiere a la afirmación contenida en el párrafo 15 del informe, en el sentido de que el cumplimiento de la obligación de la diligencia debida debería ser directamente proporcional a la capacidad científica, técnica y económica de los Estados, y observa que la idea implícita refleja el concepto del desarrollo sostenido, que es el fundamento del derecho moderno en materia ambiental. Otro aspecto novedoso es el concepto de la prevención misma, que nace del ritmo acelerado del desarrollo histórico actual. Al igual que el concepto de la diplomacia preventiva, el de la prevención del daño ambiental merece ser adoptado por las Naciones Unidas.

30. El cambio del criterio de la responsabilidad al criterio de la prevención probablemente provoque algunos problemas difíciles en lo que se refiere al control del cumplimiento de las obligaciones correspondientes de los Estados. Indudablemente estos problemas recibirán la debida atención en una etapa futura de codificación. Un aspecto del derecho ambiental que plantea dudas es la idea de los derechos negociables de emisión; el hecho de que un Estado no haya utilizado totalmente su cupo de emisiones no facultaría a otro Estado para exceder su propio cupo.

31. El informe ha confirmado la necesidad de que la Comisión inicie un análisis profundo del daño causado a los espacios públicos internacionales que, como se afirma en el párrafo 111 del informe, queda excluido del ámbito de aplicación del presente estudio. Y para concluir, el orador acoge con agrado la intención del Relator Especial de completar su labor en los próximos dos años, y le desea éxito en el empeño.

32. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) responde al punto planteado en relación con los derechos negociables de emisión mencionados en el párrafo 192 de su informe, donde dichos derechos se mencionan en relación con los costos de los recargos por contaminación u otros instrumentos económicos equivalentes. Dado el corto tiempo de que disponía, aun teniendo presentes los conceptos más amplios, consideró conveniente centrarse en lo posible en el contexto transfronterizo, restando importancia a las cuestiones que se relacionan principalmente con los espacios públicos internacionales. Naturalmente, está a disposición de la Comisión si ésta deseara estudiar la aplicación de uno o más de estos conceptos al daño transfronterizo.

33. El Sr. MIKULKA, después de felicitar al Relator Especial por un brillante primer informe y una clara intro-

[10] Véase *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1987.

ducción, dice que desea plantear una cuestión preliminar. Fue muy satisfactorio oír en la presentación de la primera parte del informe que las conclusiones recomendadas coincidían con las del Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones. Sin embargo, hoy el orador se ha sorprendido del énfasis que ha puesto el Relator Especial en la faceta de la protección ambiental. El Grupo de Trabajo propuso que el proyecto de artículos se limitara a las actividades que implicaran el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible mediante sus consecuencias físicas en general, no solo en el contexto del medio ambiente. El orador desearía se le aclarara la relación entre el tema que la Comisión tiene en estudio y la cuestión de la protección ambiental como tal.

34. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que agradece al Sr. Mikulka que haya planteado este punto. Al tratar del ámbito de aplicación de los artículos en la primera parte del informe, se concentró en el contexto transfronterizo y evitó referirse al medio ambiente como tal. En la segunda parte, que trata del contenido del principio de prevención, ha tratado de aportar diversas ideas de actualidad que, en su opinión, ayudarían a los miembros a definir los parámetros amplios del principio de prevención. El tema que la Comisión ha de considerar sigue siendo el del daño transfronterizo causado por actividades peligrosas; no incluye cuestiones como la creciente contaminación ni los espacios públicos internacionales.

35. El Sr. HAFNER se refiere a la observación del Sr. Lukashuk sobre los derechos negociables de emisión y coincide con el Relator Especial en que la cuestión escapa al tema según fue definido por la Comisión en su 49.º período de sesiones.

36. El Sr. FERRARI BRAVO recuerda que en el 49.º período de sesiones puso en duda la posibilidad de excluir las consideraciones ambientales del estudio sobre la prevención del daño transfronterizo causado por actividades peligrosas. El problema es muy serio, especialmente en el caso de los países pequeños, donde ninguna parte de su territorio está lo suficientemente lejos de la frontera para excluir la posibilidad de daño transfronterizo; la cuestión puede ser menos grave para los países insulares o aquellos con un territorio muy vasto. Espera que los artículos que redacte el Relator Especial abarquen estas cuestiones, y reitera su opinión de que podría resultar imprudente excluir del tema la cuestión de los espacios públicos internacionales.

37. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) está de acuerdo en que el punto que se acaba de plantear es importante. Como se afirma en las conclusiones de la primera parte del informe (párrs. 111 a 113), el daño causado a los espacios públicos internacionales *per se* queda excluido del ámbito de aplicación del proyecto; pero en su opinión este daño es equivalente al daño causado a la alta mar, que altera su aprovechamiento por otros Estados. Al no darse una cadena de causa y efecto es difícil ver cómo se podría considerar en el presente marco el daño causado a los espacios públicos internacionales. Sin duda habría otras formas de tratar esta cuestión, pero espera que la Comisión lo oriente al respecto.

38. El Sr. PELLET dice que aprecia el punto planteado por el Sr. Ferrari Bravo de que la Comisión no puede dejar de tener en cuenta el daño causado al medio ambiente; pero también está de acuerdo con el Sr. Mikulka y piensa que no habría que dar demasiada importancia a esta faceta ambiental. Con respecto, por ejemplo, al párrafo 153 del informe, observa que la palabra «ambientales» aparece tres veces, lo que se podría haber evitado. Por ejemplo, en el caso de una represa que cause un daño transfronterizo sensible, también habría un daño económico y financiero. No sería exclusivamente ambiental, ya que éste es sólo uno de los elementos del daño transfronterizo causado por las actividades peligrosas. Sería conveniente recordar esto en los debates de la Comisión, en la redacción de los artículos y, si puede atreverse a pedirlo, en las presentaciones del Relator Especial, que son demasiado ambientalistas y están demasiado influidas por la moda.

39. El Sr. HAFNER, refiriéndose a las observaciones del Sr. Pellet sobre el medio ambiente, dice que el daño transfronterizo puede ser de tres tipos al menos: pérdida de vida y daño para la salud, daño a la propiedad y daño al medio ambiente de otros Estados. Es decir que la Comisión debe ocuparse, inevitablemente, de la cuestión del medio ambiente, aunque éste no sea el objetivo primordial de su actividad. En la doctrina, práctica e incluso costumbre internacionales, la expresión «evaluación de las consecuencias ambientales» va más allá de la definición restringida del medio ambiente para abarcar cuestiones como la prevención de la pérdida de vida. El orador ha tomado en este sentido más amplio las referencias contenidas en el primer informe del Relator Especial sobre «el medio ambiente».

40. El Sr. CRAWFORD dice que, en el párrafo 225 de las conclusiones del informe, el Relator Especial afirma que la norma de la diligencia debida podría no ser la misma según el Estado, la región o el momento de que se tratase. Las normas de la diligencia debida son más flexibles que las obligaciones de resultado y es razonable tener en cuenta algunos factores como las instalaciones de que disponga el Estado de que se trate. Pero esto no debe traducirse en un sistema de doble criterio o, más bien, de falta de normas. El respeto de la norma de la diligencia debida no es poco razonable si se tiene en cuenta el daño que podrían causar algunas de estas situaciones, el costo de construir importantes proyectos y la cantidad de estudios científicos que requieren. Por eso espera que, aunque la Comisión acepte que el concepto de la diligencia debida implica cierta flexibilidad, no acepte que implica ninguna forma de exención regional o particularista.

41. En el párrafo 226 el Relator Especial afirma que el incumplimiento de las obligaciones de prevención no entrañaría ninguna consecuencia jurídica. La Comisión, naturalmente, acordó considerar la cuestión de la prevención separadamente de la de responsabilidad. De todas formas sería raro destacar la importancia de la prevención a fin de separarla de la responsabilidad y afirmar luego, en el contexto de un estudio sobre la prevención, que esta obligación no tiene consecuencias jurídicas. El orador puede aceptar que una mera omisión —quizá la de notificar o facilitar determinada información— no entrañe en sí misma responsabilidad por las consecuencias que puedan derivarse del proyecto relacionado con la omisión. La omisión de notificar o de facilitar información, de todas formas, podría no tener ninguna relación causal especial con el daño realmente ocurrido, o podría ser que éste

hubiera ocurrido de todas formas. Sin embargo es contradictorio afirmar que existe una obligación y afirmar al mismo tiempo que dicha obligación no entraña consecuencias jurídicas. Es posible crear una *lex specialis*. Pero esta *lex specialis*, como mínimo, debe entrañar alguna obligación de hacer cesar la actividad; de otra forma no existe obligación en absoluto. Aunque entiende la preocupación de que las diversas obligaciones procesales que se están elaborando en esta materia no entrañen consecuencias tan drásticas en términos de responsabilidad sustantiva que los Estados las rechacen, la Comisión debe cuidar de no pasar al extremo contrario.

42. El Sr. MIKULKA, refiriéndose a la observación del Sr. Hafner de que sería injustificable excluir del ámbito del estudio de la Comisión el daño causado al medio ambiente, dice que nadie ha propuesto que eso se hiciera. El peligro es que la Comisión se vaya al otro extremo, concentrándose en el daño al medio ambiente con exclusión de los otros tipos de daño.

43. Con respecto a las observaciones del Sr. Ferrari Bravo y del Sr. Crawford, el Relator Especial ha cumplido su mandato, que era elaborar un informe sobre la prevención y no sobre la responsabilidad. El largo proceso de transformación del tema original es conocido por todos. La prevención cae en la esfera de las normas primarias, vale decir que habrá consecuencias cuando los Estados no las respeten. Pero estas consecuencias llevan a la Comisión a la esfera de la responsabilidad del Estado por los actos prohibido en el derecho internacional y la apartan de la esfera de la responsabilidad internacional contemplada inicialmente cuando el Sr. Quentin-Baxter fue nombrado Relator Especial para el tema en el 30.° período de sesiones, en 1978[11]. Por el contrario, el actual Relator Especial no tiene mandato para ocuparse de este tema.

44. Existe otra posibilidad: que se respeten todas las normas de prevención, que el Estado cumpla con todas sus obligaciones y que, sin embargo, se produzca un daño sensible. En tal caso el Estado habría cumplido todas sus obligaciones conforme al derecho internacional y no podría decirse que la supresión del daño fuese responsabilidad del Estado. Aquí entramos, una vez más, en la esfera de la responsabilidad. Esta cuestión queda pendiente pero, el orador vuelve a recordar, no forma parte del mandato del actual Relator Especial.

45. El Sr. SIMMA recoge las observaciones del Sr. Ferrari Bravo y dice que sería generalizar demasiado afirmar que los Estados extensos están en mejor posición que los pequeños en materia de prevención del daño transfronterizo. Mucho dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Lo que sí podría afirmarse es que tanto en los Estados pequeños como en los extensos existe una tendencia a situar las instalaciones industriales, nucleares y de producción de energía en las zonas fronterizas, por dos razones. En primer lugar, los ríos suelen formar fronteras nacionales y dichas instalaciones requieren grandes cantidades de agua para el enfriamiento y otros fines. En segundo lugar, las zonas cercanas a las fronteras nacionales suelen ser las regiones más pobres de un país y, por lo tanto, se benefician de programas especiales para fomentar el desarrollo industrial.

46. Con respecto a la cuestión de la distinción entre el daño al medio ambiente, por un lado, y el daño a la vida, la salud y la propiedad, por otro, duda de que sea posible distinguir entre las diversas formas de daño que serían consecuencia de un accidente nuclear en una zona fronteriza. El daño al medio ambiente implicaría, inevitablemente, un daño a la vida, la salud y la propiedad, y no sería correcto dar la impresión de que el daño ambiental es lo que resta una vez descontado el daño a la vida, la salud y la propiedad.

47. Con respecto a la norma de la diligencia debida, como se destacó en el artículo 3 de la resolución sobre la responsabilidad en el derecho internacional de los daños causados al medio ambiente adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de 1997, que tuvo lugar en Estrasburgo, este concepto debe medirse por normas objetivas sobre la conducta esperada de un buen gobierno. Es un concepto mediante el cual las nociones subjetivas de responsabilidad, como la negligencia, se objetivan. Afirmar, como lo hace el Relator Especial en el párrafo 225, que la norma de la diligencia debida podría no ser la misma según el Estado, la región o el momento de que se tratase, es privar al concepto de un 99 % de su valor como forma de evaluar si se ha cumplido con una obligación de prevención.

48. Y por último, con respecto a las obligaciones, si —como fue su primera impresión— el Relator Especial afirma realmente que el incumplimiento de la obligación de prevención no tendría consecuencias jurídicas, está estableciendo un nuevo tipo de norma flexible al separar toda una rama del derecho internacional del sistema de sanciones y de responsabilidad que, de otra forma, se le aplicaría. El Sr. Crawford ha señalado correctamente a la atención de la Comisión la posibilidad de que tales regímenes puedan crear su propio mecanismo de ejecución y sus propias consecuencias jurídicas en el caso de un quebrantamiento. Pero, de ser así, la Comisión deberá prestar atención a cuáles serían las consecuencias jurídicas específicas que entrañaría el incumplimiento de esas obligaciones de prevención.

49. El Sr. PELLET se alegra de ver que el Sr. Simma ha adoptado un enfoque unitario del derecho internacional en vez de tratar de compartimentarlo por temas.

50. En cuanto a las observaciones del Sr. Crawford con respecto al párrafo 226, comparte lo fundamental de las observaciones del Sr. Mikulka, pero desearía agregar algo. Las normas relativas a la prevención son efectivamente normas primarias cuya violación da origen a la responsabilidad. Al igual que el Sr. Crawford, pero por razones algo diferentes, no podría aceptar de ninguna manera la afirmación del Relator Especial de que el incumplimiento de la obligación de prevención no entrañaría consecuencias jurídicas. La infracción de cualquier norma jurídica produce necesariamente una consecuencia jurídica, conocida como responsabilidad. Una vez que se ha establecido la responsabilidad, se plantea la cuestión de determinar cuáles son las consecuencias que dimanan de esta situación de responsabilidad resultante de la infrac-

[11] En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo al que encargó el examen, con carácter preliminar, del alcance y la naturaleza del tema. Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

ción. Podrá haber o no consecuencias, según se haya causado o no un daño.

51. Por lo tanto, como la infracción de las normas relativas a las obligaciones de prevención siempre tiene una consecuencia jurídica, es decir, la responsabilidad del Estado que ha infringido la norma —que incluye, entre otras cosas, el requisito de notificar—, el orador no comprende qué quiere decir el Sr. Crawford al alegar que la falta de notificación no tiene consecuencias jurídicas: la consecuencia es la responsabilidad del Estado. Si posteriormente resultara que la infracción ha causado un daño, el Estado deberá resarcirlo. Probablemente la relación causal entre la falta de notificación y el daño sea difícil de probar. Pero es erróneo afirmar, como hace el Relator Especial en el párrafo 226, que el incumplimiento de las obligaciones de prevención no entrañaría ninguna consecuencia jurídica. Se confunde el resarcimiento con las consecuencias jurídicas del quebrantamiento de una norma jurídica.

52. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) aprecia las importantes observaciones realizadas en la última parte del debate. Pero desea rectificar un malentendido. La conclusión contenida en el párrafo 225 no representa su propia opinión como Relator Especial sino la conclusión alcanzada por la misma Comisión con el paso de los años. Los anteriores relatores especiales sobre este tema postularon que las obligaciones de conducta no tienen consecuencias jurídicas salvo que exista realmente un daño, y que sólo entonces entrarían en juego las consecuencias del incumplimiento de la obligación de diligencia debida. El plan esquemático[12] menciona este aspecto particular de la cuestión en el párrafo 4 de la sección 5.

53. En los párrafos siguientes el Relator Especial abordó la difícil cuestión de las consecuencias. Aunque se le diera oportunidad en el 51.º período de sesiones, no está convencido de la conveniencia de iniciar un estudio completo de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de una obligación cuyo contenido no está claramente determinado. El deber de prevención conduce a una variedad de pasos procesales. Por ejemplo, se supone que un Estado debe contar con una legislación nacional que prescriba la autorización previa, los procedimientos de evaluación del impacto ambiental, etc. Pero hay pocos Estados que hayan promulgado una legislación completa a este respecto, y la existente todavía no está bien determinada ni es uniforme. En tal caso, ¿qué consecuencias se pueden inferir del incumplimiento? Ese es el problema que le preocupa.

54. De todas formas está de acuerdo en que, si la Comisión estableciera una obligación jurídica, su incumplimiento debería tener consecuencias jurídicas. Esas consecuencias podrían variar. Como ha señalado el Sr. Crawford, no podría haber excepciones, pero tampoco se podría prescribir el mismo tipo de normas que se prescribirían para las infracciones sustantivas, especialmente cuando las infracciones procesales no hubieran provocado todavía una situación de litigio entre dos demandantes. Desearía contar con la orientación de la Comisión en esta tarea tan delicada y espera que en el próximo período de sesiones pueda hacer nuevas aportaciones en materia de consecuencias, siempre que ello no distraiga a la Comisión de la finalización de su labor. Los diversos proyectos de artículos que la Comisión ha estudiado ya incorporan muchas de las ideas que ha mencionado, pero ninguno de los proyectos preparados por los diversos grupos de trabajo contiene un artículo sobre las consecuencias del incumplimiento de una obligación de prevención. Por lo tanto, habría que formular un nuevo artículo. La cuestión es saber si la Comisión debería estudiar el incumplimiento desde el concepto más amplio de la responsabilidad estatal o en el contexto de un tema especial de responsabilidad. La elección podría quedar para más adelante.

55. Antes de recapitular desea hacer dos aclaraciones. En primer lugar el párrafo 225 no es un comentario propio, sino su informe sobre la situación planteada en el curso de la labor de la Comisión hasta el momento. Como se señala en el párrafo 228, la Comisión, habiendo separado el régimen de prevención y de responsabilidad, no tiene ya excusas para no examinar la cuestión de las consecuencias. Si la Comisión decidiera que no desea considerar la responsabilidad como una ampliación del presente tema en ningún momento, se verá obligada a estudiar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de prevención. Pero si el presente tema fuese a relacionarse posteriormente, de alguna forma, con la responsabilidad, se presentaría la oportunidad de tratar las consecuencias en ese contexto.

56. En segundo lugar, en los párrafos 224 a 227 de las conclusiones se trata de describir lo hecho hasta el momento, y en los párrafos 228 y siguientes se trata de informar sobre lo que hay que hacer ahora. En los párrafos 229 y 230 señaló claramente que el incumplimiento de la obligación de prevención podría tener consecuencias tanto para los Estados como para quienes realicen las actividades peligrosas. Se podría profundizar en esas ideas.

57. No está afirmando en absoluto que la obligación de prevención, una vez establecida correctamente, no tenga consecuencias jurídicas y deba quedar a la buena voluntad de las partes interesadas. Pero acogería con agrado la ayuda de los miembros en la tarea de determinar cuáles son esas consecuencias, tarea que espera poder realizar él mismo.

58. El Sr. ROSENSTOCK dice que la Comisión debe tener cuidado en distinguir los conceptos de *responsibility* y *liability*. Aparentemente, en los otros idiomas de trabajo esta distinción es un tanto artificial, pero es una distinción importante y no está convencido de que haya quedado bien reflejada en los párrafos que se están debatiendo. Ante el incumplimiento de una obligación de prevención podría ser difícil medir el daño, pero —salvo que la Comisión anulara su obra en materia de responsabilidad de los Estados— no hay duda de que habrá consecuencias. En esta etapa de la labor de la Comisión no es necesario ocuparse de la cuestión, mucho más difícil, de mirar qué sucederá cuando se hayan tomado todas las medidas posibles y, de todas formas, se produzca un daño. Pero la Comisión debería tenerlo presente como una cuestión independiente.

[12] *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 76, doc. A/CN.4/360.

59. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que desea dar las gracias especialmente al Sr. Mikulka, cuyas observaciones han permitido a la Comisión restringir el ámbito de su propuesto estudio sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2529.ª SESIÓN

Miércoles 13 de mayo de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. Según el Sr. HAFNER si, como dijo el filósofo Albert Camus, el siglo XX es el siglo del temor, y el riesgo de perjudicar involuntariamente puede provocar ese temor, es evidente la pertinencia de la cuestión de la prevención de los daños transfronterizos. Ya se ha hablado de su aspecto político —puesto que la obligación de prevención impuesta al Estado puede ser más difícil de respetar para los pequeños países y puede entorpecer el desarrollo—, pero el tema presenta también aspectos concretos, y el Sr. Hafner desea mencionar algunos de ellos.

2. Para estudiar este nuevo tema la Comisión dispone de los numerosos documentos que ya ha preparado, especialmente el proyecto de artículos presentado por el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional establecido en su 48.º período de sesiones[2], y la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, algunas de cuyas disposiciones tratan de la prevención. Por lo tanto la Comisión podrá preguntarse en qué medida estos instrumentos coinciden o difieren entre sí, sobre todo porque la Convención ya ha sido adoptada en el plano internacional[3]; y podría resultarle útil comparar los proyectos de los artículos 4, 10, 11 y 12 propuestos por el Grupo de Trabajo con los artículos 7, 21 y 28 de la Convención, pero sin olvidar que existen muchos otros tratados e instrumentos universales que tratan de uno u otro aspecto del presente tema.

3. Sobre el fondo de la cuestión, es indudable que el derecho internacional actual asigna a los Estados la obligación de velar por que las actividades emprendidas en su jurisdicción respeten el medio ambiente de los demás Estados y los espacios públicos internacionales, como declaró la CIJ en su opinión consultiva en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.* Esta obligación es el fundamento de la obligación de prevención que se ha de analizar. Una de las primeras consecuencias de esta forma de ver las cosas es que habrá que entender por medio ambiente no sólo el medio ambiente propiamente dicho en el sentido restringido del término sino también las personas y los bienes que están bajo la jurisdicción de otros Estados. No parece plausible fundar en un principio diferente la obligación de no causar daño a los bienes o las personas que se encuentran en otro país. También habrá que examinar, naturalmente, por separado la cuestión de la definición de territorio, control y jurisdicción.

4. Partiendo de esta base está claro que se está tratando de normas primarias de derecho cuya violación acarrea ciertas consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad. Pero no hay ninguna razón para aventurarse en el tema de la responsabilidad internacional *(liability)*, sobre todo tal como se ha hecho hasta ahora. De ser necesario habría que analizar el sentido de la responsabilidad civil, que corresponde a la práctica efectiva. La responsabilidad de los Estados, en el sentido estricto del término, es un camino sin salida y la práctica convencional internacional sólo ofrece un ejemplo. La preeminencia del concepto de responsabilidad del Estado aparece claramente en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, que impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua. En el párrafo 2 de ese mismo artículo se prevé que sólo cuando a pesar de ello se causen daños sensibles, el Estado deberá dar reparación aunque haya respetado absolutamente sus obligaciones. Cuando el Estado no ha respetado esas obligaciones deberá asumir la responsabilidad, en el sentido ordinario del término.

5. Se podrá debatir si es preferible insistir en la reglamentación de las medidas de prevención o en las conse-

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] Véase 2527.ª sesión, nota 17.

[3] Véase la resolución 51/229 de la Asamblea General.

cuencias del daño. Esta doble opción corresponde a la dualidad de los sistemas legislativos nacionales que insisten unos en la obligación de reparar, otros en la reglamentación. En el plano internacional el enfoque reglamentario estaría mejor adaptado a las particularidades del derecho internacional, que es una esfera en la que no existe, por el momento, ninguna institución judicial con competencia universal para pronunciarse en los asuntos o donde las desigualdades de poder y de tamaño entre los Estados no carecen de importancia para el respeto del derecho. La aplicación de normas de prevención claras facilitaría la determinación de la responsabilidad cuando se produce un daño. Por lo tanto, la Comisión deberá tratar de elaborar normas concretas que sean aplicables a las medidas de prevención que los Estados deberán respetar, y no puede imaginarse que un principio vago responderá a las necesidades del mundo contemporáneo.

6. El Sr. Mikulka se planteó (2528.ª sesión) la necesidad de distinguir entre la obligación general de protección del medio ambiente y la obligación particular de prevenir los daños transfronterizos. Es una distinción interesante en el plano de lo que se suele llamar la «responsabilidad diferenciada». Por ejemplo, el artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hace una distinción neta entre la obligación de tomar medidas para reducir la contaminación del medio marino y la obligación de tomar medidas para evitar que las actividades causen perjuicio a otros Estados y a su medio ambiente. En los principios 2 y 7 de la Declaración de Río se encuentra una distinción análoga[4]. En ambos casos, un tipo de responsabilidad diferenciada concierne únicamente a la primera clase de obligación. Pero esta diferenciación no dispensará a la Comisión de analizar la extensión y la naturaleza de la diligencia debida, que es un elemento esencial de la obligación de prevención. Hay dos formas de entenderla: o bien esta obligación tiene un alcance particular, vale decir que la misma norma primaria prevé ya una cierta diferenciación; o bien la diferenciación puede darse a nivel de las normas secundarias, de determinación general de las obligaciones, por ejemplo el principio «nadie está obligado a hacer lo imposible».

7. El debate debe partir de la definición de qué se entenderá por daño. En la mayoría de los instrumentos internacionales esta noción comprende tres elementos diferentes: el daño a las personas (enfermedad, lesión, muerte); el daño a los bienes; y la alteración del medio ambiente. Por lo tanto, para delimitar el campo de aplicación del régimen de la prevención habría que definir qué es el medio ambiente. Algunos documentos, especialmente europeos, incluyen explícitamente el paisaje, los monumentos históricos, el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas. También habrá que precisar la noción de umbral, sobre la cual la Comisión se ha detenido largamente y que sin duda volverá a examinar. En cuanto a la definición de las actividades abarcadas, algunos miembros piensan que debería comprender las actividades mencionadas en el apartado *b* del artículo 1 del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión, es decir, las otras actividades no prohibidas por el derecho internacional que no entrañan el riesgo mencionado en el apartado *a* pero causan un daño transfronterizo sensible por sus consecuencias físicas. Pero esta última categoría de actividades no parece caer en el tema de la prevención. La Comisión deberá, por lo tanto, consagrarse a las actividades peligrosas y no a las otras actividades.

8. El Relator Especial parece haber descuidado un problema íntimamente ligado al principio de la igualdad de los Estados: el Estado de origen que toma medidas de prevención ¿debe respetar las normas adoptadas por el Estado potencialmente afectado o sólo debe respetar sus propias normas, incluso frente a ese otro Estado? Es el problema de los diferentes niveles de protección que los Estados aseguran a su población. También se puede afirmar lo contrario: que corresponde al Estado afectado decidir el umbral que deberá respetar el Estado de origen porque a él le corresponde decidir la protección que garantiza a su población. También cabe sostener, por el contrario, que un Estado no está obligado a conceder a la población de otro Estado una protección más amplia que la que ofrece a su propia población. Diversos principios de derecho internacional —la igualdad de los Estados, la integridad territorial, la soberanía— pueden invocarse en favor de uno u otro argumento. Como parece imposible dirimir este problema por una disposición de fondo habrá que insistir en un procedimiento que permita a los Estados en cuestión encontrar una solución que les convenga a los dos.

9. En lugar de seguir repitiendo lo que la Comisión ya ha escuchado innumerables veces, sus miembros deben dedicarse a elaborar un régimen lo antes posible. Lo mejor sería retomar el proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión y examinarlo desde el punto de vista del nuevo tema. Se verá entonces en qué medida estos artículos responden al estado actual de las reflexiones y en qué medida hay que modificarlos o completarlos. Este trabajo habrá que hacerlo a la luz de otros instrumentos, especialmente de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, a fin de no seguir aumentando la fragmentación del derecho internacional.

10. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) desea precisar que en su primer informe (A/CN.4/487 y Add.1) quiso referirse a la situación de los trabajos de la Comisión, sin compartir forzosamente las posiciones teóricas que ésta había adoptado. Por ejemplo, el orador no piensa que el incumplimiento de la obligación de diligencia no deba tener consecuencias jurídicas. Para avanzar con este tema, en el párrafo 229 sugiere que la Comisión analice la cuestión de las consecuencias en el contexto de la responsabilidad del Estado. En efecto, como ha dicho el Sr. Hafner, los trabajos pueden orientarse hacia la esfera de la responsabilidad internacional *(liability)*, tema sobre el que solo existe un precedente jurisprudencial, o hacia el de la responsabilidad de los Estados *(responsibility)*.

11. En cuanto a la delimitación del alcance y la naturaleza de la diligencia debida, los principios mencionados a este respecto en el informe (precaución, evaluación del impacto ambiental, autorización previa, encuadre legislativo y represión de las infracciones) permiten dar una definición mucho más amplia que tiene en cuenta la evolución alcanzada por la adopción de diversas convencio-

[4] Véase 2527.ª sesión, nota 8.

nes. Quizás también haya que incluir en los debates la noción de *tort* o cuasidelito, que ya ha sido muy estudiada en el plano interno y que podría servir para aclarar también una figura comparable en el derecho internacional.

12. El Sr. MELESCANU piensa que el Relator Especial tiene razón cuando plantea la cuestión de decidir si el tema en examen debe tratarse en el marco de la responsabilidad del Estado *(responsibility)* o si la Comisión debe inventar una especie de responsabilidad civil del Estado *(liability)*. De todas formas la Comisión deberá hacer el esfuerzo de comprender, por una parte, que puede existir responsabilidad del Estado aunque el Estado no cometa un acto ilícito, por el simple incumplimiento de la obligación fundamental de prevención y, por otra parte, que existe una obligación de solidaridad entre los Estados, que deben asegurar la protección de sus ciudadanos. De la misma forma que el Código Civil prevé la figura de la responsabilidad sin culpa (por ejemplo, en el derecho romano la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos y la responsabilidad de los propietarios de inmuebles), la Comisión deberá tratar de definir la responsabilidad del Estado por las actividades muy peligrosas, de alto riesgo, o que puedan causar daños más allá de sus fronteras. Esta noción de responsabilidad ya ha sido aceptada en ciertas esferas muy particulares, por ejemplo en la esfera nuclear. Prácticamente todos los regímenes convencionales en vigor, sea a nivel europeo (Euratom) o a nivel internacional (OIEA), prevén una responsabilidad, que es limitada pero tiene tres niveles: responsabilidad del explotador de centrales, que tiene un tope determinado; responsabilidad del Estado, que a partir de determinado monto se subroga al autor del daño; responsabilidad de todos los Estados Partes, que deben reparar los posibles daños.

13. En opinión del Sr. Melescanu ésta es la dirección en que la Comisión deberá buscar la solución del problema del régimen de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, solución que consistirá en definir las condiciones concretas en que el Estado será considerado responsable de los daños que tengan origen en su territorio.

14. El Sr. BROWNLIE manifiesta su preocupación porque la labor de codificación de la materia en examen no tiene suficientemente en cuenta el desarrollo progresivo de lo que se podría denominar derecho ambiental. En efecto, sabemos que al Relator Especial se le encargó una misión de salvamento porque el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional estaba empantanado y no se quería desaprovechar los proyectos de artículos ya elaborados.

15. El Sr. Brownlie opina que es esencial sacar la cuestión de los daños transfronterizos del tema de la responsabilidad internacional. Sostiene que se trata, más bien, de un aspecto de la responsabilidad del Estado, que jamás ha estado limitada a las consecuencias perjudiciales de los actos que por sí mismos están prohibidos por el derecho internacional. Por otra parte, si la Comisión codifica los principios de la prevención partiendo de la hipótesis de que estos principios son distintos de los de la responsabilidad del Estado, corre el riesgo de derogar normas ya vigentes en esta última materia. Por otra parte, se sabe que los principios de responsabilidad de los Estados son extremadamente flexibles y cambiantes y que no pueden codificarse en detalle. El ejemplo perfecto es la diligencia debida.

16. De aventurarse en la esfera del derecho ambiental como tal se corre el riesgo de comenzar a fijar por escrito el principio de que el Estado no está obligado a solicitar autorización previa a su vecino antes de emprender tal o cual actividad económica. Pero esto ya no tiene nada que ver con la responsabilidad de los Estados. El Sr. Brownlie prefiere tratar el tema que acaba de presentar el Relator Especial como un ejemplo de desarrollo progresivo de una cierta faceta de la responsabilidad de los Estados, la de los daños transfronterizos, más que aislarla de la responsabilidad internacional *(liability)* y seguir tratándola en el plano teórico como si continuara formando parte de ella.

17. Y para terminar el Sr. Brownlie señala que, por su parte, jamás ha comprendido bien la distinción que se desea marcar entre la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad internacional.

18. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA comparte la idea de hacer un enfoque concreto del problema, refiriéndolo al actual proyecto de artículos, que se tomaría como base del trabajo. Además, comparte la idea de no perder de vista la estrecha relación existente entre el tema en estudio y el de la responsabilidad de los Estados; esto justificaría la elaboración en algún punto —a comienzos del proyecto de artículos o entre el régimen de la prevención y sus consecuencias— de un juego de disposiciones que sirva de «puente» entre ambos temas. Así aumentará la credibilidad del enfoque global de la Comisión con respecto a la cuestión de la responsabilidad. Y, por último, sea cual fuere la forma en que la Comisión trate la prevención, deberá encontrar inmediatamente la forma de traducir, con respecto a las consecuencias, el carácter especial del tema; para ello podría ayudarla a adelantar el ejemplo de otros ámbitos, como el derecho del mar.

19. El Sr. HE dice que como el tema de la prevención, a diferencia del de la responsabilidad *(liability)* en sentido estricto, ya está listo para ser codificado, la Comisión ha hecho bien al decidir examinarlo por separado, sobre la base de la serie completa de proyectos de artículos propuestos por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la CDI e incluidos en su informe a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones. En la Sexta Comisión algunas delegaciones consideraron que la prevención no constituía más que una introducción al quid de la cuestión, es decir a las consecuencias de los actos examinados. En caso de daño debe haber reparación. Además, podría existir una responsabilidad del Estado cuando éste no cumpla las obligaciones resultantes del proyecto de artículos sobre la prevención, o una responsabilidad internacional de carácter civil si, pese al cumplimiento de dichas obligaciones, se produjera un daño. Estas consideraciones justifican que una vez concluida la labor sobre la prevención la Comisión se aboque al examen de la responsabilidad *(liability)*.

20. Por lo que respecta a la amplitud del tema de la prevención, éste ha quedado correctamente definido en el apartado *a* del artículo 1 del proyecto de artículos pro-

puesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión, pero el apartado *b* del artículo 1 debería suprimirse.

21. El Sr. He aprueba las propuestas presentadas por el Relator Especial en la segunda parte de su informe con respecto a los principios de forma y de fondo, con excepción del principio de «quien contamina paga», que más bien debería tratarse en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad *(liability)*.

22. El orador se congratula de que el Relator Especial haya reparado la omisión de su antecesor con respecto a los países en desarrollo y de que, en el espíritu de la Declaración de Río, haya insistido en la necesidad de ocuparse de las necesidades, particularidades e intereses de estos países en el marco del régimen de la prevención. Señalando que la definición del apartado *a* del artículo 1 debe entenderse como que comprende naturalmente un daño a las personas y a los bienes, como así también un daño al medio ambiente, el orador observa que el respeto de las obligaciones internacionales de carácter general relativas al medio ambiente y las obligaciones particulares relativas a la prevención de los daños transfronterizos suponen que un Estado tenga la capacidad de concebir las normas necesarias para introducir en el proceso de producción tecnologías más respetuosas del medio ambiente, y que puedan contar con los recursos económicos, materiales y humanos indispensables para dirigir el proceso de desarrollo, producción y control de las actividades. De allí nace el interés del espíritu de cooperación a escala mundial, que permitirá a los países en desarrollo y a los países en transición cumplir las obligaciones relativas a la prevención de los daños transfronterizos en su propio interés y en el de la comunidad universal.

23. El Sr. HAFNER observa que diversos instrumentos prevén, por ejemplo en el contexto europeo, que el posible contaminador debe asumir el costo de las medidas de prevención, y considera que este aspecto justifica la inclusión del principio de «quien contamina paga» en el marco del régimen de prevención.

24. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) precisa que, como se indica en los párrafos 73 a 86 de su informe, el estudio de la documentación existente sobre el principio de «quien contamina paga» permite ver claramente sus dos facetas: la reparación y la prevención.

25. El Sr. ROSENSTOCK dice que la primera parte del informe constituye una base extraordinaria para la labor futura. En primer lugar, el orador aprueba la recomendación contenida en el párrafo 112 de suprimir el apartado *b* del artículo 1 del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones, y considera que este cambio será determinante para tomar distancia del tema espinoso de la *liability* y favorecer el de la *responsibility* y la prevención. Por otra parte piensa que en el párrafo 111 la referencia a los espacios públicos internacionales que figura en el apartado *g* podría complicar la tarea de la Comisión, que haría bien en basarse en el apartado *h*, que omite esta noción. Con estas reservas, el orador sólo se lamenta de que el Relator Especial no haya incluido en la primera parte un análisis minucioso de los 20 principios restantes del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo, con propuestas, lo que habría dado a la Comisión la mejor oportunidad de terminar su labor en el 51.º período de sesiones.

26. En la segunda parte del informe los principios de forma enunciados en el capítulo V parecen a primera vista aceptables; retoman, en general, el capítulo II del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones, incluidos los comentarios.

27. Los principios fundamentales, aunque igualmente interesantes, presentan varios problemas y algunos de ellos parecen excesivos. El principio de precaución se examina en forma profunda y equilibrada, y los párrafos 184 y 185 cuadran, en general, con las secciones correspondientes del proyecto del Grupo de Trabajo. El examen del principio «quien contamina paga» es útil e igualmente equilibrado; es muy positivo que se concluya con la cita de una frase de la Sra. Edith Brown-Weiss: el principio de quien contamina paga «no se plasma fácilmente en un principio de responsabilidad *(liability)* entre los Estados»[5]; aunque en el contexto de la prevención el problema se plantea de distinta forma.

28. En la sección C del capítulo VI, el Relator Especial parece abandonar el campo del derecho para abordar cuestiones que están más cerca de una declaración política y que son de la competencia de otros órganos. Si bien se puede afirmar que todo está relacionado, la Comisión no puede examinarlo todo, y menos dentro del plazo que se ha impuesto. Y, especialmente, por lo que hace al principio de buena gestión pública, esta noción excede ampliamente la simple capacidad de llevar a la práctica la obligación de prevención y, aunque la Comisión se limitara a indicar a los gobiernos cómo elaborar su legislación interna en las materias que le interesan, estaría excediendo su mandato y perdería de vista el tema sin muchas posibilidades de obtener resultados.

29. Entre las conclusiones del informe, las contenidas en el párrafo 224 parecen generalmente aceptables. En el párrafo 225 el Relator Especial define correctamente la diligencia debida como la norma que permite medir la obligación de prevención —obligación de conducta y no de resultado—. A este respecto, si la Comisión decide profundizar esta noción pese a las dudas de ciertos miembros, entre los cuales se cuenta el Sr. Rosenstock, deberá tener en cuenta el artículo 3 de la resolución sobre la responsabilidad en el derecho internacional de los daños causados al medio ambiente adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de 1997, que tuvo lugar en Estrasburgo, donde se dice que la obligación de vigilancia (diligencia debida) deberá medirse por normas objetivas.

30. En el párrafo 226, la afirmación de que el incumplimiento de la obligación de prevención, tal como esté prevista, o de la obligación de conducta no conllevaría ninguna consecuencia jurídica parece resultar de una interpretación totalmente errónea de la norma de la responsabilidad del Estado. Muy distinto es el problema del daño acaecido pese a haberse cumplido la diligencia debida para prevenirlo.

[5] «Environmental equity The imperative for the 21st century», *Sustainable Development and International Law*, Londres/Dordrecht/Boston, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, pag 21

31. El párrafo 229 no es claro: sólo tiene sentido si entendemos que contempla el caso en que ocurre un daño a otro Estado pese a haberse cumplido con la obligación de prevención. Si bien el párrafo 230 es exacto, está realmente fuera de lugar en el informe. Al párrafo 232 se le aplican los mismos comentarios que con respecto a la sección C del capítulo VI.

32. Por último, el Sr. Rosenstock no puede aceptar el criterio que el Relator Especial propone a la Comisión en el párrafo 233, porque supone que ésta apruebe la orientación y el análisis generales del informe antes de examinar las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión. Por el contrario, teniendo en cuenta el plazo que se ha impuesto, la Comisión debería emprender este examen inmediatamente.

33. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) explica que con el párrafo 233 del informe trató de obtener directrices de la Comisión para poder elaborar algunos artículos adicionales, dado el esfuerzo que ha realizado para llenar, especialmente en la sección C del capítulo VI, lo que percibía como lagunas en el trabajo de su antecesor, o para profundizar algunas nociones, como el principio de «quien contamina paga».

34. El Sr. LUKASHUK señala que la segunda parte del primer informe se presenta como una carta de principios relativos a la protección del medio ambiente, pero de unos principios que están muy lejos del derecho positivo: buena gestión pública, buena vecindad, prevención de controversias, equidad, etc. Al mismo tiempo el Relator Especial afirma, en el párrafo 146, que en el plano normativo es difícil de afirmar que exista en general una obligación de cooperar en el derecho internacional consuetudinario. Ahora bien, este principio de cooperación está expresamente citado 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[6], pero es un principio que existe como idea general, vale decir no como una obligación de cooperar sino como una obligación de resolver las controversias con espíritu de cooperación. Los demás principios —información, notificación, consulta, etc.— sólo sirven para explicar el principio de cooperación. Además, los intentos de codificar el principio de la coexistencia pacífica, realizados a iniciativa de los antiguos países socialistas, muestran que la base del principio de coexistencia es el principio de cooperación y que no hay, pues, contradicción entre los dos principios. Por último, esta carta de principios establece diferentes niveles de obligaciones jurídicas porque, como se recuerda en la resolución sobre la responsabilidad en el derecho internacional de los daños causados al medio ambiente adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de 1997, que tuvo lugar en Estrasburgo, el derecho ambiental internacional ha evolucionado mucho y se compone de una gran cantidad y diversidad de principios y reglas de distinto valor jurídico. Por ello el proyecto de artículos sobre este tema deberá expresar el espíritu de estos principios sin que, necesariamente, se los deba mencionar expresamente.

[6] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

35. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que en el plano normativo el Estado A no tiene ninguna obligación de cooperar con un Estado B constantemente, y en todas las esferas, pero que cuando el Estado A y el Estado B están en conflicto o tienen, de alguna otra manera, la responsabilidad conjunta de lograr determinados fines, existe una obligación de cooperar y es en este marco en el que el Relator Especial ha examinado detenidamente tanto el principio de cooperación como su funcionamiento. En cuanto a la relación entre la cooperación y la coexistencia pacífica, es cierto que una no va sin la otra, pero la coexistencia es la de los Estados soberanos que sólo la necesidad puede reunir. Se trata simplemente de reemplazar una cierta pasividad del derecho por una interdependencia más deliberada. En realidad, casi no hay desacuerdos importantes en el seno de la Comisión sobre ninguno de estos puntos.

36. Para que la Comisión pueda concluir este tema en el próximo período de sesiones deberá, en primer lugar, evitar cuanto pueda el debate sobre la dualidad de los conceptos de responsabilidad sin falta/responsabilidad de los Estados. Luego deberá concentrar su labor en las conclusiones que figuran al final del informe y, más precisamente, en la faceta de las consecuencias, faceta que la Comisión deberá profundizar. Si bien es cierto que, por el momento, se puede separar la prevención de la responsabilidad, no se puede demorar más el examen de la cuestión de las consecuencias. Si se opta por la solución de establecer algunos principios primarios y trasladar todas las dificultades a la esfera de la responsabilidad del Estado, nos encontramos con el problema de la responsabilidad del Estado cuando un operador incurre en responsabilidad. Ya se han producido en el seno de la Comisión desacuerdos muy claros sobre la cuestión de saber cuándo la responsabilidad del segundo pasa al primero. Por eso, en su informe, el Relator Especial llega a la conclusión de que la responsabilidad del Estado debe estar separada de la del operador. Pero, por supuesto, el Relator Especial tendrá en cuenta la opinión mayoritaria en el seno de la Comisión.

37. El Sr. SIMMA estima que la primera parte del primer informe servirá para hacer una recapitulación de la labor realizada por la Comisión sobre el tema de la responsabilidad sin culpa, que se concretó en el 48.º período de sesiones de la Comisión por propuestas concretas y viables. Ahora la Comisión deberá continuar con esta labor si desea concluir el proyecto de artículos sobre la prevención. El Sr. Simma apoya plenamente las propuestas formuladas en esta primera parte. Con respecto a la segunda parte del informe, no solo es una recapitulación, sino también una síntesis, de todos los escritos, propuestas y acuerdos relativos a la prevención en un sentido muy amplio del término. Pero esta segunda parte va más allá del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión, e introduce tal cantidad de elementos controvertidos que podrían impedir que la Comisión concluyera sus trabajos sobre el tema en el plazo previsto. Quizás convendría dejar de lado estos elementos para retomarlos más tarde, en el marco del examen de la responsabilidad sin culpa.

38. Por lo que respecta al contenido de la segunda parte del informe, si se observa el estado del derecho relativo a la protección del medio ambiente, incluida la prevención,

se comprueba que hay algunos principios que, sin duda, son jurídicamente imperativos (como *sic utere tuo* o el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano [Declaración de Estocolmo][7]), pero, por su mismo carácter universal, estos principios sólo son operativos cuando existe un acuerdo complementario más concreto. Por eso el principio enunciado en el artículo 1 propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión sólo puede aplicarse concretamente cuando hay un acuerdo o un consenso sobre el sentido exacto de la expresión «daño sensible». En el derecho ambiental sólo habrá progreso cuando se concierten tratados sobre una cantidad cada vez mayor de materias. En ese cuerpo convencional se encuentra el mismo dualismo entre los tratados marco que enuncian principios primarios, relativamente intemporales, por una parte, y los instrumentos que enuncian normas secundarias, donde se concretan principios generales y que evolucionan más con el tiempo. Fuera de esta esfera de los tratados, en el derecho ambiental, incluida la prevención, se encuentra una gran cantidad de declaraciones o proclamaciones normativas que consisten, cuando más, en «derecho blando» y, cuando menos, en una tendencia a considerar que los deseos son realidad. En todas estas declaraciones y proclamas coexisten, en equilibrio inestable, argumentos propiamente jurídicos con consideraciones de otro tipo. En cierta medida encontramos este tipo de equilibrio inestable en la segunda parte del informe. En verdad es la prevención, en el sentido restringido, concreto y técnico del término, lo que debe constituir el elemento esencial del derecho ambiental internacional; y los principios de fondo que deben figurar en ese núcleo central ya han sido desarrollados y perfeccionados en numerosos tratados bilaterales y en instrumentos de «derecho blando», que sin embargo tienen autoridad, elaborados principalmente en el marco de la OCDE y el PNUMA.

39. Los principios enunciados en la segunda parte del informe son de dos clases, si nos atenemos a su naturaleza jurídica. Sobre los primeros —información, notificación, consulta, incluso precaución— habría que preguntarse si corresponden al derecho internacional consuetudinario, y habría que tomar nota de que la Comisión está por crear derecho a su respecto. Los segundos —prevención de controversias, equidad, creación de capacidad, buena gestión pública— llevan la prevención a un campo de consideraciones político—jurídicas controvertidas donde se verá obligada a tener relaciones ambiguas análogas a las que pueden tener los derechos humanos con el derecho al desarrollo. Afirmar que principios como los enunciados en los párrafos 205 y 223 del informe pertenecen al derecho internacional consuetudinario, vale decir que constituyen obligaciones jurídicas, es un intento de conferir legitimidad jurídica a argumentos de orden político. Por el contrario, con respecto al primer grupo de principios es efectivamente legítimo preguntarse si la existencia de un número considerable de disposiciones más o menos análogas permite decir que estamos en presencia de un derecho internacional consuetudinario. Esta cuestión es tan legítima como el caso de los tratados de extradición o los acuerdos de servicios aéreos. De todas formas, al elaborar un sólido proyecto de artículos sobre el tema la Comisión contribuirá a la formación de una *opinio juris* en la materia.

40. Las conclusiones del Relator Especial (párrs. 224 y ss.) también contienen algunos puntos polémicos. En primer lugar, si se dice que la norma de la diligencia debida puede variar según los Estados, según las regiones, o según el momento de que se trate (párr. 225), se la convierte *ipso facto* en una norma inoperante. En segundo lugar, la combinación de los párrafos 226 y 229 parece formar una especie de régimen autónomo de la prevención en el cual el incumplimiento de la obligación de prevención no constituiría una infracción jurídica. Es muy importante no introducir una ruptura entre la prevención y la responsabilidad del Estado, sino, por el contrario, concebir una relación eficaz entre las dos, teniendo presentes principalmente dos consideraciones. La primera es que los principios que rigen la prevención deben preverse como normas jurídicas primarias cuya infracción acarreará, desde el momento en que exista un daño, todas las consecuencias que tienen los hechos internacionalmente ilícitos, según están definidos en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[8]. En segundo lugar, también se debe contemplar el caso en que no exista un daño, y habrá que seguir elaborando las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos que consisten en el incumplimiento de la obligación de prevención. Este enfoque coincidiría con el espíritu del proyecto, que es el de la responsabilidad objetiva, vale decir que es el mismo hecho internacionalmente ilícito el que hace nacer la responsabilidad, incluso aunque no haya daño, salvo el caso de que este último sea un elemento constitutivo de la norma primaria. A este respecto se impone una observación: las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos que consisten en omisiones no han sido contempladas en el marco del proyecto de artículos relativos a la responsabilidad de los Estados, y quizás sería conveniente que el Relator Especial encargado de este tema se ocupara de esta cuestión.

41. Por lo que hace a la terminología, la expresión «prevención *ex post*» constituye una contradicción desde un punto de vista lógico, y más valdría reemplazarla por otro término, siempre que se conservara la noción.

42. Como la tarea del Relator Especial se ve facilitada por todo lo que la Comisión ya ha logrado en esta materia, el Sr. Simma expresa, para concluir, su deseo de que el Relator Especial siga la orientación marcada claramente por los trabajos realizados entre los períodos de sesiones 46.º y 48.º de la Comisión y se inspire en los proyectos de artículos que ya han sido elaborados.

43. El Sr. ECONOMIDES, refiriéndose a la observación del Sr. Simma sobre el término «sensible» utilizado para calificar el daño, estima que este término era necesario con respecto a la esfera de la responsabilidad, pero que quizás no lo sea cuando se trate de la prevención. Ni en la Declaración de Estocolmo ni en la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires* se califica el daño, y quizá la Comisión debería ser más ambiciosa y contemplar la prevención de todo tipo de daño.

[7] *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.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

[8] Véase 2520.ª sesión, nota 8.

44. Con respecto a la obligación de cooperar, el Sr. Economides lamenta que el Relator Especial no haya tenido más en cuenta los principios de la buena vecindad. Los daños transfronterizos son, casi por definición, daños causados a los países vecinos, y uno se puede preguntar si, teniendo en cuenta los principios de buena vecindad, la obligación de cooperar no debería ser entonces una obligación estricta.

45. El Sr. HAFNER dice que ni el principio 21 de la Declaración de Estocolmo ni la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires* sirven de fundamento a la idea de que todo tipo de daño deba ser evitado. Mientras el daño no haya alcanzado un umbral debe ser tolerado, sin lo cual todo desarrollo industrial sería imposible, ya sea por razones técnicas o económicas.

46. El Sr. FERRARI BRAVO, recordando la resolución sobre la responsabilidad en el derecho internacional de los daños causados al medio ambiente adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de 1997, que tuvo lugar en Estrasburgo, señala que existe toda una serie de normas aplicables antes de que ocurra el daño. Se trata, en efecto, de evitar el daño, porque éste a menudo resultaría intolerable. Basta con pensar en el daño que causaría la utilización de armas nucleares. Desde este ángulo se debe enfocar el tema de la prevención, situándose más allá del daño producido.

47. El Sr. BROWNLIE, refiriéndose a una observación del Sr. Simma, opina que hay que abstenerse de codificar en una forma muy detallada algunos conceptos del derecho internacional que son flexibles y muy útiles como están. Las nociones de diligencia debida, daño sensible y umbral de daño son buenos ejemplos a este respecto. Por eso el sentido de sensible depende del contexto en el cual esta palabra será utilizada. Al tratar de codificar estas nociones se corre el riesgo de alterarlas.

48. El Sr. PELLET desearía que en la traducción francesa de los informes donde figuran las palabras *responsability* y *liability*, esta última palabra se tradujera por *responsabilité (liability)*; de otra forma, un documento como el primer informe del Relator Especial resulta prácticamente incomprensible para el lector francófono.

49. Una cuestión que conviene plantearse es en qué momento nace la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la obligación de prevención. A este respecto se recordará que en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la obligación de prevenir está contemplada en los artículos 23 y 26 pero que, al contrario de la diligencia debida prevista en el marco de la prevención, estamos ante una obligación de resultado, vale decir de prevenir un determinado hecho. La responsabilidad del Estado sólo nace cuando se produce un daño, pero entonces es casi «retroactiva», puesto que en el artículo 26 se dice que la violación de una obligación internacional que exija del Estado prevenir un acontecimiento dado se producirá en el momento en que comience ese acontecimiento. Aunque haya una obligación de resultado por una parte y una obligación de conducta por el otro es evidente que existen características comunes cuyo estudio contribuiría a encontrar una respuesta a la pregunta de saber cuándo nace la responsabilidad en el caso de incumplimiento de la obligación de prevenir en el marco de la prevención que estamos contemplando. Además, en materia de responsabilidad del Estado el Relator Especial podría detenerse a reflexionar sobre aquellas situaciones donde existe una obligación de conducta y no una obligación de resultado.

50. El Sr. ROSENSTOCK no cree que para determinar el momento en que ocurre la violación de una obligación de ejercer la diligencia debida sea útil comparar esta obligación de conducta con la obligación de resultado contemplada en el marco del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Si en la práctica es difícil determinar el momento en cuestión, no lo es en teoría: se trata del momento en que se pude establecer que no se ha ejercido la diligencia debida, con lo cual otro Estado queda expuesto a un riesgo que no tiene por qué tolerar.

51. El Sr. ELARABY dice que la observación del Sr. Pellet con respecto a la utilización de la palabra *responsabilité* en francés también es válida para el árabe.

52. El derecho ambiental se ha desarrollado considerablemente en los últimos 30 años y este hecho debería llevar a la Comisión a emprender la vía del desarrollo progresivo en relación con la prevención. Con respecto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de prevención corresponde observar que el Relator Especial no excluye ninguna solución sino que, en realidad, solicita al respecto la opinión de los miembros de la Comisión. La diligencia debida es una obligación de conducta, pero dada la gravedad de las consecuencias que podrían derivarse del incumplimiento de esta obligación habría que enfocarla desde otra perspectiva, por ejemplo asociándola a una procedimiento de solución de controversias. Por último, el Sr. Elaraby estima que los principios de que trata la sección C del capítulo VI del informe no corresponden al ámbito de la prevención.

53. El Sr. AL-KHASAWNEH, refiriéndose a las observaciones del Sr. Brownlie con respecto al empleo del término «sensible», está de acuerdo en que el umbral del daño debe evaluarse en su contexto, pero se pregunta si no habría un elemento objetivo, válido para todos los contextos, por ejemplo el carácter reparable o no del daño causado.

54. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) responde a la crítica formulada por el Sr. Simma con respecto a la última frase del párrafo 225 de su informe y dice que para él se trata casi de una evidencia, ya que el umbral del daño que debe tenerse en cuenta variará, entre otras cosas, con la experiencia y el progreso técnico. A este respecto el orador remite a las explicaciones que figuran en la nota correspondiente al apartado *e* del párrafo 111.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2530.ª SESIÓN

Jueves 14 de mayo de 1998, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. YAMADA dice que la falta de tiempo le ha impedido asimilar totalmente el primer informe del Relator Especial sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas (A/CN.4/487 y Add.1), que está concienzudamente estudiado, es rico en análisis y está lleno de útiles notas a pie de página. No obstante, desea hacer algunas observaciones que podrían alentar a la Comisión a iniciar rápidamente la redacción de un proyecto de artículos sobre el tema.

2. La primera parte del informe contiene un relato fidedigno de la larga lucha de la Comisión con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En 1997, después de casi 20 años, la Comisión decidió, en su 49.º período de sesiones, que por el momento limitaría el tema a la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, sin perjuicio de su labor futura sobre otros aspectos del tema, más amplio, de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional[2]. Por lo tanto, la Comisión debería abstenerse de realizar debates conceptuales sobre aspectos que caigan fuera del ámbito del subtema que constituye el mandato del Relator Especial.

3. El orador comparte plenamente las conclusiones que figuran en los párrafos 111 a 113 sobre la cuestión del ámbito de aplicación del proyecto de artículos. De conformidad con su mandato la Comisión debería ocuparse solamente de los daños transfronterizos y de las actividades que entrañan un riesgo de causar tales daños. Habría que excluir la cuestión más amplia de la contaminación lenta y los espacios públicos internacionales, al menos por el momento.

4. En su opinión, no bien haya concluido el debate general la Comisión debería adoptar la decisión procedimental de tomar nota de los proyectos de dos artículos mencionados por el Relator Especial en el párrafo 112 y de remitirlos al Comité de Redacción, que está ansioso por iniciar su tarea. El orador espera que se conceda al Comité de Redacción el tiempo suficiente para poder completar la labor sobre estos dos artículos en el actual período de sesiones que se celebra en Ginebra.

5. El orador no espera que estos dos artículos presenten muchas dificultades. Una cuestión que podría plantearse es el concepto de daño sensible, que fue formulada por el Sr. Economides (2529.ª sesión). Sobre este punto el orador comparte la opinión expresada por el Sr. Hafner (ibíd.): la Comisión debe cualificar el concepto de daño estableciendo un umbral de tolerancia. Como lo recordó el Sr. Al-Khasawneh (ibíd.), la Comisión debatió este punto extensamente cuando formuló el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Cuando se negoció la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, algunas delegaciones objetaron el concepto de daño sensible[3]. Pero, al final, el artículo 7 relativo a la obligación de no causar daños sensibles fue mayoritariamente aceptado. Está claro que el daño sensible es el criterio que goza hoy de mayor aceptación en la comunidad internacional. Los párrafos 2 a 7 del comentario al artículo 2 formulado por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión[4], que reproduce prácticamente los comentarios sobre el concepto de daño sensible empleado en los artículos referentes al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[5], ayudarían también a aclarar el concepto.

6. De la segunda parte del informe ha sacado la impresión de que en algunos puntos excedía el mandato del Relator Especial. Pero está satisfecho con la afirmación del Relator Especial de que ha respetado estrictamente el mandato, y supone que la intención ha sido traer a la atención de la Comisión el hecho de que su labor sobre la prevención tocaría inevitablemente otros temas no comprendidos en el presente mandato.

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 168 *a*.

[3] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 51.ª a 62.ª.

[4] Véase 2527.ª sesión, nota 16.

[5] Véase el texto del proyecto de artículos con los comentarios correspondientes en *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 95 y ss., párr. 222.

7. El orador no tiene nada que decir contra el contenido de la sección C del capítulo VI, relativa a los principios de equidad, creación de capacidad y buena gestión pública. Sin embargo, estos principios tienen facetas altamente políticas, sociales y económicas, por lo que comparte los temores del Sr. Rosenstock (ibíd.) de que al tenerlos en cuenta se complique innecesariamente la labor de la Comisión.

8. El párrafo 225, que se refiere a la norma de la diligencia debida, ha suscitado algunas observaciones. El Relator Especial ha dicho en su defensa que este párrafo refleja la realidad. Será difícil definir una norma objetiva, y una definición abstracta sería inútil. Los miembros de la CDI recordarán que en el proyecto del artículo 7 del proyecto de convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se había incorporado el concepto de la diligencia debida, un concepto que luego encontró una fuerte resistencia durante las negociaciones habidas en la Sexta Comisión constituyéndose en grupo de trabajo plenario, especialmente por parte de algunos países europeos. Ante esto, ese concepto hubo que reemplazarlo por el concepto de adoptar «todas las medidas apropiadas» para impedir un daño sensible a los demás Estados ribereños. Personalmente, no ve una gran diferencia entre los dos conceptos, y prefiere la «diligencia debida», que es el concepto jurídico reconocido. Pero el Relator Especial deberá tener presente esta experiencia reciente cuando formule el proyecto de artículos.

9. El párrafo 226, relativo a la cuestión del incumplimiento, también ha suscitado varios comentarios. Es evidente que el incumplimiento de la obligación de prevención entrañará alguna consecuencia. Sin embargo, la cuestión de decidir si ha de tratarse en el marco del régimen general de la responsabilidad de los Estados, en el marco del régimen de responsabilidad internacional, o mediante una *lex specialis*, podrá dejarse de lado hasta que la Comisión haya completado su labor sobre la prevención.

10. Según él lo entiende, el Relator Especial desea que la Comisión apruebe la orientación general del primer informe y su análisis del fondo del concepto de prevención. Sería más fácil para la Comisión hacerlo basándose en propuestas concretas sobre los proyectos de artículos relativos a los principios procedimentales y al contenido de la prevención. Por lo tanto, pide al Relator Especial que presente lo más pronto posible a la Comisión un proyecto de artículos que se base en el articulado de los capítulos I y II del proyecto propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones, quizá con la ayuda de otros miembros en el seno del Grupo de Trabajo. De todas formas, es de esperar que el proyecto de artículos se pueda remitir al Comité de Redacción en Ginebra para así poder seguir trabajando sobre ellos cuando el Comité de Redacción se reúna en Nueva York en julio de 1998.

11. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA expresa su consternación ante el hecho de que, para tratar de salir del punto muerto en que se encontraba el estudio de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, la Comisión se haya decidido por la estrategia de centrarse en la cuestión de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. Su labor ha tomado un nuevo giro que equivale a una total reorientación. Será necesario encontrar un nuevo marco para el contenido y las consecuencias de la obligación de prevención que el futuro régimen impondrá a los Estados.

12. En un régimen de este tipo, ¿no cambiará la naturaleza de la obligación de prevención, dejando de ser una obligación de comportamiento para transformarse en una obligación de resultado? En un régimen de este tipo, ¿se podría prescindir de una definición o de una enumeración no restrictiva de las «actividades peligrosas»? ¿Dejará tal régimen sin solucionar la cuestión de las consecuencias inherentes al incumplimiento de la obligación de prevención y la cuestión de determinar cuáles son esas consecuencias y, por tanto, cuándo cesan? Le gustaría mucho que todos esos interrogantes encontraran un lugar en la lógica del tema que la Comisión ha heredado de los anteriores Relatores Especiales, el Sr. Quentin-Baxter y el Sr. Barboza, porque de otra forma el Relator Especial no podrá ignorar las peticiones formuladas por el Sr. Ferrari Bravo y el Sr. Simma para que establezca una definición estricta y *ex ante* de la prevención, y por el Sr. Economides para que se adopte un enfoque general del daño.

13. Pero la tarea del Relator Especial está muy lejos de haber sido completada, porque ha tratado con el espíritu del tema anterior lo que era, lamentablemente, un tema totalmente diferente. El Relator Especial debe volver a las fuentes primarias para que su forma de enfocar la prevención, siguiendo el camino trazado por el anterior Relator Especial, Sr. Barboza, reciba de la Comisión el apoyo que él espera, especialmente en lo que concierne a los párrafos 112 y 113 del informe.

14. El orador no sólo tiene reservas con respecto a la interpretación del tema y al método de enfocarlo, sino también a su misma sustancia. Nada impide a la Comisión distanciarse de su propia labor a fin de encontrar la forma de mejorarla, aunque sin caer en el perfeccionismo. Con este espíritu, expresa sus dudas de que sea posible formular un criterio homogéneo que no oculte las disparidades existentes entre los Estados, tanto en lo que atañe a su nivel de desarrollo como a su acceso a los conocimientos científicos y a la aplicación de estos conocimientos. Si resultara posible formular un sistema homogéneo, se teme que tendría todo el encanto de las abstracciones y generalidades que caracterizaban al derecho internacional hace más de dos siglos, pero que no tienen ninguna vigencia en la realidad actual y que no calmarían el hambre de derecho internacional que inspira esta realidad. De todas formas, este tipo de criterio contribuiría muy poco a aumentar la utilidad del «principio de equidad» expuesto en la sección C del capítulo VI del informe. Más bien, si el régimen llegara a adquirir visos de originalidad lo sería por la multitud de temas y la pluralidad de normas que lo compondrían.

15. El sistema que se está conformando considera extrañamente que el régimen de evaluación del impacto escapa totalmente al ámbito del derecho internacional, sea general o regional. Ahora bien, si cabe concebir que la determinación del tipo de evaluación del impacto que mejor convenga a la actividad que pueda causar un daño se deje al libre albedrío de los Estados, entonces parecería razonable someter al derecho internacional la validez de tales

evaluaciones de impacto. La adopción de una norma mínima aplicable a los Estados en el marco del régimen que elabore la Comisión daría a éste más verosimilitud a los ojos de la comunidad internacional y tendría repercusiones en cadena en el derecho interno.

16. El Relator Especial ha atribuido a los daños una función ambigua en su informe, donde aparecen revestidos de dos facetas. La primera es la de la «irrealidad», que serviría de base para la construcción de un régimen de prevención. Según esta faceta los daños se presentan con una apariencia tan aterradora que no se pueden soportar, por lo que se debe hacer todo lo posible para impedirlos. ¿Pueden estos daños ser objeto de una graduación *a priori*? ¿Se puede limitar *a priori* el número de Estados comprometidos a impedirlos *ex ante*?

17. La segunda faceta con que se presentan los daños es la de la «cuantificación» en términos del umbral crítico. Ya no es cuestión de impedir estos daños, pues las víctimas podrían ser miles. Sin embargo, le ha asombrado leer en el párrafo 87 que se acepta como inevitable que la realización normal de diversas actividades beneficiosas con fines de desarrollo y de otra índole produzcan ciertos daños transfronterizos. Sin embargo, se admite igualmente que deben evitarse o impedirse los daños transfronterizos graves adoptando las medidas que sean viables y razonables en cada caso. En tales circunstancias, la prevención desempeñaría una función temible: identificar la «realización normal» de una actividad, porque por definición sólo se puede realizar una actividad si cumple con los requisitos de prevención. Esto significa que prevención y daños se excluyen: la realización normal de una actividad vuelve superflua la prevención, de la misma forma que la prevención tiene el poder de «purificar» los daños. Se consideraría que la situación nunca se ha producido, aunque las víctimas sean miles. Si los daños no existen, esto es válido tanto para el Estado como para quien lleva a cabo la actividad, siempre que ésta se realice de conformidad con los requisitos de prevención. ¿Es éste el tipo de sistema que la Comisión desea establecer? De ser así, ¿cuáles serán las consecuencias de un régimen de prevención basado en la noción de «daño sensible» si el régimen ha de servir a la causa de las víctimas, las más vulnerables? Ésta es la cuestión que hay que tener presente al redactar la norma de la responsabilidad.

18. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el Sr. Yamada ha apuntado una forma de acelerar los trabajos sobre este tema, y si la Comisión lo aprueba, tratará de preparar proyectos de artículos para presentarlos al Grupo de Trabajo. Dados los extensos debates que ya han tenido lugar, se debería poder finalizar el máximo de artículos sobre el contenido de la prevención. Por las observaciones de los miembros tiene también la impresión de que no habrá dificultad en lograr un acuerdo sobre los dos artículos propuestos acerca del ámbito de aplicación. La cantidad exacta de artículos que pueda aprobar la Comisión dependerá de su calendario.

19. Por lo que hace al excelente análisis realizado por el Sr. Pambou-Tchivounda, comparte la preocupación de este orador respecto del nuevo giro que ha tomado el tema. Se ha acortado el alcance de orientación que sirvió de guía a la labor de la Comisión durante 20 años, pero esto fue una decisión sopesada, producto de un largo debate. Es poco lo que se ganaría volviendo a analizar la cuestión. Al eliminar algunos puntos de su análisis, de ninguna manera está descartando la posibilidad de que puedan retomarse separadamente, según corresponda, y según los deseos de la Comisión.

20. Hay algo de verdad en el argumento de que el umbral para que exista daño —el daño sensible— es demasiado alto, y que en la etapa de la prevención hay que tratar de evitar cualquier tipo de daños que puedan causar las actividades del Estado. Cuando se ha causado un daño sensible, ya podría ser demasiado tarde para alguno de los efectos desastrosos. Pero el orador no está de acuerdo con la interpretación que el Sr. Pambou-Tchivounda ha hecho del párrafo 87 de su informe. Ha tratado de demostrar que una obligación legal puede provocar una controversia considerable y una serie de reclamaciones cuando se supera el umbral del daño sensible. En la etapa de la prevención lo único que ocurre es que se toman determinadas medidas. Hay que tratar de mantener ciertas actividades, especialmente las actividades peligrosas, como por ejemplo la explotación de un reactor nuclear o una planta química, lo más «limpias» posible. Este es el sentido de las Normas sobre la contaminación del agua en una cuenca hidrográfica internacional (Normas de Montreal) aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1982[6].

21. El Sr. Al-Khasawneh ha mencionado la posibilidad de reducir el umbral del daño de «sensible» a «apreciable». El Sr. Yamada, basándose en su íntimo conocimiento de la elaboración de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, recordó que muchos de estos caminos ya se habían recorrido, y que apartarse de ellos sería un error. Lo que se puede responder es que, cuando se trata de actividades legítimas, bajar el umbral hasta el punto de evitar cualquier tipo posible de daños sería inaceptable para un amplio espectro de la opinión pública.

22. La observación del Sr. Pambou-Tchivounda de que incluir el concepto de la equidad iría en contra de un enfoque homogéneo recuerda las declaraciones de otros miembros; pero también se ha señalado la pertinencia de una serie de consideraciones, muchas de ellas relacionadas entre sí. Examinará todas las observaciones efectuadas y tratará de tenerlas en cuenta en la próxima etapa de la redacción.

23. También tratará de responder a las preocupaciones expresadas tanto por el Sr. Pambou-Tchivounda como por el Sr. Simma con respecto al criterio *ex ante* por oposición al criterio *ex post*. Que la balanza se inclina hacia el criterio *ex ante* es indudable; quizás el Sr. Simma, como Presidente del Comité de Redacción, pueda encontrar una fórmula mejor que el criterio *ex post*. Con este término se pretende designar las medidas de precaución que deben tener previstas los Estados y los operadores como parte de las técnicas de prevención, pero que sólo se aplicarán una vez ocurrido el hecho. Se puede extraer un ejemplo de la técnica de prevención de incendios que consiste en instalar rociadores, que sólo funcionan después de ocurrido el daño y no antes. El Relator Especial anterior, e Sr. Bar-

[6] Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, pág. 13 y págs 535 y ss

boza, propuso medidas de contención del daño posterior al hecho, que podrían definirse como medidas correctoras.

24. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que, según la nueva costumbre de la Comisión, no ha felicitado al Relator Especial por su informe. Lo encuentra impresionante por su agudo análisis y sus audaces propuestas, aunque la extensión del documento es, en cierta forma, una desventaja. Las propuestas del Relator Especial sobre el principio de equidad son oportunas. Él mismo no es partidario de excluir ese principio, que tiene en cuenta las diferencias entre los países con respecto a nivel de desarrollo, acceso a los conocimientos científicos y capacidad de aplicarlos. Más bien se pregunta qué método se podría utilizar para incorporarlo al proyecto de artículos con el fin de garantizar que éste valga para todos los países.

25. El Sr. ECONOMIDES agradece al Relator Especial un primer informe que es brillante en todos sus puntos. En el párrafo 28 se menciona que el principio 21 de la Declaración de Estocolmo[7] se ha convertido en una norma de derecho internacional consuetudinario. La CIJ así lo hizo notar claramente en su opinión consultiva emitida en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, en la que dijo que los Estados tienen la obligación general de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados. Esto quiere decir que existe un requisito jurídico de vigilancia para evitar los daños al medio ambiente a escala internacional. Dada la similitud entre los daños transfronterizos y los daños al medio ambiente, habría que aplicar a los daños transfronterizos el mismo requisito de vigilancia, de conformidad con el razonamiento empleado en el asunto *Détroit de Corfou* (véase pág. 22), citado en el párrafo 43, de que todo Estado tiene la obligación de no permitir conscientemente que su territorio se utilice para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados. Corresponde a la Comisión analizar la norma de la vigilancia y adaptarla al problema de los daños transfronterizos.

26. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la Comisión sólo debería tratar la prevención de los daños transfronterizos, no la responsabilidad por estos daños. El Sr. Mikulka (2528.ª sesión) ha expresado claramente las razones: un acto contrario a un sistema de prevención hace nacer directamente la responsabilidad internacional de los Estados, un tema que la Comisión está tratando por separado. En su opinión, la utilidad práctica del concepto de responsabilidad es muy limitada, por no decir nula. El daño causado a otro Estado es prácticamente siempre el resultado de una negligencia grave o de un incumplimiento de la obligación de vigilancia, lo cual, una vez más, nos retrotrae al dominio de la responsabilidad internacional. Por lo tanto, coincide con el Sr. Yamada en que habría que dejar de lado los aspectos conceptuales y ocuparse de la prevención sólo en términos prácticos y específicos.

27. El orador no comparte las conclusiones contenidas en los apartados *a* a *e* del párrafo 111 del informe. Como la Comisión sólo se ocupa de la prevención, podría fijarse metas menos elevadas y tratar de abarcar la prevención de todo tipo de daños transfronterizos, no solamente el daño sensible —el daño causado por cualquier tipo de actividad, sea lícita o ilícita, peligrosa o no.

28. Se ha dicho que este criterio sería perjudicial para los Estados porque entorpecería su desarrollo industrial. Es muy posible que lo fuera. Pero habrá que dar clara prioridad a la protección del medio ambiente por encima del desarrollo industrial. Siempre se puede encontrar dinero, pero el daño irreparable al medio ambiente no se puede corregir. Por eso considera que el apartado *a* del artículo 1 y el apartado *a* del artículo 2 del proyecto deberían modificarse profundamente. En efecto, como ha señalado el Sr. Pambou-Tchivounda, tal vez haya que reconsiderar todo el proyecto y, quizás, volver a redactarlo basándose en la mayor importancia que se da ahora a la prevención y en la opinión consultiva emitida por la CIJ en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

29. Con referencia a la segunda parte del informe, dice que está de acuerdo con todos los principios de procedimiento y de contenido, que han sido enunciados en forma admirable. La equidad, la creación de capacidad y la buena gestión pública, si bien son relevantes, deberían considerarse desde la óptica del largo plazo. Los principios deben regular la prevención plenamente y sin ningún género de disparidades. Pero el proyecto debe ofrecer una solución para el caso de que las consultas y las negociaciones no produzcan un acuerdo entre las partes y exista el riesgo consiguiente de graves daños transfronterizos. Por lo tanto, se debería establecer el recurso obligatorio a una investigación imparcial, al igual que en el artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El proyecto debería incluir expresamente una obligación general de cooperar, similar a la del artículo 8 de dicha Convención.

30. Por lo que hace a las conclusiones del primer informe, considera, con respecto al párrafo 224, que no debería admitirse que se realice la actividad controvertida hasta que se haya completado el procedimiento de investigación preliminar. Habría que agregar otra etapa antes de permitir cualquier acción unilateral. Con respecto al párrafo 225, debería dejarse claro que el Estado actúa en forma unilateral, pero en virtud de una obligación internacional de diligencia que hay que cumplir con la mayor uniformidad posible. Esta debería ser la meta de la Comisión. El orador tiene serias dudas sobre la exactitud del párrafo 226 desde el punto de vista jurídico, pero no tiene dificultades en rechazarlo desde el punto de vista de su pertinencia. Está totalmente de acuerdo con el contexto del párrafo 228, pero con respecto al párrafo 229 considera que la responsabilidad y sus consecuencias no deberían formar parte del estudio de la Comisión.

31. El Sr. HAFNER dice que no está seguro de lo que significaría en la práctica el principio de la obligación de cooperar mencionado por el Sr. Economides. ¿Se podría según este principio imponer al Estado perjudicado una obligación que entrañe gastos cuando sólo el Estado que inicia la actividad se beneficia? De ser así, el Estado perjudicado asumirá un gasto sin el correspondiente beneficio. Otra posibilidad sería interpretar el principio sólo como reflejo de algo que también se podría expresar en

[7] Véase 2529.ª sesión, nota 7.

términos de buena fe, por ejemplo que el Estado perjudicado también debe actuar de buena fe. Duda de que el principio sea aplicable si se entiende en un sentido demasiado amplio.

32. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que ha tomado nota de los puntos señalados por el Sr. Economides y que ya ha respondido a su principal preocupación, la reformulación del concepto de prevención. Acogerá con agrado las observaciones de los otros miembros de la Comisión a este respecto.

33. Coincide con el Sr. Economides en que la CIJ ha incluido ahora el concepto de seguridad en el cuerpo del derecho ambiental. Pero la Corte no ha entrado en detalles sobre el significado del concepto. Las diversas facetas de este tema tan complejo deberán seguir analizándose en el contexto del proyecto de artículos de la Comisión. Muchos de los puntos que se están planteando ya se examinaron en otras ocasiones, por ejemplo cuando se redactó el articulado sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. La Comisión ha logrado un cierto acuerdo sobre la forma de solucionar los problemas. Habría que decidir si se debe ir más allá. En relación con la prevención, por ejemplo, ¿por qué no considerar todos los tipos de daños y no solamente los daños transfronterizos?

34. Agrega que ha recibido claramente el mensaje de que otros miembros habrían redactado en una forma muy diferente la segunda parte. Dice que él comenzó por preguntarse cuáles eran las consecuencias prácticas del principio de prevención y del principio «quien contamina paga» para un operador, y a eso le dio respuesta con los conceptos amplios que figuran en el informe. La prevención es un concepto multifacético, y él no considera que su informe constituya un análisis completo. Pero sí ha tratado de traducir a situaciones jurídicas las cuestiones que se pueden dar en la práctica y de exponer sus consecuencias.

35. Lo mejor sería prevenir todo tipo de daños, pero esto es imposible. Por lo tanto la Comisión debería basar su enfoque en criterios que originen una obligación legal de hacer algo cuando algo sale mal, esto es, el momento en el cual entran en juego las consecuencias jurídicas. Otro enfoque sería que las consecuencias jurídicas nacieran cuando todavía no se ha causado un daño. Por ejemplo, podrían imponerse sanciones a un Estado que no ha adoptado una legislación nacional sobre prevención. También podría ocurrir que algunos Estados necesitaran asistencia o el «incentivo» de las sanciones para mejorar su legislación.

36. El Sr. ECONOMIDES dice que no puede ir tan lejos como el Sr. Hafner. La obligación de cooperar de buena fe debería interpretarse en el contexto de las buenas relaciones de vecindad. El costo de cualquier acción es una cuestión que corresponde a las partes interesadas. No está de acuerdo con el Relator Especial en la función de la CIJ. La Corte no crea derecho internacional. Simplemente lo aplica. Corresponde a la Comisión crearlo cuando considera que ello sería provechoso.

37. Como siempre se causará daño, el Relator Especial está sugiriendo que debería fijarse un umbral de daño rebasado el cual se desencadenaría una reacción. Esto es una mala política. La meta, aunque sea una utopía, debería ser la de prevenir el daño.

38. El Sr. HAFNER dice que el Relator Especial ha señalado un punto importante que todavía no se ha aclarado: ¿sólo surgen las consecuencias jurídicas cuando ha ocurrido un daño o pueden derivarse del incumplimiento de la obligación de prevención? El Relator Especial se decidió por la primera opción. Pero un Estado que no cumple con la obligación de prevención aumenta automáticamente el riesgo de daño y debe asumir su responsabilidad. La Comisión debe buscar una solución a esta cuestión.

39. El Sr. BROWNLIE dice que al tratar de definir la prevención al Relator Especial le puede salir el tiro por la culata. Lo que está claro es que la obligación de prevención es un dato de política y que la primera parte del informe contiene la mecánica para aplicar esta política.

40. Con respecto al punto planteado por el Sr. Hafner, opina que el proyecto de artículos tiene su propia lógica y constituye una adición específica al actual cuerpo jurídico, como parte del desarrollo progresivo del tema de la responsabilidad de los Estados. No ve en qué forma la Comisión podría relacionar el proyecto de artículos con todas las demás consecuencias jurídicas posibles de la amenaza a un Estado vecino, porque las diferentes ramas del derecho internacional —el derecho de los tratados y el derecho a la responsabilidad de los Estados, por ejemplo— podrían ser aplicables a diferentes circunstancias y también podrían superponerse. El Comité de Redacción no debería tratar de anticipar esta situación al redactar su propio proyecto de artículos con su propia modesta estructura.

41. El Sr. HAFNER dice que hay varios criterios que se pueden aplicar. La Comisión podría considerar las normas más detalladas de la prevención como *leges imperfectae*, pero esto no es realmente su objetivo. También puede considerarlas como un régimen independiente, con sus propias consecuencias, pero se complicaría la tarea. En el caso de la responsabilidad de los Estados, las consecuencias de un acto ilícito son demasiado flexibles, así que también podría desencadenarlas el incumplimiento de la obligación de prevención. Por el momento habría que dejar las cosas como están porque, si no, la Comisión se embarcaría en el debate de cuestiones que exceden en mucho su mandato.

42. El Sr. SIMMA dice que, evidentemente, hay una diferencia entre la filosofía del Sr. Brownlie y la del Sr. Hafner: la actitud muy pragmática del Sr. Brownlie frente a la forma sistemática de pensar del Sr. Hafner, que en cierta manera comparte la Comisión. No hay razón para que la Comisión no se pregunte si, de existir una obligación de prevención, no debería ir unida a ciertas consecuencias jurídicas con independencia del daño o sólo cuando éste se haya producido. En otras palabras, la cuestión de la forma en que la obligación jurídica internacional de prevención se relaciona con la responsabilidad de los Estados cae dentro del mandato de la Comisión.

43. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que si la Comisión no comprende lo que supone la prevención, no podrá definir correctamente la «diligencia debida» y, por lo tanto, no podrá analizar realmente las

consecuencias del incumplimiento de la obligación de prevención. Añade que él también preferiría el enfoque del Sr. Brownlie: dejar algunos de los detalles en manos de los Estados que desarrollan actividades específicas, cada uno de las cuales tendrá su propio régimen, como es el caso de los reactores nucleares, los cursos de agua y las plantas químicas, por ejemplo. A medida que nacen nuevas actividades se irán elaborando las normas para regularlas, quizás sobre la base de un plan esquemático similar al elaborado por el Sr. Quentin-Baxter[8] u otro que elaborará la Comisión. En realidad, al examinar este tema todos los relatores especiales han destacado que no se puede sentar ningún principio *a priori* para todas las situaciones. Lo único que se puede hacer es instar a los Estados a unirse y a llegar a un acuerdo en cuestiones tales como costos, indemnizaciones y demás.

44. El párrafo 226 se detiene aquí. En caso de incumplimiento del procedimiento establecido en el proyecto de artículos, los Estados interesados podrán o no ponerse de acuerdo sobre la forma de proceder. Es en este contexto en el que el Sr. Economides ha sugerido un procedimiento de solución de diferencias, y en ese caso se admitiría la adopción de medidas unilaterales de prevención únicamente cuando dicho procedimiento se hubiera agotado. Podría darse una situación en la que, sin que existiera daño, se desencadenaran ciertas consecuencias —notificación, consulta, negociación y solución de diferencias—. La puesta en práctica de estos procedimientos es en sí misma una obligación. Cualquier otra sanción que pudiera necesitarse después se analiza en los párrafos 229 y 230 del informe. Según destaca el Relator Especial en el párrafo 231 es de prever que los Estados asuman libre y voluntariamente las distintas obligaciones de prevención. Son pocas las actividades peligrosas que se realizan deliberadamente para perjudicar a otro Estado; la mayoría son actividades de desarrollo que resultan peligrosas para el mismo Estado que las realiza. En las relaciones interestatales los Estados han mostrado de hecho pragmatismo para conseguir la combinación adecuada de ejecución.

45. En el párrafo 232 el orador menciona especialmente los Estados que son capaces de cumplir las obligaciones determinadas o asumidas pero no parecen muy dispuestos a ello. Este caso también debe examinarse en relación con la cuestión de las consecuencias legales, una conclusión a la que se ha llegado en la reunión de trabajo del Grupo de Expertos del PNUMA.

46. Es importante recordar que en el ámbito de la responsabilidad de los Estados quien incurre en responsabilidad es el Estado y no el individuo. Las medidas que el Estado pueda tomar frente a sus propios operadores, antes de que resulte afectado un Estado vecino, para velar por el cumplimiento de sus normas también forman parte de las consecuencias jurídicas. Esta es una materia muy difícil y es esencial que la Comisión profundice su estudio.

47. El Sr. BROWNLIE dice que la cuestión general de las consecuencias jurídicas precisas del incumplimiento de las obligaciones que se está discutiendo lleva a la cuestión de la naturaleza del documento que la Comisión piensa redactar. Hasta el momento su opinión ha sido que, como los principios en cuestión están comprendidos en el desarrollo progresivo, la Comisión debería limitarse a incluirlos en una declaración que se sometería a la aprobación de la Asamblea General con la esperanza de que, mediante un proceso de aceptación gradual, llegasen a adquirir el carácter de principios del derecho consuetudinario. Otra posibilidad sería redactar algo que tuviera el carácter de un régimen independiente que incluyera disposiciones sobre la solución de diferencias, pero, si se tiene en cuenta lo controvertido que es el tema de la solución de diferencias en el contexto de la responsabilidad de los Estados, quizá esto no sea conveniente en el presente caso. ¿En qué medio ha pensado el Relator Especial?

48. El Sr. ROSENSTOCK dice que la cuestión de la responsabilidad de uno u otro tipo en caso de quebrantamiento de una obligación es una cuestión que es independiente de la existencia o no de tal obligación. El documento que está por elaborar el Comité de Redacción tratará de la segunda cuestión. Es evidente que el quebrantamiento de una obligación da nacimiento a determinadas consecuencias jurídicas. Con respecto a la frase empleada en el párrafo 232 por el Relator Especial sobre el caso de los Estados que son capaces de cumplir las obligaciones determinadas o asumidas pero no parecen muy dispuestos a ello, tiene una redacción muy poco feliz debido a la excesiva importancia que se da a los factores subjetivos. Ciertamente se podría decir que la obligación no es de prevenir el daño, sino, más bien, una obligación de conducta. La formulación no debería orientarse a una percepción subjetiva de la cuestión.

49. El Sr. HAFNER dice que la idea de que la responsabilidad nace sólo ante la existencia de un daño es incompatible, por ejemplo, con la práctica respecto de las instalaciones nucleares que funcionan sin las medidas de seguridad adecuadas. En los últimos años se ha desarrollado una intensa actividad diplomática en relación con estas cuestiones, que ha dado por resultado, por ejemplo, la elaboración por el OIEA de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares. No puede imaginar que, aunque no existiera daño alguno, un quebrantamiento de la Convención no entrañaría responsabilidad o no daría origen a ciertas consecuencias jurídicas en virtud del derecho de los tratados.

50. El Sr. SIMMA observa que la Comisión deberá examinar varios temas. Uno es la cuestión de las consecuencias jurídicas que dimanarían del quebrantamiento de la norma primaria de la prevención. Al igual que el Sr. Hafner, piensa que hay que tratar esta cuestión, aunque reconoce que excede del mandato actual del Relator Especial. Otro tema independiente es el de los regímenes autosuficientes. En su opinión, dividir el derecho internacional en segmentos independientes no sería beneficioso para su integridad y eficacia.

51. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que en una etapa posterior la Comisión ciertamente deberá examinar la cuestión de las posibles consecuencias jurídicas que surgirían cuando un Estado incumpliera su obligación de prevención o su obligación de conducta.

52. El Sr. ECONOMIDES observa que las consecuencias jurídicas que surgen cuando lo que se produce no es un daño sino el incumplimiento de una obligación variarían de un caso a otro, según la naturaleza precisa del

[8] Véase 2528.ª sesión, nota 12.

compromiso internacional asumido por el Estado en cuestión. En su opinión, el proyecto de artículos sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas deberá incluir una disposición de *lex specialis* para dejar en claro que todo régimen autosuficiente que pueda tener relación con un caso determinado seguirá aplicándose. Con respecto al punto planteado por el Relator Especial, los daños transfronterizos son una cuestión muy seria y la prevención también es una cuestión muy delicada. Por lo tanto, hay que tomar todas las precauciones posibles para dar un significado amplio a la palabra «daño», y habrá que examinar más adelante las consecuencias, que sí deben incluirse en el proyecto de artículos.

53. El Sr. BROWNLIE dice que lamentablemente todavía sigue especulando sobre la forma final del documento que la Comisión elaborará. ¿Ha de ser una declaración que contenga una serie de principios normativos, pero también de procedimientos, destinados a complementar la norma actual de la responsabilidad de los Estados en lo referente a los riesgos y los daños transfronterizos, o un convenio, con o sin un mecanismo de solución de controversias, que establezca ciertas obligaciones de comportamiento? En este último caso el Estado que no cumpliera con esas obligaciones incurriría evidentemente en una responsabilidad estatal fundada en un tratado. En el caso de un desastre transfronterizo, el quebrantamiento del tratado que estableciera la obligación de prevención sería adicional a la reclamación basada en el derecho consuetudinario que pudiera efectuar el Estado perjudicado. En su opinión la cuestión de la forma definitiva no se puede separar del actual debate.

54. El Sr. HAFNER dice que las consecuencias del incumplimiento de una obligación dependen de la naturaleza de esa obligación. El problema es que se puede interpretar que las conclusiones contenidas en el primer informe se aplican incluso a los casos en los que ya existe una obligación jurídica. Hay que borrar esta impresión.

55. El Sr. BROWNLIE está de acuerdo en que la Comisión debería tener cuidado en lo que dice bajo el epígrafe del desarrollo progresivo para no perjudicar las posibilidades que brinda el derecho internacional general.

56. El Sr. DUGARD felicita al Relator Especial por su profundo estudio que permitirá a la Comisión continuar la búsqueda del consenso sobre el tema de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. Algunos miembros han criticado el párrafo 232 de las conclusiones del primer informe por ser demasiado político. Es evidente que el informe se ocupa de las cuestiones mencionadas en dicho párrafo en un contexto político, pero lo hace en una forma franca y abierta, y los temas en cuestión no se podían, en su opinión, eludir.

57. La voluntad de los países en desarrollo de proteger el medio ambiente se aprecia en documentos tales como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Al mismo tiempo, en los países más pobres tiene por fuerza que surgir un conflicto entre los intereses de la protección del medio ambiente y el derecho al desarrollo. Hay que tener en cuenta la cuestión de los daños transfronterizos que pueden ocasionar las actividades de las empresas extranjeras y las consecuencias de la división Norte/Sur a este respecto. En los párrafos 205 y 207 del informe el Relator Especial menciona estos problemas y alude a los principios pertinentes de la Declaración de Río[9], mientras que en el párrafo 210 sugiere las medidas que habría que tomar. Tras señalar que ideas de este tipo apenas si se han abordado en la labor pasada de la Comisión, pregunta si el Relator Especial piensa basarse en los principios mencionados en la sección C del capítulo VI y el párrafo 232 para la redacción del proyecto de artículos o piensa dejarlos para el comentario. A este respecto tiene mucha pertinencia la pregunta del Sr. Brownlie sobre la forma que se dará al proyecto de artículos. Personalmente, duda de que los principios que pudieran incluirse en una declaración resultaran aceptables para un tratado multilateral.

58. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que las ideas mencionadas por el Sr. Dugard se están debatiendo en otros foros y, como ha señalado el Sr. Rosenstock, no caen dentro del mandato de la Comisión en relación con el presente tema. Por lo que hace a la forma futura del proyecto de artículos, no tiene ninguna propuesta concreta que presentar, pero espera alguna orientación del Presidente del Comité de Redacción y de los demás miembros. Es evidente que con un enfoque flexible se lograrán los mejores resultados.

59. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que no ve la necesidad de hacer una distinción entre los principios de procedimiento, por un lado, y los principios de contenido, por el otro; existe una superposición considerable entre estas dos esferas, especialmente con respecto a la precaución y la buena gestión pública. El principio de la equidad quizá sea el único que se aparta totalmente de la labor de los anteriores relatores especiales. Sobre el tema de la posible forma del instrumento propuesto, no ve la urgencia de llegar a una decisión, ya que la intención no es, de todas formas, elaborar un catálogo de principios.

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

[Tema 1 del programa]

60. El PRESIDENTE anuncia que el Grupo de Trabajo sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados está integrado por los siguientes miembros: Sr. Mikulka (Presidente; Relator Especial), Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. Rosenstock y Sr. Dugard (miembro *ex officio*).

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2519.ª sesión.

[9] Véase 2527.ª sesión, nota 8.

2531.ª SESIÓN

Viernes 15 de mayo de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)*

1. El Sr. ADDO apoya las conclusiones alcanzadas por el Relator Especial en su primer informe (A/CN.4/487 y Add.1) y piensa que el proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión[2] debería remitirse al Comité de Redacción para que lo examine. Con respecto a los artículos 4, 5, 10 y 13, el Sr. Addo hace notar que, en general, esas disposiciones obligarían a un Estado a prevenir el daño, atenuar los efectos, repararlos o indemnizar al Estado lesionado y a notificar a los demás Estados los riesgos que entrañen las actividades previstas. Como ha dicho el Sr. Hafner, hay que definir el daño, y el Relator Especial debería abocarse a esta cuestión. El «daño» y el «riesgo» son dos conceptos fundamentales que no es fácil definir simple y precisamente. Son muy diversas las situaciones que se han considerado como daño transfronterizo al medio ambiente, pero no se ha logrado ninguna definición general autorizada. Sin embargo parece legítimo afirmar que no todos los efectos perjudiciales resultantes de factores ambientales transfronterizos estarían comprendidos en este concepto, y para que sea así se deben reunir cuatro condiciones.

2. La primera es que el daño sea el resultado de una actividad humana, con exclusión de la fuerza mayor y del caso fortuito. También quedarían excluidos los efectos perjudiciales causados por factores ambientales que no tengan una relación causal razonablemente inmediata con una actividad humana. La segunda condición es que el daño sea el resultado de una consecuencia material de la actividad humana. La tercera condición es que los efectos materiales atraviesen una frontera nacional. La cuarta condición es que el daño sea sensible o sustancial. Esta última condición admite evaluaciones subjetivas y, por lo tanto, ha suscitado críticas. Para el Sr. Addo es particularmente importante fijar un umbral para definir el daño jurídicamente sensible, ya que los atentados al medio ambiente son muy comunes y numerosos.

3. Además, el incumplimiento de la obligación de prevención debería comprometer la responsabilidad del Estado. Según los principios de la responsabilidad de los Estados, éstos son responsables de sus violaciones del derecho internacional. Esas violaciones del derecho internacional convencional o consuetudinario permiten al Estado lesionado formular una reivindicación contra el Estado autor por la vía diplomática o recurriendo a los mecanismos internacionales que existan. En cuanto violación del derecho internacional, el incumplimiento de la norma de la prevención debe acarrear la responsabilidad del Estado, aunque no exista daño.

4. Uno de los problemas que subsisten es el del caso en que el daño transfronterizo al medio ambiente no lo causa el Estado mismo sino un explotador privado, por ejemplo una sociedad transnacional. Quizá sea un caso en que deba aplicarse el principio de «quien contamina paga», pero el Sr. Addo le agradecería al Relator Especial una aclaración al respecto.

5. Evidentemente existe una gran diferencia entre el tema de la responsabilidad internacional y el de la responsabilidad de los Estados. Esta última depende de la violación previa del derecho internacional, mientras que la responsabilidad internacional concreta una tentativa de desarrollar una rama del derecho a fin de que se pueda hacer valer la responsabilidad internacional del Estado en razón de las consecuencias perjudiciales de una actividad que no está en sí misma prohibida por el derecho internacional. Es dudoso que se puedan enunciar normas de prevención en este ámbito.

6. Por lo que respecta al párrafo 229 del informe, todo incumplimiento de la obligación de prevención debe acarrear la responsabilidad del Estado. Es la única forma de garantizar que el Estado que ha contraído tales obligaciones las tome en serio. Por lo que respecta al párrafo 230, el Relator Especial concluye que el incumplimiento de las obligaciones de prevención por parte de quienes realicen actividades peligrosas debería acarrear las necesarias consecuencias previstas en la legislación nacional según la cual se haya solicitado y concedido la autorización. Habría que preguntarse qué pasará cuando la legislación nacional no prevea sanciones civiles o guarde silencio sobre esas consecuencias.

7. Por último, el Sr. Addo apoya las recomendaciones hechas por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión en los párrafos 4 y 5 de su

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] Véase 2527.ª sesión, nota 16.

informe y piensa que el Relator Especial debería elaborar lo más pronto posible proyectos de artículos sobre la base de los propuestos por el Grupo de Trabajo.

8. El Sr. AL-KHASAWNEH recuerda que, como ya lo declaró el lamentado Quentin-Baxter, el derecho admite sólo dos principios en materia de responsabilidad: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por daño sin que haya culpa. Ésta reposa en última instancia en el principio de la equidad, según el cual la víctima inocente no debe soportar sola el perjuicio sufrido. Este principio ha sido desarrollado progresivamente en el plano nacional por los países, especialmente por los países industrializados, para responder a las exigencias de la vida moderna, ya que son numerosas las actividades indispensables cuya ejecución puede causar un daño. La buena aplicación de este principio depende de la existencia de un sistema exclusivo y bien financiado de seguro y de reaseguro. Este tipo de sistema no existe en la escena internacional, pero no hay ninguna razón para no elaborar una normativa adecuada en el marco del desarrollo progresivo del derecho, aunque no hay que hacerse ilusiones porque para ello se necesitaría una dosis de desarrollo progresivo mayor que aquella a la que están habituados la mayoría de los países.

9. El tema salió a la luz por primera vez cuando la Comisión comenzó a examinar las circunstancias que excluyen la ilicitud en el marco del estudio sobre la responsabilidad de los Estados. Pero estas circunstancias cubren el daño ambiental causado por actividades lícitas y los demás daños no materiales. Un ejemplo clásico es el del Estado que, obrando en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, inspecciona el cargamento de un navío por sospechar que transporta estupefacientes o mercancías de contrabando, evidentemente una situación donde la ilicitud está excluida aunque no se descubra ninguna mercancía y aunque esta actividad cause un daño. Por eso, si se redujera el ámbito de aplicación del proyecto para excluir tales actividades, como lo sugiere el Relator Especial en el párrafo 111 de su informe, se correría el riesgo de comprometer la unidad de objetivo del proyecto de artículos.

10. Además, el Sr. Al-Khasawneh se pregunta por qué el tema, que debía llenar una laguna en el sistema de obligaciones previsto en el marco de la responsabilidad de los Estados, debe sufrir tal metamorfosis y convertirse en un tema ambiental, el de la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Probablemente la razón sea que es mejor prevenir que curar, lo que nadie discute, aunque en realidad las personas están más dispuestas a enfrentarse en un litigio después de sobrevenido el daño que a ser prudentes cuando emprenden una actividad. Por eso la prevención *ex post*, por contradictoria que sea la expresión, corresponde bien a las realidades prácticas. De todas formas el quid de la cuestión es la existencia de un daño y no la prevención, y al definir las consecuencias del daño la Comisión podrá cumplir con la función que le corresponde.

11. Por lo que respecta a la prevención, el Relator Especial enumera un cierto número de principios tanto de forma como de fondo. Estos últimos están enunciados en términos bien generosos, probablemente con la idea de lograr un equilibrio entre el derecho al desarrollo sostenible y el derecho a un medio ambiente no contaminado. Es cierto que se pueden deducir normas diferentes de estos principios, pero si es porque más vale prevenir que curar por lo que se ha decidido tratar la prevención por separado, convendría que la Comisión elaborara un régimen que contemplara, en ciertas materias, la obligación de prevenir como obligación de resultado y no de conducta. Una norma de diligencia es muy importante, pero no hay que olvidar que la amplitud del tema ya se ha reducido en muchas oportunidades: primero al excluir las actividades físicas, segundo al limitar el tema a las actividades extremadamente peligrosas y tercero al subordinar el nacimiento de la responsabilidad a la condición de que se alcance un umbral más allá del cual, si se produce un daño, sería prácticamente imposible repararlo. Se trata, pues, de la expresión más débil del proverbio latino *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Por último, el Sr. Al-Khasawneh no puede compartir la afirmación hecha en el párrafo 226 del informe de que el incumplimiento de las obligaciones de prevención no entrañaría ninguna consecuencia jurídica.

12. El Sr. HAFNER acepta que en ciertas materias se podría prever una obligación de resultado, pero se pregunta en cuáles. Por otro lado, tratándose de las actividades, muy numerosas, realizadas por explotadores privados, el orador se pregunta si no se va demasiado lejos al responsabilizar al Estado por los daños que podrían causar tales actividades. Se trata aquí de una cuestión importante desde el punto de vista económico.

13. El Sr. AL-KHASAWNEH estima que la respuesta depende de la importancia relativa que se asigne al desarrollo, por una parte, y a la prevención del daño, por la otra. La era del desarrollo a cualquier precio parece haber terminado, y a este respecto el derecho islámico considera que evitar el daño es más importante que adquirir ventajas. En las situaciones previstas el daño sería difícil de reparar porque en razón de la privatización cada vez son más las actividades peligrosas ejecutadas por explotadores privados. Se trata de una cuestión que tiene importancia si se desea que el régimen de la prevención sea realmente eficaz.

14. El Sr. BROWNLIE dice que cuando se elaboran normas sobre la prevención hay que tener cuidado de no adoptar normas que sean mucho menos rigurosas que las que se imponen a los Estados en virtud de las normas sobre responsabilidad de los Estados en diversos contextos. Sin llegar al extremo de incluir en el proyecto una cláusula de salvaguardia para indicar que sus normas no deben ser consideradas menos rigurosas que las ya existentes en el derecho internacional consuetudinario hay que ser prudente y no olvidar que en muchas situaciones el Estado ya tiene el deber de controlar las actividades de los operadores privados. Con respecto a la responsabilidad sin culpa y la opinión de Quentin-Baxter, el Sr. Brownlie se asombra de que la responsabilidad sin culpa sea entendida en sentido literal. Por lo menos en el *common law* basta con invertir la carga de la prueba, vale decir que incumbe al demandado probar que no tiene culpa.

15. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial), sacando conclusiones del debate, cree comprender que su tentativa de sintetizar los numerosos conceptos relativos al tema en examen ha suscitado una cierta confusión. Esto es com-

prensible porque la segunda parte del informe cubre un terreno que, si bien se ha estudiado en muchas instancias, todavía está lejos de haber suscitado el consenso. De todas formas, algunas de las ideas formuladas han sido muy enriquecedoras, y la Comisión debería presentarlas a la comunidad internacional en el marco del desarrollo progresivo de este tema.

16. Entre las cuestiones abordadas en la primera parte del informe, la más comentada durante el debate es la del umbral del daño. A este respecto conviene disipar un malentendido: el umbral no se ha concebido para evitar que los Estados tomen las medidas necesarias para prevenir todo tipo de daño, sino para crear una relación jurídica entre los Estados involucrados. Parece que en este contexto se considera generalmente aceptado que debe existir un umbral razonable y, en el presente caso, el adjetivo «sensible» ya fue extensamente comentado en el informe presentado por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión, que los miembros de la Comisión podrán consultar con provecho. No parece necesario continuar el debate sobre este tema.

17. En cuanto a las demás cuestiones planteadas a propósito del ámbito de aplicación del proyecto de artículos, el Relator Especial se siente alentado por la cuasi unanimidad lograda con respecto a la idea de remitir al Comité de Redacción el apartado *a* —y no el apartado *b*— del artículo 1 y el artículo 2 del proyecto propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones. En efecto, esto permitiría a la Comisión pronunciarse rápidamente, dado que el tema ha alcanzado una cierta madurez.

18. Por lo que hace al concepto mismo de prevención, el Relator Especial se felicita de que el capítulo VI del informe haya recibido tan pocas críticas.

19. Por lo que respecta al capítulo V, los debates han mostrado que la obligación de prevención encuentra su mejor traducción en los principios de la autorización previa, la evaluación del impacto ambiental y, dado el caso, la notificación, la consulta y la negociación.

20. Lo que ha producido más observaciones es la cuestión de la norma que debe regir la diligencia debida. Debe entenderse que es inútil tratar de cristalizar en abstracto lo que sólo puede definirse en circunstancias concretas. Se debe reconocer que los debates habrán tenido el doble mérito de recalcar que la obligación de diligencia comprende el conjunto de precauciones razonables y prudentes que un gobierno debe tomar, y que, por lo tanto, abarca la obligación de establecer un marco normativo y administrativo y un mecanismo de control de las actividades peligrosas; además, los debates habrán hecho comprender que la forma en que se cumple esta obligación sólo se aprecia en un contexto real. En lugar de tratar de establecer una estructura rígida, habrá que dejar esta evaluación esencialmente en manos de los propios Estados.

21. Se ha planteado la cuestión de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de diligencia, cuestión que tiene mayor importancia cuando los Estados involucrados no se entienden. Después de reflexionar, parece que el tema se resume en saber en qué medida se puede inculpar a un Estado que ha tomado todas las medidas que la razón recomienda y en qué medida un explotador privado tiene la obligación de reparar. El orador no está seguro de que los ordenamientos nacionales, tanto legislativo como judicial, ofrezcan la mejor forma de tratar los casos de incumplimiento. Es verdad que la responsabilidad del Estado considerada en relación con la responsabilidad del explotador plantea una cuestión muy interesante, pero habría que profundizar su análisis a la luz de la realidad actual. Probablemente convendría que la Comisión volviera a tratar esto en una fase ulterior de su labor. Por el momento tiene la tarea de definir el contenido de la obligación de diligencia. Como se indica en el párrafo 219 del informes, podría examinar el incumplimiento de las obligaciones de prevención en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. No hay duda de que los Estados tendrán una mayor responsabilidad en la prevención, porque deberán legislar, ejercer un control y dictar medidas para la protección de los demás Estados.

22. Uno de los miembros también ha preguntado si un Estado podría continuar con la actividad peligrosa cuando no se ha podido entender con sus vecinos respecto de la gestión de los riesgos. Se ha propuesto el establecimiento de un sistema obligatorio de solución de controversias. La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación prevé en su artículo 33 un sistema muy poco riguroso de una comisión para determinación de los hechos. Este dispositivo fue muy debatido, pero la mayoría de los representantes en la Sexta Comisión parecen haberlo aprobado. Pero si se sitúa a nivel del Estado toda la problemática del incumplimiento de la obligación de diligencia y de la evaluación de la conformidad a una norma de conducta, esto es, si se incluye en el tema de la responsabilidad de los Estados, un régimen obligatorio de solución de controversias podría no ser en absoluto el adecuado.

23. De todas formas la obligación de prevención siempre será considerada favorablemente por los Estados, que nunca la verán como un deber excesivo. Les resulta útil porque protege a su población al mismo tiempo que protege la de los demás Estados y porque, además, es parte de lo que la sociedad civil contemporánea exige de los gobiernos. Sea cual fuere el procedimiento que la Comisión proponga y los principios que establezca, los Estados prestarán atención a sus conclusiones. Se esforzarán por poner estos procedimientos y estos principios al servicio de sus propios intereses, porque es sabido que el respeto del derecho internacional sólo es la aplicación de un egoísmo nacional bien entendido.

24. El Sr. ECONOMIDES vuelve a la noción de «umbral», esto es, el nivel de daño que el Estado debe prevenir, y dice que la Comisión parece dudar entre dos posibilidades: fijar este umbral en el «daño sensible», opción que cuenta con la aprobación de la mayoría de sus miembros; o atenerse a la idea, que defiende el orador, de que el Estado debe esforzarse por prevenir «todo» daño. También cabe preguntarse si no había una solución intermedia, y si la Comisión no podría encontrar un nuevo criterio, por ejemplo el del «daño mínimo», ya que estamos en el ámbito de la prevención y no del daño efectivo. El

Sr. Economides sigue pensando que el Estado debe tender a no causar ningún daño, siguiendo el principio general de la «gestión de un buen padre de familia».

25. El Sr. AL-KHASAWNEH piensa que es imposible definir lo que se entiende por daño «sensible». El calificativo figura en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pero en él debe verse una especie de presunción jurídica, como el concepto del «buen padre de familia». Al igual que el Sr. Economides, se puede preferir una norma absoluta («ningún daño») a las soluciones que ofrece un sistema escalonado que va de lo insignificante a lo masivo pasando por lo razonable, lo apreciable, lo sensible, etc. De todas formas, el Sr. Al-Khasawneh piensa que la Comisión no debe tomar ningna decisión precipitada.

26. El Sr. ROSENSTOCK pide a la Comisión que, para su gobierno, se remita a la forma en que en el comentario a los artículos referentes al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[3] se explica el calificativo de «sensible», que se aplica a un daño más importante que el mínimo y menos grave que el sustancial. Los autores descartaron el adjetivo «apreciable» porque temían que sólo cubriera lo que era científicamente detectable. Quizás la Comisión podría adoptar el mismo criterio, vale decir, fijar en materia de prevención un umbral relativo, que se analizaría en el comentario al artículo pertinente.

Se levanta la sesión a las 11.15 horas.

[3] Véase 2530 ª sesión, nota 5

2532.ª SESIÓN

Martes 19 de mayo de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Mikulka, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad de los Estados a que presente la introducción de su primer informe (A/CN.4/490 y Add.1 a 7).

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) rinde homenaje a los anteriores relatores especiales por la labor que realizaron sobre un tema muy difícil, agradece a la Comisión el haberle encomendado la segunda lectura del proyecto y dice que primero se referirá a las cuestiones preliminares tratadas en su primer informe. Cuando haya concluido el debate sobre estas cuestiones, presentará la parte del informe referente a los crímenes internacionales. Para información de los miembros se ha distribuido una bibliografía provisional; agradecería se le hicieran sugerencias para añadir elementos a la bibliografía, especialmente en idiomas distintos del inglés.

3. El informe sometido a la Comisión, que contiene una sinopsis de la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, trata algunas cuestiones generales. La primera es la distinción entre normas primarias y secundarias en materia de responsabilidad de los Estados, una distinción que ha servido de base a la labor sobre este tema desde 1963. El antiguo Relator Especial, Sr. Roberto Ago, afirmó que las normas secundarias atañen a

> los principios que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales, manteniendo una rigurosa distinción entre esa labor y la de definir las normas que imponen a los Estados las obligaciones cuya violación puede entrañar responsabilidad

y que

> una cosa es definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta y otra muy distinta es determinar si se ha infringido esa obligación y cuáles deben ser las consecuencias de tal infracción Únicamente este segundo aspecto forma parte del ámbito de la responsabilidad[4]

Esta distinción es absolutamente esencial para completar la labor de la Comisión.

4. El objetivo de las normas secundarias, según está enunciado de forma general en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, es servir de marco para que tengan efecto las normas primarias en aquellas situaciones que impliquen una infracción. Es una distinción coherente, aunque difícilmente podría llevarse a casos particulares y aun cuando se pueda pensar que algunos de los artículos del proyecto se pierden ligera-

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

[4] *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 190, doc. A/CN.4/233, párr. 7.

mente en el ámbito de las obligaciones primarias. A este respecto es importante observar que en el artículo 37 *(Lex specialis)* de la segunda parte del proyecto de artículos se admite la posibilidad de que existan excepciones a las normas generales o que estén sujetas a un régimen especial. Dejando a un lado las cuestiones relativas al *jus cogens*, le parece que esto también es cierto para las normas establecidas en la primera parte. Por lo tanto, en un cierto sentido el proyecto de artículos opera como un conjunto de normas supletorias.

5. En su opinión, un largo debate sobre la distinción entre normas primarias y normas secundarias no serviría de gran cosa, pero sí será importante tener presente la distinción al examinar determinados artículos. No obstante, sólo se podrá determinar si la Comisión ha podido establecer una distinción coherente cuando haya examinado todos los artículos del proyecto en su conjunto. Hay uno o dos que parecen exceder el límite —por ejemplo el artículo 27 (Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito)— pero podría haber buenas razones para incluirlo a pesar de que parece establecer, al menos en parte, una norma primaria. Sin embargo, la Comisión debe seguir la meta fijada en su 15.º período de sesiones, en 1963, que es establecer el marco general dentro del cual funcionarán las normas primarias, positivas y sustantivas del derecho internacional en el ámbito de la responsabilidad[5].

6. La segunda cuestión general es determinar si el proyecto tiene un ámbito de aplicación lo suficientemente amplio. Los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/488 y Add.1 a 3) hasta el momento se centran más en los aspectos que el proyecto de artículos trata y no debería hacerlo que en los aspectos que no trata. Comparativamente se han hecho pocas sugerencias sobre la cuestión del ámbito de aplicación. Una es que los artículos relativos a la reparación, en especial los que se refieren al pago de intereses, requieren una mayor elaboración. Esta sugerencia evidentemente tiene algún fundamento y habría que retomarla en el próximo período de sesiones.

7. Hay dos cuestiones que probablemente requieran una mayor elaboración. La primera es la obligación *erga omnes*, a la que se refirió el Gobierno de Alemania en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos. En la actualidad el proyecto trata el concepto en forma más bien inadecuada, en especial en el párrafo 3 del artículo 40 (Significado de «Estado lesionado»). Este es evidentemente un punto sobre el que debe volver la Comisión. La segunda cuestión se refiere a la denominada acción conjunta de los Estados o a lo que en algunos ordenamientos jurídicos se llama responsabilidad conjunta y solidaria. Si bien algunos de los artículos tratan efectivamente de esta cuestión, lo hacen de forma errática; habrá que volver a examinar esta cuestión a la luz de las novedades. Sin embargo, se puede decir que, con la excepción de las disposiciones sobre los crímenes de Estado, la primera parte del proyecto representa un maravilloso logro para su tiempo. Algunas de las disposiciones son rebuscadas o, estudiándolas más detenidamente, podrían resultar innecesarias, pero el principal objetivo de la segunda lectura de la primera parte es asegurar que se tengan debidamente en cuenta los numerosos acontecimientos acaecidos desde el decenio de 1970.

8. La siguiente cuestión general se refiere a la relación entre el proyecto de artículos y las demás normas del derecho internacional. Una de las sugerencias presentadas por varios gobiernos es que el artículo 37 debería convertirse en un principio general, y que el proyecto de artículos en su estado actual no refleja plenamente la idea de que esos artículos tienen un carácter supletorio. En principio la propuesta parece válida, excepto posiblemente con respecto a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad derivada de obligaciones de carácter imperativo. Quizás fuese interesante que la Comisión debatiera todo el proyecto de artículos, en el entendimiento de que donde otra norma de derecho internacional, como por ejemplo el régimen específico de un tratado, establezca su propio marco de responsabilidad, en principio prevalecería ese marco.

9. Dos grupos de disposiciones del proyecto han sido señalados como discutibles en los comentarios y observaciones de los gobiernos: las disposiciones minuciosas sobre las contramedidas y las disposiciones sobre la solución de controversias. Si menciona esto, lo hace, en primer lugar, para dejar sentado que estas cuestiones todavía tienen mucho interés, pero también para instar a la Comisión a que respete los plazos establecidos en su 47.º período de sesiones para concluir el examen del proyecto[6]. A este respecto señala que el Grupo de Trabajo realizó un examen previo de toda la primera parte, con excepción del artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales), y que el Sr. Simma hará una breve reseña de la labor del Grupo de Trabajo antes de que él mismo haga la presentación de las secciones A y B del capítulo II del informe. Según el calendario que se fijó la Comisión, ésta examinará en detalle las contramedidas en un grupo de trabajo que se reunirá en el 51.º período de sesiones, y en ese momento deberá considerar, inevitablemente, la forma definitiva del proyecto de artículos. Por lo tanto confía en que en el actual período de sesiones no se dedique demasiado tiempo a discutir la forma del proyecto de artículos y en que no se dedique ningún tiempo a examinar las contramedidas ni la solución de controversias.

10. La última cuestión general se refiere a la posible forma del proyecto de artículos. En general la Comisión no decide al respecto hasta que ha completado el examen del proyecto, aunque debe admitirse que en algunos sectores, como por ejemplo las reservas a los tratados y la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, se ha tomado antes una decisión. No obstante, el proyecto sobre responsabilidad de los Estados se ha redactado como un conjunto neutral de artículos, que no está destinado ni a ser una convención ni una declaración, sino que es simplemente un intento de lograr un equilibrio entre la codificación y el desarrollo progresivo en materia de normas secundarias. El orador se inclina por mantener esta postura durante otro año, por lo menos. Admite que la Comisión deberá decidir sobre la forma definitiva del proyecto de artículos cuando se haya resuelto la cuestión de la solución de controversias.

[5] *Anuario... 1963*, vol. II, pág. 266, doc. A/5509, anexo I, párr. 6.

[6] Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 161.

11. Quizás sea posible llegar a una decisión sobre la relación entre las cuestiones relativas a la solución de controversias y las contramedidas cuando la Comisión examine esta última cuestión en su 51.º período de sesiones, independientemente de la cuestión de la forma del proyecto de artículos. Se podría perfectamente adoptar la posición de que si se vinculara expresamente el procedimiento de solución de controversias con la aplicación de contramedidas, tal vinculación no funcionaría por diversas razones. Pero también se podría adoptar la posición contraria, en cuyo caso se plantearía una decisión más general. Ciertamente se plantearía en el contexto de la tercera parte, porque las disposiciones sobre la solución de controversias no tendrían su lugar en una declaración. Sólo podrían tenerlo en un convenio, y la Comisión deberá mostrarse firme a este respecto. También se puede preferir una convención sobre la responsabilidad de los Estados, que no tenga ninguna disposición acerca de la solución de controversias o, si no, dejar la cuestión de la solución de controversias para una conferencia diplomática ulterior. Personalmente preferiría que en este período de sesiones se dejara de lado esta cuestión porque tratarla tomaría mucho tiempo. Cierto número de comentarios y observaciones recibidos de gobiernos y otras fuentes que han preferido para el proyecto una forma distinta de la convención estaban evidentemente influidos por el contenido actual de los artículos con el cual los autores de dichos comentarios están en desacuerdo, a menudo profundamente en desacuerdo. Sólo cuando la Comisión haya examinado el fondo y haya tomado decisiones sobre las cuestiones clave será posible abordar la cuestión con objetividad. Como se ha visto en el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional[7], la actitud de los Estados ante la idea de un tribunal penal cambió radicalmente cuando vieron que al menos se habían hecho algunos progresos.

12. Otra razón para no tomar una decisión en este momento es que podría conducir, lo que no sería conveniente, a restar importancia al debate de la Comisión sobre el fondo de los artículos del proyecto. La Comisión deberá tratar de que estos artículos sean tan buenos y de aceptación tan general como sea posible, sin adoptar la opción más fácil de una declaración, aunque en última instancia, y por las razones que han señalado algunos gobiernos, quizás el camino más conveniente sea optar por una declaración o por alguna otra forma distinta de un tratado. Es interesante recordar que en un momento de la elaboración de la Convención de Viena de 1969 se alegó que la ley de los tratados no debía tomar la forma de una convención sino de una reafirmación del derecho o de una declaración[8]. Pero la experiencia demostró que la opinión de Waldock sobre el tema había sido más sabia que la de Fitzmaurice, porque la decisión de plasmar el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados en una convención había contribuido más a aclarar y a consolidar las normas sobre el derecho de los tratados de lo que podía haberlo hecho ninguna declaración.

13. Es verdad que el clima del decenio de 1990 es muy diferente del de 1960, pero aun así la Comisión debería esperar hasta que estuviese más clara la actitud general de los países acerca de este asunto —un asunto que era tan vital como lo había sido el del derecho de los tratados— y se hubiese aclarado el propio criterio de la Comisión sobre algunas de las cuestiones controvertidas. A este respecto, la propuesta del Gobierno de Austria incluida en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos de presentar un texto bifurcado, vale decir un proyecto de declaración de principios de adopción inmediata, seguido por un proyecto de convención más detallado, es una posibilidad válida, si bien él teme que los gobiernos que se han opuesto a una convención seguirían oponiéndose a ella aunque se optara por un texto bifurcado. Pero la idea no debe descartarse, ya que en otros casos se han adoptado proyectos de declaración como precursores de convenciones. No obstante, pide que, por lo menos en el actual período de sesiones, la Comisión continúe debatiendo el tema sobre la base del texto único para la primera parte, tratando de perfeccionarlo y de separar lo que sea necesario, y que deje la cuestión de la forma del texto para tratarla en el 51.º período de sesiones en el seno de un grupo de trabajo en el que se pudieran analizar las distintas opciones. Hay grandes probabilidades de que en la segunda lectura se hable de generalidades más que de cuestiones específicas.

14. Pero ha llegado el momento de poner en orden los proyectos de artículos de la primera parte. Él no dice que no estén en orden, pero hay que reconocer que se adoptaron en una situación jurídica y política muy distinta, a fines de los decenios de 1960 y 1970, y que desde entonces se han producido grandes cambios en el ámbito de la responsabilidad de los Estados en sí y en otras esferas, por ejemplo en el campo del derecho penal internacional. Es evidente la necesidad de repensar algunos de estos artículos. La Comisión nunca ha hecho esto, ya que adoptó deliberadamente la política de no volver a tocar ninguna disposición de la primera parte después de que fuera adoptada en su 32.º período de sesiones, en 1980[9], lo que significa que ya han pasado casi 20 años desde que sus artículos fueron examinados por última vez. Ha llegado el momento de volver a examinarlos. Si la Comisión se concentra ahora en las cuestiones específicas, las generalidades se solucionarán solas.

15. El Sr. PELLET, comentando la posible forma del proyecto, dice que no le ha convencido del todo la afirmación del Relator Especial de que convendría dejar para mañana lo que se podría hacer hoy. Esto parece un estribillo que se repite en todo el primer informe. Es como si hubiera que meter los crímenes en el congelador a la espera de que la cuestión madure; pero no es congelando las frutas o las flores como se consigue que maduren o florezcan. Y lo mismo se aplica a la forma definitiva del proyecto de artículos, que el Relator Especial desea dejar en hielo, pero que habrá que tratar algún día.

16. La afirmación que se hace en la primera oración del párrafo 41 del informe no es del todo correcta porque, de hecho, la Comisión casi siempre ha tomado una posición, mediante una recomendación, sobre la forma que deben revestir sus proyectos. Es verdad que generalmente lo ha hecho después de concluir el examen de un determinado tema, pero como lleva 30 años reflexionando sobre la

[7] Véase *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 28, párr. 91.

[8] Véase *Anuario... 1959*, vol. II, págs. 97 y 98, doc. A/4169, párr. 18.

[9] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 25 a 61.

cuestión de la responsabilidad de los Estados, ya tendría que haber llegado a esa etapa. También parece un poco raro sugerir que la Comisión será incapaz de tomar una posición sobre la cuestión en el actual período de sesiones pero que tendrá una inspiración repentina el año que viene o el siguiente. Esto no significa que él considere que la Comisión deba tomar a toda costa de antemano una decisión sobre la forma de un proyecto, pero en el caso presente considera que existe una razón fundamental para que la Comisión se ocupe inmediatamente de la cuestión.

17. Contrariamente a lo que se afirma en la subsección 5 de la sección D de la introducción al informe, no cree que el problema de la forma del proyecto esté relacionado con la cuestión de la solución de controversias. Si hay que incluir disposiciones sobre la solución de controversias, entonces obviamente esto sólo podrá hacerse incorporando un mecanismo conveniente a tal fin en un proyecto de convención. Sin embargo tal mecanismo podría ser objeto de un tratado más general sobre la responsabilidad de los Estados o podría tomar la forma de un protocolo, quizás facultativo, a un tratado sobre la responsabilidad, o quizás de un instrumento autónomo que prevea un sistema de solución de controversias en materia de responsabilidad sin ninguna necesidad de que el proyecto principal revista la forma de una convención. Se podría perfectamente ofrecer a los Estados un mecanismo de solución de controversias en materia de responsabilidad de los Estados con el fin de aplicar el derecho consuetudinario, con la ayuda del proyecto que se adoptase.

18. Por lo tanto, no es el problema de la solución de controversias lo que le preocupa. Por el contrario, la cuestión de la forma del proyecto de artículos le parece estar más relacionada con otro aspecto planteado por el Relator Especial, es decir con las cuestiones no tratadas o insuficientemente tratadas en el proyecto de artículos y, en un sentido más general, con la irregularidad de precisión y de operatividad del proyecto adoptado en la primera lectura. En el quincuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General quedó asombrado por las aparentes contradicciones en las declaraciones efectuadas en la Sexta Comisión: el proyecto de artículos recibió muchas críticas, de un lado por ser demasiado breve y no suficientemente preciso y, de otro, por ser demasiado detallado y minucioso. Ambas críticas están justificadas en cierta medida, y por eso aprueba el análisis de la cuestión realizado por el Relator Especial.

19. El Relator Especial debería ocuparse de determinados puntos del proyecto. Dejando a un lado la tercera parte, que no es más que un ejercicio de estilo y en su opinión carente de interés, la primera parte del proyecto es demasiado detallada, especialmente en relación con la atribución y las diversas categorías de obligaciones cuya vulneración se regula. En cambio, guarda silencio con respecto a importantes cuestiones, algunas de las cuales salieron a la luz después de la primera lectura, como por ejemplo la responsabilidad que se desprende de la acción conjunta de los Estados —o lo que los anglosajones denominan responsabilidad solidaria—. A este respecto coincide totalmente con el Relator Especial en que existe una laguna en el proyecto. Por el contrario, la segunda parte es increíblemente superficial. Ignora completamente cuestiones tan esenciales y técnicas como el cálculo de los intereses, y es demasiado general para responder a las necesidades de los Estados. Nuevamente, acepta con agrado las observaciones del Relator Especial a este respecto.

20. Una posible solución sería restablecer el equilibrio entre las dos partes, aligerando la primera y dándole más peso a la superficialísima segunda parte. Pero, como ha recordado el Relator Especial, Austria presentó una propuesta en la Sexta Comisión[10], que habría que examinar cuidadosamente, propuesta que él encuentra particularmente atractiva pero que no interpreta en la misma forma en que lo hace el Relator Especial. Si bien está de acuerdo en que el principio de la propuesta austriaca es que se preparen no uno sino dos instrumentos, le parece que ninguno de estos instrumentos tiene por qué adoptar la forma de una convención, aunque de todos modos revistieran la forma de un proyecto de artículos. Lo que tiene de interesante esta propuesta es que brindaría la posibilidad de preparar una declaración general que se limitara a establecer los principios esenciales del derecho de la responsabilidad de los Estados, junto con otro instrumento que sería una guía de la práctica lo más detallada posible, estaría basado en la copiosa labor realizada por la CDI sobre este tema hasta fines del decenio de 1970 y tendría por objeto satisfacer las necesidades específicas de los Estados, especialmente de los Estados más pequeños y más pobres, que son los que suelen estar mal equipados técnicamente para enfrentarse a los complejos problemas que plantea la responsabilidad de los Estados.

21. Por eso la propuesta austriaca es extremadamente interesante y exige un serio debate que no se puede posponer. La propuesta del Relator Especial de que la Comisión examine la primera parte del proyecto en el actual período de sesiones y en cambio posponga hasta el próximo período de sesiones el examen de la forma que aquél deberá revestir le parece ilógica. En efecto, si se acepta la propuesta austriaca la Comisión tendrá que volver a redactar los artículos o tendrá que hacer su labor dos veces, examinando primero el proyecto de artículos y luego separando los principios básicos que figurarían en la declaración, para luego volver al examen de los aspectos más detallados del tema —una forma de proceder que no le parece práctica—. Está seguro de que si se adopta una solución como la propuesta por Austria, entrañará un volumen de trabajo considerable, aunque también es cierto que el Relator Especial está sobradamente cualificado para llevar tal labor a una rápida y feliz conclusión.

22. El Sr. SIMMA pregunta si el Sr. Hafner puede aclarar en algo el significado de la propuesta austriaca, que no necesariamente tendría que ser interpretada en la forma que acaba de proponer el Sr. Pellet.

23. El Sr. HAFNER dice que no es el autor de la propuesta en cuestión y que, por lo tanto, no está en posición de hacer una interpretación autorizada de su significado. Admite que la redacción de la propuesta no es totalmente clara, pero tiene la intención de obtener más detalles, que luego comunicará a la Comisión, junto con su interpretación personal de la propuesta. Su propia interpretación cuenta tanto como la de cualquier otro miembro de la Comisión.

[10] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión.

24. El Sr. PELLET dice que no es buena práctica pedir a miembros de la Comisión que proporcionen una interpretación ortodoxa de los pronunciamientos de sus propios países. Por esto acoge con agrado la respuesta del Sr. Hafner a la propuesta del Sr. Simma. Independientemente de que su propia interpretación de la propuesta austriaca sea la correcta, su postura es que desea que la Comisión trace una distinción entre una declaración de principios y una guía de la práctica.

25. El Sr. KATEKA insta a la Comisión a que acepte el juicioso llamamiento del Relator Especial de evitar un debate sobre la forma del proyecto de artículos. El Sr. Pellet acaba de presentar algunas propuestas muy interesantes. Pero el tema de la responsabilidad de los Estados es tan extenso que la Comisión no puede permitirse desperdiciar un tiempo valioso discutiendo una cuestión de procedimiento como es la forma que tendrán los artículos. De todas formas considera que no sería posible determinar por anticipado esta cuestión.

26. El Sr. FERRARI BRAVO se pregunta cómo habría reaccionado ante este debate el antiguo Relator Especial, Sr. Roberto Ago, quien redactó por primera vez los artículos sobre la responsabilidad de los Estados hace casi 30 años. Probablemente con su agudo sentido práctico el Sr. Ago habría aceptado la necesidad de que la Comisión iniciara el presente debate antes de continuar con su labor. Luego de la partida del Sr. Ago, la Comisión probó distintos caminos para examinar el tema a través de los años. Por lo tanto debe considerar cuidadosamente su futuro camino y, sobre todo, debe averiguar las reacciones de los gobiernos a este respecto. No debe esperar otro año para consultar a los Estados, sino que debe presentarles opciones sobre el alcance general del proyecto, sus posibles resultados, la cuestión de la solución de controversias (sobre la que siempre le pareció que el proyecto de artículos era curiosamente deficiente), y la cuestión crucial de los crímenes, que la Comisión volverá a tratar en breve. Le guste a uno o no, estas cuestiones existen —como lo prueban los volúmenes dedicados al Sr. Ago[11]—, con su riqueza de material sobre estos problemas, y como lo prueba también la copiosa bibliografía incluida en el anexo del primer informe del Relator Especial. El proyecto de artículos del antiguo Relator Especial, Sr. Ago[12], tan influyente, ya ha contribuido enormemente a la evolución de la práctica de los Estados a este respecto, y esa influencia no debería perderse por una decisión de algunos miembros de la Comisión que no desean tratar el problema de los crímenes.

27. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) plantea una cuestión de orden y dice que todavía no ha introducido el tema de los crímenes. El tema que se está debatiendo es la forma del proyecto de artículos.

28. El Sr. FERRARI BRAVO dice que se ha referido a la cuestión de los crímenes a título puramente de ejemplo. Comparte algunos aspectos de la propuesta del Sr. Pellet. La Comisión debería debatir el ámbito de aplicación del proyecto de artículos y, teniendo en cuenta las opiniones expresadas por los gobiernos que han transmitido sus comentarios y observaciones sobre el tema, debería presentar varias opciones, entre ellas la opción relativa a los crímenes; sería ridículo demorar el examen de un tema tan importante hasta el próximo período de sesiones. Además la Comisión debe a la memoria de Roberto Ago la celebración de un debate serio sobre este tema.

29. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que parece haber una cierta confusión: de ninguna forma se opone a que se profundice la propuesta austriaca, con ayuda del Sr. Hafner, que por lo menos es un pariente lejano de una propuesta cuya paternidad es oscura y que, por el momento, parece haber sido adoptada por el Sr. Pellet. Tampoco se opone a que se solicite la opinión de los gobiernos sobre todas las cuestiones, incluida la cuestión de los crímenes, como lo hará la Comisión a lo largo de todo este asunto. Es evidente que la Comisión debe tener bien en cuenta las opiniones de los gobiernos. Hasta el momento se han recibido las opiniones de 20 gobiernos sobre varias de las cuestiones, opiniones que están recogidas en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos.

30. Si la Comisión sólo tuviera en cuenta las opiniones ya recibidas, probablemente decidiría dar al proyecto de artículos la forma de una declaración más que de una convención, aunque los comentarios y observaciones ya recibidos de los gobiernos reflejan diferentes opiniones. Pero aunque ha de tener presentes las opiniones de los gobiernos, la CDI debe también llegar a sus propias conclusiones, de ser posible por consenso, sobre el camino que conviene seguir. Estas conclusiones deberían presentarse a la Sexta Comisión como opinión provisional, y la CDI deberá analizar cuidadosamente las reacciones de aquella, a fin de elaborar un proyecto de articulado que recoja todo lo que desea el Sr. Pellet, y desde luego él también.

31. No está seguro del significado preciso de la propuesta austriaca. Le ha parecido más bien que lo que pretende esa propuesta es un proyecto de declaración inicial seguido de una convención, que podría ser más minuciosa e incluir disposiciones sobre la solución de controversias. Pero podría no haber comprendido bien la intención de la propuesta.

32. También ha considerado cuidadosamente cuál sería la mejor forma de presentar el riquísimo material contenido en los comentarios. Una posible solución sería preparar un comentario en dos niveles, una parte más general y explicativa, y una segunda parte más detallada. El Sr. Pellet ha señalado correctamente el contraste entre las partes primera y segunda, contraste que es igual de visible en los comentarios. Así se plantean importantes cuestiones de forma. Pero la Comisión no está demorando, o no debería demorar, la cuestión crítica, que afecta a la totalidad del proyecto de artículos, de qué debe hacerse con las obligaciones multilaterales. Es precisamente la cuestión que deberá resolverse en el contexto de los crímenes y luego desarrollarse. No ve cómo un gobierno puede pensar sensatamente que el texto pueda revestir la forma de una convención mientras que la Comisión no haya reexaminado esta cuestión, cosa que espera hará en breve. Luego la Comisión deberá comunicar a los gobiernos sus conclusiones, escuchar sus opiniones y actuar en consecuencia.

[11] *Le droit international à l'heure de sa codification. — Études en l'honneur de Roberto Ago*, vols. I a IV, Milán, Giuffrè, 1987.

[12] Véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párrs. 33 y 34.

33. Con respecto a las otras cuestiones de principio, el proceso que se desarrolla en el actual período de sesiones entraña una evaluación de los principios generales contenidos en la primera parte, se adopte o no la propuesta austriaca, junto con un debate minucioso sobre la imputabilidad (arts. 5 a 15), que plantea importantes cuestiones de principio. Si la Comisión puede ocuparse de estas dos tareas en el Pleno y en el Comité de Redacción, habrá hecho una buena labor. Estas cuestiones deberán incluirse en una declaración de principios y también en una convención. Quizás haya que diferenciarlas, pero no ve la necesidad de hacerlo en el actual período de sesiones. Le parece muy bien la propuesta que en su opinión encierran las declaraciones del Sr. Pellet y del Sr. Ferrari Bravo: que la CDI consulte expresamente a la Sexta Comisión acerca de la opción austriaca una vez haya aclarado el carácter de dicha opción, y que en el próximo período de sesiones se avenga a cualquier consenso que pueda surgir sea de sus propios debates, sea de los debates de la Sexta Comisión. Pero no cree que la CDI deba tomar esta decisión en el actual período de sesiones.

34. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice estar sorprendido de que el Relator Especial esperara muchos resultados del debate sobre un informe que tiene cuatro partes del cual sólo ha presentado la introducción. Teniendo esto presente, quizás el Presidente debiera rogar a los miembros de la Comisión que limiten sus observaciones a la introducción, a fin de poder intensificar el debate posterior sobre las cuestiones de fondo.

35. Comparte plenamente la observación del Sr. Pellet con respecto al desequilibrio entre las partes primera y segunda del proyecto. Esta opinión podría considerarse una crítica a la Comisión en su totalidad, porque en la segunda parte no ha hecho un desarrollo positivo del planteamiento trazado por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, en la primera parte. La segunda parte necesita una mayor elaboración para incorporar los logros sustantivos que contiene la primera parte.

36. También se pregunta si la Comisión puede permitirse posponer el examen de la forma definitiva del proyecto de artículos. Los Estados-nación siguen siendo todopoderosos, pero hay una tendencia evidente a la integración de la sociedad internacional, y se pregunta si una «forma» que no corresponda a la forma tradicional de legislar favorecería esta tendencia o si tendría el efecto contrario. Como el derecho de la responsabilidad de los Estados se funda en el derecho internacional general y en el derecho consuetudinario internacional que la Comisión está llamada a dar forma, teme que si lo hace en un instrumento cuya naturaleza, amplitud y autoridad no estén claras, pueda tener por resultado el debilitamiento de ese derecho, a tal punto que podría legítimamente perder el nombre de derecho.

37. El PRESIDENTE, respondiendo a la observación que el Sr. Pambou-Tchivounda ha dirigido a la Presidencia, dice que al iniciarse la sesión anunció que la Comisión examinaría la introducción del informe. Ahora está empeñada en un «minidebate» sobre las observaciones del Relator Especial y del Sr. Pellet.

38. El Sr. SIMMA dice que no comparte la opinión expresada por el Sr. Ferrari Bravo. El mero hecho de que la Comisión haya tenido ante sí el proyecto de artículos durante 25 ó 30 años no significa que esté grabado en piedra, ni que la Comisión deba evitar un enfoque diferente. Para continuar con las metáforas del Sr. Pellet, se puede decir que algunos de los artículos de la primera parte —como por ejemplo el artículo 19— no solamente se han puesto en el congelador, sino que están labrados en una lápida mortuoria. Cuando el Grupo de Trabajo examinó la primera parte, el Relator Especial trazó una cuidadosa distinción entre las disposiciones que estaban consagradas por la práctica de los Estados y las que no lo estaban. Ese era el enfoque correcto. La Comisión se crearía un problema si decidiera eliminar disposiciones en las que ya se han basado diversas sentencias o laudos arbitrales internacionales, pero en nada de lo que el Relator Especial ha escrito o dicho sobre el tema se aprecia una falta de respeto por la jurisprudencia.

39. Surgen problemas con respecto al segundo punto planteado por el Sr. Pellet, relativo a la forma definitiva del proyecto de artículos. Especialmente los primeros artículos de la primera parte ahora están formulados de una manera que los miembros que pertenecen al sistema anglosajón consideran extremadamente formalista y vacía, a tal punto que los tratadistas tienden a preferir los comentarios alegando que allí se encuentra la sustancia de los artículos. Si más adelante en el período de sesiones el Comité de Redacción decidiera mantener la redacción actual de los artículos de la primera parte, esto prejuzgaría la cuestión de la forma definitiva. El Comité de Redacción debería tener presente este problema. De todas formas, coincide con el Relator Especial en que la decisión final sobre la forma podría demorarse hasta el 51.º período de sesiones, a más tardar.

40. El Sr. ROSENSTOCK dice que comparte prácticamente todas las opiniones expresadas por el Sr. Simma. La Comisión no está haciendo un *memento mori*: está estudiando cómo, de ser necesario, se podría modificar la primera parte del proyecto. Habría que saber si éste es el momento de tomar una decisión sobre la forma que debe revestir el proyecto de artículos. Si bien algunos de los artículos evidentemente se han redactado pensando en una convención, no piensa que ninguna de las cuestiones que puedan plantearse en relación con la primera parte obliguen a la CDI a tomar una decisión de este tipo en el actual período de sesiones. El próximo período de sesiones será el momento oportuno de tomarla, pero, mientras tanto, se podría consultar a los gobiernos por escrito y en la Sexta Comisión.

41. Entiende que según la propuesta austriaca la Comisión debe preparar dos productos y dejar que la Asamblea General decida. Si esto es correcto, la Comisión estaría prejuzgando el resultado al no actuar inmediatamente. Pese a ello, la Comisión debe reconocer que en algún momento hay que tomar una decisión sobre la forma definitiva del instrumento y que el año próximo probablemente fuera el mejor momento de tomarla. Mientras tanto, debería continuar con la labor de examinar cada artículo de la primera parte.

42. El Sr. MIKULKA está de acuerdo con el Sr. Pellet en que la propuesta de elaborar dos productos sucesivamente, primero una declaración y luego una convención, es atractiva. Pero al igual que el Sr. Rosenstock no piensa

que la cuestión deba resolverse ahora. La Comisión puede realizar la labor que le corresponde con respecto a la primera parte en el entendimiento de que, antes de tomar una decisión definitiva sobre la forma, preguntará a los gobiernos lo que piensan sobre la idea de elaborar primero una declaración seguida por una convención. De todas formas no sería la primera vez que se utiliza esta solución: se hizo lo mismo con la Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre[13], que fue rápidamente seguida por la aprobación del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, cuyo contenido es prácticamente idéntico.

43. Cuando la Comisión inició su labor sobre este tema, la preparación de una convención parecía el camino más lógico. Pero luego la experiencia ha demostrado que otras opciones son igualmente válidas; además, la ratificación de algunas convenciones se ha demorado muchos años, lo cual hace dudar de la conveniencia de elegir esta forma de instrumento. Por lo tanto habrá que considerar debidamente la posibilidad de elaborar un documento que, aunque no tenga fuerza obligatoria, tenga una cierta autoridad, por ejemplo porque ha sido aprobado por la Asamblea General.

44. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que, si bien comparte el profundo respeto del Sr. Ferrari Bravo por la enorme contribución del Sr. Ago al derecho internacional, no puede menos que recordar al anterior Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, y su pasión por la justicia. Pero su propia memoria le lleva a recordar una situación que guarda una gran similitud con la labor sobre la responsabilidad de los Estados: la adopción de la Convención de Viena de 1969. Los intentos de última hora de adoptar un criterio minimalista que hubiese cambiado el contenido de la Convención fueron contrarrestados con actos de decisión y de previsión.

45. La Comisión debería seguir el consejo del Relator Especial y no tomar una decisión sobre la forma definitiva del proyecto de artículos. Tal decisión sería prematura, por razones de fondo y de política. La razón de fondo es que elegir una de las opciones —una declaración o una convención— por anticipado eliminaría automáticamente la otra opción. La razón política es que las pautas que han dado los gobiernos no son en absoluto claras: se han recibido muy pocos comentarios y observaciones por escrito, y los debates en la Sexta Comisión no han sido, de ninguna forma, definitivos. Por lo tanto, la CDI tiene bastante margen de maniobra para sacar sus propias conclusiones. Se puede decir que el proyecto es el más importante que ha tenido la CDI en toda su historia, por lo que la decisión sobre su forma definitiva no debe tomarse con ligereza.

46. El Sr. HAFNER dice que parece conveniente que exista una mayor comunicación entre la Comisión y los Estados porque así las posiciones de los Estados se pueden tener en cuenta con exactitud en la labor de la Comisión. Esto tiene mayor vigencia cuando los comentarios y observaciones de los gobiernos no han dado ninguna pauta, como en el caso presente. Por lo tanto sugiere que, como la propuesta de Austria ha motivado una cierta confusión, se le encomiende la tarea de solicitar oficialmente aclaraciones a las autoridades austriacas en nombre de la Comisión.

47. El PRESIDENTE dice que la propuesta es buena, pero piensa que debería ser él mismo quien presentara la solicitud a las autoridades austriacas.

48. El Sr. MIKULKA dice que en realidad ni el Presidente ni ningún otro miembro de la Comisión tienen facultades para hacer preguntas directamente a los Estados: el contacto debe establecerse por intermedio de la Asamblea General.

49. El Sr. LUKASHUK dice que está de acuerdo con el Sr. Mikulka. Le corresponde a la propia Comisión y no al Gobierno austriaco resolver esta cuestión.

50. El Sr. HE dice que el intercambio de opiniones sobre la forma definitiva de la labor relativa a la primera parte ha sido muy fructífero. Se han abierto muchas posibilidades y se han realizado varias propuestas interesantes, especialmente la propuesta austriaca, con la idea de redactar primero una declaración y luego una convención, como en el caso de la Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre. Todas las opciones deberían examinarse a la luz de los problemas principales que todavía deben solucionarse, incluido el de los crímenes internacionales de los Estados, que es el meollo de la responsabilidad de los Estados. Sería prematuro tomar una decisión en el actual período de sesiones: la cuestión debe remitirse a los Estados para que presenten sus opiniones y a Austria para que aclare su propuesta.

51. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que el Sr. Pambou-Tchivounda tiene razón en señalar que su primer informe es de carácter preliminar y que debe continuarse el debate sobre las cuestiones de fondo. En especial no debe interrumpirse de ninguna forma el debate sobre los crímenes: el Sr. Ferrari Bravo puede estar seguro de esto.

52. El Sr. LUKASHUK dice que el Relator Especial ha preparado un informe minucioso, donde esboza las principales etapas de la labor futura sobre la responsabilidad de los Estados. Ha cumplido pues su tarea con responsabilidad. En ese contexto el término tiene el significado de «responsabilidad positiva», es decir, la responsabilidad de cumplir una obligación de buena fe. Tal responsabilidad es característica en el sentido moral. En derecho, la «responsabilidad negativa» es lo habitual, es decir, la responsabilidad por la violación del derecho. Es a esta última responsabilidad a la que se refiere el proyecto de artículos.

53. Dadas las numerosas connotaciones de la responsabilidad, el título del tema es impreciso. Quizá resultara aceptable en los primeros años de la labor de la Comisión, pero ahora debería encontrarse una formulación que tuviera una mayor precisión jurídica. La responsabilidad de los Estados puede derivarse del derecho interno o el internacional, o tener un fundamento moral o político, pero los comentarios y observaciones de los gobiernos

[13] Resolución 1962 (XVIII) de la Asamblea General.

han resaltado que el tema es el tipo especial de responsabilidad que se trata, es decir, la responsabilidad en el derecho internacional. Esto debe reflejarse en el título del tema, que debería ser: la responsabilidad de los Estados en el derecho internacional.

54. Con respecto a la forma definitiva del futuro instrumento, no está de acuerdo con los que propugnan que se deje esta cuestión para una fecha posterior. La forma determina tanto su estructura como su contenido. Una declaración se construye de una forma, una convención de otra muy distinta. Dado el escepticismo expresado por los gobiernos sobre la posibilidad de aprobar ahora una convención, quizás fuese mejor adoptar una solución de transacción, algo que no sea ni una convención ni una declaración, por ejemplo un código de la responsabilidad de los Estados en el ámbito del derecho internacional. Un código se asemejaría a una declaración de la Asamblea General en cuanto al grado de su obligatoriedad, pero sería como una convención en lo que se refiere a su contenido.

55. El hecho de que la responsabilidad no esté regulada aún por el derecho internacional se ha considerado a menudo como el signo del estado primitivo de este derecho. Pero un derecho de la responsabilidad de los Estados es tan necesario que los tribunales internacionales ya han tomado en consideración el proyecto de artículos como una prueba de la existencia de normas de derecho consuetudinario. Muchos tratados también se refieren al derecho de la responsabilidad de los Estados como una rama propia del derecho internacional basada en el proyecto de artículos de la Comisión. Acelerar la labor sobre el proyecto de artículos es de suma importancia para la formación de esa nueva rama del derecho, y tendrá repercusiones sobre otros temas que está examinando la Comisión, entre ellos la responsabilidad internacional y la protección diplomática. Georges Schelle, hablando ante la Comisión en 1949, dijo esencialmente lo mismo[14].

56. Pero, todavía más importante, las lagunas en el derecho general de la responsabilidad significan que los Estados, al establecer normas primarias sobre materias concretas, se han visto forzados a acompañarlas de un conjunto completo de normas secundarias específicas. El resultado ha sido la creación de regímenes jurídicos cuasi autónomos sobre la responsabilidad. El Sr. Simma se refirió a este problema en 1985[15]. Se han establecido normas especiales sobre la responsabilidad en ramas nuevas, tales como el derecho del espacio ultraterrestre o el derecho ambiental. Estos fenómenos se han reflejado en la jurisprudencia de la CIJ, la cual, en su fallo acerca del asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, declaró que «las normas del derecho diplomático constituyen, en breve, un régimen autosuficiente» (véase párr. 86).

57. Se plantea así el problema de la fragmentación del derecho de la responsabilidad internacional y, por consiguiente, de la eliminación de las contradicciones entre el derecho general de la responsabilidad y los regímenes especiales. No considera de ninguna manera que la aparición de regímenes especiales sea un fenómeno puramente negativo; por el contrario, es perfectamente natural, pero el problema estriba en encontrarles un hueco en el derecho general de la responsabilidad internacional. La Comisión ha utilizado el término «régimen autosuficiente» en relación con el proyecto del artículo 37, pero el Relator Especial anterior, el Sr. Arangio Ruiz, en su análisis relativamente profundo del concepto quizás haya sido excesivamente crítico a este respecto.

58. En ningún lugar del proyecto —ni en los artículos ni en los comentarios— existe una definición suficientemente precisa de la responsabilidad en el marco del derecho internacional, mientras que esto es absolutamente indispensable para la estructura general. Considera que tal responsabilidad debe entenderse como la relación secundaria, de protección jurídica, que nace automáticamente, con independencia de la voluntad de las partes, cada vez que se comete una infracción del derecho internacional. Sobre la base de tal relación toda parte podrá exigir que se ponga fin a la infracción y solicitar —y recibir— una indemnización por cualquier daño que haya sufrido. Las contramedidas no son parte de la responsabilidad, pero entran en juego cuando la parte que comete la infracción no actúa de conformidad con su responsabilidad. El elemento de la voluntad está presente en las contramedidas, mientras que no lo está en la responsabilidad: el Estado que tiene derecho a tomar contramedidas decide libremente si lo hace o no lo hace.

59. Muchos juristas tienen una noción bastante vaga de la responsabilidad, y la consideran como el conjunto de consecuencias negativas derivadas de la infracción de la ley, incluidas las contramedidas. El Ministro de Asuntos Exteriores austriaco, Sr. Marschik, en un artículo publicado recientemente, afirmó que las contramedidas eran un hito en la responsabilidad de los Estados[16]. Pero las contramedidas son una institución específica independiente de la responsabilidad, aunque esté estrechamente ligada con ella ya que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la responsabilidad. De incluirse en el proyecto, las contramedidas deberán figurar en un capítulo separado.

60. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice, respondiendo a estos comentarios, que si bien es cierto que en el proyecto de artículos no existen definiciones generales, hay definiciones implícitas, incluida la de responsabilidad, ocultas en muchos lugares. Los cuadros incluidos en el capítulo II del informe se ocuparán de las cuestiones terminológicas. La palabra «responsabilidad» ya está demasiado consagrada en el proyecto y en la doctrina para cambiarse, pero está de acuerdo en que necesita aclaración, algo que quizá podría hacerse en un comentario. Las contramedidas son un tema importante y la Comisión lo examinará en su próximo período de sesiones.

61. Por último, el debate sobre la introducción de su primer informe ha mostrado la necesidad de aclarar la pro-

[14] *Yearbook... 1949*, 6.ª sesión, págs. 49 y 50, párr. 32. Véase una lista provisional de las 14 materias elegidas para su codificación en *Documentos Oficiales del cuarto período de sesiones de la Asamblea General, Suplemento n.º 10* (A/925), párr. 16.

[15] B. Simma, «Self-contained regimes», *Netherlands Yearbook of International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1985, vol. XVI, págs. 111 y ss.

[16] A. Marschik, «Too much order? The impact of special secondary norms on the unity and efficacy of the international legal system», *European Journal of International Law*, vol. 9, 1988, n.º 1, págs. 212 a 239, en particular pág. 221.

puesta austriaca y, por consiguiente, la necesidad de realizar debates oficiosos sobre la forma de hacerlo. Ahora lo que hace falta es dar sustancia al fondo de la cuestión, en el entendimiento de que en el próximo período de sesiones él propondrá un procedimiento para ocuparse de la forma que deberá dársele.

62. Presentando el capítulo I de su primer informe, dice que mientras varias disposiciones de la primera parte del proyecto han quedado incorporadas ya en cierta medida al derecho internacional, pues ya han sido citadas en fallos y en tratados, en cambio no es así con el artículo 19. Ha provocado un profundo debate entre los juristas y ni ellos ni los Estados están de acuerdo en qué hacer con él.

63. Además, el artículo 19 no ha sido llevado a la práctica, situación muy distinta de la que presentan el artículo 5 (Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos) o el artículo 8 (Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado) o muchos otros de la primera parte. De ahí la necesidad de volver a examinar esta cuestión. Cualquiera que haya participado en los debates de los últimos cinco años sobre las consecuencias de los crímenes lo sabe perfectamente. La Comisión no ha tenido un debate pleno sobre este tema en los últimos 20 años y es hora de que lo tenga.

64. El artículo 19 fue incluido en el proyecto en el 28.º período de sesiones, en 1976, y desde entonces no ha sido examinado[17]. Algunas disposiciones del artículo podrían suprimirse rápidamente. El párrafo 1 del artículo 19 es una declaración en el sentido de que no importa cuál es el objeto de la obligación: la infracción de una obligación constituye un acto ilícito. Esto es incuestionable y ya quedó claro en el artículo 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos). El párrafo 4 del artículo 19 define en forma negativa el delito internacional como todo lo que no sea un crimen. Por lo tanto su suerte depende de los párrafos 2 y 3.

65. El párrafo 2 define el crimen internacional como un hecho internacionalmente ilícito resultante de la violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto. La definición es circular pero tiene un buen antecedente para serlo: el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 también lo era, aunque esto no se tomó como razón para suprimirlo. Hay otras formas de definir el crimen, y hubo grandes problemas con la forma de definir el crimen elegida en el párrafo 2 del artículo 19. La dificultad quedó manifiesta en el propio intento de la Comisión de aclararlo en el párrafo 3. En su opinión el párrafo 3 es el peor de los párrafos de la primera parte. No solamente no define el crimen, sino que envuelve esta noción en tantas calificaciones y tanta oscuridad y contradice tanto el párrafo 2 que desprestigió toda la empresa. El párrafo 3 se aplica «sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2»; sólo se aplica «de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor». ¿De conformidad con qué otras normas habría de aplicarse? Es puramente indicativo («puede resultar»); no es exclusivo («en particular»); pero luego pasa a presentar una serie de ejemplos que, debido a esas calificaciones, no son en absoluto ejemplos. Es imposible deducir del párrafo 3 qué es un crimen. Además, el párrafo 3 introduce un nuevo criterio para el crimen que no figura en el párrafo 2. El párrafo 2 define el crimen como la violación de una obligación internacional esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional, una definición que es extraordinariamente general. Pero el párrafo continúa diciendo «que su violación está reconocida como crimen», desviando el centro de la obligación a la violación. La referencia al reconocimiento de que la violación sea un crimen implica que la comunidad internacional se reserva el derecho, cuando se ha cometido un crimen, de decidir que una determinada violación sea tratada como crimen. Esto podría no ser la interpretación adecuada del párrafo 2 si estuviese solo, pero en cuanto se lo relaciona con el párrafo 3 esta interpretación es virtualmente obligatoria, porque el párrafo 3 dice sólo que el crimen «puede resultar» de una violación grave de una obligación internacional, tal como, en el apartado *a*, una agresión, si tiene la suficiente gravedad. ¿Cómo se determinará si es suficientemente grave? La comunidad internacional deberá esperar y ver. Por lo tanto el artículo 19 no ofrece una definición de crimen, sino un criterio para tipificar *ex post* las violaciones como graves. Evidentemente sólo las normas importantes, las normas que son fundamentales para la comunidad en general, podrían dar origen a un crimen, pero es una cuestión diferente decir que sólo las violaciones graves de estas normas serán crímenes. A este respecto el párrafo 3 está en contradicción con el párrafo 2 en una cuestión de importancia fundamental.

66. La forma usual en que se define el crimen en los ordenamientos jurídicos es atribuyéndole consecuencias especiales, que se califican de delictivas. El crimen está tipificado, el autor está tipificado y las consecuencias son especiales. El proyecto de artículos no atribuye en absoluto consecuencias distintivas a los crímenes.

67. En su 28.º período de sesiones, en1976, la Comisión sabía perfectamente que el artículo era controvertido, y trató de matizar en el comentario lo que había hecho. La matización se hizo en una nota a pie de página del proyecto de artículo 40, en la que se dice que el término «crimen» se ha empleado para mantener la coherencia con el artículo 19, pero que se había observado que podrían usarse expresiones como «un hecho ilícito internacional de carácter grave» en sustitución de la palabra «crimen», a fin de evitar la connotación penal de este término. Por consiguiente se expresaba la idea de que cuando el proyecto de artículos dijera crímenes la Comisión no estaba hablando de crímenes en el sentido ordinario de esta palabra, sino en un sentido especial. Era como si la Comisión dijera que delito era todo lo que no fuese un crimen y que crimen era todo lo que no fuese un delito. Quizás sea cierto, pero no sirve de mucho.

68. Los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre lo que se podría denominar, para simplificar, crímenes imputables a los Estados, porque el término empleado en el proyecto de artículos, «crímenes internacionales», ahora tiene un significado bien establecido que es muy diferente, se analizan en la sección B del

[17] Véase el texto del artículo 19 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 28.º período de sesiones, junto con el comentario correspondiente, en *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 94 y ss.

capítulo I. Evidentemente hay gobiernos que se oponen con vehemencia a la noción de crimen, por considerar que podría aniquilar todo el proyecto. Otros gobiernos son más moderados. Uno de los intentos más serios por resolver el problema provino de la República Checa, que observó que en el derecho internacional se hace una distinción con respecto a la gravedad de las infracciones. Pero esto se podría traducir de diversas formas, y la palabra «crimen» podría resultar inadecuada. Otros gobiernos, si bien apoyan la distinción, sostienen que los proyectos de artículos no son satisfactorios porque no extraen ninguna diferencia de esta distinción, y que después de haber anunciado ruidosamente la distinción en el artículo 19 no hay una progresión, sino simplemente una mera operación de limpieza al final de la segunda parte. Esta crítica justificada la hizo Mongolia con respecto a las consecuencias procesales del crimen, México en una forma más bien neutral, Italia y la Argentina. Lo que tiene importancia de estas observaciones, de las cuales él intentó extraer algunas conclusiones en el párrafo 54, es que, por lo que puede ver, ninguno de los gobiernos que presentaron observaciones sobre el artículo 19 encontró el proyecto satisfactorio. O desean una distinción mucho más clara entre crímenes y delitos o ninguna distinción en absoluto. Ningún gobierno opinó que la Comisión había encontrado el justo medio. El orador coincide con estas opiniones.

69. En el capítulo I de su primer informe, el Relator Especial examina lo que dice sobre la cuestión de los crímenes el derecho internacional vigente. El Sr. Ferrari Bravo ha observado con mucha sabiduría que, independientemente de que le gusten o no determinadas disposiciones del proyecto de artículos, la Comisión no debería cambiarlos si ya forman parte de la estructura y la trama del pensamiento jurídico y han sido incorporados en sentencias o en la práctica de los Estados. Pero como él ha tratado de explicar en los párrafos 55 y siguientes, éste no es el caso del artículo 19. Es verdad que en el período entre ambas guerras mundiales, con posterioridad a la desastrosa cláusula de culpabilidad de la guerra incluida en el Tratado de Versalles, que hasta ese momento era lo más cerca que la comunidad internacional había llegado a la criminalización de un Estado, varios juristas habían tratado de desarrollar la noción de crimen internacional del Estado como un concepto significativo. Vale decir que existía una cierta tradición doctrinaria, aunque no muy extendida. La opinión ortodoxa se había expresado en el Tribunal de Nuremberg, en la conocida afirmación de que «los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas»[18]. La opinión reconocida era que sólo condenando a los individuos que cometían tales crímenes podían ejecutarse las disposiciones del derecho internacional. Sobre esta base se había tomado en 1945 en Nuremberg la decisión deliberada de castigar a individuos, o de castigar por lo menos a personas por pertenecer a determinadas organizaciones, en vez de tratar a los Estados vencidos como criminales. Fue una sabia decisión que contrastaba visiblemente con los intentos realizados a fines de la primera guerra mundial, y el mundo era mejor porque se había tomado esa decisión.

70. En 1976 la posición no había cambiado. Algunos juristas habían realizado un extenso debate sobre los crímenes, pero incluso el paso adelante que se había dado en Nuremberg se había anulado, en cierta medida, en la práctica: se había producido poco o ningún desarrollo en materia de juicios penales internacionales de individuos, y en cambio lo que había habido había sido una proliferación de determinados delitos cuyos autores podían ser juzgados por tribunales nacionales gracias a sistemas esencialmente de cooperación judicial. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio es, por supuesto, una importante excepción. Por lo que hace a los principios, preveía el enjuiciamiento internacional de individuos por el delito de genocidio, pero no el crimen de Estado. El artículo IX de la Convención, referente a la responsabilidad de los Estados, se había propuesto expresamente en el entendimiento de que no implicaba la responsabilidad penal del Estado. Por lo tanto en 1976 no existía ninguna práctica importante que apoyara el concepto de crimen de Estado, pese a la retórica sobre los crímenes en relación con los Estados y a los intentos, muy poco exitosos, de definir el crimen de agresión que, de todos los hechos ilícitos del derecho internacional, era el que en ese momento más posibilidades tenía de ser tipificado como un crimen de Estado, ya que la agresión sólo puede cometerla un Estado. Esto estaba implícito en el comentario al artículo 19, donde se hacía referencia a tres antecedentes jurisprudenciales en favor de la propuesta de crimen. Dos eran decisiones sobre contramedidas, relacionadas con actos que de ninguna forma eran crímenes, y uno era el fallo de la CIJ en el asunto *Barcelona Traction* (véase párr. 33), donde había quedado perfectamente claro que la Corte no hacía una distinción entre crímenes y delitos, sino entre obligaciones cuyo incumplimiento concernía a la comunidad internacional en su totalidad y aquellas cuyo incumplimiento no le concernía.

71. Esta distinción, entre obligaciones *erga omnes* y las demás obligaciones, ha pasado a formar parte del derecho internacional. Ha pasado la prueba del Sr. Ferrari Bravo: ha sido citada repetidamente por la Corte en otros fallos. Pero es significativo que la CIJ, al ocuparse de obligaciones *erga omnes*, y le gusten a uno o no cada una de las decisiones individuales en cuestión, haya tratado de incorporar estas obligaciones al ámbito del derecho internacional general. Así lo hizo: por ejemplo, para la cuestión sobre admisibilidad en el asunto relativo a *Timor oriental (Portugal* c. *Australie)*[19] y en el contexto de las reconvenciones en la sentencia que dictó recientemente sobre el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[20]. No ha tratado de estas cuestiones en forma aislada. Por el contrario, ha tratado de que el concepto de obligaciones *erga omnes* formara parte del derecho internacional general. En su opinión, esta es la estrategia adecuada. Diga lo que diga la Comisión sobre la forma en que el proyecto de artículos regula estas obligaciones —y a su juicio lo hace en forma inadecuada—, no se establece una distinción entre crimen y delito. Muchas infracciones de obligacio-

[18] *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international: Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946*, Nuremberg, 1949, vol. XXII, pág. 496.

[19] Fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, págs. 90 y ss., en particular pág. 102, párr. 29. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 90.

[20] Reconvenciones, providencia del 17 de diciembre de 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, págs. 243 y ss., en particular pág. 258, párr. 35.

nes *erga omnes* no configuran un crimen ni según la «definición» del artículo 19 ni por supuesto en ninguna otra parte.

72. Esa era la posición en 1976. En el período de la posguerra no existía ninguna autoridad judicial ni práctica generalmente aceptada que fuera partidaria de esa distinción. Existía un concepto de crimen que se había empleado, al menos en el plano de la definición, en relación con la agresión, pero el Consejo de Seguridad siempre se había mostrado extremadamente renuente a aplicar ese concepto, y tampoco lo había necesitado en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

73. Con respecto a las decisiones judiciales y la práctica posteriores a 1976, el artículo 19 provocó un profuso debate en la doctrina, pero la doctrina no constituye en sí misma derecho internacional. La cuestión es saber qué dicen las fuentes primarias, es decir, los tratados, las decisiones judiciales y la práctica de los Estados. Ha analizado las decisiones en el párrafo 57 de su informe, incluidas aquellas donde está claro que la doctrina de los daños punitivos no forma parte del derecho internacional general. Si éste es el caso, entonces no hay crimen. Es posible prever un empleo más amplio de los daños punitivos que simplemente en relación con el crimen. Algunos ordenamientos jurídicos también aplican daños punitivos con respecto a los ilícitos flagrantes que no son crímenes. Lo que no es posible concebir es un sistema de crímenes que no acepte algo similar a los daños punitivos, y especialmente uno en el cual el concepto de crimen estuviera integrado en lo que se podría describir como un modelo procesal civil, que es el caso del artículo 19. Excluir la posibilidad de daños punitivos es debilitar el concepto de crimen, que es lo que ha ocurrido en el proyecto de artículos.

74. En una reciente decisión pronunciada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia sobre la cuestión de una citación, la Sala hizo todo lo posible para dejar en claro que, con arreglo al derecho internacional actual, no cabe duda de que los Estados, por definición, no pueden ser objeto de sanciones penales similares a las que se prevean en los ordenamientos penales nacionales[21]. Es verdad que la Sala de Apelaciones tuvo el cuidado de agregar los calificativos, pero la esencia de su decisión era excluir la posibilidad de aplicar sanciones judiciales, así denominadas correctamente, con respecto al tipo de conducta del Estado. Es cierto que la cuestión en ese asunto estaba bastante alejada de la cuestión del crimen: determinar si se podía requerir a un gobierno, bajo amenaza de sanción, para presentar pruebas de la conducta criminal de sus funcionarios. Pero no era una cuestión totalmente independiente de la cuestión del crimen. Si sus funcionarios, como parte de un plan oficial, habían cometido el crimen de genocidio, entonces se podría decir que el mismo Estado había cometido ese crimen. Pero el Tribunal había tenido gran cuidado en descartar la posibilidad de aplicar lo que había denominado «sanciones penales».

[21] Fallo relativo a la demanda de la República de Croacia para el examen de la decisión de la Sala de Primera Instancia II, de 18 de julio de 1997, *Fiscal* c. *Tihomir Blaskic*, caso n.º IT-95-14-PT, Sala de Apelaciones, 29 de octubre de 1997, párr. 25.

75. Por lo que hace a la jurisprudencia posterior a 1976, la posición es que la CIJ ha tratado de incorporar el concepto de obligaciones *erga omnes* al derecho internacional general, y que ha afirmado ese concepto en suficientes ocasiones como para poder decir que ya lo está. La Corte se ha mostrado mucho más renuente con respecto al *jus cogens*. No ha dicho absolutamente nada sobre los crímenes y no ha aceptado la idea de que exista una categoría separada de crímenes, en la esfera de la responsabilidad de los Estados, ni la ha aceptado ningún otro tribunal.

76. Evidentemente, son numerosos los cambios que se han producido en la práctica de los Estados desde 1976, especialmente en relación con la mayor actividad del Consejo de Seguridad en aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Otro hecho importante, asociado con la labor del Consejo, ha sido la mayor cantidad de procedimientos para enjuiciar y sancionar individuos por crímenes en virtud del derecho internacional que, es de esperar, desembocará en la aprobación de un estatuto satisfactorio para una corte penal internacional. Pero estos hechos no justifican por sí mismos la permanencia del artículo 19 en el proyecto de artículos. Por lo que respecta al Consejo, lo primero que desea señalar es que nunca, por lo que él sabe, ha utilizado el término «crimen internacional» en relación con un Estado en el sentido del artículo 19. Ciertamente ha utilizado el término en numerosas ocasiones en relación con actos de los funcionarios públicos o de personas que tienen algún tipo de relación con el Estado. Ha seguido mostrándose extraordinariamente renuente a emplear el término «agresión». El segundo punto es que, guste o no, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados nunca tendrá la misma condición jurídica que la Carta. La Comisión no puede modificar las facultades que atribuye al Consejo el texto del Capítulo VII, y no debería tratar de hacerlo porque hará fracasar el proyecto. La Comisión debe —y es la única posibilidad que tiene— dedicarse a codificar y desarrollar progresivamente el derecho de la responsabilidad de los Estados, dejando que la posición del Consejo se decida por otros medios.

77. El tercer punto que quiere señalar con respecto a la práctica del Consejo de Seguridad es que ha sido muy dispar en su condena de actos que habrían sido criminales de haber existido el concepto de crímenes de Estado. No hizo nada para luchar contra el genocidio promovido por el Estado en Camboya. No condenó como debía los claros actos de agresión de ese período. Más recientemente, por supuesto, ha tomado medidas mucho más enérgicas, especialmente en relación con Kuwait y también con respecto a Rwanda, aunque en este caso fuese después de una demora incomprensible. Pese a ello ha existido un considerable grado de incertidumbre, y la comunidad internacional no ha enfocado estas situaciones acusando de criminales a los Estados concernidos. Acusar de criminal a Camboya por el genocidio habría sido sancionar a las víctimas, y los que dudaron tanto sobre la conducta que debían seguir tuvieron muy presente este punto. En vez de ello, la comunidad internacional eligió otros medios, que es de esperar sean más constructivos, para restablecer la situación en ese país pasado un cierto tiempo.

78. Por consiguiente, aunque haya habido un desarrollo considerable del derecho penal internacional con respecto

a las personas físicas, no ha habido ninguna evolución en lo que se refiere al concepto de crimen de Estado.

79. Ya se ha referido a lo ocurrido desde 1976 en relación con las normas perentorias del derecho internacional y las obligaciones *erga omnes*. Sea cual fuere la posición anterior, ahora hay una jerarquía de normas sustantivas en el derecho internacional y en general se reconoce que estos conceptos existen. Las viejas formas bilaterales de responsabilidad, si bien se conservan y son importantes, no son las únicas. Una de las principales críticas que se pueden hacer a las disposiciones relativas a los crímenes de Estado es que distraen la atención de la tarea, más importante, de dar sentido a las diferentes categorías de obligaciones en el ámbito de la responsabilidad. Por ejemplo, el artículo 19 considera el crimen de Estado casi como si fuera el único caso de infracción de una obligación *erga omnes*. Pero la doctrina es unánime en considerar a las obligaciones *erga omnes* como una categoría mucho más amplia que la de los crímenes de Estado, suponiendo que esta última categoría existiera.

80. Por lo tanto, se ha producido una importante evolución. Es cierto que uno o dos gobiernos siguen oponiéndose al concepto de obligaciones *erga omnes*, pero actualmente están más bien aislados, y la Comisión, habiendo apoyado reiteradamente este concepto, no puede ahora variar de rumbo. Hay ciertas normas, quizás pocas, que no son derogables. Hay otras normas, una categoría más amplia, que despiertan una legítima preocupación internacional. La Comisión debería velar porque las consecuencias de esas categorías de normas estén definidas cuidadosamente en los artículos. Pero esto no es lo mismo, incluso es casi lo contrario, que trazar una distinción entre crímenes y delitos. Es posible y conveniente definir de forma más sistemática las consecuencias de las obligaciones *erga omnes* y de las normas *jus cogens* sin hacer una distinción entre crimen y delito.

81. La Comisión, al adoptar el artículo 19 en su 28.º período de sesiones, en 1976, hizo lo que se podría llamar un voto monástico: dijo que resistiría todas las tentaciones de explicar lo que significaba la distinción; pues bien, ha respetado ese voto con fidelidad y, como mostrará el Relator Especial, la Comisión no ha conseguido recientemente exponer con claridad esas consecuencias.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2533.ª SESIÓN

Miércoles 20 de mayo de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) presenta la sección E del capítulo I de su primer informe (A/CN.4/490 y Add.1 a 7) y señala que trató de demostrar (2532.ª sesión) que el concepto de crimen de Estado había obtenido cierto apoyo en la práctica en el contexto preciso de la agresión, pero que no había sido aceptado generalmente. En particular, el artículo 19 de la primera parte del proyecto (Crímenes y delitos internacionales)[4] no ha sido innovado en la práctica, y la Comisión, por su parte, no ha elaborado nada que se parezca ni poco ni mucho a un verdadero régimen de esos crímenes. El que en su 28.º período de sesiones, en 1976, adoptara una decisión que a la sazón estimó potencialmente progresista, no quiere decir que ésta sea irrevocable o realmente progresista. Así pues, la Comisión tiene que escoger entre varias posibilidades.

2. Son cinco las posibilidades que se le ofrecen, que se enumeran en el párrafo 70 de su primer informe, habida cuenta de las limitaciones de carácter estructural dimanantes tanto de la comunidad internacional como de la propia Comisión. No es posible, en particular, imponer al Consejo de Seguridad un régimen de los crímenes que matice aspectos importantes de las disposiciones vigentes de la Carta de las Naciones Unidas, y la CDI debe concluir durante el presente mandato de sus miembros el examen del tema si no quiere que su prestigio quede malparado a ojos de la Sexta Comisión. Pero se plantea otra cuestión, capital, que es la de la analogía con el derecho interno o, más bien, la de saber si el término «crimen» se utiliza convenientemente en la CDI. Dicho término tiene en inglés, y también en otros idiomas, una connotación general: designa un hecho ilícito característico que exige la condena de la comunidad internacional en su conjunto y que se distingue de las demás formas de infracción, bien por la calidad del hecho mismo o por las consecuencias a

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

[4] Véase 2532.ª sesión, nota 17.

que da lugar. En todos los sistemas jurídicos que conoce el Relator Especial, el crimen da lugar a consecuencias especiales y está sujeto a procedimientos especiales. No se concibe como si formase un continuo con el derecho general de obligaciones, que funciona paralelamente al derecho de los crímenes: ambos tienen vínculos entre ellos, pero son distintos.

3. A veces se ha dicho y se sigue diciendo en la Comisión que el término «crimen» no se utiliza en este caso en su sentido corriente. El Relator Especial estima inadmisible no seguir el uso y considera, por lo tanto, que la analogía con el derecho interno no debe rechazarse totalmente, aunque existan diferencias entre el sistema internacional y los sistemas nacionales. Después de todo, la expresión «crimen internacional» es utilizada en los órganos internacionales. Se han enumerado más de 200 casos de utilización de la expresión en los documentos de la Asamblea General producidos en los cuatro últimos años, pero ninguna en el sentido del artículo 19.

4. ¿Cuáles son, pues, las soluciones? La primera consistiría en mantener el *statu quo*, es decir, las disposiciones del proyecto de artículos que se refieren a los crímenes. Pero, en realidad, no se trata en absoluto de verdaderas disposiciones, pues como el Relator Especial explica en los párrafos 77 y siguientes de su informe, la Comisión no ha elaborado para los crímenes ningún régimen característico y apropiado. En la primera parte del proyecto de artículos, por ejemplo, no se hace ninguna distinción entre «crimen» y «delito», de suerte que las normas que rigen la atribución son exactamente las mismas para ambos tipos de infracción. Por otra parte, el concepto de culpa (*dolus*, culpa) no desempeña un gran papel en el derecho general de obligaciones, y ello con toda la razón. Pero en el caso de los crímenes de Estado, esta exigencia es más fuerte, y los artículos 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos) y 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado) del proyecto no lo tienen en cuenta. Por último, nada justifica que las normas sobre la complicidad sean las mismas para los crímenes que para los delitos, como prevé el artículo 27 (Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito) del proyecto.

5. En cuanto a la segunda parte del proyecto, es verdad que en los artículos 52 (Consecuencias específicas) y 53 (Obligaciones de todos los Estados) establece algunas distinciones entre crímenes y delitos, pero son secundarias y no modifican en absoluto la realidad. El Relator Especial no insistirá en el curioso artículo 52, que analiza en el párrafo 78 de su informe, sino que se detendrá en lo que debe ser la disposición esencial de la segunda parte, esto es, el artículo 53, que enuncia las obligaciones que incumben a todos los Estados ante un crimen internacional. Esas obligaciones deben ser específicas, gravosas, si no se quiere asimilar crimen y delito. La más importante es la obligación de no reconocer la licitud de la situación creada por el crimen. Pero es indiscutible que en derecho internacional esa obligación no se limita a los crímenes exclusivamente, sino que rige también, entre otros ejemplos, en el caso de la adquisición de territorios por la fuerza o de detención o asesinato de un agente diplomático. Otra obligación consiste en no prestar ayuda o asistencia al Estado que ha cometido el crimen para mantener la situación así creada. Pero nuevamente esa obligación rige por ejemplo en caso de detención de un agente diplomático. Hay además, a este respecto, cierta contradicción con el artículo 27, que establece la obligación estricta de no hacerse cómplice de un hecho internacionalmente ilícito en general. En realidad, cada obligación enumerada en el artículo 53 se aplica, o por lo menos puede muy bien aplicarse, a los delitos graves.

6. Por último, la tercera parte del proyecto no prevé para los crímenes ningún procedimiento específico. Ahora bien, no sólo los sistemas jurídicos que conoce el Relator Especial prevén tal procedimiento, sino que además los instrumentos internacionales que tratan de las garantías procesales debidas *(due process of law)*, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen explícitamente una distinción entre la responsabilidad penal y las otras formas de obligación. No se puede hablar de crimen internacional del Estado sin deducir consecuencias en el plano del procedimiento. Sin embargo, la Comisión no ha deducido ninguna. Ello significa que el *statu quo*, al reducir al mínimo las consecuencias de los crímenes, trivializa los delitos.

7. La segunda solución se desprende de la nota relativa al artículo 40 del proyecto (Significado de «Estado lesionado») aprobado en primera lectura y consiste en sustituir el concepto de crimen internacional por el de hecho ilícito excepcionalmente grave. Bien se trata de un simple cambio de nombre, de una nueva etiqueta para una categoría jurídica específica, o bien no es así. En este último supuesto, es evidente que esta expresión abarcaría toda una serie de hechos ilícitos más o menos graves, desde los actos que tienen las peores consecuencias para las poblaciones hasta la simple falta de notificación de una catástrofe nuclear —que, por otra parte, también podría tener consecuencias trágicas para las poblaciones—, desde una violación sumamente grave de las normas que rigen la inmunidad diplomática hasta una violación banal de las normas que rigen el uso de la fuerza. Y, en tal caso, decir que las violaciones graves sólo se refieren a determinadas normas, equivale a trivializar el resto del derecho internacional. La Comisión no puede seguir ese camino. En cuanto al primer supuesto, significaría volver a introducir el concepto de crimen con otro nombre. Ahora bien, la Comisión, si se propone ocuparse de los crímenes, debe llamarlos por su nombre. Sea como sea, es a esa solución a la que el Relator especial se opone más resueltamente.

8. Las tres soluciones restantes son las más serias. La tercera consistiría en criminalizar la responsabilidad de los Estados, es decir, reconocer que pueden existir crímenes de Estado, en el entendido de que éstos deben ser tratados como verdaderos crímenes, como los hechos más odiosos que exigen una condena, un trato especial, un procedimiento especial y consecuencias especiales. No se trata de algo ilusorio, y ello por dos razones: en primer lugar, desde el decenio de 1930 las peores calamidades que ha sufrido la humanidad han sido obra de los Estados; y, en segundo lugar, la regla de la primacía del derecho requiere que en derecho internacional todas las personas jurídicas queden sujetas a todas las prohibiciones y sanciones previstas en ese ordenamiento. Es verdad que muchos sistemas jurídicos no reconocen responsabilidad penal sino a los individuos, pero la máxima *societas delinquere non potest* ha demostrado ser falsa y poco a

poco se va reconociendo que el Estado puede cometer un crimen. Pero esto supone que haya que definir debidamente el crimen, y no sólo con respecto a la gravedad del hecho cometido; que haya que elaborar un mecanismo colectivo adecuado de investigación, y no un mecanismo *ad hoc*; que haya que elaborar un procedimiento apropiado para determinar la culpabilidad del Estado y establecer un régimen de sanciones razonable, así como un sistema que permita al Estado criminal purgar su culpabilidad. Con un poco de imaginación e instrucciones en ese sentido de los gobiernos, esa tarea no es imposible.

9. La cuarta solución consiste en excluir la posibilidad de que existan crímenes de Estado, porque el sistema internacional actual no se presta a ello y porque es difícil ir contra el Consejo de Seguridad, a no ser que se modifique la Carta de las Naciones Unidas, lo que es imposible. Sería tentador, pues, renunciar a criminalizar la responsabilidad de los Estados, contentándose con perseguir los crímenes cometidos por individuos. A este respecto, la creación del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda y la posible creación de una corte penal internacional constituyen un progreso indiscutible.

10. La quinta solución consiste, en un sistema en el que el derecho internacional mismo reconoce que un «crimen» y una simple violación de una obligación difieren en cuanto a los procedimientos y en cuanto al fondo, en tratar separadamente los crímenes de Estado, si se demuestra que existen. Es verdad que ciertos sistemas jurídicos empiezan a poner en práctica un método de persecución de los criminales descentralizado, pero la comunidad internacional lo ha prohibido en nombre del respeto de la legalidad. Por consiguiente, ese método no puede ser aplicado en derecho internacional. Resulta, pues, que no sólo es apropiado no tratar la cuestión crítica de los crímenes en el contexto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, sino que además esa manera de proceder es perfectamente conforme a las normas civilizadas que rigen el respeto de la legalidad. Que la CDI no arrincone los crímenes, sino que examine los medios por los cuales, debidamente autorizada por la Sexta Comisión, podría tratar esa materia. La inclusión de los crímenes en el derecho general de obligaciones no tiene nada de automático; en todos los sistemas jurídicos, ese derecho abarca todas las categorías de hechos, y tanto el régimen de la reparación como el de las consecuencias se aplican plenamente. Pero, al mismo tiempo, existen procedimientos especiales para los crímenes, que se aplican cuando procede. Este sistema es totalmente conforme a la experiencia jurídica de la humanidad y es el único medio razonable al que puede recurrir la Comisión para seguir avanzando. Que la Comisión parta de la hipótesis de que pueden perpetrarse crímenes, y de que la comunidad internacional quizá tiene necesidad de reconocer que pueden ser cometidos por Estados, y que elabore en consecuencia los procedimientos que la comunidad internacional debería observar en ese caso. Pero que no cree una situación por la que se llegue al desmantelamiento del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en nombre de una ilusión práctica.

11. El Sr. PELLET desea hacer una aclaración antes de abordar el tema y reconoce que quizás se equivocó (ibíd.) al seguir el ejemplo del Relator Especial en lo concerniente a la propuesta austriaca, ya que el debate ha girado en torno a interpretaciones «auténticas» de esa propuesta. Sin embargo, opina que más allá de las propuestas de un país determinado, por respetables que sean, lo que cuenta es lo que la Comisión quiere hacer. Desearía que la Comisión reflexionara sobre la posibilidad de elaborar dos instrumentos: por una parte, una declaración de principios, a la vez solemne y breve, que enunciase los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad de los Estados, y, por otra parte, una guía de la práctica o, como propuso el Sr. Lukashuk (ibíd.), un código, mucho más completo y que entrase en el detalle de las normas, algo que ciertamente necesitan los Estados. La forma, convencional o no, que podría revestir cada uno de esos dos instrumentos, que de cualquier manera serían proyectos de artículos acompañados de comentarios, no tiene por qué decidirse en el presente período de sesiones. En cambio, la Comisión debe pronunciarse urgentemente sobre la posible separación entre los principios por una parte y las normas por otra, ya que está en juego su método de trabajo.

12. Pasando al primer informe que se examina, el orador dice que éste es en realidad, a su modo ver, más un alegato que un informe, y la presentación que acaba de hacer el Relator Especial no ha hecho más que agravar su desazón. El Relator Especial quiere llegar a un resultado determinado y, a tal fin, muestra una tendencia muy neta a presentar todos los argumentos en un solo sentido y a pasar muy ligeramente sobre los demás. Esa técnica es hábil, pero su objetivo es claro y evidente: se trata de «matar el crimen» —no de extirparlo, lo que sería una tarea eminentemente noble— como concepto, de arrojarlo al pozo de la historia, rindiéndole naturalmente una gran cumplida reverencia. En opinión del orador, ello es un crimen contra el espíritu mismo del formidable proyecto concebido y elaborado, por desgracia solo parcialmente, por un antiguo Relator Especial, el Sr. Roberto Ago.

13. El informe no contiene solamente inexactitudes, y esto es lo que lo hace tan peligroso. En el párrafo 77, el Relator Especial dice que el concepto de responsabilidad «objetiva» es uno de los aspectos clave del proyecto de artículos. Ello es totalmente exacto, y ahí reside precisamente uno de los rasgos de ingenio del Sr. Ago, como ha reconocido el Relator Especial en otro debate, rasgo de ingenio consistente en disociar la responsabilidad del daño: «Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste» (art. 1)[5]. Es el reconocimiento palmario de que hay una licitud internacional, de que ésta es global, de que los Estados deben respetar el derecho internacional, aun cuando no respetándolo no menoscaben los intereses particulares de otro Estado y aun cuando una violación no perjudique necesariamente de forma directa a otro sujeto de derecho internacional. Ello es así porque existe una sociedad internacional fundada en el derecho, una sociedad y no una anarquía.

14. Desgraciadamente, el Relator Especial hace a continuación una afirmación totalmente errónea, a juicio del Sr. Pellet, cuando dice que ese concepto de responsabili-

[5] Véanse los comentarios a los artículos 1 a 6 en *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 176 y ss., doc. A/9010/Rev.1.

dad «objetiva» es más discutible en materia de crímenes internacionales que de delitos internacionales. Sin embargo, es precisamente en materia de crímenes que el carácter «objetivo» de la responsabilidad es más aparente, ya que en ese caso se trata de proteger los intereses generales y «objetivos» de la comunidad internacional en su conjunto. Por supuesto, la sociedad internacional está infinitamente menos integrada y es infinitamente menos solidaria que las sociedades internas, pero lo cierto es que existe una sociedad de Estados, lo que se traduce en la existencia de un mínimo de normas inviolables cuya existencia ha sido reconocida, aun tímidamente, por la Convención de Viena de 1969 y cuyo respeto es cosa de todos, ya que su violación pone en peligro no sólo al Estado que es víctima de ella, sino también a toda la comunidad internacional. No es siquiera necesario, tratándose de la violación de esas normas, que un Estado sea víctima de tal violación. Esas normas pueden proteger a la población del Estado que las viola contra éste, como lo demuestra, por ejemplo, la prohibición del genocidio y el *apartheid*. Esas obligaciones fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto incumben a cada uno de sus miembros y son tan esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de esa comunidad que su violación es intolerable y no puede ser asimilada a la violación, por ejemplo, de un acuerdo sobre el comercio de agrios o el tráfico aéreo. Sin embargo, el Relator Especial, al pretender eliminar esta distinción en el proyecto de artículos, lo pone todo al mismo nivel.

15. Si lo que plantea problemas es el término «crimen», el orador no se opone a que sea sustituido por otro, pero el Relator Especial sabe muy bien que de ese modo corre el riesgo de no alcanzar su objetivo. Por eso en una de las partes menos convincentes de su «alegato», en los párrafos 76 a 82, sumamente flojos desde el punto de vista del razonamiento intelectual, critica las otras soluciones propuestas. Ahora bien, en opinión del orador, es perfectamente posible no mencionar lo que hoy se llama «crimen» o encontrarle otro nombre. Conviene reconocer a este respecto que la habilidad y perspicacia del Sr. Ago han sido cogidas en falta ya que los términos «crimen» y «delito» tienen ambos una connotación penalista que debe admitirse que desentona en la esfera internacional. El derecho por el que se rigen las relaciones entre los Estados, en efecto, no es el terreno del derecho penal, ni es partidario el orador de que llegue a serlo. Es por otra parte en esa connotación penalista en la que el Relator Especial apoya toda su demostración, aun cuando mencione de mala gana, sin hacerla suya, la idea que el orador cree profundamente exacta, a saber, que la responsabilidad internacional no es ni civil ni penal sino *sui generis*.

16. El Relator Especial parte en realidad de una idea preconcebida del concepto de «crimen» y de la definición de ese concepto. Parece querer condenar a la Comisión a transponer en la esfera internacional la definición de crimen que da el derecho interno. Prueba de ello son las cinco increíbles condiciones que enumera y que, en su opinión, serían necesarias para criminalizar la responsabilidad del Estado. Afirma que para poder hablar de crimen en derecho internacional es preciso que el crimen sea de todo punto idéntico a lo que se conoce con ese nombre en derecho interno. Sin embargo, la sociedad internacional es diferente de las sociedades nacionales. Existen desde luego semejanzas, y hay que reconocer que el concepto de crimen es prueba de ello, pero eso no autoriza a establecer *a priori* una definición del crimen idéntica a la del derecho interno. En derecho, las palabras tienen el sentido que les atribuye el sistema jurídico al que pertenecen y las definiciones son normativas. Si lo que molesta a la mayoría de los miembros de la Comisión es el término, es muy posible sustituirlo por otra expresión, por ejemplo «violación de una norma de importancia esencial para la comunidad internacional en su conjunto». Sin embargo, para el orador el problema de los términos empleados no tiene ninguna importancia. Cabe, de ser necesario, suprimir el término «crimen», pero no se puede excluir el concepto mismo, salvo que se acepte dar un enorme paso atrás. Pero lo que quiere el Relator Especial, al deshacerse de la palabra, es deshacerse de lo que designa, aun cuando sabe muy bien, y lo reconoce en varios sitios, que un genocidio no puede compararse ni por sus consecuencias ni por su definición a la violación de un tratado de comercio.

17. En opinión del orador, la Comisión no tiene que dejarse intimidar ni impresionar por las oposiciones ruidosas y llamativas, pero raras, que se han manifestado contra el concepto de crimen. Según la lista elaborada muy honradamente en el párrafo 52 del informe, sólo algunos Estados, sin duda poderosos, se han declarado opuestos a ese concepto. Pero no figuran en esa lista la mayoría de los que mejor se prestan a ser víctimas de crímenes, los que no hace mucho aplaudieron el avance considerable que supuso la consagración del *jus cogens*, a saber, fundamentalmente los Estados del tercer mundo y los que a la sazón se denominaban países del Este. No figuran en la lista, bien porque no poseen los medios para estar en ella, bien porque se sienten intimidados por la ofensiva lanzada por los países más grandes y más ricos contra el concepto de crimen y, por esa vía, contra el concepto de *jus cogens*. La función de la Comisión, sin embargo, no es dar gusto a un grupito de Estados, por poderosos que sean, sino más bien poner de manifiesto el espíritu de las normas jurídicas y deducir las consecuencias correspondientes por medio del desarrollo progresivo del derecho internacional. Es lo que hizo el proyecto del antiguo Relator Especial, Sr. Ago, y sería desastroso volver sobre lo que no hace tanto tiempo, como recuerda el Relator Especial, se consideraba casi unánimemente, en todo caso en el Este y en el Sur, como un avance fundamental del derecho internacional y como un acervo común. Los miembros de la Comisión no deben deshacer lo que hicieron sus predecesores, en aras de un planteamiento coherente del derecho internacional, y deben aceptar los conceptos de *jus cogens* y de crimen, que son el signo de la existencia de una solidaridad real entre los miembros de la comunidad internacional.

18. El orador pasa seguidamente a examinar algunos aspectos más precisos en los que ha insistido el Relator Especial: el hecho de que, a juicio de éste, el concepto de crimen no tiene carácter operacional, la endeblez de las consecuencias jurídicas propias de los crímenes, los riesgos que presentaría la criminalización de la sociedad internacional y las relaciones entre el concepto de crimen y el de obligaciones *erga omnes* y de *jus cogens*.

19. Por lo que respecta a la primera cuestión, el Relator Especial subraya que el concepto de crimen no se ha utilizado nunca desde que fue consagrado en el artículo 19. En opinión del orador, esto no es totalmente exacto: en el

asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ ha reconocido (véase pág. 616, párr. 32) que la responsabilidad del Estado mismo podía resultar de toda violación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, incluida, por consiguiente, la comisión por el Estado del crimen de genocidio. Mas, sobre todo, con el crimen ocurre igual que con el *jus cogens*, a saber: se trata de conceptos destinados a existir pero no a ser utilizados. En efecto, desde la adopción de la Convención de Viena de 1969, e incluso desde principios del decenio de 1960, cuando se incluyó en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados el concepto de normas imperativas, ese concepto prácticamente no se ha utilizado nunca en un caso concreto. Ello se debe fundamentalmente al hecho de que en una sociedad muy poco integrada, como la sociedad internacional, tanto las normas de *jus cogens* como los crímenes son inevitablemente muy poco numerosos. Son la manifestación de un sentimiento comunitario aún muy incipiente. Lo cual no quiere decir que no existan algunas normas imperativas, del mismo modo que existen algunas violaciones del derecho internacional que son especialmente intolerables porque afectan a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto. Pero, a este respecto, el que sean poco numerosos no justifica que se descuiden esos casos de crímenes o de *jus cogens*, ya que esos conceptos son el porvenir del derecho internacional, la promesa de una sociedad en la que las solidaridades van reforzándose, y sería desastroso que la Comisión pusiera freno a esa lenta progresión.

20. En segundo lugar, esos conceptos tienen carácter «disuasivo» y, al igual que el arma nuclear, no están destinados a ser utilizados, lo que evidentemente no es razón suficiente para desinteresarse de ellos. Es preciso que los Estados sepan que si violan una obligación internacional esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, realizan un hecho más grave que cuando violan un simple tratado de comercio o de asistencia financiera y que las consecuencias serán también más graves. Sin embargo, el Relator Especial propone que la Comisión no se ocupe de esto, lo que ciertamente no contribuirá a reforzar esa indispensable función disuasiva.

21. En lo que concierne a la segunda cuestión, el Relator Especial ironiza acerca de la distinción entre crímenes y delitos refiriéndose a los artículos 51 a 53 del proyecto que se examina. El orador reconoce que, a este respecto, está en gran parte de acuerdo con el Relator Especial, y opina que el texto de esos tres artículos se sitúa al borde del ridículo, aunque no suscribe la interpretación que hace el Relator Especial del apartado *a* del artículo 53: en el supuesto de un crimen, la obligación de no reconocer como lícita la situación creada por un hecho ilícito se impone a todos los Estados, incluida la víctima directa. Así, la víctima de una agresión no puede reconocer ésta como lícita, a diferencia de la víctima de la violación de un tratado de comercio. Se trata de una diferencia fundamental puesto que refleja la existencia de violaciones, que el proyecto denomina «crímenes», a las que la víctima no puede dar su aquiescencia. Por el contrario, en el caso de los delitos, sólo los terceros Estados tienen prohibido reconocer como lícita la situación creada por el hecho ilícito, y esto demuestra hasta qué punto la segunda parte del proyecto de artículos, y en particular los artículos 51 a 53, está redactada de un modo desastroso, porque no contiene las distinciones que habrían debido figurar en ella. Esa enorme carencia se explica por dos razones, la primera de las cuales resulta del método seguido por la Comisión a instigación de su precedente Relator Especial, quien la incitó a codificar primero, de manera indiferenciada, las consecuencias de los delitos y las de los crímenes, invitándola después, una vez hecho así el daño, a ocuparse de las consecuencias propias del crimen. Era ya demasiado tarde, porque parte de las consecuencias que hubieran debido quedar reservadas a los crímenes habían sido previstas para el caso de los simples delitos. De esta manera, las disposiciones relativas a las contramedidas, por ejemplo, son aceptables cuando se trata de reaccionar frente a un crimen, pero definen un régimen infinitamente demasiado laxista, y totalmente favorable a los Estados más poderosos, cuando se trata de responder a simples delitos. La enseñanza que debe deducirse no es, como desearía el Relator Especial, que haya que renunciar a interesarse por las consecuencias de los crímenes, sino que habrá que tener presente siempre la distinción entre crímenes y delitos al abordar la segunda lectura, con objeto de diferenciar sistemáticamente las consecuencias de los crímenes de las consecuencias de los delitos, y evitar incluir al final, como ha hecho la Comisión en primera lectura, la distinción entre unos y otros.

22. La segunda razón por la cual los artículos 51 a 53 parecen tan decepcionantes es que la Comisión ha descuidado las consecuencias fundamentales del concepto de crimen. Por ejemplo, el Relator Especial afirma que el concepto de indemnización punitiva no existe en derecho internacional. El párrafo 2 del artículo 45 del presente proyecto tiende más bien a demostrar lo contrario. Otro ejemplo es el que se desprende de lo que cabe denominar la «transparencia» del Estado en caso de crimen, es decir, el fenómeno por el cual los responsables de un gobierno pueden ser llevados ante jurisdicciones penales internacionales. Los condenados de Nuremberg probablemente no habían matado nunca a nadie con sus manos y los hechos que se les reprochaban habían sido cometidos en nombre del Estado. En tal caso, el individuo normalmente está protegido por la inmunidad del Estado. Pero, como en Nuremberg, esta inmunidad deja de tener valor cuando las violaciones cometidas por el Estado y en su nombre son tan graves que producen el efecto de hacer responsables tanto al Estado como al individuo a través del que actúa. Un funcionario o un jefe de Estado que viole un tratado de comercio no está expuesto a ese tipo de consecuencias.

23. En lo que se refiere a la tercera cuestión, es decir, la «criminalización» de la responsabilidad de los Estados, examinada en los párrafos 83 y siguientes del informe, parece que el Relator Especial confunde dos cosas: cuando un crimen es cometido por un Estado, los gobernantes ciertamente son tenidos por responsables penalmente, pero ello no significa que la responsabilidad del Estado mismo sea penal, en el sentido que el Relator Especial atribuye a ese término. Ello significa más bien, también en este caso, que el Estado se vuelve «transparente» y que se puede perseguir directamente a sus dirigentes. El asunto *Fiscal* c. *Tihomir Blaskic*[6], ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, viene a ilustrar

[6] Véase 2532.ª sesión, nota 21.

ese supuesto: la Sala de Apelaciones resolvió muy claramente que el Tribunal no podía dirigir requerimientos *sub poena* a los Estados, porque la responsabilidad internacional de éstos no es una responsabilidad penal.

24. Así pues, hay que guardarse de asimilar las diversas formas de responsabilidad que conoce el derecho interno y la responsabilidad en la esfera internacional y, en particular, de transponer en esa esfera la distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal que caracteriza al derecho interno. La responsabilidad internacional del Estado no es ni civil ni penal, sino simplemente internacional. El Relator Especial, por su parte, parece partir de una idea preconcebida de crimen, fundamentalmente inspirada en el derecho interno. Ahora bien, hablar del «crimen» internacional de un Estado no quiere decir que se va a meter en la cárcel a ese Estado. Nuevamente, se trata de una mera cuestión terminológica, y basta con cambiar de vocablo. El Relator Especial no parece que quiera hacerlo porque, por una parte, su demostración se haría más quebradiza y porque, por otra parte, la conclusión a que llega es el resultado de un razonamiento fundado en el término «crimen», con la fuerte connotación penal que lleva aparejada en el derecho interno. Se podría sustituir ese término por la expresión ya propuesta, o bien incluso hablar de violación de una norma de *jus cogens*, puesto que de esto es de lo que se trata.

25. En lo que concierne a la última cuestión, la de las relaciones entre el concepto de crimen y los de obligaciones *erga omnes* y normas de *jus cogens*, el orador comprueba que el Relator Especial propone en sustancia que se olvide el concepto de crimen para interesarse por algo más anodino que no moleste a nadie, la violación de obligaciones *erga omnes*. Un crimen consiste necesariamente en la violación de una obligación *erga omnes*, pero tiene que tratarse de una obligación de importancia esencial para la comunidad internacional en su conjunto, lo que no es el caso de todas las obligaciones *erga omnes*. Por el contrario, lo que tiene en mente el Sr. Pellet se parece mucho más a un concepto próximo al de *jus cogens* que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 define como «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario». Esta definición es muy parecida a la definición de crimen que figura en el párrafo 2 del artículo 19 del proyecto.

26. Ello no ha pasado desapercibido para el Relator Especial, que se esfuerza por desembarazarse del problema de varias maneras. En primer lugar, hace hincapié en la cuestión de las obligaciones *erga omnes*; después, menciona de cuando en cuando, de pasada, la cuestión de la violación de las normas imperativas, que prácticamente asimila a normas *erga omnes*, por ejemplo en el párrafo 81 del informe; por último, al olvidar en su conclusión del párrafo 95 el *jus cogens* para acordarse sólo de las obligaciones *erga omnes*. En efecto, interesarse demasiado por la violación del *jus cogens* equivaldría simplemente a volver al crimen, es decir, según la definición enunciada en el párrafo 2 del artículo 19, a la violación de una obligación «esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional [...] en su conjunto». Sería igualmente posible, por otra parte, hablar de violaciones de normas imperativas del derecho internacional general.

27. Como no se puede volver sobre este considerable avance del pensamiento internacionalista que es el *jus cogens*, se ataca al crimen. El orador esperaba al contrario que con ocasión del análisis de la responsabilidad de los Estados la Comisión profundizaría otro aspecto de la paciente construcción por el derecho internacional de una frágil comunidad internacional a la que el concepto de crimen, como el de *jus cogens*, puede aportar ese elemento moralizador que le es indispensable.

28. Para terminar, justifica su larga intervención por la necesidad de contrabalancear un informe redactado con talento pero que le parece desequilibrado, puesto que sólo presenta una cara del problema esencial sobre el que versa y necesitaba, por ello, un contrapeso. Espera que el Relator Especial tendrá en cuenta unas observaciones inspiradas por la importancia misma del tema y que la Comisión no se escudará en un conservadurismo timorato y servil.

29. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) comprueba que el Sr. Pellet defiende aparentemente unos argumentos contrarios a los suyos. Corresponde decidir, pues, a la Comisión, lo que plantea la cuestión de la función del Relator Especial: los trabajos han llegado a la segunda lectura y si la Comisión, haciendo suyas las opiniones del Sr. Pellet, quiere disponer de un régimen completo aplicable a los crímenes en el marco del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, el Relator Especial se plegará a lo que decida, pero en tal caso la Comisión deberá pensar en las consecuencias que tendrá esa decisión para el calendario.

30. En realidad, y pese a las apariencias, el Sr. Pellet y el Relator Especial están de acuerdo sobre varios puntos: en primer lugar, todo lo que en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados hace referencia a los crímenes de Estado está redactado efectivamente de manera desastrosa, como ha dicho el Sr. Pellet, y ello después de 49 sesiones del Comité de Redacción; en segundo lugar, el derecho internacional no se limita a las relaciones bilaterales de responsabilidad; por último, el proyecto de artículos debe enunciar de forma más sistemática las consecuencias tanto de las violaciones de las normas de *jus cogens* como de las violaciones de las obligaciones *erga omnes*.

31. La diferencia de opiniones fundamental estriba en que el Sr. Pellet desea introducir en el proyecto de artículos sobre el derecho general de obligaciones una nueva distinción entre los actos «graves» y los demás actos. Intenta en realidad deslindar cuatro o quizás cinco normas de derecho internacional que califica de «serias» y trivializar todas las demás. De ese modo, habla de «simples» obligaciones bilaterales. Sin embargo, piénsese en la situación del Estado para el cual esas obligaciones bilaterales no son «simples» sino vitales, por ejemplo porque su subsistencia depende de un río que comparte con un Estado vecino.

32. No se puede proceder a una clasificación tan estricta y, aunque fuera posible, tendría que ser objeto de un análisis separado, es decir, habría que buscar una definición separada del crimen —lo que no se ha hecho nunca— sin por ello demoler el derecho general de la responsabilidad. No hay que minimizar la experiencia adquirida en el orden interno, ya que, en materia de delito, no hay otra

cosa. Además, cada vez que se intenta introducir el concepto de delito en la esfera internacional, como está ocurriendo, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea en el que se imponen multas a Estados, las consecuencias parecen rebasar el derecho ordinario de obligaciones. El concepto de crimen internacional tiene connotaciones particulares, y ese fenómeno no se evitará con un mero cambio de vocablo.

33. Así pues, propone a la Comisión que se proceda a un debate general y se adopte una decisión inequívoca. Por su parte, no niega el concepto de obligación multilateral sino que, por el contrario, trata de hacerlo operativo. No descarta tampoco la posibilidad de que existan crímenes de Estado, sino que se esfuerza por dejar abierta esa posibilidad para el futuro. En su opinión, el camino que aconseja seguir a la Comisión es el mejor.

34. El Sr. FERRARI BRAVO se declara profundamente convencido de que el concepto de crimen de Estado empieza realmente a formarse. El defecto principal del planteamiento adoptado hasta ahora por la Comisión es que convierte la agresión en el ejemplo fundamental de ese tipo de delito. Con ese planteamiento, la Comisión ha tomado un camino equivocado, ya que la agresión no puede definirse en el marco del proyecto de artículos que se examina por la simple razón de que aparece en su caso una entidad externa a los Estados implicados: el Consejo de Seguridad. Había en cambio otros crímenes de Estado a los cuales se aplicaba la idea de obligación fundamental y que se podía vincular al concepto de *jus cogens*. En líneas generales se puede decir que hay crimen internacional cuando queda abierta la vía de la acción popular. Si un país puede intervenir sin haber sufrido directamente daños, caso de la acción popular, en este campo empieza a constituirse, de forma muy insegura, muy embrionaria, el concepto de «crimen».

35. La CIJ es consciente de ello, como demuestran dos fallos y la opinión consultiva relativa al asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* que dictó en 1996 y a las que el orador se remite para corroborar sus palabras. Así, la sentencia dictada en el asunto relativo a la *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* contiene reflexiones que conciernen al concepto de crimen de Estado, en especial en la declaración particular del Sr. Oda (véanse págs. 625 y ss.). En efecto, el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio preveía la existencia de una corte penal internacional y, al no existir ésta, se ha producido una considerable ampliación de esa disposición. La CIJ se encontró en una posición muy incómoda ya que no podía no hacer nada y terminó por declararse competente. En el asunto *Plates-formes pétrolières (République Islamique de l'Iran* c. *États-Unis d'Amérique)*[7], la Corte también se declaró competente para interpretar un artículo aplicable a relaciones comerciales en el marco de un asunto relativo al uso de la fuerza. Se ve así como, incluso en la CIJ, se amplían ciertas cláusulas convencionales. Algunos tratados contienen disposiciones que presuponen una estructura determinada de la comunidad internacional. Esa estructura puede no existir o haber cambiado, pero las cláusulas no dejan por ello de surtir efectos que no habían sido previstos en la época en que se concertaron. Conviene, pues, reflexionar sobre esa evolución reciente de la jurisprudencia de la CIJ para comprender mejor lo que está ocurriendo en la esfera del derecho del crimen internacional.

36. En su opinión, es preciso establecer una distinción entre el crimen de Estado, por una parte, y los actos criminales cometidos por los gobiernos, que en cierto modo guardan relación con la responsabilidad del Estado, por otra.

37. Recuerda que la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional se celebrará en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, a fin de concluir y adoptar una convención sobre el establecimiento de una corte penal internacional[8]. A pesar de los retrasos sufridos en la codificación del derecho internacional de la responsabilidad, aconseja esperar a que se conozca la posición que adoptarán los Estados en la Conferencia. Por su parte, desearía que se proclamase la existencia de los crímenes internacionales. Codificar la materia sin mencionar siquiera esta figura jurídica significaría dar un paso atrás y, quizás, prestarse a la acusación de ceguera ante la evolución de la vida internacional contemporánea.

38. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que la Comisión, «tomada como rehén» entre los alegatos de dos abogados, debe aprovechar esta situación para convertir la codificación del derecho de la responsabilidad en «asunto» suyo, aunque efectúa ese trabajo a petición de los Estados y para ellos.

39. Por lo que respecta a la forma de los instrumentos que han de elaborarse, está dispuesto a adherirse a la propuesta que ha hecho el Sr. Pellet de una declaración de principios seguida de un código. En cuanto a la cuestión de la autoridad que tendrían esos dos instrumentos, conviene dejarla pendiente, en el entendido sin embargo de que deberá tratarse de derecho y no de no derecho.

40. En lo que se refiere al problema de los crímenes, habría que encontrar un equilibrio en torno a los conceptos de soberanía, por una parte, y solidaridad, por otra, aunque sin perder de vista al Estado en la construcción prevista. Apoya en general las ideas expuestas por el Sr. Pellet y subraya que, más allá de los presupuestos conceptuales, la Comisión deberá examinar tal vez las implicaciones estructurales, normativas e institucionales y velar por preservar todo lo conseguido.

41. El Sr. ECONOMIDES expresa de una manera general su asombro y su decepción ante la recomendación final del Relator Especial, en la que aprecia una regresión, contraria además al espíritu de síntesis y de transacción que caracteriza a la Comisión. Con respecto a la exposición del Sr. Pellet, de la que aprueba esencialmente el contenido, sólo tiene una objeción que formular, al estimar que sería equivocado abandonar la distinción entre crímenes y delitos porque, por una parte, el término mismo de «crimen» tiene una fuerza de disuasión nada desdeñable y porque, por otra, ambos términos han entrado en la con-

[7] Excepción preliminar, fallo, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 803.

[8] Resolución 52/160 de la Asamblea General.

ciencia general y pertenecen al patrimonio del derecho internacional y de la responsabilidad internacional.

42. En esta última esfera, en efecto, se asiste desde hace unos 30 años a una doble evolución. En primer lugar, hay una tendencia, con respecto a las violaciones más graves que conciernen a la comunidad internacional en su conjunto, a superar la estricta relación bilateral tradicional entre el Estado autor y el Estado víctima, la cual tiende a quebrarse en beneficio de una relación bilateral en la que el Estado víctima ya no está solo sino que se beneficia de la solidaridad de todos los Estados de la comunidad internacional. En segundo lugar, con respecto a las mismas infracciones muy graves, hay una tendencia a dejar de considerar la reparación como la consecuencia exclusiva de la responsabilidad y a agregarle otras medidas, incluso sanciones, para obligar al Estado culpable a renunciar a su comportamiento ilícito.

43. El objetivo de esa doble evolución, que la CIJ reconoció en 1970 en el asunto *Barcelona Traction*, era, sobre la base de la institución de la responsabilidad internacional, el de desarrollar y consolidar el concepto de orden público internacional en interés de toda la comunidad de los Estados. En el 28.º período de sesiones, en 1976, el Relator Especial, Sr. Ago, tuvo el talento de proponer el artículo 19 de la primera parte en el que se establece la distinción entre crímenes y delitos, y la Comisión, como se indica en el párrafo 56 del comentario a dicho artículo, lo aprobó por unanimidad en primera lectura. Esta disposición, que correspondía entonces a la esfera de desarrollo progresivo del derecho, descansaba con todo sobre bases sólidas, fundamentalmente de dos clases.

44. Fue ante todo la propia Carta de las Naciones Unidas, y más particularmente su Capítulo VII, la que quebró solemnemente la relación bilateral clásica del derecho de la responsabilidad y su tradición de unidad al autorizar al Consejo de Seguridad a aplicar, en nombre de la comunidad internacional en su conjunto, medidas preventivas y represivas de carácter colectivo —incluido el empleo de la fuerza armada— contra el Estado que hubiera amenazado o violado la paz o cometido un acto de agresión. La seguridad colectiva, uno de los ejes fundamentales del orden internacional contemporáneo, reúne indiscutiblemente todas las condiciones de un régimen particular de responsabilidad aplicable a los Estados que violan gravemente la paz y la seguridad internacionales; sería inconcebible que el proyecto de la Comisión no lo tuviese en cuenta, tanto más cuanto que el Capítulo VII de la Carta se aplica cada vez más a actos distintos de la agresión que, a juicio del Consejo, amenazan la paz y la seguridad internacionales. En segundo lugar, son las normas imperativas o de *jus cogens* las que constituyen la base del artículo 19 de la primera parte. Como se dice en el párrafo 62 del comentario al artículo, existe una relación muy estrecha entre el concepto de normas imperativas y el de crímenes internacionales. Algunos autores, por otra parte, establecen una paralelismo entre la nulidad de las estipulaciones contrarias a las normas de *jus cogens* en la esfera del derecho de los tratados y la inoponibilidad a los demás Estados de una renuncia a su poder de sanción por el Estado víctima de un crimen internacional en la esfera de la responsabilidad de los Estados. En el párrafo 65 de su primer informe, el Relator Especial llega por otra parte a la conclusión de que existe una jerarquía normativa y que algunas normas presentan una diferencia de clase, y de que tal diferencia debería tener consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los Estados; sin embargo, por razones que no son muy convincentes, opta por no atribuir efecto a esa conclusión.

45. Así pues, en opinión del orador, es evidente que en la actualidad, por motivos fundados en la justicia y la defensa del orden público internacional, la distinción entre crímenes y delitos es un imperativo de la justicia más elemental, ya que es inconcebible, como dijo Aristóteles, tratar igualmente dos cosas fundamentalmente desiguales, en el presente caso violaciones benignas y los crímenes más graves.

46. Refiriéndose a observaciones más concretas, el orador deplora ante todo que el Relator Especial, tras haber comprobado que las consecuencias del crimen internacional previstas en el proyecto son harto limitadas, no proponga ampliarlas para lograr que sean más aceptables. Es obvio que la Comisión debe ser realista y abstenerse, en el proyecto, de criminalizar al Estado. No por ello es menos cierto que el actual artículo 19 le permitiría hacer avanzar ligeramente las consecuencias, sin duda modestas pero no desdeñables, previstas en el artículo 53 del proyecto.

47. En segundo lugar, aprueba en lo esencial las observaciones que hace el Relator Especial en los párrafos 49 y 50 de su informe acerca de los párrafos 2 y 3 del artículo 19. Como la agresión, la dominación colonial por la fuerza, el genocidio, la esclavitud, el *apartheid* son en sí mismos crímenes graves, no está justificado exigir una condición suplementaria de gravedad.

48. En tercer lugar, por lo que respecta al número de Estados que han formulado comentarios y observaciones sobre el proyecto, el orador estima, como el Relator Especial, que ese número no es representativo y que sin duda habrá que esperar aún mucho tiempo antes de poder basar argumentos en esos comentarios y observaciones.

49. Por último, estima criticable la elección que ha hecho el Relator Especial de dar primacía a las obligaciones *erga omnes* cuando existen en esta materia tres tipos de normas que forman en cierto modo círculos concéntricos: primeramente, el círculo inmenso de las obligaciones *erga omnes*, que corresponden a una idea muy general y producen efectos variables según la cuestión de derecho internacional de que se trate; en segundo lugar, el círculo más restringido de las normas de *jus cogens*; y, por último, el círculo muy reducido de las normas cuya violación constituye un crimen internacional. Desplazar el debate del terreno del crimen internacional, o incluso del de las violaciones de *jus cogens*, hacia el terreno más blando y más maleable de las violaciones de obligaciones *erga omnes* es una elección contraria a la eficacia.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2534.ª SESIÓN

Viernes 22 de mayo de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kateka, Sr. Kusuma Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Mikulka, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. SIMMA dice que, tras los intercambios de opinión sostenidos en la sesión anterior sobre la cuestión de los crímenes de los Estados, cualquier cosa que siga sólo podría calificarse de anticlímax. Lo que va a decir se dirige particularmente al Sr. Pellet, a quien considera la parte especialmente perjudicada, en el sentido del artículo 40 del proyecto (Significado de «Estado lesionado»), por lo que tiene que decir. Los fuegos artificiales de la sesión anterior no han acercado en nada la Comisión a una solución aceptable para todos y su declaración tiene por objeto contribuir a preparar el camino para esa solución.

2. El debate sobre los crímenes, tanto en el presente como en anteriores períodos de sesiones, ha sido bastante confuso. La Comisión tiene que aclararse sobre su propósito. ¿Está a favor o en contra de incorporar en el proyecto un régimen según el cual las violaciones particularmente graves del derecho internacional han de ir seguidas de las consecuencias jurídicas más graves? O ¿está, en cambio, simplemente defendiendo o criticando el método específico por el cual el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, y la Comisión, en encarnaciones anteriores, trataron de introducir esa diferenciación de responsabilidad? ¿Se opone la actual Comisión al principio o se opone al método por el que sus predecesoras siguieron ese principio?

3. Por su parte, está firmemente convencido de que el proyecto debe tener plena y específicamente en cuenta las violaciones particularmente graves. Pero también está convencido de que el método de los «crímenes de Estado» es defectuoso y debería descartarse, no sólo porque el orador no reconoce la inquietud en que se inspira, sino porque cree que la Comisión podría hacerlo mejor. No puede entender que la Comisión ignore la necesidad de normas de derecho internacional que consagren los intereses fundamentales de la comunidad internacional a estar dotada de un sistema de consecuencias jurídicas de una violación que esté a la altura de la función. Los miembros ciertamente coincidirán en que en lo que difieren es en la manera de alcanzar ese objetivo. Por tanto, los partidarios del concepto de «crímenes internacionales» deberían dar a los miembros que se oponen a él una buena oportunidad de demostrar que no propugnan una vuelta al bilateralismo sino que el objetivo común podría realizarse de una manera menos polémica y más serena. Señala incidentalmente que esa es precisamente la manera en que entiende el propósito del Relator Especial.

4. Ha hablado de una «buena oportunidad» de elaborar un planteamiento alternativo de la cuestión base del artículo 19 de la primera parte (Crímenes y delitos internacionales). A ese respecto, «no le divierte» ser calificado de «conservador servil» —es decir un observador frío no comprometido, incapaz o reacio a distinguir entre el incumplimiento de un acuerdo comercial y un caso de genocidio— simplemente porque se atreve a criticar el artículo 19, mientras que los partidarios del artículo 19 se reservan para ellos las etiquetas de «progresista» y «sensitivo moralmente». Está de cuerdo con el Sr. Pellet en que si la Comisión en el actual período de sesiones decidiera contentarse con una codificación de las normas estrictamente bilateralistas tradicionales sobre la responsabilidad de los Estados, ciertamente merecería llamarse «conservadora» en sentido peyorativo. Pero el orador confía o más bien está convencido de que la Comisión no elegirá ese camino.

5. Como el Sr. Pellet señaló acertadamente (2533.ª sesión), la Comisión del decenio de 1970 adoptó la medida verdaderamente revolucionaria de separar la responsabilidad de los Estados del antiguo ethos bilateralista, calificado por el Sr. Philip Allott de «ethos contrato-delito», que se condicionaba a los daños materiales. En vez de ello eligió un planteamiento objetivo que aproximó la responsabilidad de los Estados al sistema de orden público que se encuentra en el moderno derecho interno. La Comisión debe ahora adoptar la segunda medida que falta para aplicar la revolución conceptual iniciada por el antiguo Relator Especial, Sr. Roberto Ago, y adoptar esa medida precisamente donde es más necesaria, es decir, en respuesta a las violaciones de derecho internacional que constituyen delitos contra toda la comunidad internacional. A este respecto también está plenamente de acuerdo con el Relator Especial. No ve nada en el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/490 y Add.1 a 7) ni ha oído nada de la presentación oral que le haga sospechar

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

que el Relator Especial esté, en palabras del Sr. Pellet, «preparándose para no tratar la cuestión» de la responsabilidad diferenciada.

6. En efecto, el primer informe se centra en el desmantelamiento del concepto de «crímenes internacionales» y permite sólo unos pocos atisbos aislados de las posibles alternativas por las que el Relator Especial pretende encajar el interés de la comunidad en el sistema de la responsabilidad de los Estados. Si el Relator Especial hubiera sido un poco más expresivo a ese respecto, podría haberse ahorrado al menos parte de la furia del ataque del Sr. Pellet. Aquí también el orador piensa que el Sr. Pellet ha entendido mal al Relator Especial. Éste no se proponía limitar el proyecto de la Comisión a una codificación de la responsabilidad estrictamente bilateralista: las repetidas referencias a las obligaciones *erga omnes* disipan esa sospecha. A su entender, el significado del párrafo 95 del informe pide el trato separado del concepto de «crímenes internacionales» sólo si ese concepto se entiende que introduce una responsabilidad criminal auténtica de los Estados. El orador no lo entiende como un anuncio de que la cuestión de política que subyace al texto del artículo 19 no se tendrá en cuenta en el futuro trabajo del Relator Especial. Si estuviera equivocado al respecto, agradecería que el Relator Especial le corrigiera de la manera más rápida y tajante posible.

7. Es inadmisible denunciar a los críticos del texto del artículo 19 como adversarios por ello de elaborar un sistema de responsabilidad diferenciada. Su propia crítica podría ser sumamente breve, primero: porque ha escrito sobre el artículo 19 en diversas ocasiones a lo largo de los años y no quiere repetirse; segundo, porque la «desinterpretación» de ese texto por el Relator Especial ha sido completa y merecidamente devastadora.

8. El Sr. Pellet dijo (2533.ª sesión) que la terminología no importaba. Desgraciadamente eso no es cierto. La terminología importa mucho, especialmente en derecho, y si el orador tuviera que seleccionar un ejemplo de cómo una idea laudable puede estropearse por una elección desacertada de la terminología, el artículo 19 sería su lógica elección. La terminología usada en el artículo ha infectado el debate con gran confusión, que, incidentalmente, ya estuvo presente en el comentario al artículo[4], y ha empeorado desde entonces. Se utilizan referencias a la responsabilidad criminal internacional de los individuos para dar fundamento a los «crímenes de Estado» y así sucesivamente. Lo cierto es, naturalmente, que la responsabilidad de los Estados es *sui generis*, modelada para dar cabida a las relaciones entre iguales soberanos. A causa de esa estructura, en tanto que la responsabilidad de los Estados puede tener cierta similitud con el derecho interno de los actos ilícitos civiles, es inaceptable trazar analogías con el derecho penal interno en la esfera de la responsabilidad de los Estados o incluso adoptar conceptos de ese derecho. Y hablar de una responsabilidad criminal *sui generis* de los Estados sólo contribuiría a aumentar la confusión.

9. Se ha hecho referencia a las indemnizaciones de guerra. Sin embargo, al margen de los contextos propagandísticos y polémicos, esas indemnizaciones siempre se han considerado consecuencias *sui generis*. En segundo lugar, se ha hecho referencia también a la denominada «indemnización punitiva». Pero tras el término se oculta también la confusión por el hecho de que, por ejemplo, en los Estados Unidos de América puede reclamarse indemnización triple en las demandas por actos ilícitos civiles, lo que no convierte el ejercicio de esas acciones en procedimientos penales. En tercer lugar, se ha hecho referencia a las sanciones previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero en ese Capítulo nada obliga a suponer que nos encontremos ante elementos de derecho penal en ese contexto. Lo que se encuentra es la posibilidad de coacción al servicio de la seguridad colectiva. Esto es también realmente algo *sui generis*, y no tiene nada que ver con la responsabilidad penal. Esos diversos fenómenos no deberían encajarse en el marco rígido conceptual de «crímenes de Estado».

10. Como ha demostrado nada menos que la Sra. Marina Spinedi, cuya contribución a la génesis del artículo 19 es bien conocida por los iniciados, el término «crímenes de Estado» lo crearon sobre todo algunos autores soviéticos del período posterior a la segunda guerra mundial con el evidente propósito de dar justificación legal a las medidas adoptadas contra la Alemania nazi en Yalta y Potsdam. Una lectura del comentario al artículo 19 revela que algunos ingredientes de Potsdam y Nuremberg se han agitado hasta convertirlos en un brebaje indigerible cargado políticamente. Esa mezcolanza al parecer seguía teniendo atractivo en el decenio de 1970. Pero la actual Comisión no debería cargar su labor futura con restos de lo considerado políticamente correcto durante la guerra fría.

11. Cabría hacer algunas observaciones sobre lo que podría ser un régimen adecuado de responsabilidad de los Estados por violaciones de obligaciones fundamentales en interés de la comunidad. El reconocimiento de la existencia de ese derecho internacional en interés de la comunidad ha encontrado triple expresión en la filosofía jurídica moderna: primero, en la aceptación del *jus cogens*, como límite a la libertad de los Estados para autoexcluirse entre ellos de cualquier norma, aunque, como han señalado el Sr. Economides y otros (ibíd.), el *jus cogens* tenía un ámbito más amplio que el actualmente incorporado en el derecho de los tratados; segundo, en la aparición del concepto de obligaciones *erga omnes* que, según la jurisprudencia en el asunto *Barcelona Traction*, conciernen a todos los Estados, ya que todos los Estados tienen interés jurídico en su protección; y tercero, en la teoría de los crímenes de Estado, que debería descartarse. Lo importante es que todas estas doctrinas tienen la misma base, a saber: ciertas normas de derecho internacional consagran valores que no están, o ya no están, a disposición de los distintos Estados *inter se*; y que algunas obligaciones de derecho internacional que protegen intereses fundamentales de la comunidad internacional deben «fortalecerse» más que otras. La actitud de la Comisión en cuanto a tomar debidamente en cuenta ese interés de la comunidad en la responsabilidad de los Estados debería partir de ese núcleo, e instrumentalizar dos de las tres evoluciones doctrinales que han obtenido aceptación amplia, si no universal, a saber: el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*. A propósito, un examen detenido de los argumentos invocados en apoyo del artículo 19 revela constantes referencias al *jus cogens* y a las obligaciones *erga omnes*, combinados de manera que tratan de hacer que el concepto de

[4] Véase 2532.ª sesión, nota 17.

crímenes internacionales parezca una especie de consecuencia lógica y necesaria del reconocimiento del *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes*, algo que claramente no es así.

12. Al hacerse hincapié en el *jus cogens* y en las obligaciones *erga omnes* como base conceptual de un sistema de responsabilidad diferenciada, el orador se ha aproximado mucho a las opiniones del Sr. Pellet. Está de acuerdo con el Sr. Pellet en que la preocupación base del artículo 19 no puede ser atendida por la Comisión fundándose en el concepto de las obligaciones *erga omnes* solamente. Deben tenerse en consideración dos elementos: primero, el elemento del «alcance» *erga omnes* de una obligación; pero, en segundo lugar, el elemento de la importancia esencial de esa obligación para la protección de los intereses de la comunidad. El concepto de obligaciones *erga omnes*, por sí solo, como sucede en el primer informe del Relator Especial, no recoge adecuadamente ambos elementos. El orador admite que la relación entre los conceptos que está utilizando no es totalmente clara, pero la mayoría de los autores están de acuerdo en que el alcance de las obligaciones *erga omnes* es más amplio que el de *jus cogens*. Es decir, puede haber una obligación *erga omnes* que no dimane de una norma imperativa de derecho internacional. Por ejemplo, las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de respetar y proteger los derechos humanos constituyen obligaciones *erga omnes*, pero cabe ciertamente asumir que la totalidad de esas normas no constituyen *jus cogens*.

13. El orador trazaría también una distinción entre derecho internacional consuetudinario general en cuanto tal y las obligaciones *erga omnes*, difiriendo en esto con el Sr. Economides, quien dijo (ibíd.) que el derecho internacional consuetudinario general era *erga omnes*. A su juicio, eso es cierto en los libros de texto, pero en la práctica, ese derecho se aplica a Estados específicos, y un Estado debe su obligación, por ejemplo, al Estado con el que comparte una frontera o al Estado que ha enviado un diplomático a su territorio.

14. Naturalmente también hay que tener presente que sólo violaciones particularmente graves de obligaciones *juris cogentis* y *erga omnes* merecerían «tratamiento especial» en la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. El Sr. Pellet tiene razón a ese respecto y hay abundante bibliografía sobre esos conceptos. Como el Sr. Pellet, el orador considera que la forma utilizada en el párrafo 2 del artículo 19 denota obligaciones internacionales debidas a la comunidad internacional como buen punto de partida para un nuevo concepto que sustituya al de crímenes.

15. Uno de los más importantes terrenos de ensayo para el nuevo concepto sería lo que es actualmente el artículo 40 del proyecto. En su forma actual, el artículo enuncia el interés de la comunidad en reacciones enérgicas frente a los «crímenes de Estado» designando a cada Estado como «lesionado». Es decir, el proyecto trata de cumplir su promesa de proporcionar un sistema objetivo de responsabilidad en interés público, multilateralizando la lesión subjetiva. Es un concepto sumamente problemático pero el orador duda de que, en la fase actual de organización de la comunidad internacional, sea posible escapar a ese dilema. No iría necesariamente en contra del espíritu de responder enérgicamente a la violación de obligaciones para con la comunidad introducir un esquema diferenciado de respuestas disponibles a diferentes Estados, de conformidad con lo que cabría llamar su «proximidad» a la violación. Pero esas diferencias de proximidad sólo existirían cuando los Estados fueran también víctimas de la violación. En caso de violaciones masivas de los derechos humanos por el Estado perpetrante contra su propia población, por ejemplo, ese esquema diferenciado no funcionaría. En su actual formulación, el artículo 40 concede a todos los Estados una gama completa de respuestas, incluido el derecho a tomar contramedidas. Evidentemente, tal planteamiento debe hacer el peligro de abusos particularmente grande. Dadas las circunstancias, la única solución realmente efectiva consistiría en elaborar regímenes específicos ajustados a la costumbre teniendo en cuenta, y superando, las deficiencias de un sistema que trate de alcanzar algo parecido a un régimen objetivo mediante la simple combinación de los intereses subjetivos de todos los Estados. Ciertamente ese no es el mandato de la Comisión y probablemente iría más allá de sus medios. Sin embargo, el dilema quizá no es tan grande como parece.

16. Su última observación está relacionada con lo que es actualmente el artículo 37 del proyecto *(Lex specialis)*. Si se examina la lista de candidatos para la condición de «crímenes» prevista en el artículo 19 —el orador no desea suscribir esa lista como está, pero ciertamente las obligaciones en ella mencionadas tienen que considerarse en cualquier sistema de responsabilidad diferenciada—, hay que darse cuenta de que, en el derecho internacional ya vigente, hay más *leges speciales*, y más amplias, ya disponibles a ese respecto de lo que cabría suponer a primera vista. Basta con pensar en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, sobre la agresión, en el régimen de los derechos humanos sumamente amplio y diferenciado construido en las Naciones Unidas a lo largo de los años o en la red de tratados ambientales. Estas observaciones tendrían también validez para cualquier nuevo planteamiento encaminado a asegurar las obligaciones para con la comunidad en la responsabilidad de los Estados. El orador ve cierta tensión en esta esfera, lo que debería advertir a la Comisión de avanzar con particular cuidado: en el caso de los candidatos más probables para el tratamiento especial en la responsabilidad de los Estados, nos encontramos ante regímenes específicos hechos a la medida por expertos, aun cuando el Sr. Brownlie consideraría a la mayoría de esos expertos juristas de derecho blando. La Comisión debería evitar causar que esos sistemas específicos se conviertan en regímenes autónomos por temor de la contaminación política. Esto sucede ciertamente en lo que respecta a la comunidad de derechos humanos. No obstante, cabría llegar a la conclusión de que cuanto más subsidiario resulte el sistema futuro de consecuencias de la violación de obligaciones que tiene interés para la comunidad, mejor.

17. Si el debate de la Comisión no siguiera girando en torno a una terminología desacertada, sino en torno a la verdadera cuestión de cómo podría encontrarse una solución constructiva y generalmente aceptable al problema, sería posible alcanzar un avance verdadero. La Comisión debería dejar de «mirar hacia atrás con ira». Ahora debe mirar adelante. Si los miembros están de acuerdo en su

meta, la Comisión debería poder diseñar la manera de alcanzarla. Está convencido de que la decisión sobre lo que ha de hacerse con el artículo 19 y las inquietudes que suscita sería una de las más importante, si no la más importante, de la historia de la Comisión.

18. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la declaración del Sr. Simma no ha sido ciertamente un contrapunto. Se siente como un nadador de fondo quien, al encontrar dificultades, ha sido rescatado de las aguas turbulentas por un salvavidas en la persona del Sr. Simma. En lo que ciertamente es una carrera de fondo, la Comisión no iría a ninguna parte si trabara controversias estériles sobre las nociones de que él y el Sr. Simma han hablado. Sólo discute al Sr. Simma una cuestión: le gustaría dejar abierta para el futuro la posibilidad de que habiendo crímenes internacionales reales de los Estados u otras entidades colectivas, un régimen de responsabilidad penal colectiva, debidamente elaborado, tenga futuro en los sistemas jurídicos. Pero, en lo que respecta al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, nada podría agregar a lo dicho por el Sr. Simma.

19. El Sr. HAFNER dice que el Sr. Simma ha pedido acertadamente que se trace una nueva distinción entre crímenes, *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*. A ese respecto, pregunta si es posible que haya una norma de *jus cogens* o norma imperativa de derecho internacional que den lugar a una obligación que no sea una obligación *erga omnes* en sentido estricto.

20. El Sr. SIMMA dice que el Sr. Hafner ha planteado una cuestión muy interesante que requiere un examen detenido.

21. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, en el 49.º período de sesiones, muchos miembros insistieron al entonces Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, para que elaborara la noción de un régimen diferenciado. El problema es que el artículo 40 sirve de gozne de las partes primera y segunda, y no se distingue entre los diferentes Estados lesionados del artículo o a los efectos de la segunda parte. Eso crea todos los problemas a que se ha referido el Sr. Simma. El entonces Relator Especial vio que había una dificultad y no debe culpársele de no haber podido hacer nada al respecto. Esa es la razón de que su primer informe no entrara en la reflexión que esas cuestiones claramente merecían.

22. El Sr. BENNOUNA dice que lo destacable de la excelente declaración del Sr. Simma es que es imposible redactar las normas secundarias sin referencia a las primarias. En su análisis de las fuentes del derecho y de la jerarquía de las normas, el Sr. Simma ha mostrado que cuestiones que la Comisión suponía resueltas cuando abordó la distinción entre crímenes y delitos no habían sido resueltas en absoluto. De ahí la confusión que ha reinado hasta ahora en el debate sobre un régimen que no satisface a nadie. La Comisión ha tratado sólo superficialmente esos problemas. O bien debería haber tratado las normas primarias en conjunto, o bien debería haber trazado una distinción más tajante entre crímenes y delitos. Teme que sea ahora demasiado tarde para hacerlo, y que la cuestión de los crímenes tenga en sí consecuencias penales para el futuro del tema de la responsabilidad de los Estados. Lo que le preocupa es salvar el proyecto de artículos, incluso prescindiendo de la noción de crímenes si fuera necesario.

23. El Sr. ADDO dice que las declaraciones pontificales de los académicos tienden a confundir a los juristas prácticos, entre los que se encuentra. El Sr. Simma ha expresado enérgico desacuerdo con el Sr. Pellet, pero no ha declarado inequívocamente si debería suprimirse el artículo 19. ¿Las «obligaciones en interés de la comunidad» a que se ha referido son parte del derecho general de obligaciones o son algo que debería desarrollarse más para incorporarlo al proyecto de artículos?

24. El Sr. SIMMA dice que espera que los partidarios del concepto de «crímenes» y los del bando opuesto convengan en que la responsabilidad de los Estados no puede codificarse de una manera unificada, que se limite a las normas bilateralistas que figuran en los libros de texto. La Comisión ya ha superado esa posición teórica adoptando en el artículo 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos) el concepto conocido en la doctrina francesa como responsabilidad objetiva, en el sentido no de la responsabilidad sin culpa, sino de la responsabilidad que surge si se infringe una norma, independientemente del daño concreto. Una vez adoptado ese sistema, resulta imposible tratar todas las violaciones de derecho internacional de la misma manera, como señaló *ad nauseam* el Sr. Pellet (2533.ª sesión). Hay que distinguir. Todos los miembros comparten esa preocupación; sólo difieren en sus opiniones sobre la manera de expresar esa preocupación en normas jurídicas precisas. Pese a la brillante defensa del planteamiento de los «crímenes de Estado» hecha por el Sr. Pellet (ibíd.), el orador sigue convencido de que ese planteamiento es totalmente confuso y debería eliminarse.

25. En cuanto a la cuestión de diferenciación de la responsabilidad planteada por el Sr. Bennouna, el problema tal vez no sea tan insoluble como parece. Reformular el artículo 40 para aproximarlo al artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, en el que se distinguen tres categorías diferentes de Estados perjudicados por infracciones, constituiría un paso importante hacia una solución.

26. El Sr. LUKASHUK dice que el Relator Especial ha aducido algunos argumentos muy convincentes en contra de declarar criminal la conducta de los Estados, pero la Comisión hace mucho que decidió que no tenía el propósito de hacerlo. A la Comisión le preocupa algo totalmente diferente, a saber: señalar violaciones especialmente graves de derecho internacional y examinar dos regímenes jurídicos separados de la responsabilidad internacional, no criminal, posición que reiteradamente ha declarado la Comisión.

27. El concepto de crimen de Estado no es un puro invento de los juristas soviéticos o de la Comisión, sino que surgió en la mente de las poblaciones desde la segunda guerra mundial. Esa conciencia se refleja en la idea de que infracciones sumamente graves del derecho internacional, tales como la agresión y los crímenes de lesa humanidad, son perpetradas por Estados y sus autoridades organizadas. Esos crímenes especialmente peligrosos requieren trato especial.

28. Sería difícil ciertamente convencer al común de las gentes de que la agresión como la que condujo a la segunda guerra mundial o el genocidio de millones de víctimas puedan llamarse delitos. Los argumentos del Relator Especial en apoyo de esa tesis no son muy convincentes, ya que básicamente se refiere a la práctica del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda que, sin embargo, se crearon no para juzgar Estados sino a personas físicas. Por otra parte, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia declaró acertadamente que no estaba facultado para adoptar medidas coactivas contra un Estado. Análogamente, la CIJ no tiene jurisdicción criminal. A este respecto, el Relator Especial ha citado la opinión del magistrado Lauterpacht en el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* en el sentido de que en lo esencial la Corte tenía jurisdicción civil, no criminal[5]. Eso es muy cierto. Sin embargo, hay muchos juristas británicos que sostienen la opinión de que la responsabilidad jurídica internacional es responsabilidad civil. Pero su propia opinión es que las opiniones de los gobiernos son más correctas, porque sostienen que los Estados no incurren ni en responsabilidad penal ni en responsabilidad civil sino en una forma específica de responsabilidad jurídica internacional. Por esa razón, abriga dudas respecto del término «delito», que es un término de derecho civil tomado del derecho romano. Este punto debería explicarse en el comentario al artículo 19 y el título del artículo debería dejar claro que a lo que se refiere es a un delito de derecho internacional, en clara distinción con el derecho nacional. Subraya la necesidad de modificar la denominación de todo el proyecto de forma que hable de la responsabilidad jurídica internacional de los Estados o de responsabilidad de los Estados según el derecho internacional.

29. Los trabajos de la Comisión para establecer un régimen especial de responsabilidad para los delitos más graves están plenamente en consonancia con el derecho internacional contemporáneo. La agresión, que es la infracción más grave, es tan peligrosa para toda la comunidad internacional que esa comunidad ha conferido al Consejo de Seguridad facultades únicas para reprimir la infracción. La agresión la comete no un individuo sino un Estado, como se desprende claramente de la Definición de la agresión adoptada en 1974[6]: los individuos responden de los crímenes contra la paz sólo cuando hay un acto de agresión cometido por un Estado. Esto se refiere no a cualquier individuo sino sólo a aquellos que tienen autoridad para ejercer el poder del Estado. Casi todo lo que se ha dicho de la agresión sirve también para el genocidio, que es por encima de todos un crimen del poder del Estado más que de los individuos. Si la Comisión no capta este punto, sus trabajos sobre la responsabilidad serán fallidos.

30. El Relator Especial ha citado la opinión del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el sentido de que con arreglo al derecho internacional actual no cabe duda de que los Estados, por definición, no pueden ser objeto de sanciones penales similares a las que se prevén en los ordenamientos penales nacionales (apartado *d* del párrafo 57). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llegado a una decisión del mismo tenor[7]. Por tanto, es evidente que la cuestión es de derecho internacional actual, pero nada impide que se desarrolle en la dirección apropiada. También se desprende claramente de la opinión citada que en el futuro la responsabilidad de los Estados conllevará algo totalmente diferente de las sanciones penales previstas en los ordenamientos jurídicos nacionales.

31. La práctica internacional arroja cierta luz sobre la cuestión. La agresión del Iraq contra Kuwait ha sido calificada de crimen por estadistas y por los medios de comunicación, y las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad fueron de carácter punitivo en gran medida. Sólo cabe estar de acuerdo con el Relator Especial cuando dice que la palabra «crimen» se ha utilizado a veces respecto de la conducta de los Estados en esferas tales como la agresión, el genocidio, el *apartheid* y el mantenimiento de la dominación colonial (párr. 58). No obstante, debería tenerse en cuenta la posición negativa de algunos gobiernos y su renuencia a adoptar el término «crimen». Quizá podría sustituirse por la fórmula propuesta, a la que incluso el Sr. Pellet, a quien difícilmente podría llamarse conservador, se ha referido, pero en cualquier caso para esos crímenes ha de mantenerse un tipo especial de responsabilidad. Las consideraciones planteadas pretendían igualmente señalar una cierta tendencia al desarrollo progresivo del derecho sobre la responsabilidad de los Estados. El Relator Especial no ha excluido esa evolución y ha hablado de medidas que han de aplicarse para asegurar un régimen de crímenes internacionales de los Estados propiamente dicho (párr. 84).

32. También se ha indicado que era necesario identificar el contenido del crimen de Estado y prever los aspectos procedimentales. En la actualidad difícilmente podría garantizarse el proceso con las debidas garantías, aunque algunos elementos están apareciendo. El Consejo de Seguridad ha adoptado decisiones con arreglo al Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas en casos no sólo de agresión sino también en otros en que consideró que había una amenaza a la paz: por ejemplo, en los casos de violaciones masivas de los derechos humanos. Y las resoluciones relativas a la agresión iraquí han sustituido en considerable medida no sólo a acuerdos de cese del fuego, que anteriormente habían desempeñado esas funciones, sino incluso a acuerdos de paz. Resolvieron diversas cuestiones e incluso regularon la cuestión de la responsabilidad. Fue un primer paso. El Consejo, en virtud del Artículo 36 de la Carta, podría recomendar que los Estados interesados consideren la posibilidad de tratar la cuestión de la responsabilidad por los procedimientos apropiados, entre ellos la remisión del asunto a la CIJ, y esa remisión podría ser una condición para levantar las sanciones del Consejo. Ese procedimiento podría ser satisfactorio en el futuro próximo para tratar cuestiones de responsabilidad respecto de crímenes especialmente graves. Tiene el apoyo de muchos gobiernos y expertos, y representa una transacción entre lo deseable y lo factible.

[5] Véase Reconvenciones... (2532.ª sesión, nota 20), pág. 286.

[6] Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo.

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez*, indemnización compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989 (art. 63.1 de la Convención americana sobre derechos humanos), serie C, n.º 7.

33. La recomendación del Relator Especial de eliminar el artículo 19 sería un paso atrás, por las razones explicadas por el Sr. Pellet. Una serie de proyectos de artículos preparados sobre esa base significaría el no reconocimiento de infracciones particularmente graves del derecho internacional y de la especial responsabilidad de quienes las cometieron. Por tanto, hay un problema fundamental al que propondría dos posibles soluciones. Una sería abandonar la idea de una categoría especial de infracciones especialmente graves del derecho internacional; pero tal decisión no estaría en consonancia con el derecho internacional positivo moderno ni con su desarrollo progresivo. Toda responsabilidad del bloqueo resultante de una tendencia importante del derecho internacional no recaería sobre los gobiernos sino sobre la Comisión. Una alternativa sería adoptar el artículo sobre infracciones especialmente graves, ya que, pese a todas sus imperfecciones procedimentales, expresa con suficiente claridad la idea y prepara el camino para la ulterior solución del problema.

34. Seguir desarrollando el derecho de la responsabilidad internacional no conduciría al establecimiento de un derecho penal internacional para los Estados semejante al derecho nacional. El objeto es establecer una forma especial de responsabilidad jurídica internacional. Si los Estados siguen rechazando las propuestas de la Comisión, la responsabilidad de hacerlo recaerá sobre ellos, no sobre la Comisión. La Comisión habrá hecho su deber como órgano de expertos independientes encargado del desarrollo progresivo del derecho internacional.

35. El Sr. BENNOUNA dice que fue precisamente con miras a declarar criminal determinada conducta de un Estado por lo que el extinto Roberto Ago, antiguo Relator Especial, introdujo la noción de responsabilidad resultante de un hecho ilícito, acto que en sí puede ser de tal gravedad que constituya un crimen. Tanto los Estados como los individuos pueden naturalmente cometer un acto criminal, pero sólo un individuo puede ser encarcelado o ejecutado por ello. Lo terrible de la cuestión es que todo intento de castigar al Estado por sus crímenes en vez de a los dirigentes responsables de esos crímenes, puede en la práctica resultar en castigo colectivo, como cuando, en la cra fascista, la población de todo un poblado fue ejecutada por una infracción cometida en ese poblado.

36. Si ahora se concluyera que hay diversos grados de responsabilidad según la norma primaria infringida, habría diversos niveles de responsabilidad en vez de simplemente crímenes y delitos, y eso podría corresponder más directamente a la realidad. Con ese fin, se requeriría un análisis más detenido para determinar las diferentes consecuencias en términos de codificación de las normas afectadas que, a su vez, requerirían un planteamiento menos conservador que el de pensar simplemente en términos de crímenes y delitos. Por tanto, su pregunta al Sr. Lukashuk es si no se lograría un resultado más satisfactorio si se pidiera al Relator Especial que determinara los grados de responsabilidad mediante referencia al tipo de normas infringidas en vez de sólo a la cuestión de los crímenes, lo que en el pasado obstaculizó más que aceleró el asunto, ya que introdujo un elemento de pasión en una esfera que lo que requería era pericia jurídica.

37. EL Sr. LUKASHUK dice que lo que él tenía en mente era algo más sencillo que el encarcelamiento o decapitación de Estados. Sin embargo, no puede convenir en que la infracción de un acuerdo comercial internacional y la matanza de millones de personas sean delitos del mismo nivel de responsabilidad. Es decir, para los crímenes especialmente graves debería haber un régimen especial.

38. El Sr. THIAM dice que constan en acta sus reservas al artículo 19. Sin embargo, una cuestión más inmediata se refiere a las facultades de la Comisión. Concretamente, ¿tiene la Comisión derecho para volver en segunda lectura a una cuestión que fue resuelta en primera lectura o deberían las observaciones de los miembros limitarse a cuestiones de forma?

39. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que de la práctica de la Comisión se desprende claramente que la segunda lectura de un proyecto es una tarea de fondo.

40. En cuanto a las observaciones del Sr. Lukashuk, nadie sugiere que el genocidio y la infracción de un acuerdo comercial bilateral se traten de la misma manera. Sin embargo, el orador desea que deje de caricaturizarse a quienes desean prescindir de la distinción simplista contenida en el artículo 19 y entablar la tarea más afinada a que se han referido el Sr. Bennouna y el Sr. Simma.

41. El Sr. ADDO pregunta si el régimen especial mencionado por el Sr. Lukashuk se elaboraría dentro o fuera del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

42. El Sr. LUKASHUK dice que él ha hablado no de crímenes sino de las infracciones más graves del derecho. Si se cambia el título, estaría bastante satisfecho con el proyecto.

43. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que apoya las conclusiones del Sr. Lukashuk y desea darle las gracias por recordar a la Comisión sus obligaciones a la luz de lo que los Estados esperan de ella.

44. El Sr. PELLET dice que en gran medida está de acuerdo con lo dicho por el Sr. Lukashuk, pero con un pequeño matiz respecto de la necesidad de prever procedimientos. Naturalmente, convendría reflexionar sobre un mecanismo para determinar qué es un crimen, lo mismo que la Convención de Viena de 1969 contiene un mecanismo para determinar si está en juego o no una norma de *jus cogens*. Ahora bien, se trata de un punto al que la Comisión había acordado volver. Pero abriga mayores dudas acerca de la necesidad de un mecanismo para evaluar las consecuencias de un crimen, ya que iría mucho más allá de lo que la Comisión podría hacer en el contexto de un proyecto sobre la responsabilidad de los Estados y podría llevar a cuestiones delicadas. Habría que trazar una distinción muy cuidadosa.

45. Por otra parte, no puede estar de acuerdo con el Sr. Bennouna, quien parece criticar a la persona que no corresponde. La noción de crimen es una noción normativa, y la noción de responsabilidad, en debate, no debe confundirse con la cuestión de acción por el Consejo de Seguridad. Aunque el proyecto de artículo 40 (antiguo artículo 5), al que desesperada pero acertadamente volvió

el anterior Relator Especial, Sr. Arangio Ruiz, estaba mal formulado, la idea que contenía debería mantenerse. No es porque la Comisión decida descartar la idea de crimen por lo que cambiarían los poderes del Consejo.

46. Le complace oír al Relator Especial decir que nadie ha sugerido poner en pie de igualdad infracciones sin importancia y gravísimas violaciones que afectan a los intereses fundamentales de toda la comunidad internacional. Sin embargo, la recomendación del párrafo 95 evoca la posibilidad de hablar de infracciones de obligaciones *erga omnes*. El párrafo 95, que no menciona el *jus cogens*, dice a continuación que debería entenderse que la exclusión del proyecto de artículos de la noción de «crimen internacional» de los Estados debe entenderse sin perjuicio del ámbito del proyecto de artículos ni del futuro desarrollo de la noción. Es decir, el Relator Especial quiere enterrar la idea sin decirlo expresamente, y eso no encaja con lo que acaba de decir a la Comisión. Por su parte, no está de acuerdo con la recomendación.

47. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), respondiendo al Sr. Pellet, señala que el párrafo 95 dice «entre otras cosas». El orador se ha referido a la noción de obligaciones *erga omnes* porque, en primer lugar, constituyó el origen del artículo 19 y la autoridad primaria citada por la Comisión es el *dictum* relativo a la *Barcelona Traction*. Se trata de un *dictum* muy importante: la Corte se adelantó a su tiempo al emitirlo y la Comisión debería hacerlo operativo. A ese respecto, está totalmente de acuerdo con el Sr. Simma y el Sr. Bennouna. Por otra parte, la noción de «crimen», así llamada con razón, podría tener un papel en el futuro. El orador no objeta a esa idea, aunque la mayoría lo hace, y a ese respecto, él tal vez se adelantaría a su tiempo. Por tanto, está dispuesto para dejar fuera esa noción, pero se opone totalmente a reflejar una cosa llamada «crimen», que el Sr. Pellet quiere incluir, sin utilizar ese nombre, en el artículo 19, perturbando la tarea mucho más importante de elaborar y hacer operativa la noción de obligaciones que interesan a toda la comunidad internacional, noción que sí corresponde al proyecto de artículos.

48. El Sr. BENNOUNA dice que el debate ha aclarado varias cuestiones. Para avanzar desde el punto de vista metodológico, habría que decir si la Comisión mantiene o no la noción de «crimen». La respuesta a esa cuestión liberaría a la Comisión de tratar cuestiones más graves. A su juicio, no hay necesidad de entablar un debate metafísico sobre la existencia de la noción de «crimen», que carece de interés desde el punto de vista del derecho internacional.

49. El Sr. KATEKA dice que, en primer lugar, desea comentar la propuesta austriaca, que ha suscitado considerable interés en la Comisión. Algunos miembros han considerado la propuesta como una doble vía: una declaración de principios acompañada de una convención. Otros la han interpretado como una declaración general que ha de ir seguida de una guía de la práctica o un código no vinculante. Por último, otros la han entendido en el sentido de que la Comisión elaboraría dos instrumentos y la Asamblea General elegiría uno. Es por esta confusión por lo que considera la propuesta atractiva, pero encierra posibles trampas. El orador teme que una vez adoptada la declaración, eso sea el fin del asunto, y que se olvide la idea de un instrumento vinculante. Un miembro ha señalado a la atención la Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre[8], que más tarde fue seguida por el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. Pero sin un enlace estricto entre los dos posibles instrumentos, el orador no apoya el planteamiento dual de la cuestión.

50. En su primer informe, el Relator Especial recordó a la Comisión que estaba realizando la segunda lectura, después de haberse presentado 27 informes en los casi 50 años de historia del tema. La existencia de muchos volúmenes sobre la responsabilidad de los Estados no justifica la supresión propuesta en el párrafo 95. La Comisión no debería matar, por cirugía radical, lo que podría curarse con la medicina adecuada. Anteriores esfuerzos de redacción del artículo 19 no deberían arrojarse por la borda. Le preocupa que los miembros de la Comisión estén tratando de deshacer en un período de sesiones lo que sus predecesores tardaron años en lograr. A ese respecto, simpatiza considerablemente con las observaciones hechas anteriormente por el Sr. Thiam.

51. Sin embargo, le alivia oír al Relator Especial decir que, si la Comisión decide mantener los crímenes, actuará en consecuencia. Personalmente no prevé ningún problema en desarrollar más el tema, porque la primera lectura se basó en la premisa de la existencia de crímenes de Estado.

52. Tras examinar los cinco planteamientos distintos de la cuestión de la responsabilidad criminal de los Estados en su primer informe, el Relator Especial descartó los tres primeros y eligió los dos últimos, fundando el rechazo en el concepto de la responsabilidad penal del Estado. Pero aunque el orador está dispuesto a dar al Relator Especial el beneficio de la duda en cuanto a que hoy predomina la tendencia en favor de que el derecho internacional no reconozca la criminalidad del Estado, no está de acuerdo en que no sea necesario o apropiado tratar de hacer algo al respecto. Corresponde a los miembros de la Comisión y en definitiva a la Asamblea General decidir. Los comentarios que piden la supresión del concepto de crímenes de Estado incluidos en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/488 y Add.1 a 3) corresponden a una minoría insignificante e insistente de Estados y no representan la opinión de la comunidad internacional en conjunto. La mayoría silenciosa aún tiene que dar a conocer su posición.

53. El Sr. Lukashuk tiene razón al decir que el concepto de crímenes de Estado no ha sido una invención de los juristas soviéticos. En el párrafo 36 del comentario al artículo 19 cita a un jurista suizo del siglo XIX y a otros expertos en derecho quienes distinguieron entre infracciones graves y otras infracciones menos importantes de las obligaciones internacionales. Tal vez es una cuestión de redacción o terminología.

[8] Véase 2532.ª sesión, nota 13.

54. También está en desacuerdo con la opinión del Relator Especial, expresada en el párrafo 94, de que la CDI necesita un mandato de la Sexta Comisión para tratar la cuestión de la criminalidad del Estado. La CDI ya tiene ese mandato, que la Asamblea General no limitó a determinados aspectos de la responsabilidad de los Estados. La Sexta Comisión colectivamente no ha criticado el artículo 19, que fue adoptado provisionalmente en el 28.º período de sesiones, en 1976. Como puede verse en el párrafo 89, el Relator Especial no ha descartado totalmente la noción de crímenes de Estado, aceptándola en el caso de agresión; personalmente, agregaría el genocidio como ejemplo.

55. Los cinco elementos propuestos por el Relator Especial para un régimen de responsabilidad de los Estados no son necesarios; el quinto elemento, por ejemplo, acerca de evitar estigmatizar a un Estado con criminalidad, soslaya la realidad actual. Es similar al argumento sobre el castigo a toda la población de un Estado. En la práctica, eso ya ha sucedido. La Comisión no tiene por qué decir al pueblo del Iraq que la adopción del concepto de crímenes de Estado podría conducir al castigo de todo un pueblo. El pueblo iraquí está sufriendo antes de que la Comisión haya adoptado el concepto.

56. Ciertos crímenes internacionales podrían ser cometidos efectivamente tanto por individuos como por Estados. Una opinión tradicional, basada en el criterio de Nuremberg que afirma que los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, es demasiado estricta. El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda tratan de la criminalidad individual, e incluso la corte penal internacional propuesta se limitará a los crímenes cometidos por individuos. Pero como señalan las opiniones escritas de los países nórdicos en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados, la conducta de un individuo podría dar lugar a la responsabilidad del Estado que representa. En esos casos, el propio Estado debe cargar con la responsabilidad de una forma u otra, sea por medio de indemnización punitiva o por medidas que afecten a la dignidad del Estado. Naturalmente, la sanción penal no podría ser la misma para un individuo que para un Estado.

57. Se ha invocado el temor de la injerencia en la soberanía de los Estados para oponerse a criminalizarlos. Pero las disposiciones legales sobre la represión se han limitado a la indemnización, la restitución en especie y el resarcimiento. Si un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito debe, por ejemplo, pagar una indemnización «sólo por las consecuencias próximas y naturales de sus actos», según el Sr. Brownlie[9]. De la misma manera que en derecho interno se considera que una persona ha pretendido las consecuencias naturales y probables de sus actos, así un Estado debe cargar con la responsabilidad internacional por violaciones graves u otras infracciones.

58. Debe trazarse una distinción entre crímenes internacionales y delitos internacionales, y es esencial utilizar el criterio de la gravedad de la infracción. Como se ha señalado acertadamente, la infracción de una cláusula arancelaria internacional no puede ponerse al mismo nivel que la agresión o el genocidio. El orador no objeta al uso del término «crimen», aunque términos menos polémicos como «hecho ilícito grave» o «violación grave» también son aceptables. Sin embargo, el concepto básico, a saber, que un Estado puede cometer un hecho internacionalmente ilícito de carácter grave, debe mantenerse.

59. También se ha sugerido que la noción de crimen del Estado podría utilizarse por los poderosos para oprimir a los débiles. Esto no sucedería si la Comisión previera un mecanismo institucional apropiado para determinar objetivamente cuándo se ha cometido un crimen o delito, cuestión que no debería dejarse a la determinación subjetiva del Estado lesionado. Se han restringido incluso las contramedidas, imponiendo condiciones o excluyendo el uso o la amenaza de la fuerza. Tal mecanismo, acompañado de un mecanismo de solución obligatoria de controversias, debería ser posible para aliviar los temores de algunos miembros de la Comisión.

60. El proyecto de artículos sigue teniendo fallas y lagunas, pero podrían superarse mediante un debate ulterior en la Comisión o los trabajos del Comité de Redacción. Entre las deficiencias figura el artículo 40, en el que por Estado lesionado se entiende todos los demás Estados si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional. La disposición es demasiado amplia y podría utilizarse indebidamente. Han de fijarse parámetros: aunque todos los Estados pueden resultar lesionados por la infracción de una obligación *erga omnes*, no todos los Estados tendrían derecho a presentar una reclamación.

61. En cuanto a las consecuencias de un crimen internacional, algunos miembros han levantado los artículos 51 a 53 como un obstáculo. Se pregunta si alguien puede oponerse a la obligación de no reconocer como legítima la situación creada por un crimen internacional. ¿Quién prestaría asistencia a un Estado que haya cometido un crimen internacional manteniendo la situación así creada? Puede entender la renuencia de algunos Estados frente a una obligación de cooperar, pero no las obligaciones de no reconocimiento. Se ha argüido que el papel del Consejo de Seguridad podría resultar socavado por la criminalización de los Estados y, sin embargo, nadie ha propuesto cambiar la responsabilidad primordial del Consejo por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En la práctica, es el Consejo el que ha fallado a la comunidad internacional por intervenir demasiado tarde, como sucedió en el caso de la ex Yugoslavia, o por no hacer nada en absoluto, como sucedió durante el genocidio de Rwanda en 1994. Si hubiera existido un sistema independiente, podrían haberse evitado las tragedias de esos países.

62. El párrafo 3 del artículo 19 ha sido especial objeto de críticas, afirmándose que el párrafo 3 estaba en contradicción con el párrafo 2 y que simplemente enumeraba conceptos vagos de crímenes. Sin embargo, ese argumento no se ha utilizado respecto del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[10], en el que tampoco hay una definición específica, sino una simple enumeración de crímenes. La lista del

[9] I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, primera parte, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág. 224.

[10] Véase el texto de los artículos, y sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 48.º período de sesiones en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, párr. 50.

párrafo 3 requiere ciertos cambios de redacción para hacerla aceptable. A ese respecto, le ha intrigado un documento entregado por el Sr. Pellet en el que arguye que las potencias industriales temen que el concepto de crimen se utilice como arma contra ellas: después de todo, son las pequeñas potencias las que deberían temer, ya que en cualquier caso las principales potencias están cubiertas por la disposición del derecho de veto en el Consejo de Seguridad.

63. El comentario al artículo 19 sugiere que hay asuntos pendientes que requieren atención. Una distinción más clara basada en el grado de gravedad es posible si en la Comisión hay la voluntad de hacerlo. Ello contribuiría al desarrollo progresivo del derecho internacional en el verdadero sentido de la palabra. Apoya la opinión del Sr. Simma de que la Comisión debería dejar claro si está en contra del principio de tratar los crímenes internacionales o en contra del método.

64. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), pidiendo la palabra para aclarar una cuestión, dice que no es partidario de la variante 4 sino de la variante 5. Su opinión consta en los párrafos 83 y 89. En segundo lugar, respecto a la quinta de las cinco condiciones que ha dicho que serían necesarias para tener un régimen de crímenes propiamente dicho, la conexión relativa a estigmatizar la conducta como crimen es que, en algún momento, resultaría necesario decir que el caso estaba cerrado, que la cuestión se había resuelto y la entidad de que se trate podría reintegrarse a la comunidad internacional. Es evidentemente un problema muy grave respecto del tratamiento de los Estados en largos períodos. No le preocupa que sean estigmatizados en un momento, ya que evidentemente lo son. La cuestión es en qué momento debería considerarse borrado ese estigma. Se trata de una cuestión real, ya que países como Sudáfrica y Camboya están luchando actualmente con el problema de pasar página sobre ciertos crímenes terribles.

65. El Sr. OPERTTI BADAN dice que abriga serias dudas sobre el tema. Apoya las observaciones hechas por varios Estados en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados, por ejemplo de Francia a propósito del artículo 19, cuando declaró que la responsabilidad de los Estados no es penal ni civil sino *sui generis*. Está de acuerdo con el argumento expuesto en el comentario del Gobierno de Francia sobre el párrafo 3 de ese artículo según el cual a nivel internacional no hay legislador, juez o policía para imputar la responsabilidad criminal a Estados o garantizar el cumplimiento de la legislación penal que sea aplicable a ellos. Ahora bien, la Comisión se ocupa del desarrollo progresivo del derecho internacional. No debería empezar adoptando una posición que pueda bloquear ese desarrollo o negándose a examinar una cuestión que es *sui generis*, pero que en cualquier caso requiere también que considere un procedimiento especial o conjunto de normas que satisfagan el legítimo deseo de la comunidad internacional de disponer de un mecanismo de protección.

66. La comunidad internacional está en vías de crear una corte penal internacional y la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional[11] se celebrará en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998. La Comisión está examinando actualmente cuestiones conexas. La mejor señal que podría emitir la Comisión es que, al comenzar el debate, no parte de cero; hay que tener en cuenta el pasado. Por tanto, la Comisión debería tratar de ponerse de acuerdo sobre si se ocupará de la responsabilidad de los Estados a nivel de hecho internacionalmente lícito, ya sea criminal o *sui generis*. Pero no es apropiado descartar el tema de la responsabilidad arguyendo que castigar al Estado significa castigar a la población. Huelga decir que la población siente los efectos de los actos de sus dirigentes. Sin embargo, en el caso de una población que ha sufrido bajo los dirigentes de su propio Estado y las poblaciones de otro Estado que han sufrido también las consecuencias de la violación de derecho internacional por ese Estado, el orador presta mayor atención a esta última población, ya que no tiene medios para controlar o influenciar a los líderes del Estado que cometió un acto de agresión. Por tanto, lo importante es no ceder a la tentación de ser muy radical al principio. Eso podría hacerse al final. Al principio, es necesario tener una actitud abierta.

67. El Sr. ROSENSTOCK dice que el lío que la Comisión ha hecho del artículo 19 y de la segunda parte ha llevado al Sr. Kateka a sugerir que quienes se oponen globalmente a la idea del artículo 19 son en cierto modo reacios al no reconocimiento de los hechos producidos por los actos criminales de los Estados. Ese no es el problema: nadie se opone al no reconocimiento de las consecuencias resultantes de los llamados crímenes de Estado. El lío puede aclararse con el ejemplo siguiente: si el Canadá atacara a los Estados Unidos y los Estados Unidos rechazaran ese ataque y terminaran ocupando Manitoba, al hacerlo los Estados Unidos habrían utilizado la fuerza en legítima defensa. Sería un acto perfectamente legítimo: los Estados Unidos no habrían cometido ningún crimen y el Canadá probablemente tampoco. ¿Debería reconocerse esa adquisición de territorio por el uso de la fuerza? En caso negativo, debe cuestionarse en cierto modo un régimen que establece un sistema cuya parte segunda en su forma actual reconocería implícitamente *a contrario* esa adquisición. Independientemente de si es posible despejar el lío manteniendo la noción del artículo 19 pero dándole otro nombre o suprimiendo el artículo 19, es esencial poder encontrar una salida a la actual situación. La totalidad de la parte segunda, en lo que se refiere a los llamados crímenes o actos de carácter particularmente grave, como quiera que se formule la noción, crea una situación caótica no solo para los llamados crímenes, sino para el derecho internacional en general. No está convencido en absoluto de que pueda encontrarse una solución mientras la Comisión mantenga el neologismo de «crimen» o comoquiera que en definitiva decida llamarlo.

68. El Sr. PELLET, refiriéndose a las observaciones del Sr. Rosenstock, dice que cuesta comprender, en el ejemplo citado del ataque del Canadá contra los Estados Unidos, cómo el Canadá no sería inevitablemente responsable de un crimen, concretamente, agresión contra los Estados Unidos. Comparte la opinión del Sr. Rosenstock de que la confusión que rodea a la cuestión del crimen tiene que aclararse, pero eso no significa que deba suprimirse el artículo 19. Comprende la observación del Sr. Opertti Badan sobre el riesgo de un estancamiento y

[11] Véase 2533.ª sesión, nota 8.

no cree que la Comisión tenga que entrar en los detalles de la cuestión. Por el momento, debería simplemente tomar nota de lo que existe, y el orador sigue pensando que esos crímenes existen en efecto, auque el Sr. Bennouna considere que son simplemente una idea metafísica.

69. El Sr. Kateka ha cuestionado la observación que el orador hizo en una conferencia pronunciada en el Instituto Superior de Estudios Internacionales en el sentido de que una de las razones de las cuestiones que actualmente se suscitan respecto del concepto de crimen es que las grandes Potencias temen ese concepto. El orador tiene dos argumentos para justificar esa opinión. En primer lugar, los conceptos son generalmente el arma del débil; la soberanía, por ejemplo, lejos de ser un instrumento contra los pequeños Estados es en realidad utilizada por ellos como un instrumento jurídico formidable contra Estados más grandes. La idea de crimen es un concepto que podría utilizarse de la misma manera. En segundo lugar, las grandes Potencias ya poseen un arma para imponer castigos, a saber: el Consejo de Seguridad. El concepto de crimen es una manera de adoptar un planteamiento diferente sin dar al Consejo la facultad de poner obstáculos en una situación en la que los miembros permanentes puedan bloquear la situación cuando se ha cometido un crimen.

70. El Sr. GALICKI dice que la impresión que tiene del debate es que la Comisión está realizando una labor no de juristas sino de geólogos. Mientras excava los restos del pasado, ha descubierto diversas sustancias mineralógicas, unas sólidas y otras líquidas. Los crímenes cometidos por Estados son del segundo tipo, pero no podría construirse un edificio jurídico sobre cimientos tan flojos. En cualquier caso, la tarea primordial de la Comisión es preparar un proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. Eso no significa que la Comisión pueda dejar de lado definitivamente la tarea de definir los crímenes de Estado. El Relator Especial tiene razón al decir que debería centrarse en conceptos más sólidos y a propugnar una línea de acción muy flexible, que el orador personalmente apoya totalmente. Por último, es desacertado y suscita malentendidos trazar una analogía entre la responsabilidad por crímenes de Estado y la responsabilidad por crímenes cometidos por individuos.

71. El Sr. Sreenivasa RAO dice que en general está de acuerdo con las observaciones del Sr. Kateka. El Relator Especial ha obligado fundamentalmente a la Comisión a responder sí o no a la pregunta de si debería permanecer el artículo 19 en el proyecto. A medida que avanza el debate, se están suscitando varias consideraciones válidas sobre la estructura global del proyecto, e independientemente del destino que se reserve al artículo 19, esas consideraciones requerirán un debate más extenso.

72. Entre las cuestiones que han surgido, una cuestión filosófica que tiene consecuencias prácticas es saber si es factible castigar a un Estado en la persona de los individuos responsables de sus decisiones en un momento dado, sin castigar a todos los ciudadanos de ese Estado. ¿En qué medida podría un líder funcionar de forma totalmente autónoma respecto de la sociedad que gobierna? Incluso en la peor de las dictaduras puede haber una concordancia emocional entre la sociedad y sus líderes, en tanto que en una democracia, en la que se supone que los dirigentes reflejan la voluntad del pueblo, suele darse en la vía política cierto distanciamiento de la voluntad del pueblo.

73. Han surgido varias cuestiones jurídicas también y se están dilucidando mediante muchas observaciones formuladas por los miembros de la Comisión: ¿cuál es la distinción entre crimen y obligaciones de *jus cogens* o *erga omnes*? ¿Cómo se protegerían los Estados lesionados, aunque en grados diferentes, y garantizarían los intereses comunes?

74. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que el Sr. Rosenstock acierta al decir que el proyecto tiene fallas por haber limitado el no reconocimiento a los crímenes, ya que debería aplicarse a muchas situaciones ilegales, independientemente de que se califiquen o no de crímenes. El ejemplo primordial es la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Namibie* en el que la Corte pidió a los Estados que no reconocieran la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia. Existe un verdadero peligro de que limitar el no reconocimiento a los crímenes dé lugar a interpretaciones *a contrario*. En el ejemplo dado por el Sr. Rosenstock, poco importaba que la acción del Canadá fuera un crimen, ya que el Canadá era claramente el agresor y cualquier territorio adquirido por los Estados Unidos era adquirido al actuar en legítima defensa.

75. El Sr. DUGARD señala que los partidarios del concepto de crimen de Estado, como él, han indicado que no objetarían el uso de una terminología diferente de la de «crimen de Estado». Sin embargo, sería más congruente que los partidarios de este punto de vista traten de equiparar el concepto de crimen de Estado con el concepto de crimen en derecho interno, a fin de asignar al crimen de Estado las graves consecuencias que normalmente se asignan al crimen en el derecho interno. Cambiar la terminología del concepto podría trivializarlo, reduciendo al crimen de Estado a algo intermedio entre el delito internacional y el crimen internacional. ¿Considera el Sr. Kateka y otros partidarios de la denominación «crimen de Estado» que sería legítimo hacer esa avenencia? Si el Sr. Kateka es partidario de incluir el crimen internacional en todas sus ramificaciones, ¿considera que la Comisión podría conseguir ese propósito con el actual proyecto de artículos? ¿Debería emprender un estudio separado dentro del actual mandato? Atrae mucho la idea del Sr. Kateka de que la CDI emprenda un nuevo estudio sin pedir de nuevo la aprobación de la Sexta Comisión, por haber ya recibido esa aprobación implícitamente. Eso podría ofrecer una salida al actual dilema.

76. El Sr. KATEKA dice que, aunque el uso de la palabra «crimen» crea problemas filosóficos a algunos miembros de la Comisión, sustituirla por otro término podría crear problemas al Relator Especial. Una analogía entre crímenes de derecho interno y crímenes internacionales es igualmente problemática: ¿cómo podría probarse la *mens rea* de un Estado? Y el término «crimen internacional» ya se utiliza en el contexto de los crímenes cometidos por individuos: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, por ejemplo.

77. Respecto de si la Comisión podría hacer justicia, en el presente proyecto de artículos, al concepto base del artículo 19, incumbe al Relator Especial decidirlo. El orador ya ha indicado que debería emprenderse un nuevo

estudio para ese fin; personalmente, por otra parte, piensa que el problema podía resolverse en el presente proyecto. Las opiniones radicalmente opuestas que ahora existen sobre varias cuestiones —los crímenes, el Estado lesionado, el arreglo obligatorio de controversias y los mecanismos requeridos— tendrían que resolverse. Si se hace, y lo considera posible, no habría necesidad de comenzar el trabajo de nuevo: el actual proyecto podría utilizarse de punto de partida.

78. El Sr. PELLET está de acuerdo con esas observaciones. Por una parte, está totalmente en desacuerdo con quienes consideran que la palabra «crimen» tiene un significado particular inmutable, es decir, el significado que tiene en derecho interno. Está totalmente convencido de lo contrario y en ese punto coincide con la opinión expuesta por Francia en sus observaciones: la responsabilidad internacional no es de naturaleza civil ni penal, es un sistema jurídico diferente. No entiende por qué los «partidarios del término crimen» son acusados de incongruencia. En efecto, están dispuestos a prescindir de la palabra «crimen» en tanto que muchos adversarios del concepto de crimen están obsesionados con el término. No tiene objeciones a hablar de crimen internacional del Estado, como ha sugerido el Sr. Kateka. Alternativamente, el texto del párrafo 2 del artículo 19 podría reformularse como sigue: «Todo hecho internacionalmente ilícito resultante del incumplimiento por un Estado de una obligación esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en conjunto tiene efectos jurídicos específicos». Lo que se niega a aceptar en absoluto es la idea de que un Estado pueda ser un criminal de la misma manera que un individuo puede ser un criminal en derecho interno.

79. El Sr. Galicki ha señalado que hay miembros de la Comisión que tienden a mencionar con bastante frecuencia la responsabilidad criminal individual. Esto es cierto. El primer informe del Relator Especial, y aún más su exposición oral, mezcla ambas cosas y trata de alentar a la Comisión a pasar del ámbito del crimen de Estado al de crimen del individuo, que son dos ámbitos totalmente diferentes. Es inconcebible que los dirigentes de un Estado puedan ser entregados a una corte penal internacional, perdiendo así su inmunidad de jurisdicción, sin que haya ocurrido ningún evento y ese evento, a su juicio, es claramente un crimen.

80. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que a los partidarios del artículo 19 se les oye a veces pedir un régimen separado y otras veces pedir un régimen no diferenciado. Ellos podrían aclararse consultando el pensamiento del antiguo Relator Especial, Sr. Ago, sobre el tema. El Sr. Ago declaró claramente que se necesitaba un régimen separado para los crímenes, declaración con la que personalmente está totalmente de acuerdo. Incluir los crímenes requeriría modificar el artículo 1, que funciona perfectamente bien para los hechos internacionalmente ilícitos en general pero que necesitaría la adición de una referencia a la culpa para abarcar también los crímenes. Habría que modificar además el artículo 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad), porque no podría declararse que un Estado ha cometido un crimen respecto de un acto *ultra vires* de un funcionario, pero podría declararse que ha cometido un hecho ilícito.

81. Es cierto que el concepto de crimen tiene una fuerza emocional inherente y parte de la fuerza que el Sr. Pellet quiere es precisamente el concepto de crimen. Personalmente desea mantener esto para el futuro. Piensa no sólo en los individuos sino en los entes corporativos, que ya están siendo considerados responsables criminalmente. Aunque aún no se ha llegado a esa fase en el caso de los crímenes de Estado, no es imposible que lo sea en el futuro. El Iraq está siendo tratado ahora como un criminal virtual. La agresión original, como señaló el Sr. Simma, está sujeta a un régimen especial en la Carta de las Naciones Unidas, pero como jurista, le gustaría que el tratamiento del Iraq y todas las consecuencias resultantes fueran un procedimiento más ordenado de lo que ha sido. Aún no se dispone de las instrucciones requeridas para hacerlo de otra forma, pero debe preservarse para el futuro la posibilidad de que aparezcan.

82. Entre tanto, si todo lo que dice el Sr. Pellet es que una infracción de una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto tiene consecuencias especiales, no puede no estar de acuerdo. En efecto, está tratando de especificar de forma sistemática cuáles podrían ser esas consecuencias y cómo operarían. También está de acuerdo con el Sr. Pellet en otro punto: en que el actual proyecto de artículos no lo hace en absoluto. La forma en que personalmente propone remediar el problema es reconocer la existencia de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto de forma que su infracción grave afecte a los intereses de esa comunidad. No todas las obligaciones que interesan a la comunidad internacional en su conjunto dan lugar a «crímenes» en sentido estricto en caso de infracción, incluso de infracción grave. Sin embargo, desea reservar la posibilidad de que algunas sean crímenes en sentido verdadero. Moralmente, un Estado que comete un genocidio comete un crimen. Lo que sucedió en Camboya fue un crimen.

83. El Sr. HAFNER dice que hay que tener claramente presente que la responsabilidad individual es algo totalmente separado de la responsabilidad que puede asumir un Estado. La responsabilidad del individuo es juzgada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda y será la tarea de la futura corte penal internacional. Incluso en caso de genocidio tiene dudas de que la comisión del crimen sea idéntica, independientemente de que lo cometa un individuo o un Estado.

84. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA observa que las posiciones adoptadas por los miembros de la Comisión están convergiendo gradualmente. Parece haber una firme tendencia hacia la idea de interpretar el artículo 19 en relación con el artículo 1 y una creciente conciencia de que cualquier cambio en el artículo 19 conllevaría automáticamente consecuencias para los artículos precedentes. El artículo 19 está construido sobre las mismas bases que el artículo 1, que constituye la chispa que hace prender la mecha de la revolución en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Si hubieran de eliminarse todas las analogías con el derecho interno, en particular, si hubiera de sacrificarse la palabra «crimen», en ese caso la palabra «delito» podría tener que correr la misma suerte.

85. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que apoya plenamente esa idea, dado que ambos términos

crearon una analogía con el derecho interno y, en tanto que la palabra francesa *délit* (delito) tiene un significado muy específico en derecho criminal, la palabra inglesa *delict* no lo tiene. En vista de los múltiples defectos del artículo 19, está totalmente a favor de abandonarlo provisionalmente sin, naturalmente, abandonar la distinción entre obligaciones para con la comunidad internacional en conjunto y obligaciones con los distintos Estados. El debate podría clarificarse y elaborarse un régimen adecuado sin el artículo 19, que ha creado una confusión inconmensurable en el debate.

86. El Sr. GALICKI explica que, en su declaración anterior, no había dicho que el Relator Especial hubiera yuxtapuesto equivocadamente en su informe los conceptos de responsabilidad del individuo y responsabilidad del Estado, sino que la Comisión parecía hacerlo en su debate. Es partidario no de abandonar el concepto de crimen de Estado de forma definitiva sino de dejarlo de lado temporalmente.

87. El Sr. BENNOUNA dice que el problema del artículo 19 es que requiere que una infracción se coloque en una de dos categorías, crímenes o delitos, pero en realidad forman los hechos ilícitos una línea continua y deben juzgarse en cuanto tales individualmente. Ahora bien, esto no significa que el problema de los crímenes no pueda abordarse más tarde, en otro contexto.

88. El Sr. PAMBOU TCHIVOUNDA dice que podría aceptar que se abordara el problema de los crímenes en una fecha ulterior, pero ¿por qué no hacerlo dentro del mismo tema que está examinando ahora la Comisión, dado que los hechos ilícitos internacionales forman una línea continua? No es partidario de separar artificialmente conceptos que en realidad están relacionados, aunque ocupen puntos diferentes en una línea continua.

89. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que el Relator Especial parece haber dicho que incluso una infracción grave de los intereses fundamentales de la comunidad internacional no constituye crimen. Entonces ¿qué es lo que lo constituye? No le inquieta la analogía con los sistemas jurídicos nacionales, porque lo que constituye crimen en esos sistemas se decide en definitiva sobre una base subjetiva: el grado de reprobación suscitado en la conciencia pública por la comisión de un acto reprensible. No hay uniformidad en la conciencia pública en el plano nacional, y aún habría menos uniformidad en una sociedad internacional.

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

[Tema 1 del programa]

90. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión ha creado un grupo de trabajo de composición abierta sobre la protección diplomática que estará presidido por el Sr. Bennouna, Relator Especial sobre el tema.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2530.ª sesión.

2535.ª SESIÓN

Martes 26 de mayo de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. HAFNER, al comentar la introducción del primer informe (A/CN.4/490 y Add.1 a 7) y especialmente la cuestión de la pertinencia de la distinción entre normas primarias y normas secundarias, dice que en verdad esa distinción se basa más en la función de una determinada norma que en su contenido. De cualquier modo, le parece inútil proseguir el debate sobre esta cuestión habida cuenta del acuerdo que existe en la Comisión al igual que entre los Estados.

2. En lo que respecta a la reestructuración del proyecto de artículos, es partidario de que en la primera parte se supriman los artículos que excluyen la atribución de hechos a un Estado y se simplifiquen otros, como los relativos a los crímenes complejos. La segunda parte, en especial el artículo 40 (Significado de «Estado lesionado»), merece una redacción diferente. En lo que respecta a la tercera parte, la Comisión tendrá ciertamente la oportunidad de volver a considerar la justificación misma de su existencia. Sin embargo, no cabe duda de que se debe conservar el sistema previsto por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, habida cuenta del estado embrionario de la organización de la comunidad internacional. Ni la incorpora-

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

ción del daño como uno de los elementos constitutivos del hecho ilícito ni la referencia a una forma cualquiera de *culpa* o *dolus*, esto es, la *mens rea*, permitirían lograr más claridad y estabilidad en las relaciones internacionales, habida cuenta del carácter subjetivo de esos conceptos.

3. La idea de hacer extensiva a la primera parte del proyecto la disposición contenida en el artículo 37 de la segunda parte *(Lex specialis)* no es tan simple como parece porque el régimen especial sólo puede prevalecer si establece una norma diferente y de lo contrario se debe aplicar la norma general. En cuanto a la posibilidad de agregar una disposición sobre la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad, análoga, por ejemplo, a la del artículo 45 de la Convención de Viena de 1969, el Sr. Hafner opina que la norma del consentimiento no bastaría ciertamente para solucionar esta cuestión.

4. En cuanto a la forma que puedan adoptar en definitiva los trabajos de la Comisión, observa que la proposición llamada «austriaca» supone determinar lo antes posible los principios reconocidos e indiscutidos, que podrían constituir la base para las actividades de los Estados, sin por ello dejar de lado la elaboración posterior de un tratado sobre la responsabilidad de los Estados. Según entiende el Sr. Hafner, el primer documento enunciaría los principios rectores en la esfera de la responsabilidad de los Estados, que se reflejan en el contenido de la primera parte del proyecto, a los que se agregarían algunas de las ideas de la segunda parte en las que nada hay de desarrollo progresivo del derecho internacional y que han sido ya aceptadas en la práctica de los Estados. Esta solución cumpliría un cuádruple objetivo: reflejar y consagrar la práctica actual de los Estados; establecer la base de los trabajos futuros de la Comisión sobre el tema, que los Estados podrían considerar como un adelanto al respecto; presentar un instrumento capaz de resistir el paso del tiempo, que permitiría sobre todo a la Comisión observar si la reacción de los Estados es de aceptación general; en caso de aceptación por los Estados, contribuiría a una mejor aceptación de los futuros proyectos de artículos de la Comisión, que se incorporarían en el segundo instrumento. Este último, que podría o no ser de carácter convencional, sería más ambicioso, entrañaría tal vez algunos elementos de desarrollo progresivo y trataría de abarcar todos los aspectos de la responsabilidad de los Estados. Esto permitiría a la Comisión, sobre la base de la parte ya «madura» de los trabajos sobre el tema, poner a disposición de los Estados un instrumento aplicable en su práctica cotidiana y fomentaría progresivamente su aceptación de la noción de responsabilidad de los Estados.

5. Personalmente, el Sr. Hafner considera que la elaboración de un tratado no es indispensable a la luz de la verdadera esencia del derecho internacional. El ejemplo que algunos ponen de la Convención de Viena de 1969 no es verdaderamente decisivo puesto que el efecto positivo de esa Convención es resultado de su contenido más que de su forma. Por otra parte, una forma convencional tendría el inconveniente de establecer diferencias en el derecho aplicable en función de si un determinado Estado tiene o no la condición de parte en el tratado. A esto se sumarían la rigidez de la formulación convencional y la posibilidad de que los Estados formulen reservas.

6. En lo que respecta al artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales) y el problema de los crímenes de los Estados, el Sr. Hafner observa que en las posiciones doctrinales más o menos divergentes expuestas por los miembros de la Comisión se percibe una cierta comunión de opiniones. Así, parece haber acuerdo sobre la idea de que ciertos hechos ilícitos preocupan a tal punto a la humanidad que merecen ser tratados separadamente, dentro del régimen de la responsabilidad de los Estados o fuera de éste. La razón para ello es que existe un orden público común a escala mundial que debe ser protegido, pero la cuestión de que se trata es saber quién está facultado para ejercer esta protección. La comunidad de Estados se funda todavía en gran medida en el sistema llamado de «Westfalia», esto es, un sistema descentralizado, caracterizado por la reciprocidad y basado en la competencia exclusiva de los Estados para asegurar el respeto del derecho conforme a sus intereses particulares. Sin embargo, actualmente se experimenta una evolución en las relaciones internacionales en cuanto ha surgido un interés común y la sociedad internacional ha alcanzado un grado superior de organización —una solidaridad internacional— cuyo avance supone sin embargo un retroceso de la soberanía de los Estados. De ahí la incertidumbre en cuanto a la evolución futura de la comunidad de los Estados y la dificultad de tratar la cuestión de los crímenes, aun cuando, a reserva de la terminología apropiada y de la posible transposición de conceptos del derecho penal interno, se debe admitir que este tipo de violación merece un tratamiento diferente.

7. Tampoco podría negarse la existencia, reconocida en numerosos tratados de doctrina, de ese tipo particular de contravención. De hecho, como afirman ciertos autores, si los crímenes no han dado lugar a ninguna decisión judicial, ello no se debe a su inexistencia sino a la ausencia de órganos competentes para conocer de ellos. Además, la afirmación de la existencia de esos crímenes cumple ya una función preventiva, y en adelante sería difícil que los Estados aceptaran la negación de esos crímenes. De todos modos, es cierto que, en ese sentido, el concepto de crimen contiene un cierto elemento de progresividad, sobre todo cuando se trata de hacer valer la responsabilidad que entraña el crimen. A este respecto, la comunidad de Estados se encuentra todavía en una etapa de transición y sus bases de apoyo no son muy seguras. Una muestra de esta incertidumbre se plantea sobre todo en la cuestión de saber si, dado que las contravenciones son un motivo de preocupación para la comunidad internacional y suscitan, por ejemplo, un sentimiento de solidaridad, existe no sólo un derecho de acción cuyo ejercicio quede entregado a la apreciación de un Estado, de un órgano o de cinco Estados determinados, sino también una obligación de actuar. En efecto, en una comunidad internacional en que hay primacía del derecho se debería imponer a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para enjuiciar al Estado responsable. Así, de cometer un Estado una agresión contra otro y ocupar el territorio de éste, los demás Estados deberían tener la obligación de actuar. Cabe recordar que en 1938, cuando el Reich alemán ocupó Austria, México fue el único que envió inmediatamente una protesta escrita a la Sociedad de las Naciones[4],

[4] Comunicación de la delegación mexicana de 19 de marzo de 1938 (Sociedad de las Naciones, doc. C.101.M.53.1938.VII).

si bien ese gesto obedecía más bien a los intereses propios del Gobierno de México y no a la defensa de la primacía del derecho. Otro ejemplo de ese dilema se encuentra tal vez en el surgimiento en los tiempos modernos de la obligación que los instrumentos convencionales imponen a los Estados ribereños de adoptar, con respecto a las naves extranjeras, las medidas necesarias para proteger el medio marino.

8. A este respecto, la obligación de no reconocer como lícita la situación creada por el crimen es innegablemente insuficiente. Prueba de ello es el hecho de que una obligación de esa naturaleza, confirmada en una resolución aprobada por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones[5] antes de los acontecimientos de 1938, no tuviera ningún efecto preventivo. Además, cabe preguntarse lo que significaría ese no reconocimiento en el caso de un genocidio. Si en la situación actual el establecimiento efectivo de una obligación de actuar parece excesivo, este problema se planteará necesariamente en razón de la afirmación de la Comisión de que ciertos hechos preocupan a la comunidad internacional en su conjunto. Al clasificar de crímenes ciertos hechos, la Comisión asume un compromiso ante la humanidad de hacer lo necesario para que esos crímenes den lugar a una acción.

9. Por lo tanto es de suponer que la elaboración de las normas relativas a los crímenes no será una tarea fácil, desde luego en lo que respecta a su definición. El procedimiento empleado en la Convención de Viena de 1969 para definir una norma imperativa del derecho internacional, a saber, la referencia a sus modalidades de establecimiento, no puede aplicarse en el caso de los crímenes, independientemente del hecho de que se entre en la esfera del derecho primario. No parece, pues, factible llegar a una definición más general que la del artículo 19. Aun en el supuesto de que se puedan definir las consecuencias sin tener una idea clara de los propios crímenes, esto es, aplicando un criterio más bien fenomenológico, de todos modos sería difícil reglar de manera exacta la cuestión de la responsabilidad dimanante de estos crímenes habida cuenta de la etapa de transición y, por lo tanto, de inestabilidad en que se encuentra la comunidad de los Estados.

10. El Sr. Hafner subraya a este respecto la necesidad de establecer una distinción clara entre los crímenes, las violaciones de obligaciones *erga omnes* y las violaciones de normas imperativas. El concepto mismo de obligaciones *erga omnes* no debe confundirse con el de obligaciones de carácter general, y la violación de las primeras de esas obligaciones no coincide necesariamente con la violación de las normas de *jus cogens*. Esta triple distinción deberá reflejarse en el artículo 40, lo que justifica una nueva formulación.

11. Por último, en el supuesto de que se mantenga en el proyecto el concepto de crimen, la Comisión debería distinguir claramente esos crímenes de los que entrañan una responsabilidad individual, teniendo en cuenta la tendencia —que muestra la creación de tribunales especiales y el proyecto de creación de una corte penal internacional— a hacer hincapié en este último tipo de responsabilidad. La Comisión deberá entonces definir el concepto de crimen en relación con dos tendencias en apariencia contradictorias: por una parte, el grado superior de integración de la comunidad de los Estados que carece todavía de un órgano supranacional central, de manera que la puesta en marcha del sistema queda entregada a la apreciación de los Estados; por otra parte, la obligación de los Estados de renunciar a ciertos elementos de su soberanía cuando las personas son enjuiciadas directamente por órganos internacionales. Por un lado, hay una exigencia de que se penalice al Estado pero, por el otro, las personas son juzgadas por instancias internacionales. A esto se suma el hecho de que la evolución hacia un sistema más centralizado de organización no es todavía irreversible, de manera que no cabría excluir el dominio del antiguo sistema de Estados.

12. La penalización de los Estados, con todas las consecuencias jurídicas que entraña, representa innegablemente un desarrollo progresivo del derecho internacional y, a este respecto, la Comisión debe respetar también las tendencias que se observan en la actualidad, como la relativa a la corte penal internacional. A este respecto se ha argumentado que no es necesario ampliar la competencia de dicha corte para hacerla extensiva a los actos de agresión, puesto que éstos pueden más bien calificarse de crímenes de Estado. Esta idea se encuadra ya, pues, en una concepción general.

13. Por último, el Sr. Hafner considera necesario que la Comisión abra un debate especial sobre la cuestión de los crímenes de Estado. El Relator Especial podría elaborar un plan general acerca de las consecuencias de esos crímenes (integrando quizá las violaciones de las obligaciones *erga omnes* y de las normas de *jus cogens*) que sirva de base para el examen de esta cuestión en el grupo de trabajo actual o bien en un grupo de trabajo diferente. Ello permitiría reorganizar el debate sin perjudicar los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados.

14. El Sr. LUKASHUK dice que el debate de la Comisión sería más fácil si en lugar de hacer referencia a la «penalización» del comportamiento del Estado se volviera a la idea de una responsabilidad internacional de derecho. En segundo lugar, aunque el Sr. Lukashuk admite la posibilidad de definir una categoría de crímenes especialmente graves, considera que la Comisión tropezaría con grandes dificultades si quisiera definir de inmediato todas las consecuencias de esos crímenes y los procedimientos pertinentes. En cambio, en un primer tiempo es perfectamente posible afirmar los principios más generales y fundamentales de la responsabilidad de los Estados en la perspectiva de una resolución que podría adoptar la Asamblea General.

15. Por último, el Sr. Lukashuk considera que la Comisión no debe necesariamente iniciar el examen de las violaciones del *jus cogens* o de las obligaciones *erga omnes*, conceptos cuya pertinencia impugna en este caso; para definir la responsabilidad de un Estado el criterio principal es el hecho de que el acto de que se trata haya causado daños considerables y sufrimiento a millones de personas.

16. El Sr. HAFNER aclara que no ha sido su propósito dar un sentido técnico a la expresión «penalización del Estado» y que ha dejado totalmente abierta la cuestión de

[5] Véase la resolución aprobada por la Asamblea el 11 de marzo de 1932 [publicaciones de la Sociedad de las Naciones, *VII, Questions politiques*, 1932.VII.5, doc. A.(Extr.)48.1932.VII].

una posible analogía con el derecho interno. La única idea que entraña esta expresión es la de que se trata de una consecuencia de un crimen de Estado.

17. El Sr. BENNOUNA comparte la observación del Sr. Lukashuk con respecto a la utilización de la palabra «penalización», que crea una cierta confusión mental. En efecto, no obstante el argumento esgrimido por los partidarios de ese término, que descartan toda analogía con el derecho interno, un crimen sigue siendo un crimen.

18. Si bien está de acuerdo con el Sr. Hafner en que hay hechos excepcionalmente graves que pueden ser traumáticos para un pueblo o un Estado y que no podrían calificarse como violación ordinaria, no deja por ello de estar convencido de que tratar esos hechos en el marco general del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados plantearía numerosas dificultades. En última instancia, el «crimen» es un hecho singular, en cuanto atenta contra la esencia misma del derecho internacional. Como en esta etapa de los trabajos de la Comisión sobre el tema es difícil volver atrás y borrar ese concepto, el Sr. Bennouna se pregunta también si, para evitar un fracaso, no convendría sacar ese concepto del marco del derecho general sobre la responsabilidad de los Estados y tratarlo separadamente. El anterior Relator Especial se había dado perfectamente cuenta de las dificultades y había buscado en vano una autoridad independiente competente, que no fuera ni el Consejo de Seguridad ni un determinado Estado considerado individualmente, a quien encomendar la tarea de calificar el crimen. Pero al hacer eso cambiaba el mundo entero, las Naciones Unidas y la Carta de las Naciones Unidas, y entraba en un ámbito que rebasaba el marco de la competencia de la Comisión.

19. Por ello, la sensatez aconseja que la Comisión mantenga el concepto de crimen en cuanto tema que debe ser objeto de un tratamiento distinto y formule propuestas en ese sentido a la Asamblea General.

20. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) observa que el Sr. Bennouna ha dado cuenta fielmente de los debates sobre el tema que tuvieron lugar en el mandato precedente. En el fondo, el proyecto de artículos enuncia que en el ámbito de la responsabilidad general de los Estados las consecuencias de un hecho que es un crimen se entienden sin perjuicio de las demás consecuencias que podrían dimanar de la calificación en derecho internacional de ese hecho como un crimen: se trata de una remisión a algún régimen especial, establecido en la Carta de las Naciones Unidas o en otro instrumento. Para quienes creen que puede existir un crimen internacional, esta disposición no plantea ningún problema. Pero independientemente de esta consideración, la Comisión se encuentra ante un dilema, que ni el Sr. Bennouna ni el Sr. Hafner han dejado de observar y que debe resolverse. Ahora bien, en el sistema internacional, los crímenes no pueden entenderse *ut singuli*. A este respecto, el Relator Especial desea saber si las propuestas de procedimiento hechas por el Sr. Hafner al final de su intervención tienden a reintegrar sistemáticamente los crímenes en el proyecto de artículos o, de manera más flexible, a tratarlos separadamente.

21. El Sr. HAFNER precisa que la Comisión debería primeramente determinar las consecuencias reales del tratamiento de los crímenes, establecer la pauta de las consecuencias de los crímenes y, a partir de esa base, decidir el camino que deberá tomarse. De seguirse esta vía se llegará inevitablemente a la decisión de que los crímenes no pueden incluirse en el régimen de la responsabilidad de los Estados tal como existe. Por otra parte, si trata de los crímenes separadamente, la Comisión podría avanzar más rápido en el tema de la responsabilidad de los Estados y llegar a un resultado que la comunidad internacional espera desde hace tiempo. La Comisión podría tal vez, como hipótesis de trabajo, hablar de «responsabilidad simple de los Estados», lo que podría abarcar o no los crímenes de Estado una vez que se haya definido debidamente su contenido.

22. El Sr. ECONOMIDES se suma a las observaciones del Sr. Lukashuk y el Sr. Bennouna. El hecho es que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados no contiene ningún elemento penal en el sentido estricto del término. Los artículos 19 y 51 a 53 se limitan a determinar las consecuencias que acarrean las violaciones extremadamente graves del derecho internacional: esos artículos establecen obligaciones internacionales y no sanciones penales en el sentido habitual del término.

23. Al referirse a la cuestión de la definición de la palabra «crimen», el Sr. Economides observa que toda definición es necesariamente difícil y un poco arbitraria e incompleta y que la definición de «crimen internacional» que figura en el artículo 19 del proyecto de artículos no es ni menos precisa ni menos completa que la de «norma imperativa de derecho internacional» *(jus cogens)* que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Es más, la definición de crimen internacional es, de hecho, más explícita y más clara puesto que en el artículo 19 figuran ejemplos de crímenes internacionales que aclaran suficientemente este concepto.

24. En lo que respecta a las obligaciones *erga omnes*, el Sr. Economides observa que a diferencia del *jus cogens*, tal como se define en la Convención de Viena de 1969, y del concepto de crimen internacional, tal como se desprende del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, esas obligaciones no tienen todavía una situación definida en el plano jurídico, salvo en cuanto se ha establecido que se trata de obligaciones que incumben a todos los Estados que son miembros de la comunidad internacional. Las características de esas obligaciones dimanan de la fuerza obligatoria que tienen con respecto a todos. Pero todavía no se ha determinado si su violación confiere a todos los Estados un derecho de sanción propio. El Sr. Economides considera que la respuesta es negativa. Dicho de otro modo, la Comisión no podría apoyarse en este concepto para tratar las infracciones internacionales más graves. Por lo demás, no es ninguna casualidad que el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, haya dejado de lado los conceptos de *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes*, prefiriendo en cambio la expresión «crimen internacional», que es todavía más limitada.

25. El Sr. ADDO confiesa que la intervención del Sr. Lukashuk lo ha dejado perplejo. A su entender, no se ha tomado ninguna decisión oficial que excluya del debate toda referencia al concepto de «crimen internacional» o a la noción de «responsabilidad penal de los Estados». El hecho es que el Relator Especial ha presentado un informe en el que aborda la cuestión del crimen

de Estado y propone cinco opciones invitando a la Comisión a decidir. Por esta razón, en su intervención se referirá al «crimen de Estado». El debate debe ser abierto y no restringirse indebidamente.

26. El Sr. FERRARI BRAVO observa que mientras más avanza el debate más aumenta la incertidumbre. Es claro que el tema se refiere a los «crímenes de Estado» y no a los crímenes cometidos por personas representantes de los Estados, que serán de la competencia de la futura corte penal internacional. Es claro asimismo que ambos conceptos están relacionados entre sí puesto que un crimen de Estado es un hecho cometido por un individuo. En el presente caso, se trata de un hecho ilícito de una gravedad excepcional. Es de lamentar tal vez que se lo llame «crimen», pero esta palabra existe desde hace tiempo y sería difícil reemplazarla por otra.

27. Todavía no se ha definido la expresión «crimen de Estado». Un crimen de Estado es un acto estatal que, habida cuenta de su gravedad, da lugar a consecuencias más graves que las de un hecho internacionalmente ilícito. Se supone que este último genera una reacción de parte del Estado víctima, el cual, por su consentimiento, puede en cierto modo absolver al culpable, en tanto que en el caso de un crimen de Estado todos los Estados tienen derecho a reaccionar, en la forma prevista por el derecho de la responsabilidad internacional. A partir del momento en que un Estado actúa, aun cuando no sea directamente víctima de un hecho internacionalmente ilícito, lo que entra en juego es la responsabilidad internacional.

28. Se debe, pues, definir el crimen de Estado, en el entendimiento de que sus consecuencias ulteriores —a saber, las consecuencias del hecho cometido por una persona que da lugar a una actividad criminal del Estado— entran en el ámbito del proyecto de creación de una corte penal internacional. No hay otra solución. Aun si se cambiara la terminología, esto es, para no hablar ya de «crimen internacional», no se resolvería nada, salvo desequilibrar el proyecto que se examina. El Sr. Ferrari Bravo no está en absoluto de acuerdo con esto último.

29. El Sr. AL-KHASAWNEH observa que nadie podría discutir que un crimen es un hecho abominable, sea cual fuere el nombre que se le dé o su autor: por ejemplo, tal es el caso de la agresión, la contaminación masiva y el genocidio. No entiende por qué, si la Comisión está de acuerdo en considerar que existen crímenes —crímenes internacionales— se deba descartar la analogía con el derecho interno y con los sistemas penales nacionales que tratan de este tipo de hechos. La Comisión debe actuar de manera coherente; de aceptar el concepto de crimen, no puede eliminar de ese concepto su connotación penal.

30. Tras un debate de procedimiento en que participan el Sr. ROSENSTOCK, el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), el Sr. HE y el Sr. MIKULKA, el PRESIDENTE sugiere que para evitar toda confusión, el minidebate dentro del debate se limite únicamente a las peticiones de aclaración que deseen formular los miembros de la Comisión.

Así queda acordado.

31. El Sr. DUGARD, refiriéndose únicamente al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos, dice que, a su juicio, al proponer este artículo el antiguo Relator Especial, Sr. Ago[6], planteó una idea que ha cambiado profundamente la naturaleza del derecho internacional en el sentido de que marca una etapa importante en la evolución de ese derecho, que así pasa del estado primitivo a un estado avanzado, esto es del bilateralismo que perseguía la indemnización en beneficio únicamente de la parte lesionada a un multilateralismo en el que la comunidad puede reaccionar ante la violación de sus valores, o de la responsabilidad penal individual a la responsabilidad de los Estados por los crímenes. Es cierto que ese artículo está mal redactado y nadie parece negarlo. En él se refleja una idea y no un código de responsabilidad penal. Pero es una idea que ha sido aceptada en el ordenamiento jurídico internacional aun cuando esté todavía en un estado embrionario. Esa aceptación se ve confirmada en el tratado de derecho internacional público de lengua inglesa más conservador que pueda existir, donde puede leerse que la noción amplia del delito internacional comprende desde las violaciones corrientes de las obligaciones contraídas por tratado y que no requieren más que una indemnización pecuniaria, hasta las violaciones del derecho internacional equivalentes a un acto criminal en el sentido generalmente aceptado del término[7].

32. Es efectivo que el concepto de «crimen de Estado» plantea problemas. En primer lugar, está el problema de la analogía con el derecho interno, que a él no le molesta pero sí a otros miembros. Desde luego, al igual que una empresa puede recibir una sanción en forma de multa o de otra índole por un hecho ilícito cometido por su dirección, un Estado puede ser castigado por el hecho ilícito cometido por su gobierno. En segundo lugar, se plantea la cuestión de la naturaleza de la sanción que podría aplicarse a un Estado. En este sentido, conviene estudiar atentamente la práctica de los Estados, las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad contra Estados como Sudáfrica durante el régimen de *apartheid*, el Iraq o la Jamahiriya Árabe Libia, antes de excluir la posibilidad de que se pueda considerar a un Estado como un Estado criminal. Por ejemplo, en el asunto *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)*[8], el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte alegó ante la CIJ que la petición de la Jamahiriya Árabe Libia de que se pusiera término a las sanciones tenía por objeto impedir que el Consejo de Seguridad adoptara una decisión con respecto a una controversia de alcance más amplio, relativa a las alegaciones de que el Estado libio era culpable de terrorismo de Estado. La Comisión debería examinar atentamente la práctica de los Estados cuyas características ha recordado el Relator Especial en el párrafo 59 de su primer informe.

[6] Véase 2532.ª sesión, nota 17.

[7] L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8.ª ed. publicación dirigida por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, *Peace*, pág. 339. Véase en español L. Oppenheim, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Barcelona, Bosch, 1961, vol. I, *Paz*, pág. 359.

[8] Medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, págs. 3 y ss., en particular pág. 11, párr. 27. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 1.

33. El concepto de crimen de Estado, por incompleto que sea, es hoy en día parte del derecho internacional. Además, los Estados esperan que se desarrolle este concepto y pase a ser una institución que pueda invocarse para disuadir a los Estados de violar las normas más fundamentales de la comunidad internacional.

34. El artículo 19 se inspira sin duda en los conceptos de *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes*, pero el concepto de crimen de Estado no puede confundirse con dichas nociones como parecen pensar ciertos oradores. A este respecto, el Sr. Dugard no está de acuerdo con la segunda solución propuesta por el Relator Especial, que consistiría en sustituir la expresión «crimen de Estado» por otra y reducir ese concepto a una subcategoría del *jus cogens* o de las obligaciones *erga omnes*. Como ha señalado Oppenheim, se está aquí en presencia de hechos «criminales» en el sentido en que generalmente se entiende ese término y la Comisión debe reflexionar sobre este concepto con toda la seriedad que merece. No se debe banalizar ese concepto enfocando la responsabilidad por los crímenes simplemente como una forma grave de la responsabilidad delictual. Se ha dicho que el comentario al artículo 19 da motivo a pensar que este último no concibe el «crimen» con el significado que ese término tiene en el derecho interno. Tal vez sea así pero ello no tiene ninguna importancia puesto que este artículo ha adquirido una autonomía y en adelante puede considerarse en forma separada de su comentario. La cuestión con que se enfrenta la Comisión no es la de saber si debe aceptar o abandonar el concepto de crimen de Estado, puesto que ya ha aprobado ese concepto, sino más bien la de saber si debe prever y definir sus consecuencias en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El Sr. Dugard, que inicialmente estaba por la afirmativa, considera ahora, después de escuchar los debates en el grupo de trabajo, que ello no es posible, por tres razones.

35. La primera razón es que el proyecto de artículos ha sido elaborado desde el punto de vista de la responsabilidad civil y delictual. Así, el artículo 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado) define la responsabilidad de los Estados en caso de omisión y, por su parte, no comprende cómo una omisión, esto es, una negligencia, podría constituir un crimen. Lo mismo cabe decir respecto de los actos *ultra vires*, a los que se refieren el artículo 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad), el artículo 27 (Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito), que no se refiere a la intención criminal *(mens rea)* del Estado que presta esa ayuda o asistencia, y el artículo 29 (Consentimiento), y del cual cabe preguntarse si puede ser justificación de un crimen.

36. La segunda razón es que el proyecto de artículos no contiene los diferentes elementos que debe reunir todo sistema de justicia penal digno de ese nombre, mencionados en el párrafo 85 del informe y que constituyen principios generales del derecho penal que se deben tener en cuenta. La tercera razón es que el proyecto de artículos no hace justicia al concepto de crimen de Estado.

37. La opción con que se enfrenta la Comisión es, pues, la siguiente: ya sea transformar el proyecto de artículos en un código completo que rija la responsabilidad «criminal» y delictual del Estado, lo que podría llevar años y de todos modos no se logrará antes del fin del quinquenio en curso, o bien separar la responsabilidad por los crímenes y la responsabilidad delictual y tratar cada una según corresponda. Esto permitiría a la CDI concluir en el presente quinquenio la elaboración de un código sobre responsabilidad delictual. Por su parte, prefiere esta última opción puesto que la Sexta Comisión espera un resultado de la CDI. Pero sería conveniente incluir en el proyecto de artículos una cláusula de salvaguardia señalando claramente que la CDI reconoce la existencia de los crímenes de Estado y no rechaza el artículo 19, análogo al artículo 4 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[9]. La CDI debe también pedir a la Sexta Comisión que le dé el mandato de elaborar un código de la responsabilidad de los Estados por los crímenes puesto que, en su opinión, a diferencia de lo que opina el Sr. Kateka, la CDI no podría hacerlo por iniciativa propia.

38. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) cree entender que en su intervención el Sr. Dugard no ha utilizado la palabra «delictual» en el sentido del artículo 19 del proyecto, porque ello entrañaría reintroducir el concepto de crimen.

39. El Sr. DUGARD dice que por ese término entiende, en efecto, la responsabilidad de los Estados en el sentido tradicional del término y está de acuerdo en que a los fines del proyecto de artículos más vale dejar de lado el adjetivo «delictual».

40. El Sr. ECONOMIDES, observando que el Sr. Dugard considera que un sistema de responsabilidad de los Estados por los crímenes debe abarcar todos los elementos enumerados por el Relator Especial en el párrafo 85 de su primer informe, se pregunta si no es utópico pensar en el establecimiento de dicho sistema. Teme que haya una cierta confusión entre los crímenes de Estado y las violaciones de los derechos humanos. La iniciativa del proyecto de artículos es muy tímida desde el punto de vista de las consecuencias de los crímenes, pero constituye un paso modesto en la buena dirección. El Sr. Economides se pregunta si es sensato abandonar esa iniciativa renunciando a tratar los crímenes en el proyecto.

41. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que el Relator Especial parece tener la idea preconcebida de excluir el concepto de crimen del proyecto a fin de conservar sólo el de delito. Ahora bien, por su parte considera que la estructura concebida por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, tal vez no sea satisfactoria y seguramente es incompleta, pero se trata de una concepción binaria cuyos dos elementos son indispensables; o se acepta todo o se rechaza todo. El principio unitario de toda esta estructura es el hecho internacionalmente ilícito que ha venido a sustituirse al concepto de falta en torno al cual se había elaborado el antiguo derecho de la responsabilidad de los Estados. Por su parte, el Sr. Pambou-Tchivounda teme que cuando se hayan sacrificado los crímenes se preste menos atención a los delitos, y no comprende cómo se podría entonces establecer la responsabilidad en función del daño o de la culpa. Eliminar el concepto de crimen

[9] Véase 2534.ª sesión, nota 10.

significaría un retroceso y no era ésta la finalidad de la Comisión cuando encargó al Relator Especial que le presentara su primer informe sobre las cuestiones fundamentales del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura; el Relator Especial tampoco ha elaborado ese informe con el fin de hacer retroceder a la Comisión un cuarto de siglo. Aun los Estados hostiles al concepto de crimen consideran que en ese caso la Comisión sería culpable en cierto modo de «prevaricación», habida cuenta de la tendencia que se observa desde el fin de la segunda guerra mundial en pro de la consolidación de un orden público internacional.

42. Se debe agradecer al Relator Especial por haber hecho una lectura «balance» del proyecto de artículos aprobado en primera lectura y también de todo lo que se ha escrito después sobre el tema. A este respecto, del conjunto del primer informe parece desprenderse una preocupación, a saber, que el régimen de la responsabilidad de los Estados debería tratar de dar efecto a la distinción entre crímenes y delitos que hace el artículo 19. Al observar en el párrafo 80 de su informe que las consecuencias que se atribuyen a los crímenes internacionales en el actual proyecto de artículos son limitadas y en su mayoría no exclusivas, y que ese proyecto no cumple el objetivo que se fijó la Comisión en su 28.º período de sesiones, en 1976, y que era elaborar un régimen diferenciado y específico para los crímenes internacionales, el Relator Especial parece manifestar una preocupación constante por hacer avanzar los trabajos iniciados en 1976. El Relator Especial habla de insuficiencia y de incoherencia, y si bien se puede no estar de acuerdo con él, forzoso es reconocer que el artículo 19 está mal concebido, tanto en lo que respecta a sus diferentes elementos como al orden en que figuran. Así, el concepto de objeto de la obligación violada a que se refiere el artículo 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos) no se ha utilizado a los efectos de la distinción entre crímenes y delitos. Pero no se trata solamente de una cuestión de redacción o de técnica jurídica; para algunos, se trata de un problema de fondo, a saber, la indeterminación de la referencia conceptual de la estructura binaria que esboza el artículo 19. Cabe preguntarse por qué la ilicitud sólo se dividiría de manera arbitraria en dos categorías, a saber, la de los delitos y la de los crímenes.

43. En el párrafo 94 de su informe el Relator Especial señala que el reconocimiento del concepto de «crímenes internacionales» constituiría una importante etapa en el desarrollo del derecho internacional; el Sr. Pambou-Tchivounda está de acuerdo con ello pero en cambio no lo está cuando el Relator Especial señala, al fin de ese mismo párrafo, que el tema puede ser objeto de un tratamiento separado a cargo de un órgano distinto de la Comisión. En realidad es esta última la que ha elaborado el concepto de crimen y el Sr. Pambou-Tchivounda se pregunta qué otro órgano podría definir su contenido y establecer el régimen por el que se rija. La CDI puede hacerlo sin necesidad de un nuevo mandato de la Sexta Comisión.

44. En cuanto a la opción propuesta por el Relator Especial de tratar separadamente el régimen de los crímenes, el Sr. Pambou-Tchivounda considera que se basa en un malentendido, a saber, que la ilicitud que fundamenta el régimen de los crímenes sería diferente de la que fundamenta el régimen de los delitos. Esto no es así puesto que en la construcción del antiguo Relator Especial, Sr. Ago, la ilicitud es el fundamento de la responsabilidad internacional. Por esta razón existe una correspondencia entre los proyectos de artículo 1 y 19 a fin de subrayar lo que está en juego en la modernización del derecho internacional de la responsabilidad de los Estados. Se trata del papel que se reserva al concepto de falta, en pro de la legalidad, fuente de las obligaciones y en particular la obligación de reparar. Puesto que la legalidad internacional moderna tiene orígenes diversos y que su autoridad dimana del multilateralismo, del colectivismo y de la naturaleza imperativa del derecho, la sanción por la violación de esta legalidad debe ser suficientemente flexible para responder a la flexibilidad de la propia legalidad. El concepto de crimen internacional es, pues, inherente al de legalidad internacional, que debe considerarse como la referencia fundamental. Esta referencia única vale no sólo en el caso de los crímenes y delitos sino también en todo lo que podría situarse antes del delito e imaginarse más allá del crimen. De olvidarse esta referencia única, el debate sobre el tema carece de sentido.

45. Desde este punto de vista, toda remisión al derecho interno parece absolutamente inútil. La calificación de «criminal» del Estado no tiene más connotación penal que su calificación de «delictual». Todo el debate en torno al concepto de responsabilidad «penal» internacional de los Estados queda, pues, fuera de contexto porque se basa en otro malentendido. En el párrafo 75 de su informe el Relator Especial recuerda que debe obrarse siempre con gran cautela al establecer analogías entre el derecho nacional y el derecho internacional. En efecto, la Comisión se estaría engañando si tomara partido por esta analogía y se aventuraría en la vía de no se sabe qué código penal internacional. Ni en los principios generales del derecho consagrados por la jurisprudencia, ni en el derecho internacional consuetudinario, ni en las convenciones específicas que establecen regímenes especiales de responsabilidad, figura norma alguna que establezca una determinada pena aplicable a los Estados en caso de infracción a sus disposiciones.

46. Ni la lógica de la codificación ni con mayor motivo la del desarrollo progresivo del derecho justifican que la Comisión trate de manera separada el régimen de los crímenes internacionales previsto en el marco general del derecho de la responsabilidad de los Estados, aduciendo que ese régimen sería de orden «penal». Los argumentos expuestos por el Relator Especial en apoyo de la idea de la «penalización» del Estado no son, pues, convincentes. La misma observación cabe respecto de lo que el Relator Especial ha dicho de la posición del Consejo de Seguridad, esto es, del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Por otra parte, se observará que el crimen de agresión, en el que insiste el Relator Especial, es precisamente un crimen respecto del cual las normas pertinentes del derecho internacional son desigualmente imperativas puesto que el Consejo no siempre reacciona de la misma manera en caso de agresión.

47. La Comisión debe contribuir a que el derecho de la responsabilidad de los Estados pueda franquear una etapa decisiva en la vía de la codificación. La Comisión deberá dar muestras de imaginación y audacia para reajustar las piezas del proyecto de artículos que ha aprobado en primera lectura. Así descubrirá la clave del mensaje que es

la base del proyecto de artículo 19 y que está destinado, por una parte, a todos los relatores especiales que han tomado el relevo del antiguo Relator Especial, Sr Ago, y, por la otra, a cada uno de los miembros de la Comisión, que tienen un deber de memoria y una obligación de resultado.

48. El Sr. BENNOUNA se sorprende de que se hable de «prevaricación» y de «deber de memoria», pues piensa que los miembros de la Comisión deben en conciencia tratar de formular proposiciones lógicas y coherentes a fin de asegurar el desarrollo progresivo del derecho internacional.

49. El Sr. AL-KHASAWNEH considera sumamente convincente el primer informe que se examina, al punto de que por su parte ha estado tentado de descartar el concepto de crimen de Estado adoptando en cambio un enfoque fundamentalmente civil y bilateral pero enriquecido por conceptos que guardan relación con las obligaciones *erga omnes* y las normas de *jus cogens*. La tentación es tanto más poderosa que la Comisión debe esforzarse por lograr un equilibrio entre el sentido de la justicia, por una parte, y, por la otra, las realidades de la vida política tras el término de la guerra fría, que obligan a ser pesimistas en cuanto a las perspectivas de codificación y desarrollo progresivo del derecho en general y, en particular, en las esferas que guarden relación con el concepto de paz y seguridad internacionales. Pero, no obstante los buenos argumentos del Relator Especial, el Sr. Al-Khasawneh desea mantener el concepto de crimen de Estado, por las razones siguientes.

50. La primera razón es el hecho de que el concepto de crimen de Estado dista mucho de ser nuevo. El proyecto aprobado en primera lectura, con los comentarios anexos, representa ciertamente una «revolución conceptual», como ha señalado uno de los miembros de la Comisión, pero no se debe pensar que el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, creó *ex nihilo* el concepto de crímenes internacionales ni, como se ha dicho, que ese concepto tenga su origen en los trabajos de algunos juristas soviéticos de la posguerra. En realidad, la idea de que ciertas violaciones cometidas por los Estados afectan al conjunto de la comunidad de las naciones y que las consecuencias más graves de esas violaciones no quedan eliminadas por una indemnización se remonta al siglo XIX. En el comentario al artículo 19, en particular a los párrafos 36 a 53, se menciona un gran número de autores que han observado el paso de un concepto de intereses bilaterales a uno de interés común, pero esos autores no han expresado nunca de una manera sistemática la idea de una responsabilidad por los crímenes, y el genio del Sr. Ago consiste en el hecho de que supo comprender la evolución de su época y captar el sentido profundo de esta importante tendencia, reflejándola en su proyecto de artículos.

51. El artículo 19, tal como ha sido aprobado en primera lectura, es precisamente el resultado de este esfuerzo de integración. Es efectivo que su texto deja bastante que desear y que, como predijo el anterior Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, sus vacíos se hacen todavía más perceptibles —sobre todo en lo que respecta a las consecuencias de las violaciones— cuando se llega a la segunda lectura. Esto es lo que muestra el Relator Especial al deshacer la construcción de este artículo y sus consecuencias inherentes. Esta disposición dimana, pues, de la innovación más importante que ha conocido el derecho internacional en un siglo, a saber, el surgimiento del concepto de interés común, pero su formulación y las consecuencias inherentes a la distinción entre responsabilidad por crímenes y responsabilidad por delitos no son totalmente claras. Sin embargo, no por ello debe abandonarse totalmente el concepto de crimen de Estado. La decisión de hacerlo sería a la vez retrógrada y lamentable.

52. La segunda razón por la cual el Sr. Al-Khasawneh desea mantener el concepto de crimen de Estado es simplemente que los Estados cometen crímenes casi cotidianamente. Verdad es también que ciertos Estados se encuentran actualmente sujetos a condiciones que los convierten prácticamente en Estados criminales, en razón de un concepto todavía más amplio de amenaza a la paz o quebrantamiento de la paz internacional. Las incoherencias que se observan en el artículo 19 y sus consecuencias no son nada en comparación con las incoherencias a que se daría lugar si el derecho de la responsabilidad de los Estados fuera absorbido por el derecho a la paz y la seguridad internacionales.

53. Basta tomar el ejemplo del Iraq: no se adoptó ninguna medida tras la agresión que hizo estallar su guerra con el Irán, pero en el caso de su guerra con Kuwait se le impusieron sanciones que han infligido a la población iraquí sufrimientos masivos e irreversibles. Todo ello se ha producido sin que el Iraq haya sido calificado de Estado criminal y sin que se haya reconocido la finalidad punitiva de las sanciones. Mejor sería llamar las cosas por su nombre, esto es, mejor sería elaborar un régimen integral de represión del crimen de Estado, con todas las precisiones que se requieren en el ámbito penal, a fin de evitar a la población del Estado criminal, o al propio Estado, las consecuencias del crimen. Ese régimen podría solucionar asimismo la cuestión de la «expiación de la culpa colectiva», con inclusión de la cuestión de la virtud correctiva del castigo y de la reintegración del culpable en la comunidad de las naciones. Es inconcebible que los Estados disfruten en el plano internacional de garantías procesales inferiores a las que el derecho interno otorga a las personas. Si bien no se trata en absoluto de que el proyecto de artículos enmiende la Carta de las Naciones Unidas, como la Comisión reconoció en su 28.º período de sesiones, en 1976, tampoco se trata de que el derecho de la responsabilidad de los Estados sea absorbido totalmente por el derecho de la paz y la seguridad internacionales.

54. Desde luego, se debe pensar en la aceptación que tendrá el proyecto de la Comisión, en circunstancias de que la gran mayoría de los hechos internacionalmente ilícitos son delitos y no crímenes, por lo menos en lo que respecta a las estadísticas. De elaborarse un proyecto que solucione la cuestión de los delitos se respondería a las necesidades de la vida internacional, pero los crímenes representan para el estado de derecho una amenaza todavía mayor que la del hecho ilícito ordinario. En resumidas cuentas, la Comisión debe definir la naturaleza del derecho internacional que desea ver aplicado en el siglo XXI: si ese derecho ha de regir las transacciones comerciales y obligar a reparar los hechos ilícitos ordinarios pero dejando el campo libre a las infracciones más graves, la Comisión deberá reconocer que su propósito es simplemente elaborar un proyecto satisfactorio pero modesto.

55. La tercera razón por la cual no se debe renunciar al concepto de crimen de Estado es el hecho de que nada en las respuestas de los gobiernos o la reacción de la comunidad internacional hace pensar que esa renuncia se justifique. Al aprobar en 1976 el artículo 19 éste recibió un amplio apoyo en la Sexta Comisión. Además, el principio de la responsabilidad objetiva en que se basa todo el proyecto de artículos es un principio bien establecido, como lo prueban desde hace más de tres decenios los debates de la Sexta Comisión. El artículo 19 ha suscitado muchas controversias, especialmente entre los especialistas, pero de todos modos la CDI ha dado la elección a la comunidad internacional. Como ha observado el Relator Especial, en el derecho interno el derecho general de las obligaciones es distinto del derecho penal. El Relator Especial ha recordado también la intención inicial del antiguo Relator Especial, Sr. Ago, de analizar separadamente las consecuencias especiales de los crímenes. En consecuencia, la CDI debería esforzarse por profundizar el análisis de esas consecuencias teniendo en cuenta los aspectos procesales y los derechos de la defensa de que deben disfrutar los Estados criminales. La idea de tratar las consecuencias de los crímenes en un capítulo separado, de carácter facultativo, merece también estudiarse en la medida en que de todos modos se debe dar a la comunidad internacional la opción más amplia posible. Pero esta cuestión debe solucionarse lo antes posible o de lo contrario se perderá el impulso adquirido en 30 años de esfuerzos. De cualquier modo este nuevo enfoque debe ser aprobado por la Asamblea General.

56. A continuación, el Sr. Al-Khasawneh pasa a analizar el argumento de que la responsabilidad internacional no debe ser ni penal ni civil sino sencillamente «internacional» o *sui generis*. Este argumento le parece inadmisible porque por una parte consiste en no decir nada sobre la responsabilidad internacional y, por la otra, tiende a eliminar la experiencia nacional, que es considerable y ha dado nacimiento a numerosos conceptos del derecho internacional que se han desarrollado por analogía. Para que haya responsabilidad internacional debe haber violación de un derecho. Pero el concepto mismo de derechos del Estado se ha desarrollado a partir del derecho interno. De la misma manera, el aspecto civil de la responsabilidad del Estado se desarrolla a partir del derecho general de las obligaciones en los ordenamientos nacionales.

57. La sociedad internacional difiere de las sociedades nacionales en dos aspectos principales: desde luego, no dispone de ningún mecanismo de investigación y ejecución y además es mucho más heterogénea. Esto no obsta en modo alguno a que el concepto de responsabilidad por los crímenes se desarrolle por analogía con el derecho interno de las sociedades nacionales. La cuestión de saber si en el derecho internacional existe la indemnización punitiva por daños y perjuicios es en gran medida teórica. Lo esencial es que, en el caso de ciertas infracciones graves, la responsabilidad civil simplemente no basta para reparar el daño sufrido. ¿Por ejemplo, qué indemnización podría reparar un genocidio? Por lo demás, la indemnización punitiva por daños y perjuicios es parte de todo sistema de reparación.

58. Si la Comisión desea, pues, tratar de manera separada las consecuencias de los crímenes, deberá dar una nueva formulación al artículo 19. Esta disposición establece un criterio general de definición de los crímenes y enumera después los crímenes más manifiestos. Se trata de una técnica corriente que dista mucho de ser perfecta. En opinión del Relator Especial se podría proceder de otro modo (párr. 48); por ejemplo, remitiéndose a un tratamiento procesal del crimen distinto del delito o bien distinguiendo el crimen por sus consecuencias. Los delitos podrían definirse como las infracciones de una obligación que sólo originan un derecho de indemnización o restitución y no multas u otras sanciones. Este enfoque es muy prometedor. El anterior Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, ha propuesto que simplemente se introduzcan algunas modificaciones en las consecuencias de los crímenes a fin de definirlas de manera más estricta que las consecuencias de los delitos. El actual Relator Especial analiza las modificaciones así propuestas y llega con razón a la conclusión de que no representan gran cosa e incluso pueden conducir a errores como el de limitar a los efectos de los crímenes solamente la obligación de no reconocimiento, que es la forma más pasiva del deber de solidaridad. Sea cual fuere la decisión que adopte sobre la suerte del artículo 19, la Comisión deberá examinar y solucionar esas cuestiones.

59. El Relator Especial ha recordado también que la Comisión había elaborado la primera parte de su proyecto sobre la base de la hipótesis de que establecería un régimen general de responsabilidad, que a su vez entrañaría consecuencias diversas. El objeto de este enfoque es evitar que el concepto de responsabilidad no se vea fragmentado por la existencia de demasiados regímenes. La Comisión desea al mismo tiempo tener en cuenta la idea de que ciertos hechos internacionalmente ilícitos son tan graves y tan peligrosos para los intereses fundamentales de la comunidad internacional que se los puede calificar de crímenes. Este enfoque refleja el desarrollo del concepto de interés común y hace eco al horror que inspiran esos actos. Pero en esa primera parte la Comisión no ha establecido las bases de un doble régimen. Por esta razón, el Sr. Al-Khasawneh es partidario de que se reabra el debate sobre las disposiciones de la primera parte con miras a una mayor armonización de las diferentes secciones del proyecto. El párrafo 77 del primer informe evoca esas cuestiones y, como ha señalado el Relator Especial en la nota correspondiente a los artículos 29 a 34, es posible redactar disposiciones fundamentales que puedan aplicarse a clases muy diferentes de hechos ilícitos.

60. Por último, el Sr. Al-Khasawneh resume su punto de vista de la siguiente manera: el concepto de responsabilidad criminal colectiva, incluida la responsabilidad criminal del Estado, está en vías de desarrollo y debería reflejarse en el proyecto de artículos, tanto más cuanto que no se ha demostrado que ese concepto deba desaparecer; las insuficiencias del artículo 19 pueden corregirse, sin duda a costa de un gran esfuerzo; el trabajo de la Comisión debe responder a las necesidades de la comunidad internacional puesto que está en juego su prestigio; en su conjunto, un proyecto de artículos que no abarque los crímenes sería perjudicial para el tema de la responsabilidad de los Estados y no fomentaría la primacía del derecho en las relaciones internacionales.

61. Por último, recordando que el Relator Especial ha sido objeto de críticas de una violencia inusitada de parte de ciertos miembros de la Comisión, el Sr. Al-Khasawneh desea, por el contrario, felicitarlo por haber cumplido perfectamente su mandato, que era analizar el tema, remitirse a los precedentes, exponer los argumentos y proporcionar informaciones.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2536.ª SESIÓN

Miércoles 27 de mayo de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. ROSENSTOCK considera prematuro tomar ahora una decisión sobre la forma definitiva de la labor de la Comisión. No piensa que una convención sea una buena idea, pero duda en adoptar el criterio de las dos o tres etapas que parece contemplar la propuesta austriaca. Sería lamentable tener que decir a la Asamblea General que, después de más de un cuarto de siglo, la Comisión sólo puede presentar una lista de principios y que luego presentará el resto. La propuesta austriaca, si bien es más complicada de lo necesario, resulta interesante y debería tenerse presente en el momento de tomar una decisión sobre la forma. Mientras tanto, la Comisión debería tratar de finalizar la primera parte del proyecto de artículos en el actual período de sesiones y ver cuánto puede avanzar con respecto a la segunda parte en el 51.º período de sesiones, en 1999: entonces podrá determinar cuál es el mejor camino a seguir.

2. En lo que atañe a la cuestión principal, es decir el concepto de crimen de Estado, desea, primero, sumarse al Sr. Al-Khasawneh y a los demás oradores que han lamentado las observaciones demagógicas y *ad hominem* hechas por algunos miembros. La validez del concepto de crimen internacional no debe juzgarse por la identidad de las personas o los Estados que lo defiendan sino, más bien, por el hecho de que sea una idea útil que la comunidad de países pueda adoptar. Un relator especial que no expresara sus opiniones y no formulara directrices no estaría haciendo su trabajo. Ningún relator especial ha sido más franco que Roberto Ago, al punto de llevar agua a su molino. Aunque esté totalmente en contra de algunas de sus ideas, no piensa que el Sr. Ago estuviera errado al exponerlas e insistir en ellas.

3. Comparte la posición de quienes rechazan el concepto de crimen de Estado, y no simplemente porque no sea fundamental para la labor de la Comisión, esté mal tratado en el artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales) y requiera un órgano judicial o cuasijudicial que los Estados no están, de ninguna manera, dispuestos a crear. Rechaza el concepto porque es intrínsecamente defectuoso. Como lo ha dicho el Sr. Brownlie, «carece de valor jurídico, no se puede justificar en principio y está en contradicción con la mayor parte de los nuevos conceptos del derecho internacional»[4].

4. El origen de este concepto se encuentra en los primeros escritos del Sr. Ago y el Sr. García Amador y en unos pocos juristas soviéticos. Cuando era Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados en el decenio de 1950, el Sr. García Amador sugirió una categoría, además de los delitos, que fuese punible —algo similar al artículo 19[5]—. La Comisión rechazó esta distinción a mediados de los años cincuenta. Y el asunto hubiese terminado allí de no haber sido por las circunstancias especiales del decenio de 1970: la guerra fría, el nacimiento de nuevos Estados independientes ansiosos de tachar de criminales a las Potencias coloniales, el odio al *apartheid*, la frustración por la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Statut international du Sud-Ouest africain*, ningún adelanto en la aplicación de los principios de Nuremberg y, quizás, la política electoral.

5. El análisis del artículo 19 realizado por el Relator Especial es indudablemente exacto, como también lo es su conclusión de que el artículo 19 y las referencias a los

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

[4] I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pág. 152.

[5] Véase *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 181, doc. A/CN.4/96, párrs. 52 y 53.

dos regímenes de responsabilidad del Estado deberían eliminarse del proyecto por ser erróneos e impracticables.

6. Quienes apoyan la elaboración del concepto de crimen de Estado o quienes alegan que ya existe, parten de una base falsa. Recurren al uso casual por los políticos de un lenguaje florido, que carece de un elemento de *opinio juris*. Se basan en el dictamen de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*, donde se habla de normas que pueden violarse *erga omnes* y no de crímenes. La Corte se ocupó de la amplitud de la obligación *(erga omnes)* y no de su carácter. De todas formas, la responsabilidad correspondiente era indudablemente una responsabilidad civil. Y, por último, quienes apoyan la noción de crimen de Estado se basan en la aceptación generalizada —pese a la falta de una práctica generalizada— del concepto de *jus cogens*. Pero sostener que un acuerdo es nulo *ab initio* por ser contrario al *jus cogens* no es lo mismo que decir que el acuerdo constituye un crimen en cualquier sentido del término. En otras palabras, el reconocimiento implícito en la aceptación de las obligaciones de *jus cogens* y *erga omnes* es un reconocimiento de que las obligaciones internacionales pueden existir fuera de un contexto estrictamente bilateral. Quienes tratan de defender el concepto de crimen de Estado acusando a los opositores de reaccionarios que tratan de volver a un mundo puramente bilateral se equivocan o tratan de inducir a error deliberadamente. Si bien el reconocimiento de un interés de la comunidad podría considerarse una condición necesaria de cualquier noción de crimen, o de una infracción del *jus cogens* o *erga omnes*, no se puede decir que entrañe o requiera inventar la noción de «crimen de Estado».

7. El anterior Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, presentó un esquema muy detallado de solución de controversias en su quinto informe[6], que no contó con ningún apoyo. ¿Quién puede pensar que los Estados aceptarían la competencia obligatoria de la CIJ en materia de crímenes? El Sr. Riphagen fue más realista cuando, en su calidad de Relator Especial, dijo en su cuarto informe que había muy pocas posibilidades de que los Estados aceptaran el artículo 19 sin un tribunal[7]. En los párrafos 75 a 84 de su primer informe (A/CN.4/490 y Add.1 a 7) el actual Relator Especial habla de la necesidad del debido proceso. Pero esto requiere un órgano judicial o cuasijudicial que la comunidad internacional no parece dispuesta a establecer.

8. Los partidarios del concepto de crimen de Estado invocan la decisión de la CIJ en el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Pero lo más que se puede deducir de esta decisión es la existencia de una idea de infracciones *erga omnes*. También citan la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, prescindiendo alegremente del hecho de que de la responsabilidad penal trata el artículo IV, con respecto a las personas, mientras que el artículo IX, referente a la responsabilidad de los Estados, menciona el sometimiento de las controversias a la CIJ —un foro poco adecuado para entender de la responsabilidad penal—. En los trabajos preparatorios de la Convención se ve que los redactores pensaron en la responsabilidad civil. El Sr. Gerald Fitzmaurice enunció esta posición inequívocamente en nombre del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte[8].

9. Nada en el fallo de la CIJ en el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, ni en las declaraciones de la Corte ni en los alegatos del demandante, permite sugerir que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se refiere a otra cosa que a la responsabilidad civil del Estado. No es útil ni exacto aseverar que los comentarios de la Corte sobre las normas de atribución estuvieran dirigidos a otro tema. En la Convención se habla de una corte, pero nunca se pensó que sirviera para enjuiciar a los Estados como criminales.

10. Por lo tanto hay que reconocer que no existe una práctica estatal que sustente el criterio de los crímenes de Estado. Insistir en este tema sólo distraerá a la Comisión de un desarrollo positivo de la responsabilidad individual. Sería más útil percibir una continuidad en la gravedad de las infracciones que fuese de menor a mayor, de ser una leve consecuencia para los dos Estados involucrados a una infracción de obligaciones hacia todos los Estados de carácter mucho más grave, tal como la invasión iraquí de Kuwait. Si uno deseara mejorar el régimen de la responsabilidad para incluir las obligaciones *erga omnes*, la noción de crimen de Estado establecida en el artículo 19 no es la mejor forma de hacerlo. La forma sensata, mostrada por el Relator Especial, sería un régimen de responsabilidad y de contramedidas adecuadamente graduado.

11. ¿Existe entonces alguna razón para crear la noción de crimen de Estado? Las consecuencias del artículo 19 revelan una mezcla de lo trivial, lo erróneo y lo engañoso. Tiene poca importancia jugar con la aplicabilidad de la restitución y posiblemente poner en peligro la independencia política del Estado que comete el hecho ilícito, pero el rechazo de los daños punitivos es una cuestión más seria. En los debates sobre daños punitivos realizados por la Comisión a través de los años ha surgido una fuerte oposición a este concepto. No es adecuado afirmar que la falta del reconocimiento y la obligación de no colaborar ni ocultar sean específicas de una categoría especial de hechos definidos como crímenes: estas obligaciones tienen un ámbito de aplicación mucho más amplio, como ya lo han señalado el Relator Especial y el propio orador. ¿Existe alguna explicación lógica o racional para aceptar el crimen pero no los daños punitivos? La respuesta habitual es que «crimen» en el sentido del artículo 19 no significa realmente crimen en el sentido corriente. Esto hace recordar un dicho de Humpty Dumpty, un cuento infantil, que afirma que las palabras no significan lo que parecen significar sino lo que quien habla desea que signifiquen. También se dice que el crimen, en este sentido especial, resultaría disuasorio. ¿Por qué lo sería, al no existir daños punitivos?

12. Incluso si fuese plausible el concepto de crimen, o cualquier eufemismo que el Sr. Pellet inventara, ¿es una idea necesaria o útil? Los hechos que implican una amenaza a la paz, que quebrantan la paz, o los actos de agre-

[6] Véase *Anuario 1993*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/453 y Add.1 a 3.

[7] Véase *Anuario 1983*, vol. II (primera parte), pág. 13, doc. A/CN.4/366 y Add.1, párr. 65.

[8] Véase *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission*, 103.ª sesión, pág. 440.

sión están comprendidos en el régimen de la Carta de las Naciones Unidas. ¿Cómo se hace respetar la obligación de cooperar? ¿Por un fallo sobre crimen? ¿Quién pronunciaría el fallo? Para ampliar el concepto de crimen más allá de lo que está estipulado en el régimen de la Carta parecería necesario contar con una autoridad que determinara el carácter penal del hecho. No sugiere que el régimen de la Carta se ocupe de la cuestión de la responsabilidad del Estado. Las medidas previstas en el Capítulo VII no son una forma de sanción: son una forma de conseguir el restablecimiento de la paz. Pero sugiere que la existencia del régimen de la Carta suprime lo que algunos han citado como la razón de ser del crimen de Estado.

13. Aunque no tenga el propósito de iniciar una discusión, desea observar que considera descuidada y engañosa la descripción de las medidas del Consejo de Seguridad relativas al Iraq contenidas en la resolución 687 (1991) de 3 de abril de 1991 como «cuasicriminales». No considera que estas medidas sean punitivas en el sentido normal. El Iraq tiene la clave para liberarse de las penosas medidas económicas aplicadas de conformidad con el Artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas. Nadie esperaba que la falta de cooperación del Iraq con la Comisión Especial de las Naciones Unidas y con el OIEA se prolongara durante tantos años. Las medidas exigidas para restablecer y mantener la paz cuando se trata de un Estado que utilizó gas venenoso contra su propio pueblo, atacó al Irán y trató de absorber a Kuwait no pueden ser simples. Pero no es una cuestión de crimen y castigo en ningún sentido que pueda percibir un jurista cauteloso. El argumento es que la noción de crimen es progresista y que quienes desean suprimirla del proyecto están tratando de dar un paso atrás. ¿Pero un paso atrás desde dónde? El artículo 19 fue un paso en una dirección equivocada. Quienes propusieron el artículo no explicaron por qué el mundo sería mejor si se inventaba el concepto de crimen de Estado. Sin embargo, una invención de este tipo serviría para exacerbar las contiendas entre los Estados, que podrían llamarse mutuamente criminales con más facilidad y citar luego la autoridad de la Comisión. La noción de infracciones *erga omnes* se confundiría aún más. Ya no se trataría de progresar en la mejora de las instituciones que rigen la responsabilidad penal de las personas individuales. Pero no percibe ningún beneficio real de lo que la República de Irlanda ha denominado un gran salto cuantitativo en su comentario al artículo 19 contenido en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/488 y Add.1 a 3).

14. En resumen, el término «crimen» es, cuando menos, engañoso. No encuentra un fundamento jurídico para hacer una distinción cualitativa entre las infracciones de las obligaciones internacionales y piensa que la existencia del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas disminuye la necesidad de tal distinción. Sería más útil centrarse en la cuestión del ámbito de aplicación, las partes directa e indirectamente lesionadas y la naturaleza de sus derechos. El artículo 19 no tiene ninguna consecuencia positiva y podría causar perjuicios. Cuanto antes se suprima, mejor. No considera que existan distintos regímenes de responsabilidad estatal, pero si, como parece posible, una mayoría de la Comisión se decidiera a favor de dos regímenes, por lo menos deberían suprimirse los términos «delito» y «crimen». Si, como es de esperar, la Comisión optara por un régimen único de responsabilidad, no habría necesidad de pedir disculpas por hacerlo ni de instar a una futura reapertura de la cuestión de los crímenes.

15. Algún día los miembros de la Comisión —o, lo que es más probable, los participantes en el Seminario de derecho internacional— quizás vivan en un mundo que tolere la existencia de un organismo con competencia para decidir si un Estado ha cometido un crimen. Pero el mundo de hoy concibe esta idea como algo que los Estados nunca aceptarán. Es un mundo en donde menos de la mitad de todos los países aceptan la jurisdicción de la CIJ en virtud del artículo 36 de su Estatuto, y muchos lo hacen con reservas. Este mundo no puede aceptar la noción de crímenes de Estado, aunque tenga sentido. Pedir a los países que den más de lo que pueden o quieren entregar no es progresista: es una subversión del actual ordenamiento jurídico.

16. Además de los defectos de concepto existen obstáculos políticos. La supresión del artículo 19 no impedirá que se siga analizando el concepto de crimen de Estado; pero no ve ninguna razón para favorecer el análisis de este concepto, sea como un elemento de la responsabilidad del Estado o de otra forma. Si la razón de ello es evitar una conclusión *a contrario* de que la supresión del artículo 19 se hace sin perjuicio de la posible utilidad del concepto de crimen en algún otro contexto, una decisión de este tipo podría sustentarse en el hecho de que la Comisión sólo está tratando las obligaciones del derecho general que, como observa el Relator Especial en el párrafo 71 de su primer informe, la mayoría de los ordenamientos jurídicos tratan en forma separada de los crímenes.

17. El Sr. GOCO, que no desea entrar en un minidebate, sino que simplemente solicita una aclaración, recuerda que el Tribunal de Nuremberg señaló que «los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a las personas que cometen tales crímenes se puede hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional»[9]. ¿Debe considerarse al Estado como una entidad abstracta en ese sentido —es decir como exento de responsabilidad penal?

18. El Sr. ROSENSTOCK responde afirmativamente. Parece una conclusión válida, aunque habría que ver si un análisis histórico revelaría que los jueces de Nuremberg tenían el propósito de que la frase se refiriera al Estado y no a alguna otra institución u organización.

19. El Sr. ECONOMIDES dice que el Sr. Rosenstock está emitiendo un juicio muy severo sobre el artículo 19. Es verdad que los crímenes contemplados en ese artículo no van acompañados de las consecuencias penales habituales. Sin embargo, la Comisión está tratando tímidamente de abrir nuevos caminos. El término «crimen» quizás no sea el más adecuado, pero se están haciendo esfuerzos por establecer ciertas obligaciones de carácter internacional, y esto no carece de mérito. No reconocer una situación ilícita, poner fin a la agresión y promover la cooperación entre los Estados para borrar las consecuencias de un crimen son todas ideas fructíferas. Hablan de un creciente espíritu de solidaridad entre los miembros de la comunidad internacional y de un intento por actuar

[9] Véase 2532.ª sesión, nota 18.

como una comunidad de conformidad con el concepto de orden público internacional. Es una evolución positiva y prometedora, y el comienzo de un camino hacia el reconocimiento de una obligación de solidaridad entre los Estados.

20. El Sr. ROSENSTOCK dice que no le suscita problemas el concepto de obligaciones *erga omnes* —que se tienen hacia todos los Estados—, pero piensa que no es productivo adentrarse en los crímenes de Estado, que no irían acompañados de sanciones, ya que un paso de este tipo no recibiría apoyo. Le preocupa que se pueda inferir que el no reconocimiento de la obligación de cooperar sea algo específico del crimen. Esto no es cierto, ya que tiene importancia en muchas circunstancias, entre las que destacan las situaciones que implican la obligación de no reconocer la adquisición del territorio por el empleo de la fuerza. También hay muchos actos —que no se pueden denominar crímenes— que los Estados no deben consentir y que para combatirlos se requiere la cooperación entre Estados. El crimen es peligroso si se lo relaciona con el no reconocimiento y la obligación de cooperar, debido a sus inevitables implicaciones *a contrario*. Teme que, en realidad, la noción de crimen debilite el ámbito de aplicación de las obligaciones *erga omnes* en general y no contribuya a promover el difícil concepto del *jus cogens*. Para destacar la necesidad de que la comunidad internacional obre de común acuerdo existen otras formas distintas de inventar el concepto de crimen de Estado.

21. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) apoya las observaciones que acaba de hacer el Sr. Rosenstock. Con respecto a las observaciones del Sr. Economides, aclara que no se trata de un debate sobre la solidaridad en contraposición a la soberanía: todo el mundo acepta el concepto de solidaridad entre los Estados. Espera que el debate culmine en la creación por la Comisión de un grupo de trabajo que se encargue, por el resto del período de sesiones, de elaborar las consecuencias de la solidaridad con respecto a la primera y segunda parte del proyecto de artículos. Se podría hacer un esfuerzo muy constructivo para determinar qué entraña la solidaridad para la comunidad internacional en su conjunto. Además, tampoco ayudaría que la labor sobre este tema quedara limitada a la dicotomía entre crimen y delito. El Sr. Pambou-Tchivounda señaló acertadamente (2535.ª sesión) los problemas del concepto de delito, y añade que el mismo hecho puede constituir un delito o un crimen según las personas de que se trate. Habrá que analizar cuidadosamente las consecuencias de esta rígida dicotomía incluso también en el grupo de trabajo que desea que se establezca; pero, de todas formas, la labor de la Comisión no debe demorarse más. Esto es lo que ocurriría si se mantuviera la dicotomía, ya que, por ejemplo, habría que complementar los artículos 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos), 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado) y 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad).

22. El Sr. LUKASHUK tiene la impresión de que la Comisión ha llegado a un punto muerto y que de nada serviría continuar el debate. Se perciben dos puntos de vista contrarios, pero ninguno cuenta con el apoyo suficiente para ser adoptado. Sería preferible lograr un compromiso aceptable para toda la Comisión. Considera que esto es posible si se establece una categoría especial de los delitos más graves, que incluya el genocidio y la agresión, y se decide que las cuestiones de procedimiento se resolverán de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Otras cuestiones pueden dejarse para resolver más adelante. Pero no deben descartarse los logros del pasado.

23. El Sr. DUGARD apoya este llamamiento a una avenencia. La Comisión parece estar dividida por igual con respecto a esta cuestión. Desearía saber si el Sr. Rosenstock aceptaría la propuesta del Relator Especial de insertar una reserva donde se especifique que la cuestión de los crímenes de Estado se examinará más adelante. La reserva podrá redactarse de tal forma que indique que la Comisión no rechaza por entero la noción, sino que la deja de lado para poder continuar su segunda lectura del proyecto de artículos.

24. El Sr. ROSENSTOCK dice que si este tipo de avenencia no fuese perjudicial para ninguna de las partes en el debate lo aceptaría.

25. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA apoya plenamente la recomendación del Relator Especial, ya que tiene en cuenta el hecho de que la Comisión no ha examinado con suficiente profundidad algunas cuestiones, específicamente las enmiendas que habría que introducir en los artículos 1, 3 y 10 de mantenerse el artículo 19. El debate ha sacado a la luz realmente gran cantidad de ideas positivas e interesantes.

26. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que a veces se ha afirmado que el grupo de miembros de la Comisión opuesto al concepto de crimen es muy reducido. Eso habría que verlo, pero sí puede decir que el Sr. Brownlie se opone, por razones similares a las alegadas por el Sr. Rosenstock. Se ha llegado a un verdadero punto muerto, y en su calidad de Relator Especial considera que tiene que plantear la cuestión. Desea poder adelantar en la segunda lectura, y esto significa enfrentarse a la realidad de la división que existe en el seno de la Comisión.

27. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el Sr. Rosenstock ha planteado un tema fundamental. Las cuestiones de forma se pueden solucionar, pero como dijo hace poco el Sr. Kateka (2534.ª sesión), incluso el procedimiento entraña consecuencias de fondo. No se puede llegar a una avenencia respecto de concepciones opuestas del mundo.

28. Siempre se han cometido crímenes y se seguirán cometiendo. La palabra «crimen» tiene connotaciones de violencia y de condena de la opinión mundial. Estos actos no se podrían equiparar a los delitos normales, que son hechos ilícitos y se tratan en forma separada. Por lo tanto no es ni realista, ni adecuado, ni exacto considerar el crimen como un delito grave. No comprende por qué en 1998 la Comisión no acepta ya un criterio que aprobó en 1976. Seguramente la conducta de los Estados no ha mejorado tanto como para convertir en irrelevante el concepto de crimen. Por el contrario, el mundo es todavía más peligroso de lo que era. Se cometen crímenes a nivel internacional, al igual que a nivel nacional. Pero los conceptos de *jus cogens* y *erga omnes* no son propios del crimen, aunque tengan cierta relación con él. Los miembros tienen una meta que cumplir dentro de un plazo determi-

nado. En su presentación el Relator Especial ha propuesto una avenencia que podría aceptar.

29. El Sr. SIMMA, refiriéndose a la propuesta del Sr. Dugard, dice que una reserva a favor de algo que no existe no tiene sentido. No existe un verdadero concepto de crimen tal como lo había concebido el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, y una reserva es, por lo tanto, inaceptable. Sugiere que se inserte una frase en el comentario para aclarar que la Comisión, al tratar sólo del derecho de las obligaciones, no intenta excluir un desarrollo posterior con respecto a lo que personalmente denominaría verdaderos crímenes.

30. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que el Sr. Rosenstock ha señalado varios puntos importantes. Está de acuerdo en que se corrija la obligación de solidaridad en el proyecto, porque evidentemente en este momento no corresponde limitar a los crímenes la obligación de no reconocimiento. Comparte la opinión del Sr. Rosenstock de que el crimen sin sanción no tiene sentido. Pero si la Comisión crea un grupo de trabajo sobre la solidaridad, ¿estará éste limitado a corregir cuestiones que de todas formas debían corregirse o reflejará el hecho de que, como lo ha dicho el Sr. Rosenstock, no existe en derecho internacional ningún reconocimiento del concepto de crímenes de Estado? Hay quienes piensan que existe algún reconocimiento. No cree que nadie pueda afirmar que el concepto esté tan firmemente establecido como el relativo a los delitos. Cita a este respecto la memoria que el Gobierno del Reino Unido presentó en 1947 en el asunto *Détroit de Corfou*[10], donde el acto de Albania fue definido como un delito internacional. No sabe si serviría de algo utilizar el término «delito» en vez de «crímenes».

31. De aquí que haya un desacuerdo con respecto al grado de reconocimiento que el derecho internacional da actualmente a la idea de crímenes y a la medida en que esto significa una codificación o un desarrollo progresivo. Nunca es fácil distinguir entre el desarrollo progresivo y la codificación. Cualquier avenencia debería incluir la elaboración de un concepto completo de crimen con castigo —que se establecería en forma optativa— y el desarrollo concurrente del resto del tema, dejando a los Estados la decisión definitiva. Una razón para esto es que la unidad de miras de la norma de la responsabilidad del Estado, al menos según la teoría objetiva, simplemente se derrumbaría. La otra razón es que se perdería el impulso de tres decenios de trabajo. En su opinión ésta sería la verdadera avenencia.

32. El Sr. THIAM dice que siempre se ha opuesto al concepto de responsabilidad del Estado. ¿Qué avenencia podría armonizar la posición de quienes mantienen que existe el crimen de Estado y quienes dicen que no existe?

33. Según el Sr. GOCO sería prematuro decir cuántos miembros de la Comisión están a favor de la noción del crimen de Estado y cuántos en contra. Esto se verá con más claridad una vez que hayan expresado su opinión todos los miembros.

34. El Sr. ADDO, que felicita al Relator Especial por un primer informe equilibrado y penetrante, dice que está totalmente de acuerdo con gran parte de lo que ha dicho acerca de la supresión del artículo 19 y apoya sin dudar su recomendación, que representa la forma más pragmática de considerar esta cuestión.

35. Si algunos miembros son partidarios de suprimir el artículo 19 es porque han sopesado los pros y los contras antes de llegar a esta conclusión y no porque hayan sido intimidados, como parece sugerirlo el Sr. Pellet. Tienen opiniones propias y la capacidad de hacer una elección razonable en forma independiente.

36. En el comentario al artículo 19 se deja en claro que un crimen internacional no es lo mismo que un crimen de derecho internacional, y se señala que los Estados son responsables por los crímenes internacionales, mientras que las personas tienen responsabilidad por los crímenes de derecho internacional. Considera que esto es un poco confuso. El propio Roberto Ago advirtió que los crímenes internacionales del Estado, a los que se había referido, no debían confundirse con el crimen en el derecho internacional, «crímenes de guerra», crímenes contra la paz, crímenes de lesa humanidad y otros, empleados en diversas convenciones e instrumentos internacionales para calificar atroces crímenes individuales respecto de los cuales esos instrumentos exigen que el Estado sancione adecuadamente al culpable.

37. En primer lugar, la distinción entre crimen y delito no es necesaria. En segundo lugar, las fronteras de dichos crímenes de Estado no han sido bien delimitadas. Al crimen le falta especificidad. La definición dada es extremadamente confusa y del todo inútil para condenar a ninguna persona o Estado. Un crimen es una cuestión seria y, por lo tanto, debe definirse con precisión, algo que el artículo 19 no hace. Por el contrario, hace depender el crimen de lo que dice o reconoce la comunidad internacional. ¿Cuántas probabilidades existen de que la comunidad internacional reconozca dichos crímenes de Estado? El artículo estipula que un acto ilícito será un crimen internacional sólo cuando así lo reconozca la comunidad internacional en su conjunto, algo que requiere unanimidad de decisión por parte de los Estados, que sería difícil, si no imposible, de lograr. Pero en el 28.º período de sesiones, en 1976, los miembros de la Comisión dijeron en el párrafo 61 del comentario al artículo 19 que no se requería unanimidad sino más bien el acuerdo de todos los «componentes esenciales» de la comunidad internacional[11]. ¿Podrían los partidarios de conservar el artículo 19 indicar quiénes son los componentes esenciales de la comunidad internacional hoy en día y qué criterios se aplican para seleccionarlos? Lo que preocupa con respecto al «crimen» según la definición del artículo 19 es que, aparte de una definición que supone una petición de principio y es ilusoria, el proyecto no trata de las consecuencias jurídicas de tales crímenes. En sentido estricto un crimen debe tener sanciones penales. Tal no es el caso con el artículo 19. No conoce ningún ejemplo de sanción penal impuesta a un Estado por un presunto crimen. Si este supuesto crimen internacional del Estado no acarrea sanciones penales, no queda tipificado como crimen.

[10] *C.I.J. Mémoires, Affaire du Détroit de Corfou*, fallo de 9 de abril de 1949, vol. I, pág. 40.

[11] Véase 2532.ª sesión, nota 17.

38. Se reconoce que algunos hechos ilícitos internacionales son más graves que otros, pero esto no los convierte necesariamente en crímenes. Podrían ser hechos internacionalmente ilícitos de carácter grave que se purgaran con indemnizaciones que reflejaran su gravedad.

39. Si todo lo que el Sr. Pellet exige para defender el artículo 19 son los daños punitivos, podría entonces abandonar la distinción entre delito y crimen y quedarse tan solo con el hecho internacionalmente ilícito de carácter grave, quedando subsumidos los daños punitivos que considera adecuados para un crimen de Estado en el delito y en el derecho general de las obligaciones. Por su parte, piensa que los daños punitivos corresponden a los delitos y no a los crímenes, que necesariamente deben acarrear sanciones penales; de otra forma no hay razón para denominar a estos actos crímenes. Al hablar de delito, se refiere tanto a la situación contractual como a la extracontractual y también, indudablemente, al derecho general de las obligaciones.

40. El Sr. Pellet, apoyado por el Sr. Kateka, ha propuesto cambiar la palabra «crimen», pero ninguno de ellos ha señalado qué palabra la reemplazaría. Mas no es una mera cuestión de cambiar el nombre. ¿Bastaría un simple cambio de nombre para que estos actos se convirtieran en algo distinto de los crímenes?; ¿se convertirían en delitos o en otra cosa? ¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas resultantes? El Sr. Pellet ha dicho que la responsabilidad del Estado no es ni civil ni penal sino internacional. ¿Qué significa esto? La indemnización nace del delito y el derecho general de las obligaciones y las sanciones penales nacen de los crímenes, ¿pero qué nacería de la postura «internacional» del Sr. Pellet?

41. Los artículos 51 a 53 se ocupan principalmente de las sanciones colectivas. El artículo 53 (Obligación de todos los Estados) sólo exige la solidaridad de los Estados e impone obligaciones a los demás Estados en sus relaciones con el Estado denominado criminalmente responsable. No deben prestar asistencia a ese Estado ni reconocer la legalidad de la situación creada por la violación. En realidad, esto agrega poco a lo que se espera de los Estados según el proyecto de normas sobre responsabilidad por delitos. No se trata de sanciones penales. Ha tratado de aceptar los argumentos del Sr. Pellet, pero ha decidido apartarse de él y de quienes sostienen esa postura. Por el contrario, apoya al Relator Especial e insta a sus colegas a hacer lo mismo, porque la mejor forma de adelantar es seguir el camino elegido por el Relator Especial en su primer informe y en sus recomendaciones.

42. La Comisión no debe repetir el error que cometió hace algunos años en relación con las reservas de los tratados. La Asamblea General pidió una opinión consultiva a la CIJ acerca de la cuestión de las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, e invitó también a la Comisión a que estudiara la cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales desde el punto de vista de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional[12]. Si bien la Corte presentó su opinión en 1951[13], en ese mismo año la Comisión consideró que el criterio de la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin, que había aplicado la Corte, no era adecuado en el caso de las convenciones multilaterales en general[14]. En otras palabras, recomendó volver a la norma tradicional de la unanimidad. El informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su tercer período de sesiones, en 1951, suscitó una diversidad de pareceres en la Asamblea, la cual, en una resolución neutral, solicitó al Secretario General que ajustara su práctica a la opinión consultiva de la Corte[15]. A la Comisión le llevó 11 años reconocer lo evidente, y en 1962 propuso el sistema flexible[16] que, con modificaciones secundarias, está ahora consagrado en la Convención de Viena de 1969.

43. Los miembros de la Comisión no deben repetir esta experiencia de sus predecesores. Deben suprimir el artículo 19. No deberían menoscabar el proyecto, que les llevó 40 años elaborar, reteniendo un artículo que está fuera de lugar en un proyecto que trata del derecho general de las obligaciones. Habría que desarrollar adecuadamente la idea del antiguo Relator Especial, Sr. Ago, en forma adecuada al margen del proyecto, como lo ha propuesto el Relator Especial.

44. No comprende la observación del Sr. Pellet de que el Relator Especial está tratando de aniquilar el concepto del Sr. Ago sobre crimen de Estado. El Relator Especial está diciendo simplemente que mantener el concepto de crimen de Estado en un proyecto sobre el derecho general de las obligaciones es una incongruencia y, posiblemente, una aberración. El Sr. Ferrari Bravo ha reconocido que, si bien se está formando un concepto de crimen de Estado, todavía es vago.

45. En su recomendación el Relator Especial dejó perfectamente en claro que la supresión del artículo 19 debe entenderse sin perjuicio de una posible futura elaboración del concepto de crimen internacional, ya sea como un tema separado de la Comisión o en virtud de la práctica de los Estados o de las organizaciones internacionales. Nada se pierde suprimiendo el artículo 19, ya que casi todos los crímenes mencionados en el párrafo 3 de dicho artículo están comprendidos en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[17] y también en el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional[18].

46. Hay que reconsiderar rigurosamente el concepto del antiguo Relator Especial, Sr. Ago, para determinar su viabilidad en el presente caso. Al hacerlo, el Relator Especial no está atacando el «crimen» o aniquilando la idea del Sr. Ago. Cualesquiera que fueran los méritos que la idea hubiera tenido en el pasado, los hechos ocurridos han sido tales que podría carecer de utilidad práctica si no se la modificara. Sería preferible seguir adelante con el con-

[12] Resolución 478 (V) de la Asamblea General, párrs. 1 y 2 *a*, respectivamente.

[13] *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 15. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S 92 V 5), pág 25

[14] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento n.º 9 (A/1858)*, párr. 24, pág. 6.

[15] Resolución 598 (VI) de la Asamblea General, párr. 3 *a*.

[16] Véase *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 181 y ss., doc. A/5209.

[17] Véase 2534.ª sesión, nota 10.

[18] Véase 2532.ª sesión, nota 7.

cepto de la responsabilidad penal internacional de las personas, materia en la que se ha logrado un progreso considerable. La Comisión ha adoptado 20 artículos del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que recoge muchos crímenes incluidos en el concepto de Ago que sirvió de fundamento al artículo 19, por ejemplo la agresión, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, incluida la esclavitud. De aquí, lo que podría perderse en el artículo 19 ya está abarcado en el proyecto de código y el proyecto de estatuto. Por lo tanto no habría ningún problema en que la Comisión eliminara el artículo 19.

47. Entiende que, según el Sr. Pellet, el concepto de Ago permitiría sancionar a las personas que desde un nivel muy alto han planificado y ejecutado actos de agresión y de genocidio. No está muy seguro de que esto sea así. Pero de lo que sí está seguro es de que el artículo 7 del proyecto de código (Carácter oficial y responsabilidad), que hace extensivo el principio de la responsabilidad penal a los jefes de Estado o de gobierno, es más claro a este respecto. Como se dice en el párrafo 1 del comentario al artículo 7, sería paradójico permitir a individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras ella. El proyecto de estatuto —que se tratará en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional que se celebrará en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998[19]— contiene disposiciones similares. Además, si bien el artículo 19 no ha sido adoptado, un antiguo jefe de gobierno ha sido declarado culpable por el Tribunal Internacional para Rwanda[20], condena basada en normas similares a las formuladas en el proyecto de código y en el proyecto de estatuto.

48. La noción de crimen de Estado es innecesaria. Después de todo, los Estados están constituidos por personas, y las personas que planifican y ejecutan los actos odiosos del Estado no deberían quedar a salvo, sea cual fuese su rango. Hay que centrarse en las personas, como se demuestra admirablemente en el proyecto de código y en el proyecto de estatuto. Sus crímenes diabólicos no quedarán impunes. La recomendación del Relator Especial, lejos de ser un paso atrás, como ha sugerido el Sr. Economides, es un paso en la dirección correcta.

49. Los partidarios de mantener el artículo 19 deben comprender que están sembrando la semilla de la destrucción de todo el proyecto cuya elaboración ha llevado más de 40 años. De mantener el artículo habría que incorporar al proyecto todo un conjunto de disposiciones de procedimiento referentes, por ejemplo, a un posible órgano de enjuiciamiento, un sistema de denuncias, normas de defensa y de prueba, detención, fianza y excarcelación. También será necesario contar con una autoridad judicial internacional que tenga facultades para determinar la culpabilidad y las cuestiones relativas a la sentencia. El resultado sería un completo caos. Por lo tanto conviene en que los argumentos del Sr. Pellet en defensa del concepto de crimen del Estado son totalmente erróneos. Como ha puesto bien en claro el Relator Especial, cualquier evolución futura de esa noción se podría lograr fuera de este proyecto de artículos, lo cual debería ser aceptable para los partidarios del concepto de Ago.

50. Cuando la ocasión lo exija se debe actuar con decisión. La tarea del Relator Especial es intimidante, pero no imposible, y no porque carezca de capacidad para realizarla, sino porque los partidarios de mantener el artículo 19 no le han dado ninguna directriz para elaborar y aplicar el concepto de crímenes del Estado. Se han limitado a esbozar el principio. Es bochornoso que haya llevado 40 años elaborar el proyecto de artículos, pero sería prácticamente escandaloso que todavía se necesitaran más años para elaborar el concepto de crímenes del Estado.

51. No está de acuerdo con el Sr. Simma en que sea necesario elaborar el principio de obligaciones *erga omnes* según está establecido en el artículo 19, ya que esto plantearía algunos problemas. En primer lugar, el dictamen sobre este principio emitido por la CIJ en un asunto no debería, en su opinión, aplicarse en forma general. Para comprenderlo bien hay que examinar minuciosamente el contexto en el cual fue pronunciado. Es evidente que el principio de obligaciones *erga omnes* guarda más relación con el *locus standi* que con cualquier otro, en otras palabras, con el interés y la capacidad jurídica del Estado en un caso determinado.

52. Otro asunto en el que se invocó el concepto *erga omnes*, en 1966, fue el presentado ante la CIJ por Etiopía y Liberia contra Sudáfrica en los asuntos *Sud-Ouest africain* por incumplimiento del mandato de la Sociedad de las Naciones en relación con el trato a los habitantes de Namibia. Ghana también colaboró en presentar este asunto ante la Corte. La Corte negó que Etiopía y Liberia tuvieran el interés jurídico o la capacidad de actuar en ese caso y consideró que su reclamación era análoga a la *actio popularis* del derecho romano. Ambos asuntos son igualmente válidos; ninguno es obligatorio, pero tienen una autoridad persuasiva. Tampoco piensa que en el dictamen de la Corte esté implícito el derecho de un Estado a presentar una acción para proteger el interés «público» o «colectivo» de la comunidad.

53. Tiene varias dudas acuciantes a este respecto. Por ejemplo, este derecho no podría ejercerse ciertamente a menos que el Estado demandado aceptara de manera específica la competencia o hubiese consentido en la jurisdicción obligatoria, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 35 del Estatuto de la Corte. Se plantean en tal caso varias cuestiones. Si se aumentara la categoría de posibles querellantes, ¿no habría una proliferación de acciones jurídicas? ¿Serían los Estados más reacios a someterse por anticipado a la competencia de la Corte? Los Estados que creen tener un interés jurídico en velar por el interés colectivo o de la comunidad ¿harían valer este interés fuera del ámbito judicial, por ejemplo en un foro internacional? ¿Tomarían contramedidas, unilateral o colectivamente, contra lo que, a su juicio, fuera un Estado o Estados infractores? ¿Existe algún peligro de que, ante la falta de control judicial, cada Estado se transforme en policía de la comunidad internacional en nombre de una obligación *erga omnes*?

[19] Véase 2533.ª sesión, nota 8.

[20] *Le procureur du Tribunal contre Jean Kambanda*, asunto n.º ICTR-97-23-DP, auto de acusación de 16 de octubre de 1997.

54. Todos estos problemas le hacen dudar más en aceptar el principio de las obligaciones *erga omnes* según está establecido en el artículo 19. En especial, no debería hacerse extensivo este principio como se ha hecho en el artículo. No le parece apropiado que un Estado que no ha sufrido un daño material presente una reclamación de indemnización. Aprovecha para observar que es irónico que quienes en el 49.º período de sesiones estuvieron tan firmemente en contra de la responsabilidad internacional por la contaminación masiva del medio ambiente estén ahora preparados a convertir a esa misma contaminación masiva en crimen con arreglo al apartado *d* del párrafo 3 del artículo 19.

55. Conviene no recargar los artículos proyectados que, con los comentarios, ya tienen una cierta pesadez. Ahora bien, le han convencido los argumentos que el Relator Especial ha desarrollado en su primer informe y en su introducción oral, y es partidario de la supresión del artículo 19 y, por consiguiente, de los artículos 51 a 53.

56. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que, según el Sr. Addo, son las personas quienes dirigen los Estados y los Estados en sí mismos son una abstracción. ¿Significa esto que está preparado para reemplazar en todo el proyecto de artículos la palabra «Estado» por otra, tal como «ministro», «Presidente de la República» o «jefe de gobierno»? En otras palabras, ¿debería modificarse el proyecto para atribuir a los jefes de Estado la responsabilidad por todo acto considerado ilícito o doloso en el sentido tradicional?

57. El Sr. ADDO dice que se ha referido a los crímenes, no a los delitos ni al derecho general de las obligaciones. El concepto de crimen de Estado existe, pero todavía no ha tenido una aceptación general. En su opinión, la Comisión no puede esperar eternamente a que se elabore este concepto. Si se puede sancionar a los jefes de Estado según el código, ¿por qué no hacerlo, dejando la elaboración del principio de crimen de Estado para un ámbito que no sea el proyecto de artículos?

58. El Sr. SIMMA dice que la mejor forma de ocuparse de la cuestión sería adoptar la propuesta del Relator Especial de establecer un grupo de trabajo que investigue las consecuencias de las obligaciones de *jus cogens* y de *erga omnes*, lo cual contribuirá a disipar las inquietudes de quienes defienden el concepto de crimen de Estado.

59. El Sr. GOCO desearía saber si el Sr. Addo se opone en principio al concepto de crimen de Estado o si, simplemente, piensa que el artículo 19 es imperfecto y podría mejorarse si se definieran los crímenes imputables al Estado. El Sr. Addo también se ha referido a la responsabilidad empresarial pero, mientras que una sociedad podría disolverse cuando sus representantes fuesen acusados de un crimen, por odiosos que sean los crímenes que haya cometido un Estado, éste continuará existiendo con todos sus componentes esenciales: territorio, población, autoridad soberana. ¿Considera el Sr. Addo que si el proyecto de artículos se reformara adecuadamente podría acusarse a un Estado de haber cometido un crimen o un acto ilícito en violación del derecho internacional?

60. El Sr. ADDO dice que el concepto de crimen de Estado se está elaborando, pero no se ha desarrollado todavía por completo. Por consiguiente, si bien no se opone totalmente a esta idea, considera que no tiene cabida en el derecho general de las obligaciones y debería suprimirse del proyecto. Con respecto a la responsabilidad empresarial, incluso cuando se disuelve una sociedad, las personas responsables, por ejemplo, de fraude, todavía podrían ser acusadas de ello. Una situación análoga se presentó en el asunto del antiguo Jefe de Gobierno de Rwanda, quien, si bien había huido, fue capturado y enjuiciado según normas similares a las establecidas en el proyecto de código. Sería una pérdida de tiempo incorporar en el proyecto sobre la responsabilidad de Estado algo tan indefinido como el concepto de crimen de Estado, aun aclarando que se seguiría elaborando el concepto. Por supuesto que la Comisión lo puede elaborar, pero no en el actual proyecto.

61. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que le complace escuchar que el Relator Especial acepta que se le sugieran correcciones. La comunidad mundial está pasando por una fase de transición, dejando atrás las relaciones puramente entre Estados y encaminándose a un sistema más abierto que entraña la responsabilidad del individuo. La declaración del Sr. Al-Kasawneh ha sido una contribución muy útil a este respecto y ha sido seguida por otras del mismo tenor. Pero de ello no se sigue que deba mantenerse la distinción entre crimen y delito. El principal problema es que tomaría demasiado tiempo ajustarse a las nuevas condiciones, por lo que es partidario de un enfoque jurídico flexible y no de un enfoque rígido, para el que la comunidad internacional no está preparada. Se le podría acusar de estar a favor de las principales Potencias industriales, pero no es así porque asiste a la Comisión a título privado. Es una ironía que, de caracterizarse como crímenes de Estado los hechos acaecidos en Indonesia durante los últimos 32 años, su sucesor podría heredar el problema, lo que sería injusto. Por esta razón práctica no se puede incorporar el concepto de crimen de Estado en el proyecto sobre responsabilidad de Estado. También sería necesario especificar cuáles son los crímenes comprendidos en el concepto de crímenes del Estado, reconociendo al mismo tiempo que las facultades de los juristas para hacer algo en tales circunstancias son limitadas.

62. El Sr. YAMADA, refiriéndose a la distinción entre la responsabilidad por crímenes y por delitos, comparte las conclusiones del Relator Especial establecidas en el párrafo 95, y es partidario de que se suprima el artículo 19 del proyecto sobre responsabilidad del Estado. Con respecto a la inclusión del concepto de crimen de Estado, desea hacer suyos varios de los puntos planteados por el Sr. Addo, el Sr. Dugard, el Sr. Kusuma-Atmadja y el Sr. Rosenstock. Si bien reconoce que existen diferentes categorías de actos internacionalmente ilícitos, que implican el quebrantamiento de una obligación *erga omnes* y el quebrantamiento de una obligación derivada de un contrato bilateral, y no niega que algunos de los actos internacionalmente ilícitos puedan tipificarse como crímenes de un Estado, la tipificación de actos ilícitos como tales no está en duda. Lo que sí lo está es si en el régimen de la responsabilidad de Estado debería introducirse la figura del crimen de Estado y si el Estado debería responder por dicha responsabilidad. Su respuesta es negativa.

63. La Comisión inició en el 28.º período de sesiones, en 1976, un ambicioso proyecto que incluía la figura del crimen de Estado, establecida en el artículo 19 de la pri-

mera parte. Pero, cuando en la segunda parte tuvo que ocuparse de las consecuencias jurídicas de los actos ilícitos, no pudo estipular los daños punitivos por tales crímenes y menos aún multas ni otras sanciones. En su opinión la decisión de la Comisión se limitó a reflejar la situación del momento. Hasta ahora no hay una práctica adecuada del Estado ni ningún procedimiento para determinar con autoridad que el Estado ha cometido un crimen. Tampoco existe ninguna institución adecuada que permita hacer justicia en el caso de un crimen de Estado en la comunidad internacional.

64. Si bien advierte perfectamente la necesidad de ser cauto al extraer analogías entre el derecho nacional e internacional, cree firmemente que deben emplearse expresiones jurídicas para expresar un concepto que es similar en ambos casos. El término «crimen» —que entraña la responsabilidad penal— es un concepto bien definido en los ordenamientos nacionales de justicia penal, pero no debería utilizarse en el ámbito del derecho internacional, salvo que en el régimen de la responsabilidad del Estado se contemplen disposiciones sobre la responsabilidad penal. Naturalmente, la comunidad internacional debe tomar medidas para reprimir crímenes de Estado tan aborrecibles como la agresión, el genocidio y los crímenes de guerra, pero no cabe esperar que el régimen de la responsabilidad del Estado tenga mucha importancia a este respecto.

65. Para luchar contra el crimen organizado, los gobiernos nacionales movilizan el régimen político y administrativo a fin de tomar medidas disuasivas y desmantelar las organizaciones involucradas, el régimen de justicia penal para sancionar a los delincuentes y aplicar las penas, y el régimen de responsabilidad civil para resarcir a las víctimas de los daños que han sufrido. Cada régimen tiene una función limitada y funciona junto con los demás.

66. En la esfera internacional, cuando un Estado emprende la limpieza étnica de una población minoritaria, cometiendo así el crimen de genocidio, el Consejo de Seguridad es la institución política autorizada para tomar medidas, ya sea en virtud del artículo VIII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio o en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Si bien no lo hizo así en el caso de Camboya y de Rwanda, y su libertad de acción está coartada por el sistema del veto, éstos son defectos que deben remediar las Naciones Unidas y no el régimen de responsabilidad del Estado.

67. Se está elaborando un régimen de justicia penal para el delito de genocidio. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio exige de las Partes contratantes el castigo de los culpables, y se espera que la futura corte penal internacional determine la responsabilidad penal en el caso de las personas. Si bien el artículo IX de la Convención menciona la responsabilidad de un Estado por genocidio, no se refiere, en su opinión, a la responsabilidad penal. De todas formas piensa que el concepto de responsabilidad penal del Estado ya existe en forma embriónica y no tendría objeción en iniciar una labor sobre el tema, siempre que se la mantenga separada de la labor sobre la responsabilidad del Estado.

68. La función del régimen de responsabilidad del Estado frente al delito de genocidio es más o menos análoga a la del régimen de responsabilidad civil nacional, es decir, establecer la responsabilidad civil del Estado en materia de resarcimiento de las víctimas por los daños que han sufrido. Por supuesto, no está equiparando el régimen internacional de la responsabilidad estatal con el de la responsabilidad civil nacional. La Comisión deberá ocuparse de las consecuencias jurídicas concretas del incumplimiento de una obligación *erga omnes*. A este respecto, comparte plenamente las conclusiones presentadas por el Relator Especial en el párrafo 95 de su primer informe.

69. Coincide con las observaciones hechas por los Gobiernos de Francia y de la República Checa sobre el artículo 19 en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos en el sentido de que la norma de la responsabilidad del Estado no es civil ni penal. Pero esta circunstancia podría atribuirse al hecho de que la comunidad internacional y el derecho internacional todavía son inmaduros, y considera que el derecho internacional también deberá evolucionar, y evolucionará, hacia una separación entre la responsabilidad civil y la penal. Por ejemplo, en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prohíbe ya el encarcelamiento por no poder cumplir una obligación contractual, la «prisión por deudas». Piensa que la comunidad internacional tampoco vive en los tiempos de Charles Dickens.

70. Confía en que la Comisión resuelva la cuestión fundamental de la distinción entre la responsabilidad «criminal» y «delictual» en la forma recomendada por el Relator Especial, y que pueda terminar la segunda lectura del proyecto de artículos en el presente quinquenio.

71. El Sr. ECONOMIDES dice que se están presentando en la Comisión los crímenes de Estado como algo inexistente o indefinible. Sin embargo, la agresión fue definida como crimen de Estado en la Definición de la agresión incluida en el anexo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, aprobada por unanimidad. Por lo tanto, la Comisión tiene la obligación de establecer dónde radica la responsabilidad de un Estado agresor.

72. En su opinión, el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas está estrechamente relacionado con la norma de la responsabilidad del Estado. De ocurrir un serio quebrantamiento de las obligaciones internacionales de un Estado que represente una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, la comunidad internacional en su conjunto, encarnada en el Consejo de Seguridad, está facultada para tomar medidas preventivas o de otro tipo, incluido el empleo de la fuerza. La medida del Consejo, al autorizar, por ejemplo, el bombardeo del Iraq, ¿podría describirse como una sanción civil y no una sanción penal? Varios miembros de la Comisión ya han reconocido que los crímenes de Estado forman parte del cuerpo del derecho internacional, y este concepto está ganando aceptación gradualmente, incluso en la CIJ. De hacer caso omiso de esta evolución, la Comisión estaría faltando a su deber.

73. El Sr. YAMADA subraya que no niega que se esté elaborando un concepto de crimen del Estado. Está preparado a debatir la consiguiente responsabilidad penal de los

Estados, pero al margen de la actual discusión sobre la responsabilidad del Estado.

74. El Sr. THIAM señala que la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General fue aprobada por consenso, sin votación, y no por unanimidad. Además, el proyecto de código no contiene ninguna definición de la agresión debido a la enorme dificultad de definir tal concepto.

75. El Sr. ECONOMIDES afirma que el consenso tiene el mismo valor que la unanimidad.

76. El Sr. LUKASHUK observa cierta incongruencia en la opinión de que, pese a la falta de un concepto de crimen de Estado en el derecho internacional, el Consejo de Seguridad esté autorizado a tomar contra los Estados Miembros cualquier medida que considere necesaria, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Es evidente que el derecho de adoptar esas medidas se basa sin ambages en una relación de responsabilidad, ya que el Consejo está facultado para tomar medidas sólo en caso de que un Estado haya infringido normas especialmente importantes del derecho internacional.

77. Incluso si el fenómeno de la agresión no pudiese definirse en términos jurídicos, no se deriva de ello que no exista un crimen de agresión. Previene contra la aplicación de un criterio rígido, legalista y estéril.

78. El Sr. THIAM dice que cuando, en los artículos del proyecto de código[21], trató de incluir una definición basada en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, la mayoría de los países objetaron, alegando que la resolución era un texto político y no un instrumento jurídico[22].

79. El Sr. ROSENSTOCK dice que el Consejo de Seguridad no actúa en términos de responsabilidad del Estado ni impone sanciones o penas. Cuando se enfrenta a una situación que representa una amenaza para la paz y la seguridad internacionales puede tomar las correspondientes medidas militares o no militares a fin de remediar la situación. Esas medidas pueden ser contrarias al interés de un Estado inocente o pueden afectar a un Estado que haya cometido un acto considerado contrario al derecho internacional.

80. La idea de crímenes internacionales no se basa en la práctica de los Estados. El Sr. Thiam ha hecho una descripción precisa del carácter puramente político de la situación correspondiente a la definición de la agresión.

81. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA comparte la opinión de que el Consejo de Seguridad es un órgano político que sigue sus propias inclinaciones cuando se trata de decidir si ha ocurrido o no una agresión. Una vez más, no tiene ningún objeto hacer comparaciones entre dos cosas totalmente diferentes como, por ejemplo, la anexión por un Estado de parte del territorio de otro y el incumplimiento de un acuerdo comercial bilateral.

82. El Sr. HE dice que en muchos Estados, destacados estudiosos y abogados se opusieron a la Comisión cuando en su 28.º período de sesiones, en 1976, estableció una distinción en el artículo 19 entre el crimen internacional y el delito internacional. El quid de la cuestión era si el concepto de crimen del Estado podía establecerse en el marco de la norma internacional de la responsabilidad del Estado y, de ser así, si existía algún mecanismo generalmente aceptado para decidir cuándo se configuraban un crimen y la debida respuesta jurídica.

83. Hasta el momento la práctica del Estado no sirve de fundamento para el concepto de crimen internacional del Estado. Por el contrario, el principio de la responsabilidad penal individual ha sido establecido por los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg[23] y de Tokio[24] y, más recientemente, por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda. También ha sido codificado en numerosos instrumentos internacionales y lo pondrá en práctica la futura corte penal internacional.

84. Se ha sugerido que habría que ajustar la práctica tradicional del Estado a las nuevas circunstancias y que habría que prever el concepto de crimen de Estado. Si en el ámbito de la responsabilidad de Estado la Comisión decide dar prioridad al desarrollo progresivo del derecho internacional, debería cerciorarse de que está actuando de conformidad con los deseos e inquietudes de los Estados. De otra forma el producto de su esfuerzo no contará con las suficientes ratificaciones y la Comisión se desprestigiará. La Comisión debería tratar de combinar la codificación con el desarrollo progresivo, reconociendo la práctica de los Estados como un elemento del derecho internacional consuetudinario.

85. Sería extremadamente difícil trasplantar el concepto penal de crimen al ámbito del derecho internacional. La justicia penal presupone la existencia de un sistema judicial para decidir si se ha cometido un acto ilícito y para determinar la culpabilidad. Pero, conforme a la máxima *par in parem imperium non habet*, no existe ningún mecanismo que tenga competencia penal sobre los Estados en la forma en que está estructurada actualmente la comunidad internacional, ni ninguna autoridad central que pueda determinar y atribuir la responsabilidad penal, o aplicar una sanción. El complejo régimen para tramitar las acusaciones de crimen de Estado propuesto por el anterior Relator Especial fue rechazado por la Comisión por inviable y contrario a la Carta de las Naciones Unidas.

86. Lo que alegan los partidarios del concepto de crimen de Estado, es decir que tendría carácter disuasorio y, por lo tanto, fortalecería el orden público internacional, carece de un fundamento jurídico sólido y sería inaceptable para los Estados. Sin embargo, ve cierta utilidad en la propuesta relativa a las obligaciones *erga omnes* e insta a la Comisión a que se siga ocupando de ese tema.

87. Apoya la crítica que ha hecho el Relator Especial de los defectos fatales del artículo 19 y su recomendación de

[21] Véase *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 75, doc. A/CN.4/387, párr. 87.

[22] Véase *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/407 y Add.1 y 2 y doc. A/42/484 y Add.1 y 2.

[23] Véase 2524.ª sesión, nota 16.

[24] Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol VIII (julio 1945-diciembre 1946), págs. 354 y ss.

que se supriman los artículos 51 a 53 y se redacte de nuevo el párrafo 3 del artículo 40 para incluir el incumplimiento de las obligaciones *erga omnes*. Se reserva su opinión con respecto a la sugerencia de que el concepto de «crimen internacional» debe ser tratado en forma separada por la Comisión o por otro órgano. No hay necesidad de elaborar este concepto dadas las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y las vigorosas medidas que ha tomado últimamente el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta. Todavía habría menos necesidad de contar con un concepto de este tipo si se creara una corte penal internacional.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2537.ª SESIÓN

Jueves 28 de mayo de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

más tarde: Sr. Igor Ivanovich LUKASHUK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Cooperación con otros organismos

[Tema 9 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ JURÍDICO CONSULTIVO ASIÁTICO-AFRICANO

1. El PRESIDENTE, recordando los tradicionales vínculos de cooperación entre el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano y la Comisión de Derecho Internacional, da la bienvenida al Secretario General del Comité y lo invita a completar, mediante una declaración oral, la comunicación cuyo texto se ha distribuido a los miembros de la Comisión.

2. El Sr. TANG CHENGYUAN (Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano) cita varios ejemplos de las relaciones que mantiene el Comité con la Comisión, que ilustran la forma en que ambos órganos intercambian representantes en ocasión de sus respectivos períodos de sesiones. El Comité celebró su 37.º período de sesiones en Nueva Delhi del 13 al 18 de abril de 1998. Tenía ante sí 14 cuestiones sustantivas, pero pudo examinar únicamente algunas de ellas, entre las que figuraban los trabajos del 49.º período de sesiones de la Comisión.

3. Con respecto a la responsabilidad de los Estados, el Comité consideró que los proyectos de artículos sobre las contramedidas trataban del aspecto más difícil y controvertido del conjunto del régimen previsto. A su entender, la primera contramedida que un Estado lesionado podría adoptar sería incumplir una o varias de las obligaciones que tuviera respecto al Estado infractor. Por otra parte, el Estado lesionado no debe aplicar contramedidas basándose en un juicio unilateral, ya que, si se equivoca, puede incurrir en responsabilidad por acto ilícito. El juicio de un Estado neutral, al que se solicitara una evaluación de la situación, no sería necesariamente el mismo que el suyo. Pero la cuestión debe estudiarse más detenidamente, para determinar en qué medida el derecho del Estado lesionado a aplicar contramedidas está circunscrito por lo que dicho Estado está autorizado a hacer y por los objetivos de las medidas que adopte.

4. El tema de las contramedidas se examinó asimismo en un seminario sobre la aplicación extraterritorial de las leyes nacionales, incluidas sanciones impuestas a terceros que el Comité organizó en Teherán los días 24 y 25 de enero de 1998. Los participantes se pusieron de acuerdo en que la licitud de las contramedidas que se suponía iba a originar la aplicación extraterritorial de las leyes estadounidenses *Iran and Libya Sanctions Act of 1996*[1] y *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996* (Ley Helms-Burton)[2] debía determinarse en relación con las normas que prohibían las contramedidas formuladas por la Comisión en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Esas leyes son la prohibición de causar un daño a un tercer Estado, la proporcionalidad y las exclusiones enumeradas en el artículo 50 (Contramedidas prohibidas) del proyecto de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados[3].

5. En cuanto al tema relativo a los actos unilaterales de los Estados, el Comité consideró que el objetivo de la Comisión debía ser determinar los elementos constitutivos y los efectos de los actos jurídicos unilaterales de los Estados y formular las normas que se aplicarían de manera general a esos actos. Ahora bien, la cuestión está estrechamente relacionada con la de la aplicación extraterritorial de las leyes nacionales, ya examinada y cuyas pertinencia y complejidad, así como la importancia de sus consecuencias, reafirmó el Comité. Éste pidió a su secretaría que estudiara el caso de los decretos por los que se imponen sanciones a ciertos Estados, tema que forma parte de su programa desde su anterior período de sesio-

[1] *ILM*, vol. XXXV, n.º 5, septiembre de 1996, pág. 1274.

[2] Ibíd., n.º 2, marzo de 1996, pág. 359.

[3] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

nes. Los debates del seminario de Teherán pusieron de manifiesto que había acuerdo general sobre el hecho de que había que juzgar la licitud de las sanciones económicas unilaterales impuestas por aplicación extraterritorial de una ley nacional en relación con los principios y normas reconocidos del derecho internacional: soberanía, integridad territorial, igualdad soberana, no intervención, libre determinación, libertad de comercio y, especialmente, derecho al desarrollo y soberanía permanente sobre los recursos naturales.

6. La secretaría del Comité reconoce que en algunos casos la aplicación extraterritorial de las leyes nacionales es necesaria y que el derecho internacional contemporáneo prevé ese procedimiento en casos que tienen que ver, por ejemplo, con las funciones consulares o la lucha contra el tráfico de estupefacientes. El estudio que se le ha encargado no consiste simplemente en analizar la posible licitud de determinada ley ni en limitar ese análisis a la legislación de determinado Estado. Su tarea consiste en examinar los principios teóricos generales en que se basa la jurisdicción de los Estados para extraer de ellos principios prescriptivos que permitan que el Comité determine su opinión. No está de más insistir en que se trata de un ámbito de estudio bastante amplio y que si en el seminario de Teherán se llevó a cabo un intercambio de puntos de vista sobre la legislación de determinado país, fue sólo para ilustrar el alcance extraterritorial del derecho interno de los Estados.

7. En cuanto a las reservas a los tratados, el Comité celebró una reunión extraordinaria para tratar esa cuestión en el marco de su 37.º período de sesiones, celebrado en Nueva Delhi. En ella examinó las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados normativos multilaterales, incluidos los tratados de derechos humanos, que la Comisión había adoptado en su 49.º período de sesiones[4] y diversos documentos preparados por su secretaría. Reconociendo la importancia y complejidad del tema, el Comité subrayó la aceptabilidad universal del régimen establecido por las Convenciones de Viena y propuso resolver sus ambigüedades y llenar sus lagunas formulando observaciones sobre las actuales disposiciones de esos textos. Recomendó que la Comisión continuara examinando el tema, no dejándose llevar por sus intuiciones, sino más bien a partir de un estudio empírico de la conducta de los Estados. A su juicio, la Comisión debía interrogarse sobre los motivos que originan las reservas a los tratados y luego tratar de establecer el régimen previsto efectuando una labor de «codificación interpretativa».

8. El Comité examinó asimismo la cuestión de si las reservas a los tratados de derechos humanos eran distintas de las reservas a otros instrumentos normativos. Se señaló que la mayoría de los tratados contienen obligaciones normativas y contractuales. El Comité se preguntó asimismo si los tratados de derechos humanos debían incluirse en la categoría de los tratados que no admiten reserva alguna. Se le recordó que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se habían adoptado más de dos años antes de celebrarse la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, en 1968[5], y que esa Conferencia no había considerado útil establecer una diferencia entre los tratados de derechos humanos y los demás instrumentos normativos. La Comisión no podía hacer lo que no había hecho una conferencia de plenipotenciarios. Sin embargo, los miembros del Comité estuvieron de acuerdo en considerar que había que establecer una distinción entre esas dos categorías de instrumentos en lo que respecta a las reservas, por lo que no podían estar de acuerdo con el párrafo 3 de las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados normativos multilaterales, incluidos los tratados de derechos humanos, aprobadas por la Comisión.

9. Los participantes en la reunión extraordinaria sobre las reservas a los tratados también debatieron las funciones, el papel y las competencias de los órganos de vigilancia para apreciar o establecer la admisibilidad de las reservas. Si bien se aprobó la opinión de la Comisión de que el valor jurídico de las conclusiones formuladas por esos órganos no puede exceder del que resulta de las facultades que se les hayan dado, la solución consistente en prever disposiciones particulares en los tratados multilaterales normativos o en elaborar protocolos que confieran competencia a los órganos de vigilancia para apreciar o determinar la admisibilidad de las reservas suscitó oposición. Se consideró asimismo que un régimen estricto de reservas, aplicado bajo la dirección de un órgano de vigilancia, comprometería la realización del objetivo de universalidad de la participación en el tratado, siendo que, por el contrario, se trataría de promoverlo y favorecer el proceso de ratificación.

10. El párrafo 5 de las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión sobre las reservas a los tratados normativos multilaterales, incluidos los tratados de derechos humanos, relativo a la competencia de los órganos de vigilancia creados en virtud de instrumentos de derechos humanos, se consideró inaceptable. Se objetó el uso de la expresión «órgano de vigilancia», que sugiere una idea de control, y se propuso sustituirla por «órgano de supervisión». La competencia prevista para esos órganos se consideró peligrosa, porque los Estados no aceptarían que un órgano de vigilancia emita un juicio de valor sobre la admisibilidad de sus reservas o sobre su práctica, lo cual significaría abrir la caja de Pandora. Por último, se recordó que el derecho a formular una reserva a un tratado era un derecho soberano del Estado y que el párrafo 5 contradecía ese principio fundamental del derecho de los tratados.

11. En lo que atañe a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, el Comité comprobó que la Comisión no había encontrado aún el camino que debía seguir. Era de esperar que el Grupo de Trabajo encargado de la cuestión le indicara ese camino. Aunque su formulación fuera confusa, el título del tema ofrecía una idea muy clara del contenido de éste. En los debates de la Comisión sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas también debían tratarse las cuestiones de la reparación e indemnización. El Comité se adhirió a la conclusión del Relator Especial encargado de ese tema, a saber, que el deber de prevención obliga a los Estados a determinar qué actividades pueden causar un daño transfronterizo significativo y advertir al respecto a los Estados interesados, y que ese deber de notificación

[4] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 157.

[5] Véase 2526.ª sesión, nota 17.

implica la obligación de consultar y negociar. Al igual que el Relator Especial, el Comité consideró que había que distinguir entre el deber de prevención que se impone al Estado y las obligaciones que incumben a los empresarios que llevan a cabo actividades peligrosas. Ahora bien, la Comisión debería considerar la posibilidad de tratar las consecuencias del incumplimiento de esas obligaciones en el marco del tema relativo a la responsabilidad de los Estados.

12. El Sr. GOCO pregunta en qué medida participará el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, que se celebrará en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998[6].

13. El Sr. TANG CHENGYUAN (Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano) responde que el Comité estará representado en esa Conferencia por una delegación de varias personas, ya que desea estar presente a fin de celebrar consultas con algunos Estados sobre temas que interesen especialmente a los países de África y Asia. La secretaría del Comité ya ha efectuado los trámites necesarios ante la Secretaría de las Naciones Unidas.

14. El Sr. YAMADA recuerda que representó a la Comisión en el 37.º período de sesiones del Comité, celebrado en Nueva Delhi, por lo cual pudo explayarse sobre la labor realizada por la Comisión durante el año. También pidió a los miembros del Comité que aportaran su contribución a los debates que celebra la Comisión sobre los temas que tiene ante sí. El resumen de su intervención figurará en el informe sobre el período de sesiones del Comité.

15. El Sr. Sreenivasa RAO dice que también él participó en el 37.º período de sesiones del Comité, celebrado en Nueva Delhi. Los debates suscitaron gran interés y fue posible escuchar a varios ministros de justicia y altos funcionarios de los Estados miembros. El tema de las reservas a los tratados, muy importante para los Estados, fue objeto de prolongado debate por parte de los especialistas, como se señala en la comunicación presentada por escrito por el Secretario General del Comité. Pero el rasgo más sobresaliente de ese período de sesiones fue la colaboración entre los representantes de los Estados miembros y el excelente equipo regional de especialistas constituido para esa ocasión. Fue una excelente iniciativa, que se adoptó nuevamente en el seminario de Teherán sobre la aplicación extraterritorial de las leyes nacionales, incluidas sanciones impuestas a terceros.

16. Cabe señalar que próximamente el Comité instalará su sede en Nueva Delhi y ofrecerá así un foro de diálogo no sólo a los Estados de África y Asia sino también a los países de las demás regiones.

17. El Sr. THIAM pregunta qué actividades se han llevado a cabo para favorecer una mayor participación de los Estados francófonos, especialmente de África, en los trabajos del Comité.

18. El Sr. TANG CHENGYUAN (Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiatico-Africano) dice que el Comité se ha puesto en contacto por distintas vías con algunos países francófonos y espera que el período de sesiones que se celebrará el año próximo en Ghana brinde la oportunidad de entablar vínculos con países de África occidental.

19. Luego, respondiendo a una pregunta del Sr. SIMMA sobre las reservas a los tratados de derechos humanos, que se examinó en una reunión especial celebrada en el marco del 37.º período de sesiones del Comité, precisa que éste no adoptó ninguna decisión oficial y que él mismo no ha hecho sino reproducir, en su exposición, las opiniones expresadas a título personal por los expertos.

Responsabilidad de los Estados[7] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[8], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[9], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

20. El Sr. MIKULKA comprueba, ante todo, que el método conceptual adoptado por la Comisión en 1962 por recomendación del antiguo Relator Especial, Sr. Ago, que consiste en dar prioridad a una definición de las normas generales de la responsabilidad internacional del Estado, independientemente del contenido de la norma sustantiva que se violaba en cada caso, sigue siendo válido en razón de su pertinencia[10]. Asimismo, la distinción entre normas primarias y secundarias, a pesar de todas sus imperfecciones, ha facilitado considerablemente la tarea de la Comisión, liberándola del pesado legado del debate doctrinal sobre la existencia del daño o del elemento moral como condición de la responsabilidad. Sería difícil, y sobre todo inútil, buscar otro principio en el cual basar la economía del proyecto de artículos.

21. Al decidir hacer abstracción del contenido específico de la norma «primaria» que se haya violado mediante un hecho ilícito, la Comisión, como recuerda el Relator Especial en el párrafo 13 de su primer informe (A/CN.4/490 y Add.1 a 7), no por ello tenía la intención de desconocer las distinciones entre diferentes categorías de normas primarias —entre las que figura la que se impone casi obligatoriamente entre normas resultantes del *jus dispositivum* y normas resultantes del *jus cogens*— ni, por consiguiente, las distintas consecuencias que puede acarrear su violación. Ahora bien, durante más de dos decenios la

[6] Véase 2533.ª sesión, nota 8.

[7] Véase nota 3 *supra*.

[8] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[9] Ibíd.

[10] Véase 2536.ª sesión, nota 16.

Comisión ha estudiado la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos «ordinarios», limitándose además a las relaciones bilaterales. El artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales), que introdujo la distinción entre «delitos» y «crímenes», fue durante mucho tiempo la única disposición que señalaba la existencia de una distinción «cualitativa» entre las normas secundarias en función del contenido de las normas primarias que se violaban mediante el hecho ilícito, en referencia, en particular, a los intereses fundamentales de la comunidad internacional protegidos por esas normas primarias. Pero el verdadero debate sobre el carácter específico de esas «normas secundarias» se ha postergado año tras año. En consecuencia, si desde su 28.º período de sesiones, en 1976, la Comisión no ha conseguido definir el régimen de los llamados «crímenes», no es, como lo afirman algunos, porque esa tarea resulta imposible, sino porque el debate no se ha celebrado. Sólo en el 47.º período de sesiones, en 1995, la Comisión empezó a examinar la cuestión del «contenido de la responsabilidad» resultante de la violación de una norma primaria destinada a proteger los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, por oposición a la violación de una norma primaria desprovista de ese carácter. Por lo tanto, el debate sobre los «crímenes» se limitó al marco de la segunda parte del proyecto.

22. Por consiguiente, todas las disposiciones de la primera parte que, salvo el artículo 19, se habían redactado exclusivamente para el tratamiento de los «delitos» se han vuelto de repente aplicables también a los «crímenes», sin que la Comisión nunca haya examinado más a fondo si, en el caso de éstos, no deberían volver a formularse algunas normas de la primera parte. Esto ocurre, por ejemplo, con las disposiciones relativas a las circunstancias que excluyen la ilicitud. Por otra parte, mientras que la hipótesis prevista en el artículo 19 entraña consecuencias «específicas» en el caso de los crímenes, en el artículo 51 (Consecuencias del crimen internacional) la Comisión las considera únicamente adicionales.

23. A diferencia de lo que pretenden algunos, la situación existente no se explica exclusivamente por la complejidad de las cuestiones relacionadas con las violaciones y obligaciones esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, y mucho menos por la falta de ese tipo de violaciones en la vida internacional: se debe, en gran medida, a la falta de coherencia en el enfoque de la Comisión, que, después de tratar las violaciones «ordinarias», los «delitos», no dedicó suficiente atención a los «crímenes» en la primera lectura. Por lo tanto, en la segunda lectura del proyecto de artículos la Comisión debería tener en cuenta una serie de elementos.

24. La existencia de normas de derecho internacional esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto y el hecho de que actualmente esas normas se violan con bastante frecuencia se admiten en general, y, si bien la distinción que se establece en el artículo 19 no ha sido objeto de ninguna referencia en la jurisprudencia internacional, en distintas instancias internacionales se suele hacer referencia a los intereses fundamentales de la comunidad internacional que se ven amenazados por determinados actos ilícitos. El examen de las consecuencias que acarrea la violación de una norma esencial para la salvaguardia de esos intereses forma parte del mandato de la Comisión y ésta está obligada a llevarlo a cabo. Debe mantenerse la idea enunciada en el párrafo 2 del artículo 19 de que existe esa categoría de actos ilícitos; por el contrario, el párrafo 3 del artículo 19 debe pura y simplemente suprimirse. Aunque las palabras tengan el sentido que se les da y la noción de «crimen de Estado» no tenga intrínsecamente una connotación penalista, para superar los obstáculos que la dividen inútilmente en razón de los muchos malentendidos que provoca la terminología del artículo 19, la Comisión podría recurrir a técnicas de redacción que permitan resolver las cuestiones de fondo sin emplear una terminología específica.

25. La cuestión de cuáles son los rasgos específicos de las «normas secundarias» que guardan relación con las violaciones de las «normas primarias» esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto debe plantearse en relación con el conjunto del proyecto y no sólo con la segunda parte. Es evidente que en la primera parte, algunos artículos difícilmente se aplicarían a la violación de una obligación multilateral y más difícilmente aún a violaciones de obligaciones *erga omnes*, categoría de obligaciones que, por otra parte, es más amplia que la mencionada en el párrafo 2 del artículo 19, habida cuenta de la distinción «cualitativa» entre las normas *erga omnes*, según tengan o no carácter imperativo. Sin embargo, dado el carácter «técnico» de las normas enunciadas en la primera parte, cabe preguntarse si dentro de la categoría de las normas *erga omnes* sigue imponiéndose una diferenciación fundada en una distinción «cualitativa» de su «contenido» o, más precisamente, en qué caso se impone. La segunda lectura del proyecto debe permitir que se evalúe, artículo por artículo, a qué categoría de «normas primarias» se aplica la norma secundaria enunciada en el artículo.

26. En lo que respecta al «contenido» de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, especialmente la distinción «cualitativa» entre las consecuencias de los actos ilícitos que ponen en peligro los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto y las consecuencias de los demás actos ilícitos, el Sr. Mikulka apoya totalmente los argumentos presentados, entre otros, por el Sr. Economides, el Sr. Pambou-Tchivounda y el Sr. Pellet. El proyecto de artículos es y debe seguir siendo no sólo general, sino también supletorio, y el régimen «específico» debe establecerse, en el caso de los «delitos,» mediante una convención de carácter universal, pero también mediante un tratado bilateral. El proyecto de artículos tendrá asimismo carácter supletorio en cuanto a los «crímenes», en particular porque no podrá prever en detalle la puesta en juego de la responsabilidad del Estado mediante una acción de la comunidad internacional; al respecto, podría haber regímenes específicos diferentes vinculados, respectivamente, con determinadas normas «primarias».

27. En conclusión, el Sr. Mikulka, basándose en el problema de compatibilidad a que se refiere el párrafo 25 del informe, así como en la cuestión examinada por la CIJ en el párrafo 47 del fallo dictado en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, insiste en la necesidad de establecer claramente las relaciones existentes entre el proyecto de

artículos que elaborará la Comisión y las disposiciones de la Convención de Viena de 1969.

El Sr. Lukashuk ocupa la Presidencia.

28. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), tomando nota, entre otras cosas, de la expresión «llamados crímenes» empleada por el Sr. Mikulka, encuentra en ella una razón más para esperar que se hagan progresos en el debate.

29. El Sr. Sreenivasa RAO dice que la Comisión se enfrenta al problema del artículo 19 desde su adopción en 1976: los elementos constitutivos de un crimen y su definición misma han sido puestos enfáticamente en tela de juicio, en particular por el Relator Especial. Considera que ninguno de los argumentos presentados —ya sea los relativos a las obligaciones *erga omnes* y las obligaciones resultantes del *jus cogens* o incluso el reconocimiento del hecho internacionalmente ilícito como crimen por la comunidad internacional en su conjunto— es fundamental y convincente como para justificar la supresión de ese artículo, aunque admite que su formulación pueda mejorarse. Más aún, ese artículo define determinadas violaciones manifiestas e importantes del derecho internacional que nunca podrán asimilarse a hechos ilícitos ordinarios. Así ocurre, por ejemplo, con la agresión, el genocidio o el *apartheid*, a los que hay que llamar por su nombre y, si se los ha de calificar de crímenes, no hay que vacilar en hacerlo.

30. La Comisión ha debatido extensamente la cuestión de si ese tipo de hechos ilícitos y sus consecuencias deben incumbir al Consejo de Seguridad y al régimen establecido por la Carta de las Naciones Unidas, pero, como algunos han señalado, el Consejo, en su calidad de órgano político encargado del mantenimiento de la paz y la seguridad, conocería de esos hechos únicamente desde el punto de vista político, ya que, al no ser un órgano judicial, no tiene facultades punitivas. Además, cabe preguntarse si es posible argumentar que, a falta de un tribunal competente, esos hechos no puedan apreciarse de otra manera, que no sea el punto de vista político y que no se pueda adoptar ninguna medida judicial. Para la Comisión esa tesis sería inaceptable. Al respecto, cabe señalar que los que la defienden han apoyado decididamente la idea de la competencia de la futura corte penal internacional con respecto a los particulares. Ahora bien, lo que es válido para los particulares debe también serlo para los Estados.

31. Las nociones del artículo 19 mantienen todo su valor. Al inventariar los crímenes más graves comúnmente aceptados como tales, la Comisión ha actuado con acierto. No puede invocarse el argumento de la generalización para refutar esas nociones. La generalización permite adoptar una actitud flexible y seguir adelante. El artículo 19 no pierde su razón de ser por el hecho de tener un alcance general.

32. El Sr. Sreenivasa Rao está convencido de que, si quiere hacerlo, la Comisión puede ponerse de acuerdo en torno a normas comunes, uniformes y objetivas que se apliquen a todos los países, tanto los poderosos como los débiles. No se trata de una transacción sino simplemente de tener en cuenta las realidades. Se trata de evitar sufrimientos a los pueblos y, en ese sentido, sólo la noción de «crimen» puede cumplir una función disuasiva. Por otra parte, la Comisión, aunque en este caso tenga reticencias ante la idea de definir esa noción, no las tiene con respecto a la de «castigar» a los Estados, ciertamente mediante medidas concretas. El hecho es que debe actuar para evitar la arbitrariedad, es decir, las medidas adoptadas unilateralmente.

33. Con esas reservas, el Sr. Sreenivasa Rao puede aceptar la propuesta del Relator Especial de tratar separadamente los crímenes internacionales, posiblemente más adelante.

El Sr. Baena Soares vuelve a ocupar la Presidencia.

34. El Sr. GOCO no comprende que un Estado pueda ser acusado y declarado responsable de un crimen. El Estado es una entidad abstracta y, si llega a convertirse en un Estado «criminal» para la comunidad internacional, es sólo en virtud de actos perpetrados por individuos. Cabe preguntarse cómo podría entonces ser condenado, independientemente de los autores del hecho ilícito. Al respecto, el Sr. Goco cita, entre muchos otros, el ejemplo de su país, Filipinas, donde en el pasado se perpetraron algunos actos durante la vigencia de la ley marcial, al parecer con el respaldo de las autoridades legítimas de la época, de los que fueron víctimas individuos.

35. El Sr. Sreenivasa RAO dice que las observaciones del Sr. Goco se refieren a la esencia misma del problema. Los ejemplos de crimen internacional enumerados en el artículo 19 ponen de manifiesto que esos hechos no resultan de un comportamiento individual, sino que se inscriben en el marco de una política del Estado. No sería lógico sancionarlos únicamente en relación con el individuo. Por otra parte, en el ejemplo del Sr. Goco se trata de una cuestión de derecho constitucional interno y el Estado no puede ser acusado.

36. El Sr. PELLET señala que el problema de la atribución no es exclusivo de los crímenes y que se plantea exactamente de la misma manera en el caso de los delitos. Por otra parte, no comparte la opinión del Sr. Sreenivasa Rao de que no hay reticencias respecto a la idea de «castigar» a los Estados. Considera que en derecho internacional las palabras no tienen el mismo sentido que en derecho interno. No se trata de sanciones, porque existe un régimen de sanciones —previsto por la Carta de las Naciones Unidas— en el que la Comisión no tiene por qué interesarse en el marco del estudio de la responsabilidad de los Estados, salvo que se vuelva a una concepción penalista de ésta. La Comisión debe limitarse a encontrar un medio de demostrar que no todas las violaciones del derecho internacional pueden colocarse en el mismo plano y que hay normas fundamentales que interesan a la comunidad internacional en su conjunto y cuya violación tiene consecuencias particulares.

37. El Sr. Pellet pone también en tela de juicio la conclusión del Sr. Sreenivasa Rao, quien, después de señalar de manera insistente la importancia de la noción de crimen, quisiera que se postergara su examen, lo que sería inaceptable, porque, en ese caso, la Comisión repetiría el error que cometió por incitación del anterior Relator Especial, o sea comenzar por estudiar la responsabilidad de los Estados en general para luego examinar los crímenes y sus consecuencias. De seguir una vez más el mismo

camino, se va a encontrar nuevamente en un callejón sin salida. El Sr. Pellet considera que, en todo caso, la Comisión debe tomar rápidamente una decisión sobre esa cuestión.

38. El Sr. THIAM pregunta al Relator Especial qué debe entenderse por «tratamiento separado de los crímenes» y si se trata de convertirlo en otro tema para el que se designaría otro relator especial.

39. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, efectivamente, algunos miembros de la Comisión parecen favorecer un tratamiento separado de los crímenes, pero que nadie tiene la intención de excluir del proyecto de artículos ninguna clase de hechos ilícitos de los Estados y volver a poner en tela de juicio la concepción unitaria de la responsabilidad de los Estados.

40. El Sr. ROSENSTOCK, refiriéndose a la observación del Sr. Goco, dice que castigar a un Estado que no es una democracia equivale a castigar a inocentes y a imponerles durante generaciones un estigma de culpabilidad por un hecho en que no han participado en forma alguna. Por otra parte, considera, al igual que el Sr. Pellet, que hay que tomar una decisión con respecto al artículo 19. Sin embargo, teme que se repita el error cometido, que consistió en aceptar la noción de crimen para considerar sólo después las consecuencias, en la segunda parte. El Sr. Rosenstock no niega en absoluto que haya hechos ilícitos más o menos graves, pero rechaza toda distinción cualitativa entre dos categorías. El Relator Especial ha demostrado que, sin hacer esa distinción, podía tratarse la cuestión de las violaciones más o menos graves del derecho internacional sin apartarse demasiado del marco del actual proyecto, introduciendo importantes modificaciones al artículo 40 (Significado de «Estado lesionado»). Por último, piensa que, para la inmensa mayoría de las personas, la noción de crimen tiene de todas maneras una connotación penal.

41. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que es preciso establecer una distinción cualitativa, aunque sólo sea desde el punto de vista de la reparación. Algunos crímenes graves, como el genocidio, no pueden dar lugar a una reparación pecuniaria. En cuanto a la cuestión de la culpabilidad, el Relator Especial afirma en su informe que podría concebirse un régimen que permitiera que ese estigma de culpabilidad desapareciera progresivamente. Consagrar la noción de crimen es un imperativo moral y de justicia para la Comisión y abandonarla la expondría a críticas en cuanto a la integridad de su labor.

42. El Sr. Sreenivasa RAO, respondiendo al Sr. Pellet, dice que quizás no se le haya comprendido bien, ya que no se trata en absoluto de transponer el derecho penal interno al ámbito internacional. Sin embargo, señala que las violaciones más graves del derecho internacional merecen un tratamiento especial no sólo desde el punto de vista político sino también jurídico. Además, para que la noción de crimen pueda aplicarse con las necesarias garantías contra la arbitrariedad, se debe establecer un sistema, lo que puede llevar demasiado tiempo, ya que ello requiere asimismo una comunidad de valores y una integración de la comunidad internacional que no parecen existir actualmente.

43. El Sr. PELLET dice que, en sus cursos de la Academia de Derecho Internacional, el Sr. Simma, al igual que el Sr. Tomuschat, han demostrado que la idea de «comunidad internacional» es relativa[11], ya que es preciso comprobar que la sociedad internacional ha dejado de ser anárquica y que hay afloramientos de «comunitarismo», del que es ejemplo la noción de *jus cogens*, consagrada en la Convención de Viena de 1969. La noción de crimen debería ser otro ejemplo. Aunque esa noción no deba utilizarse en la práctica, la Comisión tiene que constatar esas manifestaciones del comunitarismo internacional en el plano de la responsabilidad de los Estados. De no hacerlo, no habrá cumplido su labor en el plano del desarrollo del derecho, por supuesto, pero tampoco en el de su codificación.

44. El Sr. Sreenivasa RAO no niega la existencia de la noción de comunidad internacional, pero considera que, según los fines que se trate de alcanzar, el grado de integración necesaria será diferente. A los fines de la noción de crimen, el grado de integración debe ser mayor y nada indica que esa evolución no será rápida, por ejemplo, si la corte penal internacional prevista se crea efectivamente en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional que ha de celebrarse el próximo mes en Roma.

45. El Sr. SIMMA apoya todas las observaciones del Sr. Pellet y considera que la Comisión está a punto de encontrar una solución. En efecto, le parece que los partidarios de la noción de crimen están dispuestos a examinar todas las propuestas de sus adversarios que tengan en cuenta sus preocupaciones. Sería pues de desear que estos últimos examinen cuáles son para ellos las consecuencias de las nociones de *jus cogens* y de obligación *erga omnes* en el plano de la responsabilidad y hagan propuestas al otro campo. La cuestión de si debe mantenerse el artículo 19 podrá resolverse después.

46. El Sr. ROSENSTOCK considera curiosa la inversión de la carga de la prueba que propone el Sr. Simma, ya que no incumbe a los que, como él, consideran que los crímenes de Estado no existen probar la utilidad de una distinción que rechazan. Piensa que sería razonable suprimir ya el artículo 19 y trabajar en la segunda parte del proyecto, aunque haya que volver a la primera si los partidarios de la noción de crimen hacen propuestas coherentes sobre las consecuencias de la distinción que preconizan.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

[11] B. Simma, «From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-VI*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, vol 250, págs 217 a 384; y C Tomuschat, «Obligations arising for States without or against their will», ibíd , *1993-IV*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, vol. 241, págs 195 a 374.

2538.ª SESIÓN

Viernes 29 de mayo de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. THIAM dice que, pese al esfuerzo de los autores del artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales), los juristas continuarán relacionando la palabra crimen y la distinción entre crimen y delito con la esfera del derecho penal. Es inadecuado usar esos términos para denotar un fenómeno no relacionado con el crimen. Se pregunta cuáles serían las consecuencias si, como se ha sugerido, la palabra crimen se sustituyera por «grave infracción de una obligación internacional». Según el artículo 53 (Obligaciones de todos los Estados), cuando un Estado comete un crimen internacional, otros Estados no deben reconocer la situación creada. Ciertamente, lo mismo vale para cualquier violación de una obligación internacional. Los Estados están además obligados a cooperar no prestando asistencia al perpetrador. Tales consecuencias son, a su juicio, irrisorias. Si se ha cometido un crimen, deberían adoptarse medidas proporcionadas, pero en ese caso surge el riesgo de invadir la esfera de competencia del Consejo de Seguridad, que es un órgano político.

2. No ha encontrado un solo comentario de los gobiernos en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/488 y Add.1 a 3) que esté firmemente en favor de la noción de crimen de Estado. La mayoría de los Estados expresan serias reservas basándose en que el concepto no tiene fundamento en el derecho internacional. Algunos incluso lo ven como una amenaza a la labor de codificación de la Comisión. Dadas las circunstancias, tal vez convendría abandonar la idea por completo. Alternativamente, como ha sugerido el Relator Especial, podría abordarse como tema separado, pero eso requeriría la aprobación de la Asamblea General y el nombramiento de un nuevo relator especial.

3. Entiende que algunos miembros desean dar un paso revolucionario comparable al implícito en el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho penal internacional, pero teme que tengan pocas posibilidades de éxito. Según el artículo 4 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[4], podría actuarse para determinar la responsabilidad penal de un Estado cuando sus agentes hayan cometido un crimen. Podría procederse contra ese Estado basándose en la responsabilidad internacional en el sentido tradicional del término, pero un Estado no puede en sí cometer un crimen.

4. El Sr. MIKULKA pregunta al Sr. Thiam si, a su juicio, los Estados pueden cometer un hecho ilícito que ponga en peligro los intereses fundamentales de toda la comunidad internacional y, en caso afirmativo, si las consecuencias de ese hecho ilícito son comparables a las consecuencias del incumplimiento de un acuerdo comercial, por ejemplo.

5. El Sr. THIAM dice que un Estado, como persona jurídica, no podría ser el autor directo de un crimen. El Estado actúa por medio de sus órganos, consistentes en personas naturales, y carga con la responsabilidad de las consecuencias.

6. El Sr. MIKULKA dice que los adversarios de las ideas del antiguo Relator Especial, Sr. Roberto Ago, sienten claramente una mayor necesidad de utilizar la palabra crimen que sus defensores. ¿Estaría de acuerdo el Sr. Thiam en que ciertas normas de derecho internacional son esenciales a los efectos de salvaguardar los intereses fundamentales de toda la comunidad internacional y que se han producido violaciones de esas normas?

7. El Sr. THIAM dice que está de acuerdo en que algunas violaciones del derecho internacional son peores que otras, pero son los dirigentes de los Estados interesados los que deben ser considerados responsables penalmente. No ha oído de un solo caso en que un Estado haya sido perseguido penalmente de forma directa por un acto criminal.

8. El Sr. PELLET dice que la responsabilidad penal no es la cuestión en juego. El Estado es una persona jurídica, pero no siempre es transparente. Puede exigirse responsabilidad a sus líderes sólo en ciertos casos, los casos que el Sr. Thiam persiste en llamar crímenes. Si la palabra «crimen» se abandona en favor de la palabra responsabilidad, no se plantearía la cuestión suscitada por el Sr. Thiam, a menos que se rechace la idea de que el Estado puede res-

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

[4] Véase 2534.ª sesión, nota 10.

ponder en absoluto, ya que siempre actúa por medio de sus agentes.

9. No comprende por qué se necesita un planteamiento diferente para tratar las violaciones de obligaciones de importancia vital para toda la comunidad internacional y las violaciones de otras obligaciones.

10. El Sr. ROSENSTOCK dice que, aunque no hay duda de que algunos hechos internacionalmente ilícitos son violaciones de derechos y obligaciones más graves que otros, la finalidad de basar una distinción cualitativa entre ellos no está clara. La historia de la Comisión demuestra la futilidad de la tarea de componer distinciones cualitativas basadas en nociones diferentes de crimen.

11. El Sr. ECONOMIDES dice que, si bien la noción de crimen internacional del Estado pudiera considerarse revolucionaria en el 28.º período de sesiones, en 1976, cuando se formuló el artículo 19[5], hoy es más pertinente hablar en términos de evolución en el contexto de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional.

12. El Sr. Thiam ha trazado una distinción entre el derecho penal internacional y el derecho de la responsabilidad. ¿Hay alguna norma que impida que ciertos elementos del derecho penal internacional se utilicen en el derecho internacional de la responsabilidad si pueden servir a una finalidad útil y son generalmente aceptados? No ve razones para adoptar una posición rígida e intransigente sobre la cuestión.

13. El Sr. THIAM dice que los elementos que ha mencionado tienen un significado preciso en su contexto, que es el derecho penal. Los partidarios de un nuevo planteamiento deberían proponer una nueva terminología que sea suficientemente precisa. Los términos sugeridos hasta el momento son demasiado vagos para fines jurídicos.

14. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que es inquietante oír la negación de la responsabilidad internacional del Estado. Cualquiera que sea el acto por el que se considera responsable a un Estado, su autor es en todos los casos un órgano estatal o incluso un órgano no estatal en el que los individuos actúan de una forma determinada mientras el Estado permanece al margen, absteniéndose de adoptar la conducta requerida por el derecho. Ahora se arguye que, en el caso de los crímenes, debe hacerse referencia a órganos específicos del Estado. A su juicio, se trata de un planteamiento curioso. También cabría descartar por completo la idea de la responsabilidad internacional del Estado. Las palabras utilizadas en las disciplinas jurídicas derivan su significado de un uso particular. No son precisas en sí mismas. Ahora bien, eso mismo sucede con todas las disciplinas científicas.

15. El Sr. THIAM dice que nunca ha negado la existencia de la responsabilidad internacional del Estado. Incluso ha propuesto que un Estado cuyos órganos hayan cometido crímenes debe responder de las consecuencias.

16. En cuanto al artículo 53, en su experiencia de asuntos internacionales, la solidaridad de los Estados no funciona, por ejemplo, en el caso de las sanciones. Si la Comisión considera que determinados hechos ilícitos internacionales deben acarrear consecuencias más graves que otros, deberían prescribirse penas más graves y ello es una cuestión que cae dentro de la competencia del Consejo de Seguridad.

17. El Sr. LUKASHUK dice que la agresión ha sido reconocida oficialmente como crimen de Estado y que la Carta de las Naciones Unidas confiere atribuciones especiales al Consejo de Seguridad para tratar la agresión. Además, la agresión es una violación tan grave de derecho internacional que sólo puede ser cometida por Estados y no por personas naturales. Por tanto, a su juicio, el proyecto debe abordar la cuestión de las violaciones sumamente graves del derecho internacional.

18. El Sr. THIAM dice que la agresión se comete por personas que actúan en nombre del Estado y utilizan sus recursos. Un Estado nunca ha sido juzgado por agresión, pero los dirigentes de un Estado lo han sido, por ejemplo en Nuremberg.

19. El Sr. MIKULKA dice que, si el mismo argumento se hubiera utilizado en Nuremberg, los criminales contra quienes se dirige el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad nunca hubieran sido puestos a disposición de un tribunal penal internacional. Uno de los argumentos de la defensa de los líderes nazis era que el juicio no tenía precedentes, pero se adoptó la decisión de romper con el pasado e incoar un procedimiento penal internacional.

20. Como ejemplo de Estado que está siendo juzgado por un hecho ilícito internacional que amenazaba a los intereses de toda la comunidad internacional, cabe citar el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* presentado contra Yugoslavia en la CIJ.

21. El Sr. THIAM dice que dirigentes yugoslavos han sido entregados a la Corte. Un Estado, como persona jurídica, nunca es el acusado en un procedimiento penal.

22. El Sr. ROSENSTOCK dice que el caso mencionado por el Sr. Mikulka demuestra concluyentemente que el Estado de Yugoslavia está siendo considerado responsable de un hecho internacionalmente ilícito y en ningún modo significativo está siendo juzgado por un crimen. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio deja perfectamente claro que la responsabilidad de un Estado es civil. Incluso los alegatos del querellante hacen la misma afirmación.

23. Le complace que se admita que cualquier reconocimiento de la noción de crimen de Estado equivaldría a una revolución. Personalmente, no está dispuesto a ser parte en esa revolución y está seguro de que no muchos Estados están dispuestos tampoco. Sin embargo, el Relator Especial ha indicado una salida al estancamiento que no causaría un daño irreparable a quienes sueñan con el día en que los Estados puedan ser tratados como criminales.

24. El Sr. FERRARI BRAVO dice que está parcialmente de acuerdo con el Sr. Rosenstock. En el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnia y Herzegovina ha invocado una disposición de la Convención para la

[5] Véase 2532.ª sesión, nota 17.

Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio a fin de someter a Yugoslavia ante la CIJ por haber cometido o hecho cometer presuntamente actos criminales. Sin embargo, Bosnia y Herzegovina aún no ha ganado el caso, ya que la Corte sólo ha resuelto la cuestión de admisibilidad. La Corte ha reconocido su competencia en el asunto, pero ha indicado que no está en condiciones de declarar que el Estado de Yugoslavia sea un criminal. No obstante, se tiene la impresión de que la Corte se siente algo incómoda en esa posición y considera que concierne a una entidad criminal.

25. El Sr. ECONOMIDES, siguiendo los argumentos del Sr. Lukashuk, dice que, que él sepa, siempre que el Consejo de Seguridad adopta medidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para restablecer la paz, esas medidas se adoptan contra Estados, no contra individuos.

26. El Sr. THIAM señala que el Consejo de Seguridad es una institución política, en tanto que los tribunales son órganos judiciales. No puede establecerse una comparación entre las medidas adoptadas por el Consejo y las sanciones impuestas por un tribunal.

27. El Sr. PELLET dice que personalmente no tiene deseo alguno de iniciar una revolución. Precisamente por esa razón cree que la Comisión no debería hablar de responsabilidad criminal de los Estados. Aun cuando se deje abierta esa posibilidad en el artículo 4 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión, en sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados, debería evitar cuidadosamente todo intento de codificar la responsabilidad penal de los Estados. Eso debería dejarse sin duda para un futuro distante.

28. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no es tan tajante como sugiere el Sr. Rosenstock, pero ofrece un buen ejemplo. El título de la Convención habla del «delito» de genocidio, y el fallo dictado por la CIJ en el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* indica claramente que en virtud de la Convención no podría atribuirse ningún delito a un Estado. Con toda sencillez, claramente no es un delito en el sentido del derecho penal. Bosnia y Herzegovina ha dicho claramente que no estaba actuando sobre fundamentos penales. En realidad, se ha incoado un procedimiento en la Corte contra un Estado por crimen y complicidad en crimen, pero el procedimiento no es de carácter penal. Cuanto ha dicho el Sr. Thiam se refiere a una palabra y no a un problema de fondo.

29. El Sr. ROSENSTOCK dice que la Comisión sigue repasando las mismas cuestiones y que debe buscarse una salida al estancamiento.

30. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que, en todo sistema jurídico, el régimen de responsabilidad es un elemento fundamental de la estructura y funcionamiento de la sociedad a la que se aplica. La Comisión ha venido examinando el tema de la responsabilidad desde su octavo período de sesiones, en 1956, cuando el primer Relator Especial sobre el tema, el Sr. García Amador, abordó las dos cuestiones que son fundamentales a los actuales trabajos de la Comisión: un planteamiento más amplio de la noción clásica de responsabilidad, que desde entonces se había limitado a los daños causados a personas y bienes extranjeros, y la contemplación de diversos grados dentro del hecho internacionalmente ilícito[6].

31. Actualmente los trabajos de la Comisión se centran indudablemente en el artículo 19, que traza una distinción entre crímenes internacionales y delitos internacionales, y la cuestión debería examinarse de manera cuidadosa y realista para encontrar una manera viable de avanzar, como ya lo hizo la Comisión antes cuando, para salir de un estancamiento, decidió desplazar su estudio de las normas primarias a las normas secundarias. El debate del artículo por la Comisión no debe limitarse a la codificación sino que debe incluir también el desarrollo progresivo de las normas pertinentes. Aunque la elaboración de disposiciones jurídicas responde a los imperativos de la sociedad en que han de aplicarse, debe tener también en cuenta los cambios ocurridos en el entorno social siguiendo las tendencias naturales. La sociedad internacional está cambiando constantemente, su estructura está mejorando, de la misma manera que sociedades nacionales otrora anárquicas han sido estructuradas mediante aplicación del derecho. El concepto de comunidad, basado en la solidaridad, lentamente está ganando terreno y debe tenerse en cuenta al diseñar las disposiciones jurídicas que regulen las relaciones entre los Estados. La existencia de diversos grados de obligaciones internacionales y, por consiguiente, de diferentes categorías de hechos internacionalmente ilícitos, y las diversas consecuencias y regímenes aplicables a la violación de esas obligaciones internacionales no pueden ignorarse. El objetivo no es calificar una obligación como obligación de resultado u obligación de comportamiento, sino decidir si las obligaciones de que se trate dimanan de una norma resultante de una relación intersubjetiva o si son obligaciones esenciales para la protección de toda la comunidad internacional.

32. El artículo 19 traza una distinción desacertada entre crimen internacional y delito internacional del Estado, cuando en realidad la cuestión en juego es la reparación de dos categorías de obligaciones y hechos ilícitos. En vez de colocar la infracción de una obligación internacional en una de las dos categorías, crímenes o delitos, el objetivo debería ser graduar las obligaciones: desde las que afectan a una relación intersubjetiva hasta las que afectan a los intereses fundamentales de la comunidad internacional. La infracción de una norma fundamental y la infracción de una norma que no es fundamental tienen consecuencias jurídicas diferentes.

33. Reconociendo esa distinción, la Comisión debería examinar las normas *erga omnes* a fin de establecer, en regímenes diferentes pero equilibrados dentro del proyecto, las consecuencias jurídicas de su violación. El orador es de los que creen que no todas las normas *erga omnes* son necesariamente imperativas o fundamentales para la existencia de la comunidad internacional, pero que todas las normas de *jus cogens* son por definición *erga omnes*. Sea como fuere, la Comisión debe examinar cuidadosamente la relación existente entre esas

[6] Véase 2536.ª sesión, nota 5.

normas al examinar los hechos ilícitos y, en particular, los hechos gravemente ilícitos.

34. El debate de los crímenes de Estado está casi agotado. A su juicio, esos crímenes existen, como lo reconoce parte de la doctrina y, se atrevería a decir, de la práctica internacional. Naturalmente, debe trazarse una clara distinción entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal del individuo, que pertenecen a dos contextos separados. La idea de criminalizar al Estado debería descartarse, ya que no hay manera de que el derecho internacional pueda asimilar conceptos de derecho interno que se aplican exclusivamente a los individuos.

35. El artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio dice que el genocidio es un delito de derecho internacional, lo que no significa que haya crímenes cometidos exclusivamente por agentes del Estado. En la sentencia recaída en el asunto *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Corte indicó que el artículo IX de la Convención no excluía ninguna forma de responsabilidad del Estado y que la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos no estaba excluida del artículo IV de la Convención, que preveía la comisión de un acto de genocidio por gobernantes o funcionarios (véase pág. 616, párr. 32). No obstante, se acepte o no el término «crimen», lo principal es distinguir los distintos hechos ilícitos que un Estado puede cometer al violar diversas obligaciones internacionales y, sobre todo, especificar las consecuencias jurídicas que producen las diversas categorías de hechos ilícitos.

36. El proyecto de artículos no resuelve varias cuestiones al diferenciar diversos grados de hechos ilícitos. En el contexto de una relación intersubjetiva, incumbe al Estado lesionado adoptar medidas, y los daños, el nexo causal y la indemnización o resarcimiento necesarios son elementos constitutivos del régimen de responsabilidad. Cuando se trata de la infracción de una norma esencial, o de rango superior, incumbe a la comunidad adoptar medidas: no tiene que haberse producido un daño directo y la sanción es la consecuencia de la infracción.

37. Los artículos deberían trazar una distinción equilibrada entre las dos categorías de responsabilidad, y ello requeriría un régimen separado para las infracciones de una norma fundamental para la protección de toda la comunidad internacional, pero el proyecto, particularmente en los artículos 51 a 53, no adopta disposiciones claras para ese régimen. Hay varias otras lagunas, entre ellas la de quién podría plantear la cuestión de una infracción, cuál es el mecanismo para determinar la existencia de una infracción grave y cómo y por quién se fijarían las sanciones correspondientes.

38. La Comisión ha venido examinando si los hechos internacionalmente ilícitos en forma de crímenes de agresión, genocidio, *apartheid*, terrorismo o daño ambiental pueden imputarse tanto a los Estados como a sus gobernantes o funcionarios, que están sujetos a responsabilidad penal individual. Evidentemente, un Estado, aunque es una entidad abstracta, puede ciertamente cometer hechos ilícitos graves, que conllevan consecuencias tales como las sanciones específicas establecidas en numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad. La propia Comisión ha preguntado si una sanción impuesta a una entidad abstracta es una sanción impuesta a un pueblo o más bien una medida de seguridad requerida en interés de toda la comunidad internacional.

39. La Comisión debería seguir trabajando en la tarea que le ha asignado la Asamblea General teniendo en cuenta la diversidad o gradación de las obligaciones, la diversidad de hechos ilícitos y la necesaria diferenciación entre regímenes jurídicos, y dejar atrás el debate sobre crímenes y delitos. La cuestión de las infracciones de las normas esenciales y sus consecuencias jurídicas no debe eliminarse en modo alguno del proyecto. El régimen de responsabilidad es un todo unificado, aunque dentro de él hay una diversidad de obligaciones, hechos ilícitos, consecuencias y regímenes aplicables. Un proyecto de artículos en una esfera como la responsabilidad que se refiriese exclusivamente a la violación de normas dimanantes de relaciones intersubjetivas y no tuviera en cuenta las normas fundamentales o esenciales sería no sólo incompleto, sino que además sería incompatible con la función propia de la Comisión que es asesorar a la Asamblea General en la elaboración del derecho internacional mediante la codificación y el desarrollo progresivo. En suma, cree que sería difícil avanzar con el proyecto sin encontrar una solución al problema que plantea el artículo 19.

40. El Sr. MELESCANU dice que el Sr. Rodríguez Cedeño ha resumido hábilmente la situación con que se enfrenta ahora la Comisión. Algunos miembros creen que hay crímenes internacionales de los que son responsables los Estados y otros están en desacuerdo con esa opinión. Ambos lados han aducido sólidos argumentos en apoyo de sus tesis. No hay manera de que la Comisión pueda avanzar en el debate de la cuestión y el Sr. Rosenstock ha sugerido la mejor línea de conducta: crear un marco menos formal para seguir estudiando la cuestión. Debería pedirse al Relator Especial que sugiera un mecanismo que permita a la Comisión hacer nuevos progresos para rectificar la penuria del derecho internacional, en el que el término «hechos ilícitos» se utiliza para diversas acciones que pueden ser de magnitud y contenido muy diferentes. La Comisión debería ocuparse principalmente de las consecuencias jurídicas de esos hechos.

41. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que es ciertamente su propósito, cuando llegue el momento de resumir el debate, proponer ese planteamiento para el debate ulterior del tema del artículo 19.

42. El Sr. Srcenivasa RAO dice que, como han señalado el Sr. Rosenstock y él mismo, la Comisión se está moviendo en círculos. Algunos miembros piensan que puede defenderse la existencia de crímenes de Estado, es decir, de crímenes de naturaleza muy grave suscitados por la política del Estado, no por motivos personales. Evidentemente, el propósito de la Comisión no es en modo alguno imponer un castigo a un Estado como se castiga a los individuos: por ejemplo, entregándolos a un tribunal. La diferencia entre los Estados y los individuos como malhechores es que el individuo tiene *mens rea*, es decir un móvil personal basado en la envidia, la codicia, la venganza y otros factores. Sin embargo, los Estados obligan a los individuos a su servicio a aplicar sus políticas. Los individuos en cuestión podrían muy bien actuar en buena

medida en contra de su voluntad, en desacuerdo con sus móviles personales y sin *mens rea*.

43. El Sr. CANDIOTI dice que el impecable análisis del Relator Especial de las cuestiones suscitadas por el artículo 19 y su primer informe (A/CN.4/490 y Add.1 a 7) ha generado un provechoso debate que arroja luz sobre muchas cuestiones y ofrece la base para elegir el camino futuro.

44. A su juicio, en la actual fase de desarrollo de la comunidad internacional, hay que tener en cuenta el hecho de que, junto a las infracciones comunes u ordinarias de obligaciones internacionales por los Estados, hay hechos ilícitos particularmente graves que, por su magnitud, por el alcance de los intereses que afectan y por la naturaleza de la norma violada, son de especial importancia y merecen tratamiento especial. Sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas y de la práctica internacional, el derecho convencional ha calificado la agresión, el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes de lesa humanidad, el *apartheid* y la discriminación racial de hechos ilícitos particularmente graves. Como acertadamente ha señalado el Sr. Ferrari Bravo, con la evolución del derecho internacional, y en particular de la jurisprudencia internacional, gradualmente se va conformando el reconocimiento de esos hechos ilícitos de los Estados como una categoría particular de hechos ilícitos. Con el desarrollo de la responsabilidad internacional de los individuos por tales delitos después de Nuremberg, parecería incongruente ahora negarse a reconocer la responsabilidad particularmente solemne de los propios Estados por el mismo tipo de delitos, aunque la naturaleza de la responsabilidad y las consecuencias sean necesariamente diferentes. Tal evolución es lógica y deseable, ya que avanza en el sentido de salvaguardar los valores supremos de la humanidad, la paz y la justicia internacionales. Pero como todos los principales logros del derecho internacional, antes de que se reconozcan plenamente y regulen adecuadamente los hechos ilícitos particularmente graves, un largo proceso de maduración debe tener lugar en el seno de la comunidad internacional.

45. El artículo 19, cuando se redactó, fue un importante paso para abordar el problema y la respuesta de los Estados ha sido positiva. Sin embargo, por varias razones, los subsiguientes esfuerzos de la Comisión no han producido una definición satisfactoria de los hechos ilícitos particularmente graves, y las referencias a tales actos en otras partes del proyecto han contribuido mucho a la definición de un régimen jurídico específico y coherente. La connotación penalista de la terminología utilizada sólo ha venido a complicar el tratamiento del tema.

46. Por consiguiente, la Comisión se encuentra ante dos tareas básicas: decidir si debe seguir examinando la categoría especial de hechos ilícitos particularmente graves, que a su juicio debería hacerlo y, si lo hiciera, definir tan claramente como sea posible los criterios que han de utilizarse para identificar tales hechos y las reglas específicas de la responsabilidad que se aplicarían a ellos. Si hay algo que debería preservarse del artículo 19 es la idea subyacente de la gravedad particular de tales hechos ilícitos, a saber: la infracción de una obligación internacional esencial para la protección de intereses fundamentales de toda la comunidad internacional. Ese concepto tiene en cuenta la necesidad de proteger los intereses superiores de toda la comunidad internacional.

47. El concepto está ligado, pero no es idéntico, a las nociones de obligaciones *erga omnes* y obligaciones de *jus cogens*. Las consecuencias de las infracciones de ambos tipos de obligaciones podrían recibir ahora mayor atención. A fin de definir un régimen para esas infracciones, deben elaborarse los elementos básicos tales como la atribución del hecho ilícito, las circunstancias eximentes, la identificación del Estado lesionado, los derechos y obligaciones de los demás Estados, los medios de indemnización, el funcionamiento de los mecanismos de autoayuda, la resolución de controversias y la relación entre el régimen general de la responsabilidad y los regímenes especiales. El actual proyecto de artículos sobre esas cuestiones tendría que reexaminarse para determinar si debe reorganizarse o reformularse de manera más rigurosa.

48. Este planteamiento no significa que la responsabilidad internacional haya de criminalizarse, ni que el ámbito específico de la responsabilidad haya de confundirse con otros regímenes o instituciones. Coincide con quienes sostienen que la responsabilidad internacional no es ni estrictamente civil ni criminal sino más bien *sui generis*. Como ellos, llega a la conclusión de que el contenido y las consecuencias de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos particularmente graves debe distinguirse de los poderes conferidos por la Carta de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad para mantener y restablecer la paz y la seguridad internacionales.

49. Varias ideas se han sugerido hasta ahora que proporcionan un terreno fértil para seguir avanzando de manera realista y positiva, aunque no excesivamente ambiciosa. El Sr. Hafner ha propuesto que el Relator Especial haga un esbozo esquemático de las consecuencias de los hechos ilícitos particularmente graves, y el propio Relator Especial ha sugerido el establecimiento de un grupo de trabajo para estudiar la obligación de solidaridad, que se enuncia de modo insuficiente en el proyecto. Varios miembros han señalado la conveniencia de aclarar la relación entre las infracciones de las obligaciones *erga omnes*, de las obligaciones de *jus cogens* y los hechos ilícitos particularmente graves. En los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados, la República Checa ha hecho una interesantísima sugerencia en el sentido de que las disposiciones sobre las consecuencias de los hechos ilícitos particularmente graves se dividan en una o varias secciones separadas. Los países nórdicos han indicado que la división de los hechos ilícitos en categorías debe ser clara y distinta. En todo caso, no cree que la Comisión pueda eliminar del tema de la responsabilidad la categoría de hechos ilícitos particularmente graves. Ello sería un paso atrás en la labor de construir un orden internacional más justo y equitativo.

50. El Sr. GOCO señala que Rosalyn Higgins, magistrada de la CIJ, escribió en su libro[7] que la cuestión de la responsabilidad de los Estados había figurado en el pro-

[7] R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use it*, Nueva York, Oxford University Press, 1994, págs. 146 y 147.

grama de la Comisión desde el decenio de 1950, pero que la conclusión de los trabajos no estaba a la vista, que las dificultades que la Comisión tenía con el tema reflejaban los múltiples planteamientos diferentes, que había sido tratado por una serie de relatores especiales, cada uno desde su propia perspectiva, y que la labor de cada uno de ellos no había sido una continuación de lo antes realizado sino un gran cambio de dirección. En realidad, a su juicio, la labor realizada es una acumulación de opiniones sobre el tema y no era razonable esperar que la Comisión lo terminara.

51. En su forma original, la responsabilidad de los Estados se refería exclusivamente a la protección de los extranjeros y de sus bienes. Por regla general, un Estado era responsable de mantener el orden público en su territorio y cuando en el mismo se producían actos de violencia, podía decirse que era responsable indirectamente. Para que un Estado sea responsable, debe haber una acción u omisión que viole el derecho internacional y que sea imputable al Estado y cause una lesión al Estado reclamante, ya sea directa o indirectamente, por medio del daño causado a un nacional suyo. Por tanto, un Estado está obligado a dar reparación a otro Estado por el incumplimiento de una obligación primaria, a saber, la de permitir, de conformidad con el derecho internacional, la debida protección de un extranjero que es nacional de ese otro Estado.

52. Ahora bien, se ha dado un nuevo significado a la responsabilidad de los Estados; tiene un alcance y contenido mucho mayores y se ha adentrado en esferas anteriormente nunca exploradas. El presente proyecto contiene un compendio de nueve temas, todos los cuales podrían considerarse relevantes para el desarrollo progresivo del derecho internacional.

53. La palabra «imputable», según una afirmación anterior, es un elemento esencial de la responsabilidad del Estado resultante de una acción u omisión cometidos en violación del derecho internacional y asignables al Estado. El capítulo II de la primera parte del proyecto de artículos trata de los actos del Estado según el derecho internacional, pero se utiliza la palabra «atribución» y no la palabra «imputable». Por tanto, la conducta de los órganos del Estado, o de otras entidades facultadas para ejercer aspectos de la autoridad pública y de personas que actúan de hecho en nombre del Estado, se considera hecho del Estado. Se dice que toda infracción de una obligación de parte de los Estados debe ser resultado de la acción u omisión de uno o más órganos del Estado y la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica está dominada por las categorías de imputabilidad.

54. El capítulo II de la primera parte del proyecto de artículos es sumamente importante en relación con la responsabilidad de los Estados y es también esencial para entender con más claridad el artículo 19. La tarea esencial es determinar cuándo, en derecho internacional, es el Estado el que debe considerarse que actúa. ¿Qué acciones u omisiones podrían en principio considerarse que son conducta del Estado y en qué circunstancias deben atribuirse al Estado como sujeto del derecho internacional? Es decir, el capítulo II habla de la imputabilidad y la atribución. El comentario aborda sus inquietudes respecto del tema del artículo 19, a saber: un Estado puede sólo actuar mediante las acciones u omisiones de individuos o grupos de individuos.

55. Anteriormente se ha expresado la opinión acerca de los individuos que desempeñan una función en términos de responsabilidad o culpa. La opinión clásica es que sólo los Estados eran sujetos del derecho internacional y que los individuos no podían ser más que objetos de dicho derecho. La opinión contraria sostiene que los individuos han de considerarse sujetos y no simplemente objetos del derecho internacional. La posición intermedia, u opinión moderna, sostiene que, aunque habitualmente los Estados son el sujeto del derecho internacional, los individuos en cierta medida también se han convertido en sujetos de ese derecho. Por ejemplo, el Tribunal de Nuremberg declaró que «los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen esos crímenes pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional»[8].

56. La «entidad abstracta» es naturalmente el Estado del que los infractores individuales, tales como sus funcionarios, son súbditos. Atribuir la infracción de una obligación internacional o la comisión de un hecho internacionalmente ilícito a un Estado implica automáticamente a los individuos que perpetran esos actos. En la historia reciente es fácil citar ejemplos de atrocidades cometidas por dirigentes de Estados. En la Alemania en guerra, una comunidad que vivía cerca de un tristemente célebre campo de concentración no había sabido lo que sucedía en el campamento hasta que terminó la guerra. La idea es que, en algunas situaciones, los dirigentes estatales cometen actos al nivel más alto de autoridad y la inmensa mayoría de la población no sabe lo que está pasando. Los dirigentes, o algunos órganos o entidades del Estado cuyos oficiales han cometido crímenes odiosos, deben ser declarados responsables de sus actos, que son actos del Estado porque son imputables al Estado. Ahora bien, el orador no puede imaginar que se condene a un Estado como criminal. La historia está llena de dirigentes que, investidos de la autoridad del Estado, han cubierto de vergüenza a sus Estados.

57. En cuanto a la analogía con el derecho interno, el Relator Especial ha advertido que el término crimen internacional no debería llevar a confusiones con el término que se aplica en otros instrumentos internacionales u ordenamientos jurídicos nacionales, pero ha afirmado también que es difícil descartar sin más la extensa experiencia internacional de crímenes y sus castigos. Es cierto que, al proponer la categoría de crímenes de Estado, la Comisión se está aventurando en una zona apenas explorada. Pero el significado de la noción de crímenes internacionales, especialmente en el caso de los hechos ilícitos más graves como el genocidio, no puede desvincularse de la experiencia humana general. La noción subyacente de delito grave contra la comunidad en cuanto tal, que justifica la condena y el castigo jurídico y moral, debe en cierto sentido y en cierta medida ser común a la de crímenes internacionales del Estado y a otras formas de crímenes. Si no lo es, debería evitarse la noción de «crímenes» y el término «crimen». Además, muchos de los mismos

[8] Véase 2532.ª sesión, nota 18.

problemas surgen al considerar cómo responder a las infracciones contra la comunidad de Estados en conjunto que se producen en el contexto del derecho penal general (primer informe, párr. 75). O sea, los crímenes internacionales no deberían considerarse separadamente de los crímenes de derecho interno.

58. ¿Trata el artículo 19 de actos que constituyen un crimen internacional? En caso negativo, ¿trata de actos ilícitos? En el momento en que se introduce la noción de crimen, la cuestión toma un carácter totalmente diferente. El estatuto debe indicar claramente qué infracción exactamente se imputa; de lo contrario, nadie se sometería a la jurisdicción. Suponiendo que el texto sea preciso, la persecución penal de un Estado sería semejante a la persecución de un individuo y, sin embargo, ¿qué individuo del Estado se enfrentaría a las acusaciones ante un tribunal internacional? Evidentemente la «analogía con el derecho interno» no puede descartarse.

59. No está plenamente de acuerdo con el razonamiento del Relator Especial en los párrafos 83 a 86 de su primer informe acerca de criminalizar la responsabilidad del Estado. A su juicio, se ha perseguido con bastante éxito a los autores de esos crímenes y Nuremberg es el ejemplo clásico de ello. En el caso del Tribunal de Nuremberg, algunos arguyeron que las acusaciones se formularon contra ciertas personas porque habían perdido la guerra. En realidad, sin embargo, la razón es que habían violado principios tan esenciales para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional que sus actos tenían que considerarse crímenes.

Cooperación con otros organismos *(continuación)*

[Tema 9 del programa]

Visita del Presidente de la Corte Internacional de Justicia

60. El PRESIDENTE da la bienvenida al magistrado Schwebel, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, quien visita a la Comisión. El magistrado Schwebel, antiguo miembro de la Comisión, fue Relator Especial sobre el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En nombre de los miembros de la Comisión, el orador expresa su complacencia en darle una cordial bienvenida. Su presencia recuerda la relación personal existente entre la Corte y la Comisión y la fertilización mutua de ambos órganos.

61. El Sr. SCHWEBEL (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) expresa satisfacción por poder participar de nuevo en las deliberaciones de la Comisión y dice que hará una breve relación de los actuales trabajos de la CIJ. En la actualidad hay diez causas pendientes ante la Corte, en claro contraste con la situación existente cuando dejó la Comisión en 1980 para ocupar un puesto en la Corte a principios de 1981, cuando la Corte tenía sólo ante sí una causa.

62. Actualmente uno de los asuntos, *Délimitation maritime et les questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*[9], concierne a una controversia fronteriza, que podría calificarse de trabajo «habitual» de la Corte, pero que es insólita ya que concierne a tierra y agua. El caso es de inmensa importancia para los dos Estados interesados. Cosa no habitual, la Corte ha dictado dos autos relativos a la competencia y la admisibilidad[10]. El asunto tiene complicaciones extraordinarias, y las cuestiones de fondo en juego son de gran complejidad y han dado lugar a largos alegatos.

63. Hay además un par de asuntos, a saber, *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)* y *(Jamahiriya arabe libyenne* c. *États-Unis d'Amérique)*[11], en los que la Corte ha declinado dictar una orden de medidas provisionales[12]. No ha sostenido los recursos contra su competencia y contra la admisibilidad[13]. Evidentemente, los asuntos son de amplio interés para la comunidad internacional, no sólo porque tratan de la interpretación de una importante convención internacional concebida para hacer frente a los actos de terrorismo contra aeronaves internacionales y conciernen a denuncias de terrorismo internacional de la mayor gravedad, sino también porque plantean cuestiones significativas de la relación de la autoridad de la Corte con la del Consejo de Seguridad.

64. En el cuarto asunto, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique)*[14], la República Islámica del Irán alega que la destrucción de determinadas plataformas petroleras en el Golfo por las fuerzas de los Estados Unidos durante la guerra entre el Irán y el Iraq fue ilegal. También en este caso se ha presentado un recurso contra la competencia de la Corte, pero de nuevo la Corte se ha declarado competente. Los Estados Unidos han planteado reconvenciones contra el Irán, alegando acciones ilegales del Irán en la destrucción del comercio neutral en el Golfo durante la guerra entre el Irán y el Iraq, ya que esas acciones perjudicaron a intereses de los Estados Unidos. La Corte ha aceptado partes de esas reconvenciones[15]. Por tanto, la Corte ha decidido que era competente para algunas pero no para todas las reclamaciones del Irán y para algunas reconvenciones de los Estados Unidos.

65. El quinto asunto, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, fue planteado por Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia.

[9] Providencia de 1.º de febrero de 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 6.

[10] Competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1994*, pág. 112; e ibíd., *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 6.

[11] Providencia de 22 de septiembre de 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 282; e ibíd., pág. 285.

[12] Medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 3; e ibíd., pág. 114. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), págs. 1 y 7.

[13] Excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 9; e ibíd., pág 115.

[14] Véase 2533.ª sesión, nota 7.

[15] Reconvención, providencia de 10 de marzo de 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 190.

La Corte ha dictado dos órdenes de medidas provisionales[16], se ha declarado competente y ha admitido las reconvenciones de Yugoslavia[17]. El Gobierno de Bosnia y Herzegovina alega que Yugoslavia promovió el genocidio en su territorio; el Gobierno de Yugoslavia alega que el lado bosnio había promovido el genocidio de los serbios que vivían en su territorio. Actualmente se espera una resolución sobre el fondo.

66. El sexto asunto que tiene ante sí la Corte, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, concierne a una controversia sobre la frontera. El Gobierno del Camerún arguye que fuerzas nigerianas han ocupado parte de su territorio en diversos puntos a lo largo de la frontera. La Corte ha dictado medidas provisionales[18], el asunto ha sido asumido por el Consejo de Seguridad[19] y el Secretario General ha enviado un equipo de investigación a la zona. Entre tanto, Nigeria ha presentado un recurso contra la demanda original del Camerún, que actualmente está siendo examinada por la Corte.

67. El séptimo asunto, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne* c. *Canada)*[20], fue presentado tras la detención de un buque pesquero español justo fuera de la zona económica exclusiva del Canadá. Se ha presentado un recurso contra la competencia de la Corte, y el examen del asunto está previsto que comience en junio de 1998.

68. El octavo asunto, *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, es fundamentalmente una controversia fronteriza entre Botswana y Namibia. El noveno asunto se refiere a la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay* c. *États-Unis d'Amérique)*[21]. Días antes de la ejecución prevista de un nacional paraguayo en los Estados Unidos, el Gobierno paraguayo presentó una solicitud de medidas provisionales, entre ellas la suspensión de la ejecución, a fin de que el fondo de la petición de Paraguay pudiera examinarse mientras el acusado estaba aún en vida. El Gobierno paraguayo ha afirmado que el acusado nunca fue informado de su derecho a consultar a un cónsul paraguayo. Dadas estas circunstancias, ambas partes en la controversia y la propia Corte actuaron con extraordinaria rapidez por el inminente carácter de la ejecución. La Corte dictó una orden de medidas provisionales de protección afirmando que el acusado no debería ser ejecutado hasta que se examinara el fondo de la petición. Sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el Gobernador del Estado denegaron la suspensión de la ejecución y el acusado fue ejecutado en consecuencia. El Gobierno paraguayo continúa insistiendo en su caso, que deberá examinarse en 1999.

69. El último de los asuntos que tiene actualmente ante sí la Corte es el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Se ha decidido que si los Estados litigantes no pudieran resolver sus diferencias, deberían recurrir ulteriormente a la Corte. Parece que la cuestión no está totalmente resuelta y, por tanto, se prevé la continuación del procedimiento judicial.

70. Aunque en general la Corte celebra el aumento del número de casos, el trabajo adicional inevitablemente ha producido un aumento de las demoras en la audiencia de los mismos. Por término medio, los Estados ahora pueden esperar unos cuatro años entre la presentación de la demanda inicial y la sentencia definitiva. Esas demoras lógicamente han suscitado cierta inquietud tanto dentro como fuera de la Corte. El problema fundamental es que los recursos de la Corte no han aumentado al mismo ritmo que la demanda de sus servicios. Los servicios de traducción y el departamento de archivos son del mismo tamaño que a principios del decenio de 1980. A diferencia de los magistrados de tribunales *ad hoc* establecidos por las Naciones Unidas, los magistrados de la Corte no tienen oficiales ni existe un grupo en la secretaría destinado a ayudarlos individualmente. El personal jurídico asciende a no más de seis en total. La CCAAP y la Asamblea General no han sido capaces de aumentar los recursos asignados a la Corte e incluso en los últimos años los han recortado.

71. Por otra parte, la propia Corte ha adoptado varias medidas para agilizar sus procedimientos. Con carácter experimental, por ejemplo, no se exigirá a los jueces que presenten notas individuales en determinadas fases de los casos en materia de competencia y admisibilidad, ahorrando así su tiempo y el de los traductores. Se está alentando a los Estados a presentar los alegatos consecutivamente en vez de simultáneamente, alentándolos así a revelar la mayor cantidad de información posible en vez de esperar constantemente a ver qué pruebas aportará la otra parte. También se está instando a los Estados a limitar la proliferación de anexos a los alegatos, lo que tiende a absorber una enorme cantidad de tiempo de traducción. La Corte ha adoptado también una política más liberal en lo que respecta a aceptar la documentación después de que se hayan presentado los alegatos escritos definitivos.

72. El Sr. LUKASHUK pregunta si la Corte puede utilizar el proyecto de artículos adoptado por la Comisión.

73. El Sr. SCHWEBEL (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que a lo largo de los años la Corte habitualmente ha concedido considerable importancia a las convenciones elaboradas por la Comisión. Naturalmente los proyectos de artículo son sólo proyectos y, por tanto, no se les puede conceder la misma importancia. Pero los casos en que las partes en una controversia convienen en que determinados proyectos de artículo son una formulación con autoridad del derecho sobre un punto determinado, la Corte naturalmente les da la importancia correspondiente.

74. El Sr. AL-KHASAWNEH pregunta si no podría pedirse a los Estados litigantes que aportaran cierta con-

[16] Medidas provisionales, providencia de 8 de abril de 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, pág. 3; y providencia de 13 de septiembre de 1993, ibíd., pág. 325. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), págs 50 y 65.

[17] Véase 2532.ª sesión, nota 20.

[18] Medidas provisionales, providencia de 15 de marzo de 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 13. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 100.

[19] Véase S/1996/150.

[20] Providencia de 2 de mayo de 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 87.

[21] Medidas provisionales, providencia de 9 de abril de 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 248.

tribución al costo de tramitar y traducir la voluminosa documentación de la Corte.

75. El Sr. SCHWEBEL (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que la posibilidad de transferir la carga de la traducción a los Estados litigantes se abordó hace algunos años, cuando la crisis financiera de las Naciones Unidas estaba en su punto álgido. La Corte consideró que tal petición impondría una carga excesiva e injusta a algunos países en desarrollo cuyo idioma oficial no es el inglés o el francés, que son los idiomas de trabajo de la Corte. La práctica actual es acoger favorablemente pero no solicitar las traducciones. Nuevos recortes presupuestarios tendrían efectos sumamente perjudiciales sobre la labor de la Corte. Al insistir en la cuestión, la CCAAP no ha sido particularmente alentadora en lo que respecta a los apuros financieros de la Corte, pero al mismo tiempo la Corte ha observado que las Naciones Unidas han conseguido encontrar recursos suficientes para financiar órganos judiciales establecidos más recientemente.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2539.ª SESIÓN

Martes 2 de junio de 1998, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

más tarde: Sr. Igor Ivanovich LUKASHUK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. GOCO dice que no basta con afirmar que los Estados pueden cometer crímenes en derecho internacional, como tampoco se trata, en el artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales), de transponer el derecho penal interno en el plano internacional sino simplemente de asignar consecuencias más graves a las violaciones que constituyen crímenes internacionales, violaciones que no se reducen a una relación bilateral entre el Estado víctima y el Estado autor del hecho ilícito. No es necesario convertir el artículo 19 en una disposición penal y, por lo tanto, todos los elementos que tienen una connotación penal pueden suprimirse sin peligro.

2. El Relator Especial, en el párrafo 89 de su primer informe (A/CN.4/490 y Add.1 a 7), menciona la responsabilidad penal de las personas jurídicas; a juicio del orador, convendría estudiar la posibilidad de aplicar ese concepto al comportamiento de los Estados. Suscribe asimismo las observaciones que figuran en el párrafo 93 del citado informe y apoya la recomendación que se hace en el párrafo 95 de suprimir los artículos 19 y 51 a 53 del proyecto de artículos. Un régimen de responsabilidad penal del Estado digno de ese nombre debe comprender, efectivamente, los cinco elementos enumerados en el párrafo 85.

3. Por lo que respecta a la definición de crimen, preocupan también al orador la imprecisión y el carácter inadecuado del texto del artículo 19, que podría explotar fácilmente cualquier abogado experimentado. La Comisión, si abandona el concepto de crimen de Estado y lo sustituye por el de violación grave, podría desarrollar el tema de la responsabilidad sin tener que definir las penas que lleva aparejadas una infracción penal. Es cierto que un hecho internacionalmente ilícito puede resultar agravado por las circunstancias que se mencionan en los párrafos 2 y 3 del artículo 19, pero los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/488 y Add.1 a 3) son a este respecto muy aleccionadores. Para un Estado, la República Checa, por ejemplo, en sus comentarios al capítulo IV de la segunda parte del proyecto de artículos, la idea de que la violación de una obligación esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional constituye un crimen denota una valoración política más que jurídica. Para otro, Italia, el artículo 19 es positivo por cuanto indica los criterios que permiten determinar lo que constituye hechos ilícitos sin efectuar una «cristalización» de los crímenes internacionales. Para un tercero, Irlanda, en sus comentarios al artículo 19, no es evidente que la responsabilidad del Estado dimanante de actos de agresión prohibidos haya sido reconocida por la comunidad internacional como algo perteneciente a una categoría particular, la de los «crímenes», y la Defini-

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

ción de la agresión aprobada por la Asamblea General[4] no permite afirmar que los Estados reconocen que un acto de agresión constituye un crimen. El párrafo 2 del artículo 5 de esa Definición se aprobó teniendo presente la función de las Naciones Unidas, en especial del Consejo de Seguridad, en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Para el Gobierno de Irlanda, no se puede invocar la existencia de obligaciones *erga omnes* para demostrar la existencia de una responsabilidad penal internacional del Estado, y hay que señalar que en ninguna parte de la resolución dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* la CIJ establece una relación entre la violación de una obligación *erga omnes* y la imputación de una responsabilidad penal al Estado. Sea como sea, las observaciones de Irlanda son para el orador muy persuasivas en lo que concierne al artículo 19.

4. El Sr. AL-BAHARNA no puede en absoluto suscribir las conclusiones del Relator Especial en virtud de la recomendación que figura en los párrafos 94 y 95 de su primer informe. El concepto de «crimen internacional» ha sido consagrado en el artículo 19 desde que éste fue aprobado por unanimidad, en primera lectura, por la Comisión en 1976[5]. La doctrina lo ha invocado al reconocer la existencia de diferentes regímenes de responsabilidad para los hechos internacionalmente ilícitos y ha encontrado cierto apoyo en la práctica de los Estados, por lo menos en lo que concierne a crímenes como la agresión o el genocidio. Además, el Relator Especial mismo reconoce, en el párrafo 90 de su informe, que algunos Estados «continúan apoyando» la distinción entre crímenes y delitos que se formula en el artículo 19, e indica, en el párrafo 44 del informe, que la mayoría de los Estados que manifestaron su opinión sobre esta cuestión en la Sexta Comisión entre 1976 y 1980 distinguían entre crímenes y delitos y que una mayoría aún más amplia estimaba que había que tener en cuenta el grado de gravedad de los hechos ilícitos. El párrafo 45 confirma asimismo que, desde la aprobación de las partes segunda y tercera del proyecto de artículos, todos los gobiernos que han formulado observaciones han hecho referencia al concepto de crimen internacional. Como señala el Relator Especial, hay gran divergencia de opiniones, tanto entre los Estados como en la doctrina, pero no se puede por menos de llegar a la conclusión de que la cuestión de los crímenes internacionales de los Estados sigue siendo de actualidad. El orador cita los párrafos 43, 46, 47, 51, 54 y 56 del comentario al artículo 19 y señala que la Comisión llegó a la conclusión de que, si elaboraba un proyecto de convención que excluyera el régimen de responsabilidad aplicable a las violaciones de las obligaciones internacionales más esenciales, traicionaría claramente las esperanzas depositadas en su labor, y estima que la Comisión no puede hoy hacer caso omiso de la evolución que se viene produciendo desde hace un cuarto de siglo en lo que concierne a los crímenes internacionales de los Estados. No puede desechar lo que se ha hecho de buena fe y no sin dificultades a causa de divergencias de opinión acerca de la expresión «crimen internacional», que sin embargo ha sido consagrada por la doctrina, la práctica de los Estados y, hasta cierto punto, por la jurisprudencia. Algunos Estados ciertamente se oponen al concepto de crimen internacional y desearían que se suprimiera el artículo 19, por estimar que el Consejo de Seguridad y la corte penal internacional que está previsto crear pueden ocuparse de tales actos. El Consejo, en particular, está facultado en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para conocer de las situaciones que constituyen una amenaza para la paz o un quebrantamiento de la paz, así como de los actos de agresión y otros actos criminales a que se refiere el párrafo 2 del artículo 19. Eso es así, pero el Consejo se ocupa de los aspectos políticos de esos crímenes, mientras que corresponde al régimen de la responsabilidad de los Estados definir las soluciones jurídicas y judiciales. Además, la práctica del Consejo no ha sido muy coherente frente a tales situaciones y, a menudo, al ejercitar su derecho de veto, los miembros permanentes del Consejo han impedido que la comunidad internacional adoptase medidas eficaces contra Estados implicados en la comisión de crímenes internacionales, como indica el Relator Especial en el párrafo 59 de su informe. La definición de un régimen aplicable a los crímenes internacionales no menoscaba en absoluto la Carta ni el régimen especial de medidas que ésta prevé en determinadas situaciones.

5. El orador señala que el Relator Especial distingue en el párrafo 70 de su primer informe cinco planteamientos posibles de la cuestión de la responsabilidad penal del Estado y dice que aquél va demasiado lejos cuando estima inadecuado, por los motivos indicados en el párrafo 85, el planteamiento adoptado en el proyecto de artículos que la Comisión aprobó en primera lectura. Los autores del artículo 19, en efecto, no tenían en absoluto la intención de tratar esos aspectos complejos de lo que el Relator Especial denomina la «criminalización» de la responsabilidad de los Estados. Quisieron simplemente definir en un lenguaje jurídico simple y general el concepto de «crimen internacional» en el marco del régimen de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos. El comentario del artículo 19 es claro sobre lo que hay que entender por «crimen internacional». No se trataba de establecer un «código penal», puesto que los Estados y sus órganos no pueden ser perseguidos judicialmente, y el orador estima lógica la opinión expresada por la Comisión en el párrafo 60 del comentario al artículo 19, ya que esa disposición no tiene por objeto dar una definición exhaustiva de los crímenes de agresión o de genocidio ni tampoco definir de manera precisa las dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos, a saber, los crímenes internacionales y los delitos internacionales. Como se indica en el párrafo 61 del comentario del artículo 19, la Comisión decidió pues inspirarse en el sistema adoptado en primer lugar por ella y luego por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados[6] para la determinación de las normas «imperativas» de derecho internacional, sistema que consiste en indicar solamente un criterio básico para la determinación de las obligaciones internacionales. El párrafo 2 del artículo 19 es útil por cuanto enuncia un criterio objetivo de definición del crimen internacional, el cual entraña consecuencias jurídicas más graves cuando la «comunidad en su conjunto» lo reconoce subjetivamente como tal. Así pues, sin ese juicio subjetivo, el párrafo resulta inoperante. Pero ese reconocimiento, que no tiene que ser necesariamente unánime,

[4] Véase 2534.ª sesión, nota 6.

[5] Véase 2532.ª sesión, nota 17.

[6] Véase 2526.ª sesión, nota 17.

puede ser corroborado por una resolución de la Asamblea General en la que ésta exprese su inquietud y su indignación ante el acto de que se trate. Dicho de otro modo, es una decisión política colectiva que pone en marcha la acción judicial contra el Estado culpable. Los efectos jurídicos definidos en los artículo 51 a 53 se suceden entonces con todo su rigor. Finalmente, el procedimiento termina ante la CIJ, a la que corresponde decidir si se ha cometido efectivamente un crimen internacional.

6. El orador se siente bastante satisfecho del artículo 19, en el que ve el resultado de un esfuerzo razonable y progresivo de codificación del concepto de hecho internacionalmente ilícito, bien en forma de delito, bien en forma de crimen. Por eso insta a sus colegas a que resistan a la tentación de suprimir esta disposición como les invita a hacerlo el Relator Especial. A su juicio, constituye la regla de oro de la responsabilidad de los Estados. Con el comentario que la acompaña, abunda en ideas modernas y progresistas sobre lo que debería ser en el futuro la responsabilidad de los Estados, aunque fue redactada hace más de 20 años.

7. Por otra parte, no alcanza a discernir por qué el concepto de crimen internacional se considera tabú y alarma a los representantes de los gobiernos en la Sexta Comisión. Los juristas que integran la CDI deben hacerse su propia idea del desarrollo progresivo del derecho internacional y proseguir el movimiento iniciado en 1976. De lo contrario darán la impresión de andar a contrapelo de la historia y de la evolución del derecho internacional. A menudo un Relator Especial trata de dar gusto a todos y no tiene más solución que edulcorar su texto por deseo de avenencia pero a costa de la calidad. Con ese ánimo, trata de establecer un texto «mínimo» que pueda ser aprobado por los miembros por mayoría simple. Esta es la posición «minimalista» de la Comisión frente a cualquier proyecto de artículos. Más atrevidos, sin duda más «progresistas», los miembros de la Comisión en su 28.º período de sesiones, en 1976, aprobaron por unanimidad y sin poner dificultades el artículo 19, que algunos miembros desearían ahora enterrar.

8. Por lo que respecta a las consecuencias de los crímenes internacionales, tal como se definen en el párrafo 3 del artículo 40 (Significado de «Estado lesionado») y los artículos 51 a 53, el Relator Especial recomienda revisar la primera disposición y suprimir las otras dos para «descriminalizar» la responsabilidad del Estado, como dice en los párrafos 91 a 93 de su primer informe. A su juicio, esos artículos regulan mal la cuestión de las consecuencias jurídicas, mas, si se parte de la hipótesis de que se conservará el artículo 19, esas disposiciones parecen aceptables a pesar de las imperfecciones que subraya el Relator Especial. Por otra parte, es poco verosímil que la Comisión, con su política de transacción y de solución mínima, sea capaz de mejorar los proyectos de artículos aprobados en 1976 después de fogosos debates, y aun por mayoría simple y no por unanimidad. Esos artículos representan ya una transacción y volver a transigir ahora no haría más que menoscabar su calidad.

9. Para concluir esta parte de su intervención, el orador se declara convencido de que el artículo 19 y los capítulos I a III de la segunda parte, así como la tercera parte, dedicada a la solución de controversias, presentados a la Asamblea General en el 48.º período de sesiones, en 1996, son todo lo buenos que pueden ser en las circunstancias del caso y que sería inútil, incluso catastrófico, reabrir el debate sobre ellos.

10. En lo que concierne al crimen internacional del Estado, que el Relator Especial califica acertadamente de crimen que no osa decir su nombre, no entraña, si bien se mira, ninguna consecuencia jurídica de orden penal. Incluso el Relator Especial, muy crítico respecto al párrafo 2 del artículo 19, reconoce al final del párrafo 51 de su primer informe que las consecuencias atribuidas a los crímenes internacionales son mínimas. Las partes segunda y tercera del proyecto de artículos ponen claramente de manifiesto, en efecto, que las consecuencias del crimen internacional, que se enuncian en los artículos 41 a 53, son fundamentalmente de carácter civil. Por otra parte, los artículos 51 a 53 establecen expresamente las obligaciones que se derivan de las consecuencias del crimen internacional. Esas obligaciones no son tampoco de orden penal, menos aún cuando no existe todavía un tribunal de justicia competente para imponer sanciones. En realidad, la idea en que se inspira ese concepto de crimen internacional del Estado es la de la disuasión, en el sentido en que se habla de disuasión nuclear, y apunta a ciertos Estados temerarios. El orador cree que ha demostrado que el concepto de crimen internacional definido en el artículo 19 es un concepto benigno a pesar de su nombre inquietante. Pero no es por ello menos real, y todo régimen de la responsabilidad de los Estados que no tuviera en cuenta esa figura jurídica no tendría ningún sentido y sería retrógrado. El artículo 19 representa de hecho un adelanto valioso que no hay que malbaratar.

11. En lo referente a los delitos internacionales, el orador sostiene que no incumbe a la Comisión codificar el ámbito de la responsabilidad de los Estados desde este punto de vista, ya que la doctrina legal y científica sobre este aspecto es abundante, bien se trate de derecho consuetudinario, de jurisprudencia, de laudos arbitrales o de convenciones, bien de conclusiones de comisiones. El hecho de que en 30 años la Comisión no haya concluido sus trabajos sobre los delitos internacionales no ha impedido a la CIJ dictar resoluciones y sentencias para solucionar los litigios entre Estados. El verdadero desafío a que debe hacer frente la Comisión, pues, es el de la codificación del concepto de crimen internacional, que es el desafío del siglo.

12. Sin embargo, antes de resolver sobre el artículo 19, la CDI debe pedir a la Asamblea General un nuevo mandato que la autorice a proceder de ese modo. Debe por lo menos permitir al Relator Especial que distribuya un cuestionario a los delegados en la Sexta Comisión para solicitar las opiniones de los gobiernos sobre tres cuestiones esenciales: ¿está autorizada la CDI a suprimir el artículo 19 y, en su caso, en qué medida? ¿Debe reformularse el artículo 19 de suerte que verse sólo sobre los delitos internacionales? En caso afirmativo, ¿cómo debe tratar la CDI el hecho internacionalmente ilícito constitutivo de un crimen internacional?

13. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), al recapitular el debate sobre el tema, comprueba que el proyecto de artículos que se examina deja insatisfechos a casi todos los miembros de la Comisión por la forma como trata lo

que se puede denominar la esfera general de las obligaciones multilaterales. En opinión de la Comisión, el tema no se limita, pues, a la simple responsabilidad bilateral, aunque ésta forme parte de él. Está claro también que los fines que perseguía al formular el artículo 19 no han sido alcanzados. Como se recuerda en el párrafo 67 del primer informe, la Comisión rechazó categóricamente en esa época el planteamiento del «mínimo denominador común» de los crímenes internacionales. Sin embargo, esta es en realidad la orientación que finalmente ha adoptado. Ninguno de los elocuentes defensores de la distinción fundamental que establece el párrafo 2 del artículo 19 entre crimen y delito internacional ha negado esa tergiversación de la intención primitiva.

14. Por eso la Comisión actual, que debe proceder al examen en segunda lectura del proyecto de artículos, se encuentra ante el gravísimo problema que suscitan las divergencias de opinión sobre el artículo 19. Sería poco fructífero para las tesis que se oponen buscar el predominio de una mitad de la Comisión sobre la otra. El desacuerdo entre sus miembros es evidente, y una votación indicativa no sólo no aportaría nada sino que además sería poco conveniente. Se puede muy bien comprender la posición del Sr. Al-Baharna, que se inquieta por lo que ha descrito como un sistema consistente en retroceder de transacción en transacción, pero se le puede responder que es un proceso inevitable en un órgano deliberante. Por otra parte, la solución de transacción que la Comisión adoptó en relación con la corte penal internacional no ha dado tan mal resultado. Es evidente que si sigue sus procedimientos normales, es decir, si se apoya en la labor de sus grupos de trabajo y de su Comité de Redacción, la Comisión podrá proponer una solución constructiva que sirva de punto de partida a la continuación de los debates entre los Estados.

15. El Relator Especial estima que la riqueza de las reflexiones sobre el tema es prueba de la complejidad de los problemas que plantea el artículo 19 y de la realidad de las dificultades que suscita su párrafo 2. Como ejemplo de la complejidad del concepto de crimen de Estado, menciona el supuesto en que un mismo acto fuera considerado por un Estado como un crimen y por otro Estado como un delito al resultar uno y otro afectados de un modo diferente por sus consecuencias. Por lo que hace a las dificultades suscitadas por el párrafo 2, un solo miembro de la Comisión, y aún es mucho decir, ha declarado que es preciso reducir el conjunto del proyecto de artículos a las responsabilidades bilaterales. La mayoría de sus colegas, por el contrario, han afirmado que existen a ciencia cierta obligaciones para con la comunidad internacional y que sus manifestaciones en la esfera de la responsabilidad internacional deben encontrar su reflejo en el proyecto de artículos. Éste ha heredado de la solución del «mínimo común denominador» el defecto de reducir fundamentalmente a formas bilaterales las formas multilaterales de la responsabilidad; el párrafo 3 del artículo 40 convierte las obligaciones denominadas multilaterales en una serie de obligaciones bilaterales, creando así ese problema muy grave, no sólo en teoría sino también en la práctica, que estriba en autorizar a los Estados lesionados —los Estados lesionados en general y no sólo los Estados lesionados directamente— a adoptar una actitud unilateral. El anterior Relator Especial, después de tres años de trabajo, no consiguió salir de ese atolladero, que fue la causa de su dimisión. Ni la Comisión ni el Grupo de Trabajo creado por ésta bajo la presidencia del propio orador consiguieron encontrar una solución a las dificultades de procedimiento que originaría el que se confiriese a ciertos Estados la autorización de representar, sin ninguna supervisión, a la comunidad internacional.

16. Parece, en resumen, que los miembros de la Comisión están de acuerdo sobre cinco puntos principales que el Relator Especial se propone examinar sucesivamente. El primero es la distinción entre crímenes y delitos internacionales, en la medida en que no satisface a nadie y es blanco de muchas críticas. Muchos miembros han dicho que el término «crimen» sería fuente de confusión: es evidente que está contaminado por sus connotaciones penales. Pero parece que la Comisión estaría dispuesta a tener en cuenta otras posibilidades, para resolver el problema, distintas del establecimiento de una distinción categórica entre crímenes y delitos.

17. El segundo punto de acuerdo es la pertinencia de categorías muy arraigadas como son las obligaciones de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*, reconociéndose que la primera categoría es de ámbito más restringido que la segunda. Es preciso recordar que la CIJ, cuando formuló el concepto de obligaciones *erga omnes* en la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, pensaba que se refería a una distinción fundamental y a unas normas de suma importancia. Los ejemplos que menciona en su famoso pronunciamiento jurisdiccional son de hecho normas que actualmente se considera que forman parte del *jus cogens*. La Corte no pretendió ciertamente hacer depender la existencia de las obligaciones *erga omnes* de la existencia de instrumentos multilaterales, ya que el hecho de que un tratado sea multilateral no significa desde luego que sus disposiciones se apliquen *erga omnes*. Estos dos conceptos modernos en materia de obligación de los Estados representan sin duda un desarrollo progresivo del derecho, con importantes consecuencias para el tema de la responsabilidad de los Estados.

18. El tercer punto sobre el cual parece haber acuerdo general en la Comisión es precisamente que el proyecto de artículos, en su forma actual, no hace justicia debidamente a estos conceptos fundamentales, en particular el artículo 40, que con toda seguridad habrá que modificar. Otra cuestión que se plantea es la de si, en la esfera de las obligaciones *erga omnes* o en la de las normas de *jus cogens*, cabe además establecer una distinción entre violaciones más o menos graves. Una distinción de esta índole tiene sin duda razón de ser en lo que concierne a las obligaciones *erga omnes*. Su interés es menos claro cuando se trata de normas de *jus cogens*, para las cuales, en cambio, se plantea el problema del umbral a partir del cual una situación constituye, por ejemplo, un genocidio o un crimen de lesa humanidad. Pero no se puede decir que el derecho internacional distinga además, dentro de cada una de esas categorías, crímenes de lesa humanidad graves o genocidios graves. A este respecto, el párrafo 3 del artículo 19 es fuente de confusión.

19. El cuarto elemento que se desprende de los debates es la toma de conciencia de los serios problemas de aplicación que plantea el proyecto de artículos. Se trata, en primer lugar, del problema ya mencionado de la solución de controversias y del problema, ampliamente debatido

en anteriores períodos de sesiones de la Comisión, de las relaciones entre el Estado directamente lesionado y los demás Estados, que requiere una reflexión más detenida. Otro problema, que no por manifestarse indirectamente es menos fundamental, concierne al hecho de que, en lo que se refiere a las violaciones de las normas más esenciales, las principales víctimas no suelen ser los demás Estados sino, en realidad, las poblaciones. Así ocurre en el caso de violaciones de las normas relativas al genocidio o de las normas fundamentales sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación, pero también en el caso de la agresión que, sin embargo, corresponde a una situación interestatal. Así pues, sin llegar hasta decir que la Comisión sólo debe interesarse por los crímenes contra poblaciones o grupos humanos, es indiscutible que ello es un elemento fundamental que plantea inevitablemente la grave cuestión de la representación y que hace aún más agudo el problema de la distinción entre Estados más o menos directamente lesionados.

20. Habida cuenta de estas dificultades de aplicación, que no hay que subestimar, el Relator Especial opina que el régimen general de responsabilidad de los Estados tendrá, en esta esfera y no sólo en relación con los casos más manifiestos de agresión, carácter supletorio. Por otra parte, es cierto que, por lo que hace a las obligaciones colectivas de carácter fundamental, las normas de la responsabilidad de los Estados pueden surtir efectos, no sólo positivos sino también negativos en lo que se refiere a la aplicación de medidas coercitivas. En efecto: desde el momento en que se reconoce la existencia de un interés colectivo, el problema es garantizar que las medidas coercitivas aplicadas conserven ese carácter colectivo, cosa que se puede censurar que no hace el artículo 40. Así pues, la Comisión deberá reexaminar estos problemas teniendo en cuenta especialmente la propuesta hecha por algunos miembros de adoptar un régimen más diferenciado, por ejemplo entre la cesación y la reparación, por lo que respecta a los derechos de los Estados lesionados.

21. El quinto punto sobre el que hay acuerdo general entre los dos grupos de miembros que han intervenido en el debate es la idea de que en el estado actual de desarrollo del derecho internacional no hay por qué considerar los crímenes de Estado como una entidad penal distinta. Desde una y otra postura, los miembros han hecho suya la propuesta que la Comisión misma aprobó en 1976, a saber, que la responsabilidad de los Estados es en cierto modo un ámbito unificado, a pesar de la distinción que puede hacerse en ese marco entre las obligaciones que interesan a la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones que interesan a uno o varios Estados. La mayoría de los miembros de la Comisión, dejando al Relator Especial su íntima convicción de que, en el futuro, el sistema internacional podría muy bien concebir una verdadera forma de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han negado a contemplar esta hipótesis y se han pronunciado en favor de un sistema dual consistente, por una parte, en desarrollar el concepto de responsabilidad penal individual por medio del mecanismo de los tribunales especiales y de la futura corte penal internacional como complemento del de los órganos jurisdiccionales nacionales y, por otra parte, en desarrollar, en la esfera de la responsabilidad de los Estados, el concepto de responsabilidad por razón de violaciones de normas esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

22. Refiriéndose para terminar al proyecto utópico de una verdadera criminalización del comportamiento del Estado, el Relator Especial subraya que no se trata de un simple problema de denominación y que, si la Comisión debe volver a examinarlo en el futuro, tendrá que vincular verdaderas consecuencias a verdaderos procedimientos.

23. Con objeto de que la Comisión pueda salvar las dificultades con las que tropieza y terminar en un futuro previsible sus trabajos de codificación y desarrollo progresivo del derecho general de la responsabilidad de los Estados teniendo claramente en cuenta las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, el Relator Especial somete a la Comisión, como base de discusión, cinco propuestas.

24. Según la primera propuesta:

> «La Comisión debería proceder a la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en la inteligencia de que el ámbito de la responsabilidad de los Estados no es ni "penal" ni "civil" y de que el proyecto de artículos abarca en su totalidad la esfera de los hechos internacionalmente ilícitos.»

El Relator Especial puntualiza que la última oración no significa que el proyecto de artículos aspire a regular en todos sus aspectos la esfera de los hechos internacionalmente ilícitos; otros instrumentos regularán de forma más precisa ciertos aspectos de la responsabilidad de los Estados y el proyecto mismo comprende un artículo relativo a la *lex specialis* (art. 37), así como una cláusula de salvaguardia relativa a la Carta de las Naciones Unidas.

25. Según la segunda propuesta:

> «Sobre esta base, el proyecto de artículos no debería abordar la cuestión de la posible responsabilidad penal de los Estados ni las penas o incluso los procedimientos a que esa responsabilidad pudiera dar lugar.»

Esta sugerencia supone descartar la penalización, en sentido estricto, del comportamiento del Estado.

26. Según la tercera propuesta:

> «Por otra parte, el proyecto de artículos debería plenamente reflejar las consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los Estados del principio básico según el cual ciertas obligaciones internacionales son esenciales, no admiten acuerdo en contrario *(jus cogens)* y crean un vínculo jurídico, no con Estados individuales, sino con la comunidad internacional en su conjunto *(erga omnes).*»

El Relator Especial recuerda que esas obligaciones y sus características nacen del derecho internacional general, lo que justifica, por una parte, que la Comisión las tenga en cuenta en el ámbito de la responsabilidad de los Estados y, por otra parte, que sólo tome en consideración los aspectos, en particular los efectos, pertinentes para la materia.

27. Según la cuarta propuesta:

> «Por consiguiente, durante la segunda lectura la Comisión deberá tratar sistemáticamente de tener en cuenta, en lugar del artículo 19, las violaciones graves de las obligaciones mencionadas en el precedente párrafo 3. Ello podría hacerse ante todo por medio de un grupo de trabajo que se reuniera en Nueva York en la segunda parte del presente período de sesiones.»

El Relator Especial puntualiza que esta propuesta resulta de la comprobación de que la Comisión no podrá aprobar por consenso la distinción entre crímenes y delitos, de donde la idea de que debería dedicarse más bien a un estudio sistemático de las consecuencias de las obligaciones fundamentales mencionadas en la tercera propuesta.

28. Por último, según la quinta propuesta:

> «Debería examinarse la posibilidad de una cláusula de salvaguardia apropiada, que enuncie claramente que el proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de la existencia o inexistencia de crímenes "internacionales" de los Estados.»

29. El Relator Especial subraya que, si no se llega a un acuerdo sobre estas cinco propuestas, llegado el caso modificadas, la Comisión no podrá avanzar en su labor, habida cuenta del callejón sin salida en que la ha encerrado la distinción entre crímenes y delitos. Propone que esas cinco propuestas se remitan a un grupo de trabajo de composición abierta, al que se encomendará que elabore una formulación precisa.

El Sr. Lukashuk ocupa la Presidencia.

30. El Sr. FERRARI BRAVO subraya la necesidad de formular las propuestas del modo más simple posible, puesto que sólo se trata de un proyecto de mandato para un grupo de trabajo. Ello le lleva, en primer lugar, a pedir que se suprima, en la primera propuesta, toda la parte de la oración que empieza con las palabras «en la inteligencia de que», así como la segunda propuesta en su totalidad. La tercera propuesta, que gira en torno a las consecuencias, constituye en cambio el núcleo del problema y debe mantenerse. La cuarta propuesta es aceptable con la condición expresa de que se supriman las palabras «en lugar del artículo 19»; en efecto, de mantenerse esas palabras, ello equivaldría a prejuzgar el resultado de la labor del grupo de trabajo cuya creación se prevé en esta propuesta. Por último, el contenido de la quinta propuesta debería volver a examinarse más adelante.

31. El Sr. ECONOMIDES agradece al Relator Especial los esfuerzos que ha realizado para encontrar una solución generalmente aceptable. Opina, sin embargo, que el texto propuesto no constituye en absoluto una fórmula de transacción, sino que se trata más bien de un «entierro de primera clase» del concepto de «crimen de Estado». Así se desprende claramente de la quinta propuesta, que ahora descarta totalmente ese concepto cuando hasta aquí estuvo en el centro de los debates y ha dividido a la Comisión en dos corrientes de importancia casi igual. Actualmente sólo se tiene en cuenta una corriente. De la misma manera, por medio de la cuarta propuesta se prescinde del artículo 19 del proyecto.

32. La tercera propuesta amplía el ámbito de la materia: ya no se trata sólo de obligaciones esenciales que ponen en entredicho los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, sino de todas las obligaciones internacionales —obligaciones *erga omnes*— que crean vínculos para con la comunidad internacional en su conjunto. De ese modo, al difuminar toda distinción, se corre un gran riesgo de trivializar las obligaciones verdaderamente esenciales. Por último, las propuestas primera y segunda son completamente superfluas y deberían suprimirse.

33. Habida cuenta del debate sobre el tema, una buena solución de transacción sería, a su juicio, si se toma como punto de partida la tercera propuesta, establecer un grupo de trabajo y encomendarle que examine las consecuencias, en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, que se derivan de las obligaciones *erga omnes* pero también, y sobre todo, de las obligaciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional. Convendría dejar a un lado por ahora el artículo 19 y el concepto de «crimen internacional» —o cualquier otra expresión que se adopte en sustitución del término «crimen», que parece suscitar en la Comisión muchas críticas— para volverlos a examinar más tarde, llegado el caso, si la labor del grupo de trabajo no llegase a un resultado.

34. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) puntualiza que las palabras «en lugar del artículo 19», que figuran en la cuarta propuesta, han de interpretarse en el sentido indicado por el Sr. Economides. Pero, a diferencia de este último, estima importante la primera propuesta, ya que recoge la posición adoptada por la Comisión en 1976.

35. El Sr. PELLET dice que se detendrá en las propuestas del Relator Especial porque no es miembro del grupo de trabajo. Opina que estas propuestas son, por lo menos en su espíritu, muy razonables. Por eso no suscribe el análisis del Sr. Economides aunque comparte, en cuanto al fondo, sus preocupaciones.

36. No puede por menos de señalar que el Relator Especial, con las propuestas que se examinan, en el fondo se erige en defensor del concepto de crímenes de Estado, considerando que el concepto de «crimen internacional del Estado» existe en derecho internacional y que es un concepto penal. El orador no excluye esa posibilidad, pero no interpreta así el artículo 19 y se reserva su posición sobre ese punto. Es precisamente por medio de la quinta propuesta que el Relator Especial quiere lograr que la Comisión haga suya su concepción penalista del crimen. El orador, para quien esa posición es errónea, desearía que la Comisión no lo hiciera o que, en caso de hacerlo, se precisara que el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la posible responsabilidad penal del Estado, que se añadiría a la responsabilidad internacional. Se parte efectivamente del supuesto de que el tema objeto de estudio versa sobre la responsabilidad internacional del Estado, que no es ni penal ni civil. Desde este punto de vista, habría que agregar a la quinta propuesta del Relator Especial una fórmula del género de «en el sentido penal de la expresión» después de las palabras «de la existencia o inexistencia de crímenes internacionales de los Estados».

37. Volviendo a la primera propuesta, el Sr. Pellet opina que convendría incluir las palabras «en el sentido del presente proyecto de artículos» después de las palabras «en la inteligencia de que el ámbito de la responsabilidad de los Estados no es ni "penal" ni "civil"», lo que daría a entender que es posible concebir al margen del proyecto una responsabilidad penal del Estado, como ha hecho la Comisión en el artículo 5 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[7]. Pasando a la segunda propuesta, el orador confiesa que no comprende el sentido exacto del término «penas». Si se trata de sanciones penales, puede aceptar la propuesta. A este respecto, aclara al Sr. Ferrari Bravo que el Relator Especial precedente luchó por que la Comisión examinara la cuestión de las sanciones. En vista de ello, es preferible decir claramente que la Comisión no tiene la intención de instituir un sistema o mecanismo criminal internacional como proponía el anterior Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz.

38. Por lo que hace a la tercera propuesta, el orador se siente más próximo al Relator Especial que al Sr. Economides. Considera útil, incluso importante, interesarse por esos tres círculos concéntricos que constituyen las obligaciones *erga omnes*, las obligaciones dimanantes de una norma imperativa de derecho internacional *(jus cogens)* y, finalmente, las obligaciones tan esenciales para la defensa de la comunidad internacional en su conjunto que ésta califica sus violaciones de crímenes —aunque el término «crimen» pueda ser abandonado—. Esas tres categorías se encuentran efectivamente en la tercera propuesta del Relator Especial, pero en un orden que el orador no estima satisfactorio. Sea como sea, este párrafo constituye una mejora con respecto al proyecto de artículos existente, que sólo trata de la tercera categoría de obligaciones. Por último, el Sr. Pellet se adhiere a las observaciones del Sr. Ferrari Bravo y el Sr. Economides sobre la cuarta propuesta. Se reserva el derecho de volver a tratar esa cuestión cuando el grupo de trabajo se haya pronunciado al respecto.

39. El Sr. ROSENSTOCK cree que la propuesta del Relator Especial debe considerarse sin prejuicios. Sería enojoso, sin embargo, proseguir los trabajos sobre la base de la supresión de las palabras «en lugar del artículo 19». No hay que olvidar que la mayoría de los miembros de la Comisión son partidarios de la supresión del artículo 19 y que sólo una minoría desea que se mantenga. No será fácil encontrar puntos de acuerdo en el Pleno, y la Comisión corre el riesgo de tener que pronunciarse mediante una votación.

40. El orador no se ha formado una idea definitiva sobre las propuestas primera y quinta y a la verdad no comprende las críticas que ha suscitado la primera propuesta.

41. El problema consiste en hallar una solución para las cuestiones planteadas, fundamentalmente en la tercera propuesta, que no sea ni radicalmente incompatible con el hecho de que la Comisión se ocupa de las normas secundarias y no de las normas primarias, ni totalmente inaceptable para quienes consideran que los trabajos sobre el tema se sitúan en el marco de un continuo en la esfera de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos y no conciernen a las distinciones cualitativas. Por ejemplo, las obligaciones *erga omnes* no plantean distinciones cualitativas sino diferencias de alcance.

42. El Sr. Sreenivasa RAO opina que ninguna transacción debería ofender las convicciones de quienes pretenden que el artículo 19 recoge un concepto válido, aunque deba ser modificado para poder aplicarse realmente.

43. Las propuestas tercera y cuarta del Relator Especial preocupan un poco al orador, que creía haber entendido que el grupo de trabajo iba a examinar los posibles vínculos existentes entre las obligaciones *erga omnes* y las obligaciones dimanantes de una norma imperativa de derecho internacional *(jus cogens)*, así como la posible relación entre las violaciones de esas obligaciones y el concepto de crimen como tal. En cuanto a la segunda propuesta, se presta a confusión y el orador desearía que el grupo de trabajo, si consigue determinar las consecuencias de las violaciones de las obligaciones *erga omnes* y de las obligaciones dimanantes de una norma imperativa de derecho internacional *(jus cogens)*, examine también la posibilidad de aplicar esas consecuencias a la categoría más amplia de las obligaciones esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, por oposición a los Estados considerados individualmente.

44. La Comisión no debe dar desde ahora al grupo de trabajo el mandato de proceder a un estudio como el que se indica en las propuestas tercera y cuarta del Relator Especial, lo que equivaldría a anular el artículo 19.

45. El Sr. DUGARD se adhiere sin reservas a las observaciones del Sr. Sreenivasa Rao. La labor del grupo de trabajo dependerá de la interpretación de la quinta propuesta, y señala a este respecto que el Relator Especial ha declarado que no se oponía a que se examinase la cuestión de si conviene iniciar un estudio sobre los crímenes de Estado. La CDI podría hacer una recomendación en ese sentido a la Sexta Comisión.

46. El Sr. SIMMA se suma a las propuestas del Relator Especial. Las propuestas primera y segunda no le plantean ningún problema. En cuanto a la tercera y cuarta, que son esenciales, las interpreta en el sentido de que el grupo de trabajo primero y el Relator Especial después naturalmente deberán examinar la posibilidad de elaborar un concepto que sustituya la idea en que se basa el artículo 19. Si no lo consiguen, se reabrirá el debate sobre el artículo 19 y la Comisión probablemente deberá proceder a una votación, lo que sin duda significará el final del artículo 19, cosa que el orador en todo caso no deploraría.

47. Por falta de tiempo, el grupo de trabajo sólo podrá realizar un examen preliminar del concepto que ha de elaborarse y esa tarea volverá en definitiva al Relator Especial.

48. El Sr. MIKULKA opina que la propuesta del Relator Especial es un nuevo paso hacia una solución de transacción que pueda finalmente ser aceptable para todos. Como el Sr. Simma, considera que las propuestas tercera y cuarta constituyen el núcleo duro de las propuestas. En la tercera, quizá sería más lógico modificar el orden en que se enumeran las obligaciones, mencionando en primer lugar las obligaciones que crean un vínculo jurídico, no con Estados individuales, sino con la comunidad inter-

[7] Véase 2534.ª sesión, nota 10.

nacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*), después las obligaciones que no admiten acuerdo en contrario *(jus cogens)* y por fin las obligaciones internacionales esenciales, puntualizando que se trata de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional. El orador podría aceptar la tercera propuesta con esas modificaciones. En cuanto a la cuarta propuesta, también puede aceptarla, a condición de que se suprima el adjetivo «graves», ya que habría que ocuparse de todas las violaciones de las obligaciones mencionadas en la tercera propuesta.

49. En su opinión, la primera propuesta está justificada, puesto que recuerda que la Comisión se atiene a la concepción que ha elegido: la responsabilidad internacional es *sui generis*; no tiene nada que ver con las distinciones que existen en derecho interno. Además, en dicha propuesta se precisa que el proyecto de artículos versa sobre toda la gama de hechos internacionalmente ilícitos. Por lo que hace a la segunda propuesta, se presta a confusión y podría pura y simplemente suprimirse. En lo que concierne a la quinta propuesta, el orador estima que convendría referirse a la tipificación como crímenes de las violaciones de ciertas obligaciones mencionadas en la tercera propuesta y no a «la existencia o inexistencia de crímenes internacionales de los Estados».

50. Con estos cambios, las propuestas del Relator Especial podrían servir de base a una solución de transacción.

51. El Sr. AL-KHASAWNEH subraya que, para merecer ese nombre, una solución de transacción no debe poner en entredicho las opiniones expresadas en la Comisión, que responden, no a divisiones de orden geográfico o ideológico, sino más bien a preocupaciones y convicciones profundas.

52. Por lo que respecta a las propuestas del Relator Especial, opina que la quinta propuesta, que da la impresión de que la cuestión de los «crímenes» ya está resuelta, no es muy útil. Análogamente, opina que la sugerencia del Sr. Ferrari Bravo es oportuna; no es necesario decir que la responsabilidad de los Estados no es ni «penal» ni «civil», incluso si no se hace más que recordar la posición adoptada por la Comisión en 1976.

53. Las propuestas tercera y cuarta son las más importantes y el orador las interpreta como el Sr. Simma. Para llegar a una verdadera solución de transacción, conviene elaborar un nuevo concepto y ver hasta dónde puede llevar. Mientras tanto, la Comisión no puede partir de la hipótesis de la supresión del artículo 19, que no encuentra ninguna justificación ni en las respuestas de los gobiernos ni en las intervenciones hechas en la Comisión y que, por otra parte, exige una decisión formal de la Asamblea General.

54. El Sr. Al-Khasawneh considera que, en general, las propuestas del Relator Especial, aun cuando no reflejan su parecer y es necesario modificarlas en algunos puntos por razones de claridad, son unas buenas propuestas. La Comisión está obligada a llegar a una solución de transacción; está en juego su reputación.

55. Tras un debate de procedimiento en el que participan el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), el Sr. GOCO, el Sr. HAFNER, el Sr. MELESCANU y el Sr. SIMMA, el PRESIDENTE sugiere que el debate sobre las propuestas tas del Relator Especial prosiga el día siguiente, primero en el Pleno de la Comisión y después en el grupo de trabajo presidido por el Sr. Simma.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 18.15 horas.

2540.ª SESIÓN

Miércoles 3 de junio de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El PRESIDENTE invita a los miembros a examinar una versión revisada de la propuesta presentada por el Relator Especial (2539.ª sesión), que dice así:

«1. La Comisión debería proceder a la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en la inteligencia de que el ámbito de la

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

responsabilidad de los Estados no es ni "penal" ni "civil" y de que el proyecto de artículos abarca en su totalidad la esfera de los hechos internacionalmente ilícitos.

»2. Sobre esta base, el proyecto de artículos no debería abordar la cuestión de la posible responsabilidad penal de los Estados ni las penas sustantivas o los mecanismos procesales a que esa responsabilidad pudiera dar lugar.

»3. Por otra parte, el proyecto de artículos debería plenamente reflejar las consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los Estados del principio básico según el cual ciertas obligaciones internacionales son esenciales, no admiten acuerdo en contrario *(jus cogens)* y crean un vínculo jurídico, no con Estados individuales, sino con la comunidad internacional en su conjunto *(erga omnes)*.

»4. Por consiguiente, durante la segunda lectura, la Comisión deberá tratar sistemáticamente de tener en cuenta, en lugar del artículo 19, las violaciones graves de las obligaciones mencionadas en el precedente párrafo 3. Ello podría hacerse ante todo por medio de un grupo de trabajo que se reuniera en Nueva York en la segunda parte del período de sesiones.

»5. Debería examinarse la posibilidad de una cláusula de salvaguardia apropiada, que enuncie claramente que el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la existencia o inexistencia de crímenes "internacionales" de los Estados.»

2. El Sr. HAFNER dice que el Relator Especial se ha hecho acreedor del agradecimiento de la Comisión por su propuesta de reanudar los trabajos relativos al artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales). Puede aceptar las ideas principales de la propuesta, pese a que los párrafos 3 y 4 le inspiran algunas dudas. Parece que el párrafo 3 establece tres clases de obligaciones internacionales, es decir, las que son esenciales, las que no admiten acuerdo en contrario *(jus cogens)* y las que crean un vínculo jurídico, no con Estados individuales, sino con la comunidad internacional en su conjunto *(erga omnes)*, mientras que el párrafo 4 introduce además el concepto de «violaciones graves» de esas obligaciones. En vista de que el Sr. Mikulka (2539.ª sesión) propuso que se suprimiera la palabra «graves» y de que el Relator Especial parecía asentir con la cabeza, pregunta si el grupo de trabajo tendría como cometido examinar las consecuencias dimanantes de todas las violaciones de las tres clases de obligaciones internacionales enumeradas en el párrafo 3 o sólo las de las violaciones «graves». Además, ¿era la lista de criterios del párrafo 3 cumulativa o alternativa? Dicho de otro modo, ¿debía el grupo de trabajo examinar las violaciones de cualquier clase de obligaciones o sólo tomar en consideración los actos que violaran las tres clases?

3. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) señala que muchas de las sugerencias hechas hasta ahora podrían debatirse en un ámbito distinto del Pleno. La primera cuestión, en su opinión, es si la Comisión está satisfecha en general con la fórmula propuesta, basada en una transacción. En cuanto a la segunda cuestión, que se refiere al carácter exacto de la labor del grupo de trabajo propuesto, se declara de acuerdo con la observación hecha por el Sr. Simma (ibíd.) en el sentido de que los trabajos del grupo de trabajo tendrían sólo carácter indicativo y que sería útil que, además del mandato establecido en el párrafo 4 de su propuesta, el grupo de trabajo elaborase algunas reflexiones preliminares sobre otras cuestiones que planteaba la primera parte del proyecto. Por lo que respecta a la pregunta del Sr. Hafner, los conceptos de *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes*, aunque afines, no son idénticos, ya que el segundo quizás es más restringido de lo que han señalado algunos miembros. Correspondería al grupo de trabajo plantear las cuestiones pertinentes acerca de las diferentes clases de obligaciones y, de ser necesario, determinar sus posibles consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los Estados.

4. El Sr. LUKASHUK dice que, a su juicio, la propuesta constituye una buena base para una transacción. Sin embargo, además de afirmar con razón que la responsabilidad del Estado no es una cuestión ni de derecho penal ni de derecho civil, la Comisión debería dejar bien sentado desde el principio que está hablando de responsabilidad en derecho internacional público. No ve la necesidad de debatir la cuestión de la responsabilidad penal en la presente etapa; si se recurrió al concepto de «crimen» para designar las violaciones más graves fue simplemente por no disponerse de un término mejor. El párrafo 3 es, en su opinión, superfluo, porque no todas las violaciones graves de obligaciones internacionales están relacionadas con normas de *jus cogens*, y podría prescindirse del párrafo 5 por el mismo motivo. Quedaría sólo la categoría de las violaciones más graves, que es ampliamente suficiente.

5. El Sr. YAMADA también acoge con satisfacción la propuesta del Relator Especial, que no debería verse como una invitación a ninguno de los dos bandos a que renuncien a sus posiciones de principio sino como un método o una hipótesis de trabajo destinada a facilitar la segunda lectura del proyecto. Este objetivo fundamental no se alcanzaría si los miembros persistieran en la defensa de su propio punto de vista. Dejando a un lado el aspecto formal, que ciertamente puede ser examinado en el Comité de Redacción, la propuesta parece estar fundada en un amplio acuerdo dentro de la Comisión. El párrafo 1 establece la base de la labor futura. El párrafo 2 es importante por indicar claramente que los presentes trabajos no abarcan la cuestión de la responsabilidad penal. Los párrafos 3 y 4 constituyen el elemento clave de la propuesta y, si bien la referencia al *jus cogens* que se hace en el párrafo 3 le inspira algún recelo, está dispuesto a que esta cuestión se remita al grupo de trabajo para que la examine. La referencia al artículo 19 que se hace en el párrafo 4 es indispensable, aunque está dispuesto a mostrarse flexible en cuanto a la forma exacta de los términos empleados. Lo que cuenta es dejar bien sentado que la Comisión no se propone discutir el artículo 19 hasta que haya concluido la labor esbozada en los párrafos 3 y 4. Por último, no tiene ninguna dificultad en aceptar la cláusula de salvaguardia del párrafo 5.

6. El Sr. BROWNLIE dice que, al no haber podido desgraciadamente participar hasta ahora en el debate, expondrá sus opiniones en forma de observaciones en torno a la propuesta del Relator Especial, que considera como una etapa hacia una transacción que no refleja necesariamente las propias opiniones del Relator Especial. Así pues, las cosas desagradables que se dispone a decir no van dirigi-

das contra el Relator Especial sino, por decirlo así, *urbi et orbi*. La propuesta que la Comisión tiene ante sí parece crear problemas mucho mayores que los dimanantes del artículo 19 considerado en sí mismo.

7. En primer lugar, la propuesta abarca toda la esfera del orden público internacional, mientras que el mandato original de la Comisión es, y ha sido desde hace varios decenios, la responsabilidad de los Estados, una categoría bastante conocida tanto en la doctrina como en la práctica de los tribunales y de los Estados. No cree que ese mandato comprenda el *jus cogens* ni las obligaciones *erga omnes*, categorías ambas que son comunes a la responsabilidad de los Estados y al derecho de los tratados. Le sorprende un poco, por lo tanto, ver cómo esas categorías, aunque una de ellas aparentemente se ha dejado a un lado, se examinan en relación con el tema de la responsabilidad de los Estados. No obstante, esto quizás no es más que una cuestión metodológica.

8. El párrafo 1 de la propuesta, en cambio, es tan preocupante que lo ha puesto al borde de las lágrimas. A veces piensa que, además de proseguir su tarea de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, la Comisión parece correr el riesgo de inventar una tercera categoría, la del deterioro progresivo del derecho internacional. La responsabilidad de los Estados, como el derecho de los tratados, es una categoría importante, útil y conocida. En el párrafo 1 de la propuesta, si se toma literalmente, se convierte en una especie de *tertium quid* y se sitúa en un plano normativo completamente nuevo, con lo que se crearía una enorme confusión, si no entre los juristas internacionales profesionales, probablemente entre muchos usuarios no profesionales de su obra. La idea de que el régimen de la responsabilidad de los Estados debería situarse así en un curioso «tercer plano» que no es ni penal ni civil le produce consternación. Como muchos otros, ha pensado siempre que el ámbito de la responsabilidad de los Estados es fundamentalmente «civil», aun cuando las pautas de comportamiento puedan variar y el proceso de reparación incluya a veces elementos cuasipenales.

9. En cuanto al párrafo 4, su objeción principal al artículo 19 no concierne a su contenido sino, más bien, a su ubicación. El artículo versa sobre los problemas de los crímenes del Estado y por esa razón se sitúa fuera del ámbito de la responsabilidad normal de los Estados. Finalmente, si la CDI no quiere dar a la Sexta Comisión la impresión de que adopta una actitud negativa, la salvedad del párrafo 5 es suficientemente clara. Por eso, el párrafo 5 es la única parte de la propuesta que le gusta.

10. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la idea enunciada en el párrafo 1 figura en el comentario del artículo 19[4] y ha sido afirmada tanto por los adversarios como por los partidarios de ese artículo. La propuesta en su conjunto se presenta con ánimo de avenencia, pero personalmente le gustaría que la Comisión pudiera llegar a un acuerdo en que el ámbito de la responsabilidad de los Estados es en realidad «civil». En su opinión, las obligaciones *erga omnes* siguen teniendo cabida en la esfera de la responsabilidad de los Estados considerada «civil». Sin embargo, el término implica una analogía a la que algunos miembros se muestran alérgicos.

11. En cuanto a la referencia del Sr. Brownlie a un supuesto «tercer plano», el único plano que se contempla en el párrafo 1 es el del derecho internacional y su categoría normal de la responsabilidad de los Estados. Naturalmente, está de acuerdo con el Sr. Brownlie en lo que concierne a la cuestión de los crímenes de Estado; el concepto existe indudablemente en embrión con respecto a muy pocas normas y hay razones para examinarlo como un nuevo tema. No tiene nada que objetar a que se supriman en el párrafo 1 las palabras «de que el ámbito de la responsabilidad de los Estados no es ni "penal" ni "civil"» si así se consigue avanzar. Con respecto al párrafo 3, lamenta que el Sr. Brownlie estuviera ausente en la sesión anterior, en la que hizo observar que el concepto de *jus cogens* procede de fuera del ámbito de la responsabilidad de los Estados pero puede tener consecuencias dentro de él. El concepto de obligaciones *erga omnes* fue definido por la CIJ en el marco de la responsabilidad de los Estados y se recoge en el artículo 40 (Significado de «Estado lesionado») del proyecto. A la luz del debate, tiene muchísimas dudas de que sea posible convencer a la Comisión en su conjunto de que proceda por consenso sobre la base de las opiniones del Sr. Brownlie.

12. El Sr. LUKASHUK dice que la visión de la responsabilidad de los Estados como cuestión de responsabilidad civil, aunque muy conocida en la doctrina jurídica británica, es contraria a la lógica más elemental y, como se desprende de muchos de los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/488 y Add.1 a 3), es rechazada firmemente por quienes sostienen que el derecho internacional público constituye un sistema de derecho especial.

13. El Sr. HE reconoce los esfuerzos de coordinación que ha hecho el Relator Especial para resolver un problema difícil y complejo y dirige un llamamiento a todos los miembros para que ayuden al Relator Especial a cumplir la enorme tarea que tiene que afrontar ahora, cuando la Comisión aborda la crítica fase de segunda lectura. Por su parte, puede aceptar la propuesta revisada y conviene en que hay que concentrar los esfuerzos en el párrafo 3 y en la idea de establecer un grupo de trabajo. El concepto de derecho internacional debe separarse del de responsabilidad penal en derecho interno, ya que ningún Estado puede ser castigado por los demás sin que ello redunde en perjuicio de la igualdad soberana de los Estados. Si se quiere evitar las consecuencias penales del término, no hay razón para utilizar en absoluto el término «crimen» en el derecho de la responsabilidad de los Estados. Sería más apropiado referirse a violaciones de obligaciones *erga omnes*. El párrafo 5 es superfluo ya que puede crear más problemas que los que resuelve.

14. El Sr. GOCO elogia la propuesta del Relator Especial sobre el artículo 19 como una transacción que refleja las deliberaciones de la Comisión sobre una materia muy polémica. Comparte la opinión de que se trata de una cuestión que debería ser desbrozada por el Grupo de Trabajo antes de plantearse en la Comisión.

15. Si el párrafo 1 se entiende como una indicación del parecer de la Comisión destinada al Grupo de Trabajo,

[4] Véase 2532.ª sesión, nota 17.

cabe muy bien eliminarlo. Si no, propone que se supriman las palabras «no es ni "penal" ni "civil"» ya que pueden considerarse incitativas. Como el párrafo 2 tiene como premisa el párrafo 1, también debería suprimirse.

16. En el párrafo 3 habría que sustituir el término «principio» por «hipótesis» y omitirse la mención de *jus cogens* y *erga omnes*, puesto que abren un vasto campo de discusión y al mismo tiempo atan de manos a la Comisión. La referencia al artículo 19 que figura en el párrafo 4 debería suprimirse y modificarse el resto de la frase a la luz de la enmienda propuesta al párrafo 3. Por último, sería partidario de suprimir la referencia a la existencia o inexistencia de crímenes «internacionales» de los Estados que figura en el párrafo 5.

17. El Sr. GALICKI dice que la propuesta del Relator Especial es una transacción razonable que incorpora los elementos principales del debate y representa un denodado esfuerzo por encontrar puntos en común entre opiniones claramente divergentes.

18. El párrafo 1 es especialmente constructivo. Aunque reconoce la existencia de opiniones discrepantes, como las del Sr. Brownlie, está de acuerdo con la conclusión del Relator Especial de que la Comisión ya ha dejado perfectamente establecido el carácter específico de la responsabilidad de los Estados. El párrafo 2 se deduce lógicamente del párrafo 1.

19. En su opinión, el artículo 19 es el peor enemigo del concepto de crímenes de Estado. Con toda la debida estima para con sus predecesores, quienes redactaron el artículo, no puede por menos de concluir que su estructura, independientemente de su sustancia, está anticuada. Una objeción aún más seria es que, mientras el párrafo 2 del artículo 19 trata toda violación de una obligación internacional esencial como un crimen, el párrafo 3 sólo incluye en esa categoría las violaciones graves.

20. Los párrafos 3 y 4 de la propuesta son particularmente dignos de elogio por distinguir entre dos cuestiones que probablemente tienen consecuencias para la responsabilidad de los Estados: las características de las obligaciones y las características de las violaciones de esas obligaciones. Es un planteamiento que resultará mucho más fructífero que debatir cuestiones de terminología. La Comisión podría salvar las ideas de fondo en que se basa el artículo 19 y descartar su estructura.

21. El Sr. SIMMA dice, refiriéndose a la angustiada respuesta del Sr. Brownlie a la propuesta, que, por su parte, él rompería a llorar si la responsabilidad de los Estados fuese calificada de responsabilidad civil. Aunque la responsabilidad de los Estados es en gran parte deudora de la responsabilidad civil y hasta cierto punto similar a ella en su estructura, toda la hipótesis de partida del proyecto de artículo se basa en algo radicalmente diferente, a saber, una estructura que el orador califica de objetiva y a la que el Sr. Pellet se ha referido oralmente y en varias publicaciones. Se atribuyó al antiguo Relator Especial, Sr. Roberto Ago, el mérito de un rasgo de ingenio cuando «emancipó» la responsabilidad de los Estados del modelo aún más civil que prevalecía a la sazón.

22. Aceptaría la supresión de las palabras «de que el ámbito de la responsabilidad de los Estados no es ni "penal" ni "civil"» en el párrafo 1 puesto que sólo aumentan la confusión.

23. El Sr. PELLET opina que la afirmación del Relator Especial de que el *jus cogens* no forma parte del concepto de responsabilidad es errónea. La responsabilidad consiste en violaciones de normas a las que se puede calificar de imperativas, *erga omnes*, consuetudinarias o de origen convencional, si bien las dos últimas categorías han sido desechadas con razón por la Comisión por carecer de importancia. Aunque las obligaciones *erga omnes* no aparecen mencionadas con ese nombre en el proyecto de artículos, el artículo 40 se refiere sin embargo a ese problema. Lo mismo cabe decir del *jus cogens*. Parece razonable plantearse si las violaciones de tales normas tienen consecuencias específicas —y, en realidad, el párrafo 3 de la propuesta no parece ir más allá que eso— y sería de lamentar que se diera carpetazo a esa cuestión.

24. La intervención del Sr. Brownlie ha devuelto a la Comisión al punto de partida, como si el debate que ha generado la voluntad de transacción reflejada en el texto del Relator Especial nunca hubiera tenido lugar. La aceptación de la posición del Sr. Brownlie no constituiría un deterioro progresivo del derecho internacional sino una regresión absoluta. Todos los avances recientes se vendrían abajo y no habría más que impugnar el artículo 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos) del proyecto para que retornaran los buenos viejos tiempos en que el derecho internacional se percibía como un mero cúmulo de relaciones bilaterales.

25. Cuando fue interrumpido en la reunión anterior, mediante lo que estima que fue una lamentable maniobra de procedimiento, estaba intentando hacer propuestas con ánimo constructivo para mejorar un texto que, en general, parece bien fundado. Tras habérsele negado la posibilidad de intervenir, ha escuchado varias sugerencias, que apoya sin reservas, del Sr. Mikulka, quien ha sido criticado, no sin descortesía, por el Sr. Rosenstock. Le ha llamado especialmente la atención la propuesta de omitir la referencia al artículo 19 que figura en el párrafo 4. Para un debate sosegado en el Grupo de Trabajo acerca de si conviene finalmente mantener o suprimir el artículo 19, lo mejor sería no decir nada en la propuesta. También está de acuerdo con la sugerencia de que se suprima la expresión «violaciones graves» que, como ha señalado el Sr. Hafner, han sido causa de mucha confusión. El grupo de trabajo debería abordar la cuestión de si ciertas violaciones de obligaciones —tanto *erga omnes* como de *jus cogens* o violaciones que por su naturaleza son particularmente graves— tienen consecuencias específicas. Después se verá si hay que mantener o rechazar el concepto de crimen.

26. También apoya plenamente la propuesta del Sr. Mikulka de sustituir las palabras «existencia o inexistencia de crímenes "internacionales" de los Estados» en el párrafo 5 por una referencia a la «tipificación» como crímenes de las violaciones de las obligaciones mencionadas en el párrafo 3. La cuestión controvertida no es si algo existe o no sino si hay que denominarlo crimen.

27. No participará en el grupo de trabajo porque no corresponde al Sr. Ronsenstock decidir la composición de un grupo de trabajo de la Comisión ni conceder el derecho

a intervenir. No obstante, se reserva el derecho de respuesta, sean cuales sean las conclusiones, y a proponer enmiendas si fuere necesario.

28. El Sr. ADDO felicita al Relator Especial por haber logrado conciliar posiciones muy enraizadas y hacer posible lo que parecía imposible. Aunque la fórmula «ni "penal" ni "civil"» no le hace feliz, está dispuesto a aprobarla con objeto de hacer avanzar el debate. Considera alentadora, en cambio, la inclusión de las palabras «que el proyecto de artículos abarca en su totalidad la esfera de los hechos internacionalmente ilícitos». El párrafo 2 es aceptable como corolario del párrafo 1. Además, no se resuelve a aceptar la referencia a los principios de *jus cogens* y *erga omnes* en el párrafo 3, pero entiende que la cuestión se examinará a fondo en el grupo de trabajo y, por lo tanto, no se opone a que se mantenga. No tiene nada que objetar a los párrafos 4 y 5.

29. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA agradece al Relator Especial que haya propuesto un texto de transacción que permitirá a la Comisión dejar el callejón sin salida en que la había encerrado la colisión frontal entre dos doctrinas contrapuestas. La dialéctica del conflicto debería crear las condiciones para llegar a una nueva síntesis. Nada se gana con una defensa obstinada de posiciones inamovibles.

30. Se ha reconocido ya que el título «responsabilidad de los Estados» es de por sí una de las causas de que se haya llegado a un punto muerto. Por consiguiente, el párrafo 1 de la propuesta del Relator Especial debería volver a redactarse así: «El proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados dimanante de un hecho internacionalmente ilícito comprende toda la serie de hechos —acciones u omisiones— atribuibles a los Estados». Esto permitiría aclarar desde el principio cuál es la materia objeto del proyecto de artículos y eliminaría la necesidad del párrafo 2. También convendría suprimir el párrafo 5, que añade muy poca cosa, y reformular los párrafos 3 y 4, que contienen la esencia de las conclusiones del Relator Especial, para conferir mayor precisión a la descripción de las obligaciones *erga omnes* y de *jus cogens* y de las violaciones graves de tales obligaciones.

31. Las propuestas de los párrafos 3 y 4 tienen por objeto eludir la estructura binaria del artículo 19, es decir, la distinción entre crímenes y delitos. Lo preocupante para los dos bandos de la Comisión, o mejor, para los que se oponen a la idea de los crímenes de Estado, ya que no plantea ninguna dificultad para los que son partidarios de esa idea, es cómo tener en cuenta el espectro de la ilicitud. Se necesita una fórmula que permita resolver los problemas terminológicos del artículo 19 y salvaguarde al mismo tiempo las bases conceptuales. Por consiguiente, propone refundir los párrafos 3 y 4 de la propuesta del Relator Especial en un solo párrafo que diga:

> «El proyecto de artículos debería incluir en el régimen de la responsabilidad internacional de los Estados una serie de disposiciones en las que se definan el objeto y el fin de determinados hechos internacionalmente ilícitos que perjudican —o pueden perjudicar— los intereses de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, por una parte, y una segunda serie de disposiciones en las que se organice el mecanismo para responder a las violaciones cometidas mediante tales hechos, por otra.»

32. El párrafo continuaría con una segunda frase redactada así: «Esta labor requerirá el establecimiento de una estructura apropiada (grupo de trabajo) para llevarla a cabo en cumplimiento del mandato de la Comisión».

33. Esa enmienda se propone a fin de eliminar una serie de ambigüedades de los párrafos 3 y 4. Por ejemplo, no se trata de «reflejar» plenamente en el proyecto de artículos las consecuencias de ciertos principios, sino más bien de ordenar cómo la comunidad internacional actúa y reacciona. Las observaciones del Sr. Ferrari Bravo iban exactamente en ese sentido. Aunque no se mantenga ya la distinción entre crímenes y delitos y no se haga ninguna referencia a los crímenes, hay que salvaguardar los aspectos enunciados en los párrafos 2 y 3 del artículo 19, que el Relator Especial ha tratado de recoger en los párrafos 3 y 4 de su propuesta.

34. El párrafo 4 de la propuesta introduce el concepto ajeno y conflictivo de violaciones graves de obligaciones *erga omnes* o de *jus cogens*. Pero se trata de una materia más que problemática. ¿Dónde colocar la frontera entre violaciones de obligaciones y violaciones «graves» de obligaciones?

35. Así pues, recapitulando, su propuesta contiene, en el párrafo 1, el enunciado de la naturaleza de la responsabilidad de los Estados y del objetivo perseguido por el proyecto de artículos. El párrafo 2 esboza el contenido del futuro proyecto de artículo y determina la estructura y orientación de la labor de la Comisión sobre el mismo.

36. El Sr. ROSENSTOCK dice que el Sr. Pellet se ha mostrado ofensivo, además de estar equivocado, al hacer la observación de que el orador trató de imponer a la Comisión una composición determinada del grupo de trabajo, cuando lo que hizo no fue más que tratar de evitar un debate punto por punto sobre la propuesta del Relator Especial, en respuesta al ruego formulado por el Relator Especial mismo, aunque luego renunciara a ello al no recibir ningún apoyo. No obstante, sigue convencido de que la presente discusión acerca de cómo proseguir el debate sobre la propuesta no es muy útil.

37. La propuesta no le encanta especialmente tampoco. Por los motivos mencionados por el Sr. Brownlie, el párrafo 1 no le gusta, aunque puede aceptar la variante sugerida por el Sr. Simma. No se ha formado una opinión definitiva acerca de si debe mantenerse o no el párrafo 2, si bien a su juicio no tiene ninguna utilidad. El párrafo 3 es fundamentalmente defectuoso: considerar las obligaciones de *jus cogens* en el contexto de la responsabilidad de los Estados como algo más que un subgénero de las obligaciones *erga omnes* es un error grave y quizás totalmente inaceptable.

38. Las objeciones a que se tome la propuesta del Relator Especial como hipótesis de trabajo y se tengan en cuenta las violaciones graves en lugar del artículo 19 lo han dejado consternado. Las objeciones demuestran una falta de buena fe por parte de quienes prefieren el artículo 19 pero esperan que otros acepten el supuesto de una distinción cualitativa mientras ellos mantienen su posición original. La suerte del párrafo 5 le es indiferente,

ya que su mantenimiento o supresión no son muy significativos.

39. El debate no debe continuar de esta forma, ni en el Pleno ni en un grupo de trabajo. El Relator Especial ha escuchado todo lo que necesitaba oír de los diversos puntos de vista y debería volver ahora a su mesa de trabajo y elaborar un nuevo texto antes de que se reanude el período de sesiones de Nueva York. Tal como están las cosas, la Comisión está debatiendo inútilmente las intenciones que ha manifestado el Relator Especial; permítasele que dé a esas intenciones una forma tangible y la Comisión podrá entonces examinarlas.

40. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) está de acuerdo en parte con el Sr. Rosenstock. El objeto de su propuesta era permitir que un grupo de trabajo le ayudara en la labor de redacción firmemente recomendada por el Sr. Rosenstock. Un número importante de miembros de la Comisión —más de la mitad de los que han intervenido en el debate— no creen en una distinción cualitativa entre crímenes y delitos en la esfera de la responsabilidad de los Estados. Otros miembros, sin embargo, creen firmemente en ella. El grupo de trabajo le ayudará a profundizar en las consecuencias de esa distinción y, basándose en ese estudio, redactará unas propuestas que espera que resulten aceptables generalmente. Su propuesta ha sido calificada de hipótesis de trabajo, lo que constituye una buena descripción. Ha recibido ya una ayuda considerable del grupo de trabajo presidido por el Sr. Simma. En la fase de segunda lectura, lo que hay que llevar a debate no son tanto las opiniones personales de determinados relatores especiales como unas propuestas que puedan obtener un amplio apoyo y sean fieles a los orígenes y la doctrina. El Sr. Mikulka ha hecho por escrito varias sugerencias muy útiles. Si la Comisión está de acuerdo, el grupo de trabajo podría reunirse y resumir las propuestas que se le sometan a fin de seguir avanzando. El objetivo debe ser, en particular, desarrollar colectivamente las consecuencias de la distinción o distinciones que hay que hacer entre crímenes y delitos.

41. El Sr. AL-BAHARNA dice que conviene modificar en algunos puntos la propuesta del Relator Especial. Habría que suprimir en el párrafo 1 las palabras «de que el ámbito de la responsabilidad de los Estados no es ni "penal" ni "civil"». Habría que suprimir todo el párrafo 2. Convendría sustituir en el párrafo 3 las palabras «con la comunidad internacional en su conjunto *(erga omnes)*» por «que representan los intereses de la comunidad internacional en su conjunto.». Habría que omitir en el párrafo 4 las palabras «en lugar del artículo 19» y suprimir el párrafo 5 en su totalidad.

42. Si la Comisión decide suprimir el artículo 19, el orador se opondrá, pues se trata de una decisión política que va mucho más allá del mandato de la Comisión, que en los últimos 30 años ha sido el de codificar todo el corpus de la responsabilidad de los Estados en la esfera del derecho internacional general. La responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos comprende sin duda la categoría de los crímenes internacionales. La Comisión no tiene el mandato específico de suprimir el artículo 19, y para hacerlo debe solicitar un mandato en forma de una resolución de la Asamblea General. Como ha propuesto ya, la Comisión debería plantear específicamente a la Asamblea General la cuestión de la eliminación del artículo 19 del cuerpo de los trabajos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados.

43. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, si el Sr. Al-Baharna quiere que se vote sobre la supresión del artículo 19, no tiene nada que objetar. Su sugerencia es partidista e inaceptable. La CDI está tratando, con ánimo de avenencia, de encontrar la manera de seguir avanzando. Lo que la CDI ha hecho en el proyecto de artículos en primera lectura puede rehacerlo, cambiarlo, enmendarlo, modificarlo o añadirle algo en segunda lectura. En ese proceso no recibe instrucciones detalladas de la Sexta Comisión, aunque ciertamente la escucha y seguirá escuchándola.

44. El PRESIDENTE no es partidario de celebrar una votación.

45. El Sr. PELLET dice que el Relator Especial ha hecho dos sugerencias. La primera es que se vuelva a redactar su propuesta en un grupo de trabajo; ello no parece que siga siendo necesario y, a este respecto, está de acuerdo con el Sr. Rosenstock, pues esa manera de proceder no tendría ningún sentido. La otra sugerencia del Relator Especial figura en el párrafo 4: que se reúna un grupo de trabajo para examinar las cuestiones enunciadas en el párrafo 3, es decir, las violaciones de obligaciones de *jus cogens*, *erga omnes* y otras obligaciones. Respalda esa idea y se sumará a ese grupo de trabajo, puesto que se trata de una cuestión diferente. Si la Comisión decide proceder de ese modo, ¿cuándo lo hará? Parece algo prematuro emprender la labor esta mañana. Además, ¿se ha cancelado la reunión de la tarde del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo?

46. El PRESIDENTE dice que ya no es posible que el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo se reúna por la tarde; el Sr. Brownlie ha pedido otra fecha.

47. El Sr. SIMMA comparte la preocupación del Sr. Pellet, porque no está claro cuál debería ser el cometido del grupo de trabajo propuesto. Creía que iba a ser el de revisar el método de trabajo para examinar el artículo 19, pero, según el Sr. Rosenstock, eso puede hacerlo el propio Relator Especial, quien ha escuchado muchas observaciones de los miembros. Por otra parte, no sería desatinado que el grupo de trabajo examinara los diversos puntos y volviera a redactar el texto que tiene ante sí ahora la Comisión. Conviene con el Sr. Pellet en que sería prematuro que el grupo de trabajo se reuniese inmediatamente para abordar los problemas de las obligaciones de *jus cogens*, *erga omnes* y otras obligaciones. De hecho, el párrafo 4 establece expresamente que tal será el cometido de un grupo de trabajo que ha de reunirse en la segunda parte del período de sesiones en Nueva York. La labor sustantiva de elaboración de una variante del artículo 19 no debe iniciarse en la presente parte del período de sesiones. Los miembros necesitan disponer de tiempo suficiente para preparar una tarea que es muy difícil.

48. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) tenía entendido que un grupo de trabajo de composición abierta iba a elaborar, a la luz de los debates, un informe sobre las observaciones formuladas. No es necesario volver a solicitar instrucciones detalladas ni volver a redactar el texto

en el Pleno. Respeta la opinión del Sr. Simma de que el grupo de trabajo quizás no esté en condiciones de avanzar en su labor sustantiva hasta la segunda parte del período de sesiones que se celebrará en Nueva York, aunque por su parte lo lamentaría. Mientras tanto, puede proporcionar orientación al grupo de trabajo. Merece señalarse que, en el quinquenio anterior, a menudo se realizaron considerables progresos en grupos de trabajo incluso sobre cuestiones que parecían encontrarse en un punto muerto en el Pleno. Aunque no cree que el grupo de trabajo pueda finalizar su tarea en el presente período de sesiones, no ve ningún motivo para que no la empiece, esto es, que determine el punto en que se encuentra el debate y que trate de abordar la labor de fondo.

49. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el problema estriba en que la propuesta crea un mandato determinado y marca firmemente una tendencia. Ciertamente habría que reabrir el debate en el grupo de trabajo. La cuestión que se pide al grupo de trabajo que resuelva es la de si, como parte del estudio de la responsabilidad de los Estados, la Comisión necesita concentrarse en las obligaciones *erga omnes* y de *jus cogens* y si tales obligaciones entrañan o no determinadas consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. Se ha señalado que quizás merezca la pena examinar esa cuestión, y el grupo tal vez aporte incluso una solución para el problema más vasto de cómo hacer frente a la cuestión del artículo 19.

50. El Sr. GOCO apoya la propuesta de que se remita la cuestión a un grupo de trabajo.

51. El Sr. CRAWFORD (Relator especial) dice que sería difícil y probablemente infructuoso buscar un acuerdo sobre la propuesta que ha distribuido. Como el texto no ha sido concebido como una decisión de la Comisión de sustituir el artículo 19 sino como una hipótesis de trabajo, un acuerdo sobre el mismo no habría permitido a la Comisión llegar muy lejos. Es evidente que la Comisión no está en condiciones de adoptar una decisión definitiva sobre el artículo 19. Se opone a que se proceda a una votación, que sería divisiva. Parece haber amplio acuerdo en que sería constructivo que un grupo de trabajo, y no la Comisión, examinase las posibles repercusiones en el proyecto de artículos de los conceptos que ha tratado de describir en el párrafo 3 de la propuesta.

52. La idea es ampliar ligeramente el mandato del grupo de trabajo presidido por el Sr. Simma para que examine ahora en Ginebra y, después, en la segunda parte del período de sesiones en Nueva York cuáles podrían ser tales repercusiones. Esto le ayudaría a preparar su segundo informe, en el que examinará ese aspecto, entre otras cosas, en el contexto del artículo 40, porque se plantea la importante cuestión de cuál debe ser el tenor del artículo 40. La Comisión debería primeramente tomar nota de todas las opiniones expresadas, para que el grupo de trabajo las tuviera en cuenta, y el grupo debería empezar su tarea esa misma tarde examinando la cuestión esencial enunciada en el párrafo 3, en la inteligencia de que pueden realizarse progresos sobre la base de la hipótesis de trabajo sin perjuicio de las opiniones expresadas en la Comisión acerca del mantenimiento o no del artículo 19. La Comisión volvería a debatir la cuestión oportunamente a la luz de los resultados de los trabajos del grupo de trabajo, del examen de su segundo informe, del artículo 40, etc. Mientras tanto, la Comisión proseguiría, primeramente, con los trabajos sobre la primera parte y, en segundo lugar, con los trabajos del grupo de trabajo presidido por el Sr. Simma, que iniciaría la tarea indicada de una manera general en el párrafo 3. Parece haber amplio acuerdo en favor de esa forma de proceder.

53. El PRESIDENTE entiende que la Comisión considera aceptable la propuesta del Relator Especial.

54. El Sr. PELLET apoya calurosamente la propuesta del Relator Especial, aunque con una pequeña sombra de inquietud. El grupo de trabajo fundamentalmente examinará el párrafo 3. Al mismo tiempo, se tiene la intención de examinar los artículos de la primera parte. Las dos operaciones inevitablemente coincidirán en parte. Ha estimado siempre que el artículo 19 es en realidad la guinda del pastel, pero no se ha intentado, ni siquiera en la primera parte, reflexionar sobre sus posibles consecuencias. Ahora bien, si la Comisión examina las obligaciones *erga omnes*, las violaciones o transgresiones excepcionalmente graves de las normas de *jus cogens*, no está seguro de que, por ejemplo, las disposiciones sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud puedan examinarse sin abordar esos diversos tipos de violación. El planteamiento más lógico sería empezar por los resultados de la labor del grupo de trabajo y ver después cómo tenerlos en cuenta, incluso en la redacción del artículo 1. Pregunta al Relator Especial cómo se propone resolver ese problema, en la inteligencia de que los miembros pueden hacer preguntas cuando estiman que hay un problema. No quiere que más tarde se le diga que no tiene derecho a plantear ciertas cuestiones en el Pleno porque se están examinando en el grupo de trabajo; luego los problemas se olvidan, originándose un desastroso embrollo como el de la segunda parte y los absurdos artículos relativos a las consecuencias de los crímenes. Es importante examinar todos los aspectos al mismo tiempo.

55. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) está de acuerdo con el Sr. Pellet en que es posible, e incluso probable, que las distinciones básicas entre clases de normas tengan repercusiones en la primera parte y en que el artículo 19, aunque quizás no sea una guinda, se sitúa ciertamente en lo más alto del pastel. Algunos miembros opinan que ello hace el pastel menos, y no más, comestible. Sea como sea, es evidente que el artículo 19 es un añadido y como tal ha sido tratado en la segunda parte. No es probable que la Comisión finalice el capítulo II (El «hecho del Estado» en el derecho internacional) en el presente período de sesiones, aunque quizás pueda abordar el capítulo III (Violación de una obligación internacional) de la primera parte. Desde luego no llegará al capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud), que habrá de ser examinado porque es una esfera en la que los conceptos de *jus cogens* tendrán repercusiones. Pero no es la única, y al presentar los capítulos el Relator Especial se referirá a las distinciones que tal vez sea necesario hacer, por ejemplo, en relación con el artículo 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad). Confía en que el grupo de trabajo presidido por el Sr. Simma empiece precisamente por ahí y que repita, con respecto a las repercusiones de esos conceptos, la útil tarea que ya realizó al darle una primera idea de las opiniones en la Comisión sobre los problemas que plantean otros artículos del proyecto.

56. El Sr. SIMMA está de acuerdo con lo que han dicho tanto el Sr. Pellet como el Sr. Crawford acerca de cómo ven los trabajos del grupo de trabajo, a saber, que al estudiar las repercusiones de los conceptos enunciados en el párrafo 3 de la propuesta del Relator Especial es importante tener presente su posible influencia en las disposiciones de la primera parte.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

2541.ª SESIÓN

Jueves 4 de junio de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[1], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El Sr. PELLET (Relator Especial), al presentar su tercer informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/491 y Add.1 a 6), reconoce que, contrariamente a lo que pensaba en un comienzo, el tema le parece cada vez más delicado y difícil desde el punto de vista de la técnica jurídica, lo que explica que su informe no esté totalmente terminado y que algunas partes probablemente no puedan terminarse y distribuirse en todos los idiomas de trabajo de la Comisión hasta el próximo período de sesiones. Aclara que los documentos disponibles, por lo menos en francés, son los siguientes: A/CN.4/491, que constituye una introducción general en la que se reseñan los trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema; A/CN.4/491/Add.1, relativo a la definición de las reservas en la Convención de Viena de 1969, la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (en adelante «Convención de Viena de 1978») y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en adelante «Convención de Viena de 1986»); A/CN.4/491/Add.2, relativo a la consagración de la definición de Viena por la doctrina y la jurisprudencia; y A/CN.4/491/Add.3, publicado oficiosamente como ILC(L)/INFORMAL/11 y destinado a servir de base principal al debate, que contiene el texto de ocho proyectos de directrices que habrían de constituir el principio de la Guía de la práctica prevista por la Comisión; así como ILC(L)/INFORMAL/12, que contiene una recapitulación de la definición de Viena y de los ocho proyectos de directrices.

2. La introducción del tercer informe, que no requiere muchos comentarios, está dividida en dos secciones. En la sección A, el Relator Especial evoca los trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema, así como sus decisiones anteriores, tal como las ha interpretado y de las que destaca las dos principales. En primer lugar, en principio y salvo un improbable «estado de necesidad», la Comisión no pondrá en tela de juicio las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986, sino que se limitará a tratar de llenar las lagunas y, de ser posible, suprimir las ambigüedades y esclarecer los puntos oscuros. En segundo lugar, esa labor culminará en la elaboración de una Guía de la práctica, un conjunto de directrices que se incorporarán a las disposiciones existentes y a las que se agregarán, de ser necesario, cláusulas tipo sobre las reservas que la Comisión, llegado el caso, recomendará a los Estados para que las incluyan en los tratados o en ciertas categorías de tratados que celebren en el futuro. El documento ILC(L)/INFORMAL/11 muestra cómo el Relator Especial concibe la definición «positiva» de las reservas: se trata de una definición de las reservas como tales, distintas de las declaraciones unilaterales que los Estados pueden hacer al manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado.

3. En la sección A.2 de la introducción, el Relator Especial presenta la información más completa posible acerca del curso seguido por el segundo informe sobre las reservas a los tratados[2] y, esencialmente, de la acogida reservada a las conclusiones preliminares, que si bien no constituyen una revolución, representan ciertamente una innovación[3]. Del debate en la Sexta Comisión se desprende que los Estados no se cierran *a priori* y de antemano a cualquier innovación (A/CN.4/483, secc. B). Con respecto al fondo, el balance es menos alentador. El Relator Especial recuerda a este respecto que, en el 49.º período de sesiones, la CDI estaba dividida a propósito de las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos[4], y que se formaron dos corrientes de opinión[5]. Todos los miembros de la CDI aceptaron las conclusiones preliminares, adoptadas sin

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478.

[3] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), cap. V.

[4] Véase el texto en ibíd., párr. 157.

[5] Ibíd., párrs. 148 a 156.

votación, pero algunos de ellos —una neta mayoría— estimaron que la CDI había ido tan lejos como era posible y que ya había dado un gran paso adelante al reconocer que los órganos de derechos humanos podían hacer observaciones y formular recomendaciones sobre la licitud de las reservas efectuadas por los Estados (párrafo 5 de las conclusiones preliminares) y al pedir a los Estados que cooperaran con los órganos de vigilancia y tuvieran debidamente en cuenta sus recomendaciones (párrafo 9 de las conclusiones preliminares). Los demás miembros de la CDI habían deseado que la CDI llegara más lejos y reconociera que esos mismos órganos de vigilancia tenían el derecho de deducir las consecuencias de sus conclusiones, como hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Belilos* c. *Suisse*[6].

4. Resulta que en la Sexta Comisión los Estados también se dividieron, aunque con arreglo a líneas de demarcación muy diferentes. De la cincuentena de Estados que se expresaron al respecto, aproximadamente la mitad aprobó las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, mientras que la otra mitad se mostró reservada, por estimar que sólo los Estados tenían competencia, no sólo para extraer consecuencias de la eventual ilicitud de una reserva, sino también para hacer constar ese hecho. El Relator Especial señala que ningún Estado manifestó claramente el deseo de que la CDI fuese más lejos en ningún sentido. Con todo, está convencido, como otros, de que ésta cumple con su cometido cuando presenta a los Estados soluciones de recambio progresistas, si ello corresponde a tendencias deseables y ya razonablemente implantadas. Sin embargo, señala a la atención de la CDI, y especialmente a la de aquellos de sus miembros que han deplorado una timidez excesiva de su parte, la oposición manifestada por los Estados, casi unánimemente, a las mejoras que propugnan siguiendo a los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Por lo tanto, la CDI deberá tener esto en cuenta cuando vuelva a tratar el tema. Le resultará tanto más fácil hacerlo cuanto que dispondrá entonces de las reacciones de esos órganos, que también han sido consultados y que quizás adopten posiciones diferentes. Los presidentes de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos examinaron las conclusiones preliminares de la CDI con ocasión de la novena reunión que celebraron en Ginebra entre el 25 y el 27 de febrero de 1998, pero todavía no han comunicado oficialmente los resultados de su labor[7]. Sólo la Presidenta del Comité de Derechos Humanos ha enviado sus primeras observaciones en una carta de fecha 9 de abril de 1998, que versan únicamente sobre el párrafo 12 de las conclusiones preliminares y de las cuales se reproduce el pasaje esencial en el párrafo 16 del tercer informe; en substancia, el Comité de Derechos Humanos hace resaltar a este respecto que los órganos regionales no deberían ocupar un lugar especial y que los órganos de vigilancia universales contribuyen también al desarrollo de la práctica y de las normas aplicables.

5. El Relator Especial subraya que los miembros de la Comisión son libres de intervenir sobre este punto en relación con la información que figura en el tercer informe, pero, por su parte, le parece prematuro reabrir un debate sobre el fondo respecto de las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, adoptadas en el 49.º período de sesiones. Se trata solamente de conclusiones preliminares y la Comisión deberá volver a examinarlas, pero sería prudente, en efecto, que esperase para hacerlo a recibir las opiniones solicitadas a los órganos de derechos humanos y a los Estados, sin perjuicio de insistir nuevamente en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en el actual período de sesiones para que respondan. Más aún, mejor sería esperar a terminar el examen del problema de la licitud de las reservas y de las reacciones a las reservas antes de volver a examinar las conclusiones preliminares.

6. En lo que se refiere a las peticiones de comentarios y observaciones sobre las conclusiones preliminares, el Relator Especial manifiesta su perplejidad ante el enunciado del párrafo 4 de la resolución 52/156 de la Asamblea General, en el que la fórmula utilizada es a primera vista ambigua, puesto que se refiere a «los órganos establecidos en virtud de tratados multilaterales de carácter normativo [...], incluidos los tratados de derechos humanos». Esta fórmula es esotérica y fue laboriosamente negociada por insistencia de Túnez, que estimaba que había que consultar también, además de los órganos de derechos humanos, a los órganos de vigilancia creados por otros instrumentos multilaterales. Intelectualmente, el Relator Especial no se opone en absoluto a ello, pero no ve muy bien a qué tratados ni a qué órganos se está haciendo referencia. Por eso pide la ayuda de los miembros de la Comisión para que se lo aclaren.

7. Dicho esto, el Relator Especial ha quedado muy favorablemente impresionado por el aparente interés que los Estados muestran hacia los trabajos de la CDI sobre el tema de las reservas a los tratados, como se desprende no sólo de las numerosas intervenciones en la Sexta Comisión, sino también de la labor realizada en la materia por el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, sobre la cual el Secretario General del Comité, Sr. Tang Chengyuan, informó a la Comisión (2537.ª sesión), y por el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, que ha creado un grupo de especialistas sobre las reservas a los tratados internacionales (párrafos 27 a 30 del tercer informe)[8]. Son también testimonio de este interés el número relativamente elevado de respuestas a los cuestionarios recibidas de los Estados y las organizaciones internacionales[9] y las observaciones sobre las conclusiones preliminares que algunos Estados ya han hecho llegar a la Secretaría. El Relator Especial desearía, sin embargo, que un número aún mayor de organizaciones internacionales y de Estados respondiesen a los cuestionarios. Con respecto a las primeras, lamenta el silencio de las Comunidades Europeas, que no sólo son depositarias de tratados sino que también son parte en bastantes tratados multilaterales con respecto a los cuales han hecho declaraciones unilaterales, y se propone insistir. En lo que concierne a los Estados, han

[6] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A arrêts et décisions*, vol 132, fallo de 29 de abril de 1988, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1988

[7] Véase A/53/125, párrs 17 y 18

[8] Véase Consejo de Europa, Comité de Ministros, 612ª reunión de Delegados ministeriales, doc CM(97)187, párr 15, y decisión 612/10 2 de 16 de diciembre de 1997

[9] Véase *Anuario 1997*, vol II (segunda parte), párrs 48 y 64

respondido 32 de los 185 Estados Miembros, lo cual es un resultado más que honorable comparado con la media, pero ciertamente insuficiente. Aunque consciente de que los miembros de la Comisión no representan a sus gobiernos, el Relator Especial los invita a que, llegado el caso, señalen a la atención de éstos su omisión.

8. El Relator Especial desearía que los miembros de la Comisión le comunicaran sus observaciones sobre la introducción de su informe antes de que pase a presentar el capítulo I, que versa sobre problemas nuevos y de naturaleza mucho más técnica.

9. El Sr. HAFNER, refiriéndose a la observación del Relator Especial sobre el silencio de las Comunidades Europeas, se pregunta si el Presidente no podría ponerse en contacto directamente con ellas para recabar las informaciones solicitadas.

10. El PRESIDENTE contesta que le será fácil hacerlo, más aún cuando un representante de las Comunidades Europeas estará presente en Nueva York en el mes de agosto.

11. El Sr. LUKASHUK, observando que la definición de las reservas propuesta por el Relator Especial [ILC(L)/INFORMAL/12] se basa en convenciones que fueron elaboradas en una época en que el problema capital de las reservas se tradujo en una cierta imprecisión y mucha libertad, se pregunta si no convendría suprimir, en el proyecto de directriz 1.1, las palabras «o denominación». Convendría, en efecto, que cuando un Estado formule una reserva diga claramente que se trata de una reserva. Esto permitiría, además de resolver los problemas muy complejos que plantea la distinción entre declaración interpretativa y reserva, conferir mayor certidumbre a las relaciones jurídicas entre los Estados.

12. El Sr. Sreenivasa RAO pregunta, sin insistir mucho al respecto, si no convendría también ponerse en contacto con los órganos y organismos nacionales de protección de los derechos humanos, que desarrollan una actividad extraordinaria en los países donde existen y que gozan de una gran credibilidad.

13. El Sr. SIMMA dice a este respecto que no le cabe ninguna duda de que los órganos nacionales competentes en materia de derechos humanos están deseosos de formular observaciones, pero teme que no estén en condiciones de dar respuestas jurídicas a las cuestiones que interesan a la Comisión en esta materia, a saber, si los órganos de vigilancia, internos o internacionales, son competentes para decidir sobre la validez de una reserva y sobre la divisibilidad de un tratado multilateral.

14. El Sr. GOCO, refiriéndose a la reacción de la Presidenta del Comité de Derechos Humanos respecto a las «conclusiones preliminares» que habían sido comunicadas a los órganos de vigilancia de los tratados relativos a los derechos humanos, considera importante esperar la reacción de los órganos regionales.

15. El Sr. BROWNLIE señala que la naturaleza y las funciones de los órganos de vigilancia son muy diversas: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, es un verdadero órgano jurisdiccional autónomo que tiene la potestad, al menos implícita, de pronunciarse sobre la validez de una reserva y la divisibilidad de un tratado, mientras que otros órganos no son más que comisiones mixtas que reúnen a las partes en los tratados respectivos. Conviene, pues, ser prudente antes de generalizar. Además, si bien es deseable consultar a estos órganos, hay que tener presente asimismo que la mayoría de sus miembros elegidos no suelen ser especialistas en derecho internacional.

16. El Sr. PELLET (Relator Especial) responde a las observaciones formuladas y dice que, en su opinión, la cuestión planteada por el Sr. Lukashuk es prematura pues se trata de un aspecto que se propone abordar muy en detalle posteriormente. Con respecto a la observación del Sr. Sreenivasa Rao sobre la posibilidad de consultar a los órganos nacionales de vigilancia de los derechos humanos, dice que las observaciones de estos órganos, como por otra parte las de las organizaciones no gubernamentales, naturalmente serán bien recibidas, pero la Comisión debe, a su juicio, evitar «saltarse» a los gobiernos dirigiéndose directamente a ellos. Por lo que hace a la observación del Sr. Goco, el Relator Especial se ha dirigido ya a los órganos regionales, pero todavía no ha recibido ninguna respuesta oficial. En cuanto a las observaciones del Sr. Brownlie, el Relator Especial conviene en que los órganos de vigilancia de los derechos humanos son, efectivamente, muy diversos, pero niega vigorosamente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenga la potestad de pronunciarse sobre la divisibilidad del Convenio europeo de derechos humanos. Es una potestad que se ha arrogado, pero que cualquier Estado interesado podría legítimamente discutirle. Además, el hecho de que no haya una mayoría de internacionalistas en el seno de los órganos de vigilancia de los tratados relativos a los derechos humanos no hace sino más interesante la reacción de estos órganos, puesto que podrán comunicar a la Comisión sus necesidades concretas.

17. Pasando a presentar el capítulo I de su tercer informe, el Relator Especial señala a la atención de los miembros de la Comisión la estructura general de este capítulo, tal como se resume en los párrafos 47 a 49. Las secciones, que se refieren respectivamente a las «reservas a los tratados bilaterales» y «las alternativas a las reservas», no están disponibles en todos los idiomas de trabajo y sólo podrán ser examinadas durante la segunda parte del período de sesiones en Nueva York. Por lo tanto, el Relator Especial limitará su intervención a la sección A, que es también la más importante cuantitativa y cualitativamente, y versa sobre la definición de las reservas a los tratados y de las declaraciones interpretativas, es decir, a la vez sobre la definición que figura en las tres Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 y sobre las lagunas y ambigüedades de esta definición.

18. Conforme al método de trabajo sobre el que parece existir un amplio acuerdo, el punto de partida es la definición que dan de las reservas las tres Convenciones de Viena y, en primer lugar, la Convención de Viena de 1969, en el apartado *d* del párrafo 1 de su artículo 2, al que el Relator Especial da lectura. Los trabajos preparatorios que llevaron a la adopción de esta definición, y que se resumen en los párrafos 50 a 67 del informe, requieren sólo tres observaciones. La primera es la de que la cuestión de la definición de las reservas fue poco debatida y sólo se planteó de vez en cuando, tanto en la Comisión

como con ocasión de la propia Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados[10]. La segunda es la de que se partió, siguiendo al Relator Especial, Sr. James Brierly, de una definición contractual de las reservas[11], entendidas como «ofertas» hechas a las demás partes contratantes, para llegar bastante rápidamente y sin mucho debate a la idea de declaración unilateral. La tercera observación es la de que, si bien al principio las reservas se definieran en relación con las declaraciones interpretativas y las reacciones a tales declaraciones, se acabó por dejar éstas a un lado y el último Relator Especial de la época, Sir Humphrey Waldock, llegó incluso a descartarlas deliberadamente por considerar que pertenecían al capítulo relativo a la interpretación y no al de las reservas[12]. El Sr. Pellet señala que ésta es, por otra parte, una de las razones que lo llevaron a ocuparse de entrada y por separado de esa definición «positiva» de las reservas y a dejar para más adelante el examen de la cuestión de las declaraciones interpretativas.

19. Sin embargo, la Convención de Viena de 1969 deja deliberadamente de lado varios problemas, por ejemplo la cuestión de los tratados celebrados por las organizaciones internacionales y, como se indica explícitamente en el artículo 73, la de la sucesión de Estados. Pero cuando se codificaron estos dos temas, se vio que influían en la definición misma de las reservas. Esto es muy evidente en el caso de los tratados celebrados por las organizaciones internacionales, por cuanto se reconoce que las organizaciones internacionales pueden formular reservas a los tratados en los que son parte, y por eso el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1986 tuvo en cuenta esta hipótesis, al agregar a la enumeración ya demasiado larga de los supuestos en que se pueden formular reservas «confirmar formalmente» que es, para las organizaciones internacionales, el equivalente de la ratificación para los Estados.

20. En cambio no era tan evidente que la elaboración de la Convención de Viena de 1978 fuese a influir en la definición misma de las reservas. Y sin embargo es lo que ha ocurrido. En efecto, al reflexionar sobre esta cuestión, el entonces Relator Especial, Sir Humphrey Waldock, cayó en la cuenta de que un Estado sucesor, al manifestar el deseo de obligarse por un tratado, podía, y debía poder, formular reservas o modificar las del Estado predecesor[13], y de ahí que el apartado *j* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1978 precise que «se entiende por "reserva" una declaración unilateral [...] hecha por un Estado [...] al hacer una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado».

21. Según el Relator Especial, el resultado de estos aportes sucesivos es que ninguna de las tres Convenciones de Viena da una definición completa de las reservas y, que, para lograr tal definición, es preciso sumar estos aportes, es decir, elaborar un texto compuesto, que es lo que el Relator Especial ha tratado de hacer en el párrafo 81 de su informe. Es lo que denomina, por comodidad, «la definición de Viena», y si, por supuesto, el texto de la Convención de Viena de 1969 es su apoyatura, el derecho de los tratados no queda limitado a ella; la definición compuesta que ha propuesto parece ofrecer la ventaja de tener esto en cuenta. Y es el texto de esta definición el que, si los miembros de la Comisión están de acuerdo, el Relator Especial incluirá como encabezamiento del capítulo I de la Guía de la práctica, dedicado a las definiciones, cuya primera sección figura en el documento ILC(L)/INFORMAL/12.

22. Esta definición de Viena fue aprobada sin debates doctrinarios o políticos importantes y ha encontrado una amplia aceptación, como se desprende de la sección B del capítulo I sobre la definición de las reservas frente a la prueba de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina. Es verdad que en ninguna de las tres Convenciones de Viena se da una definición general que pueda aplicarse en todos los casos, y por otra parte que sus respectivos artículos 2 se titulan «Términos empleados» y no «Definiciones», para mostrar claramente que las definiciones adoptadas lo han sido sólo «para los efectos de la presente Convención», como lo enuncia la cláusula de introducción del párrafo 1 de cada uno de estos artículos. Sin embargo, la jurisprudencia y la práctica de los Estados han consagrado esta definición sin establecer una relación directa con las Convenciones de Viena, es decir que los Estados, los órganos jurisdiccionales internacionales y los tribunales arbitrales se han basado en ella sin preocuparse de saber si las Convenciones de Viena de 1969 y 1978 eran o no aplicables como tales en las situaciones en que invocaban esta definición. Con respecto a la práctica de los Estados o de las organizaciones internacionales, hay que convenir en que no sólo la definición de la Convención de Viena de 1969 fue recogida *mutatis mutandis* sin mucha discusión en 1978 y 1986, sino que incluso los Estados la invocan expresamente en su práctica *inter se*, especialmente cuando convierten una declaración interpretativa en reserva. Algunos Estados también lo han hecho al presentar sus alegaciones en asuntos contenciosos. En cuanto a la jurisprudencia, no adolece por su parte de ninguna ambigüedad, y el Relator Especial señala a este respecto que, por lo que él sabe, en todos los casos en que se ha planteado el problema de la definición de las reservas, los jueces o los árbitros siempre han recurrido, implícita o, más a menudo, expresamente, a la definición de Viena. Así ocurrió, por ejemplo, con el Tribunal Arbitral franco-británico de 1977 en el asunto de las islas Anglo-Normandas[14], con la Comisión Europea de Derechos Humanos, en 1982, en el asunto *Temeltasch*[15], y con la Corte Intera-

[10] Véase 2526.ª sesión, nota 17.

[11] *Yearbook... 1950*, vol. II, págs. 238 y 239, doc. A/CN.4/23, párr. 84.

[12] Véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 51, doc. A/CN.4/177 y Add.1 y 2, párr. 2.

[13] Véase *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 50 y ss., doc. A/CN.4/224 y Add.1, comentario al artículo 9, en particular párrs. 9 y ss.

[14] *Affaire de la délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française*, decisiones de 30 de junio de 1977 y 14 de marzo de 1978 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII [n.º de venta: E/F.80.V.7], págs. 3 a 271, en particular págs. 169 y 170, párr. 55).

[15] Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, demanda n.º 9116/80, *Temeltasch* c. *Suisse*, vol. 31, Estrasburgo, 1983, págs. 120 a 137, en particular pág. 130, párr. 69.

mericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva de 1983[16].

23. Por lo que respecta a la doctrina, los autores no olvidan matizar su aprobación de la definición de Viena de ciertas reservas, al menos los que han dedicado monografías al estudio de las reservas a los tratados, porque los «generalistas» del derecho internacional, por su parte, se limitan a recoger pura y simplemente la definición de Viena, como muestra, por ejemplo, la larga lista de referencias que figura en la última nota del párrafo 103 del informe. En cuanto a los «especialistas», aunque la discutan, no niegan que la definición de Viena ha obtenido ya su ejecutoria y constituye el punto de partida obligado de toda reflexión sobre la definición de las reservas. A este respecto, el Relator Especial hace observar que la doctrina actual es muy diferente de la que imperaba antes de 1969, que se resume brevemente en los párrafos 90 a 98 del informe. En aquel entonces la definición variaba generalmente de un autor a otro. Hoy en día, la definición de Viena ha acallado en gran medida las divergencias doctrinales, y si bien algunos autores, en especial Imbert[17], proponen su propia definición, parten sin embargo de la que figura en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969.

24. La sección B.2 del capítulo I, disponible ahora con la signatura ILC(L)/INFORMAL/11, es mucho más importante que la sección B.1 del capítulo I, puramente descriptiva, porque en ella el Relator Especial ha tratado de exponer «la persistencia de los problemas», y es en ese terreno en el que la Comisión puede intervenir eficazmente precisando y completando la definición de Viena, lo que debería llevarla también a hacer un trabajo de redacción y, por lo tanto, a volver a establecer el Comité de Redacción. Es sorprendente comprobar como, desde los años veinte, la casi totalidad de los autores consideran que toda definición de las reservas debe incluir elementos formales, por una parte, y elementos de fondo, por otra. Por ejemplo, la propia definición de Viena contiene tres elementos formales positivos: *primo* la «declaración unilateral», *secundo* el «momento en que el Estado o la organización internacional manifiestan su consentimiento en obligarse por el tratado» y *tertio* «su enunciado o denominación»; y un elemento de fondo, que es el que la reserva tiene por objeto «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado». El Relator Especial se dispone a analizar cada uno de estos elementos.

25. La reserva no tiene necesariamente el carácter formal de declaración unilateral. El primer Relator Especial sobre el tema, el Sr. Brierly, tenía una concepción de la reserva que se podría llamar «convencional» o «contractual», y consideraba que se trataba de un acuerdo entre las partes según el cual éstas limitaban los efectos del tratado en su aplicación a una o varias de ellas. Evidentemente esta concepción es incompatible con el régimen de Viena y, con razón, se dejó de lado en las definiciones que figuran en las convenciones. Curiosamente, los artículos pertinentes no dicen nada sobre la forma que debe revestir la declaración, pero es seguro que esa forma ha de ser necesariamente escrita, como por otra parte enuncia expresamente el artículo 23 común de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Ahora bien, no hay que tener una visión demasiado formalista de este «unilateralismo» de la reserva. En primer lugar, aunque se formulen unilateralmente, las reservas suelen ser «concertadas». Los Estados que anudan entre ellos lazos particulares de solidaridad formulan reservas idénticas o muy similares. Tal era la costumbre de los antiguos «países del Este», y tal es todavía la práctica de los países nórdicos y de los países de la Unión Europea. El procedimiento no presenta ninguna dificultad y no parece útil dedicarle una directriz. Pero luego está el caso en que una reserva es formulada conjuntamente por varios Estados. Esa posibilidad empieza a tomar forma actualmente, en particular en el ámbito de la Unión Europea, cuyos Estados miembros ya han formulado, si no reservas, al menos declaraciones interpretativas y objeciones conjuntas. Sin duda sería oportuno indicar en la Guía de la práctica que esto no es incompatible con la definición de las reservas. Tal es el objeto del proyecto de directriz 1.1.1, que figura en el documento ILC(L)/INFORMAL/12.

26. El segundo elemento formal de la definición de Viena, o sea, el momento en que se formula la reserva, se refleja en una larga enumeración («al firmar, ratificar, aceptar, aprobar [...], o al adherirse a él») que no es muy feliz. Se ha aducido que una reserva podría formularse en otro momento. Esto es cierto si el tratado así lo prevé, pero no es preciso mencionarlo porque la Guía de la práctica, como las Convenciones mismas, cumple una mera función supletoria y los Estados tienen plena libertad para apartarse de ella. Quizá se podría simplemente recordarlo al final del proyecto de Guía de la práctica. También se ha criticado la inclusión misma de estas precisiones en la definición. El procedimiento no es muy riguroso, en efecto, y hay ahí un elemento que corresponde más bien al régimen jurídico de las reservas que a su definición. Pero la Comisión ha sentado el principio de que sólo modificará las Convenciones si descubre en ellas un vicio oculto grave. Por otra parte, ese enunciado, aunque no sea muy lógico, hace hincapié desde la definición en el momento en que se puede hacer la reserva y cumple así una función legítima, como es la de impedir que las partes potenciales en un tratado formulen reservas en cualquier momento, lo que sería intolerable en la práctica y haría imposible la tarea del depositario.

27. Es forzoso reconocer, sin embargo, que la fórmula empleada es pesada, larga y poco elegante. Y lo que es aún más grave, la enumeración no corresponde ni a la de las «formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado», sobre las que versa en el artículo 11 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que es más amplia y más general puesto que prevé además el canje de instrumentos de ratificación, ni sobre todo a la mención, aún más amplia, de «cualquier otra forma que se hubiere convenido», que también figura en el artículo 11. No se sabe que haya surgido ya algún problema a este respecto concretamente pero, por precaución y en aras de la coherencia, convendría sin duda señalar en la Guía de la práctica que la enumeración que figura en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 es, en su espíritu, la misma que la

[16] *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención americana sobre derechos humanos)*, opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, *Serie A*: Fallos y Opiniones, n.° 3, párr. 60.

[17] P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, París, Pédone, 1978, pág. 18.

del artículo 11. Tal es el objeto del proyecto de directriz 1.1.2.

28. El Relator Especial se refiere de pasada al proyecto de directriz 1.1.3, que concierne a un problema más particular pero muy concreto, el de la «reserva territorial», que se puede formular con ocasión de la declaración por la que se hace extensiva a un territorio la aplicación de un tratado. A este respecto también resultaría oportuna una aclaración, que no haría más que consagrar una práctica que no ha suscitado hasta ahora objeción alguna.

29. El tercero y último elemento formal de la definición de Viena se refiere a la condena del «nominalismo jurídico» que refleja la expresión «cualquiera que sea su enunciado o denominación». De hecho, ni los Estados ni la jurisprudencia se detienen en este aspecto, lo que confirma que la práctica ha consagrado la definición de Viena. No hay, pues, ningún motivo para modificar o completar la definición a este respecto. En cambio, es evidente que este elemento deberá encontrar su equivalente en el plano de las declaraciones interpretativas, que tampoco pueden definirse en función del nombre que les dan sus autores.

30. Y por último, el Relator Especial pasa a examinar el cuarto elemento de la definición de Viena, el elemento de fondo que considera el más importante y el más complicado, a saber, que la reserva de un Estado o de una organización internacional tiene por objeto «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización». Los párrafos 27 a 108 del documento ILC(L)/INFORMAL/11 contienen un análisis detallado, pero es preciso subrayar ante todo el aspecto técnico, y por tanto austero, de esta cuestión, que por otra parte le confiere todo su interés, no sólo para el jurista, sino también, en el plano concreto, para los Estados deseosos de que se aclare en detalle el régimen de las reservas, incluida su definición. Simplificando se puede decir que este elemento de fondo es «teleológico», puesto que concierne al fin a que tiende la reserva. Plantea dos series de problemas.

31. La primera serie de problemas resulta de la expresión «ciertas disposiciones». Un gran publicista ha criticado el empleo mismo de la palabra «disposiciones» y ha propuesto reemplazarla por la palabra «obligaciones». Ciertamente, una reserva, que es un instrumento unilateral, no modifica la disposición o las disposiciones sobre las que versa, sino «sus efectos» según la definición de Viena. Toda la expresión «ciertas disposiciones» se presta en sí misma a discusión y no está exenta de ambigüedad. Tomada al pie de la letra no corresponde a la práctica, como demuestra el caso de las reservas «transversales», es decir, reservas que no versan sobre ninguna disposición determinada sino sobre la manera como el Estado o la organización internacional que formula la reserva tiene la intención de aplicar el tratado de que se trata en su conjunto. Este tipo de reserva es muy frecuente y no suscita ninguna objeción, lo que convendría aclarar en la Guía de la práctica. Este es el objeto del proyecto de directriz 1.1.4.

32. La segunda serie de problemas planteados por el aspecto teleológico de la definición es mucho más difícil. Desde un punto de vista general, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en reconocer que la expresión «excluir o modificar los efectos jurídicos» de un tratado significa que, por definición, la reserva tiene un efecto derogatorio. Esto es lo que la diferencia de la declaración interpretativa, y también es lo que la distingue de las declaraciones presentadas como reservas pero que en realidad no son ni declaraciones interpretativas ni reservas, como ciertas «reservas de no reconocimiento», muy frecuentes en el momento en que los Estados firman o ratifican un convenio. No son declaraciones interpretativas simplemente porque no interpretan nada, y no siempre son reservas, porque a veces el Estado que las formula no tiene la intención de producir ningún tipo de efecto sobre el tratado mismo. Así ocurre cuando el Estado se limita a recordar que su participación en el tratado no implica el reconocimiento de otra parte contratante, a la que no reconoce aun cuando no excluya por ello la aplicación del tratado en las relaciones que pueda tener con esa otra parte, o incluso cuando la acepta expresamente.

33. Por el contrario, la declaración constituye una verdadera reserva cuando el Estado autor precisa que no acepta en consecuencia ninguna relación contractual con la entidad que no reconoce, porque ese acto tiene entonces una consecuencia directa sobre la aplicación del tratado entre los dos Estados. Esta práctica presenta además, aunque marginalmente, el problema de la formulación *ratione temporis* de las reservas, puesto que tales declaraciones deben poder ser formuladas, como lo son efectivamente, en el momento en que la entidad no reconocida llega a ser parte en el tratado, es decir, muchas veces después de que su autor ha manifestado su consentimiento definitivo en obligarse. Es lo que el proyecto de directriz 1.1.7 trata de expresar, quizás demasiado brevemente, porque habría que aclarar que una reserva de no reconocimiento tampoco puede formularse en cualquier momento después de que la entidad no reconocida llegue a ser parte en el tratado. Por lo tanto, podría encomendarse al Comité de Redacción que estudiara una fórmula más precisa.

34. Por lo que respecta a las declaraciones, estudiadas con algún detenimiento bajo el título «Reservas de alcance territorial» en los párrafos 63 a 71 del documento ILC(L)/INFORMAL/11, el Relator Especial estima, contrariamente a muchos tratadistas, que tienen el carácter de verdaderas reservas; por lo tanto, somete a la consideración de la Comisión el proyecto de directriz 1.1.8.

35. Pasando a examinar por fin el problema más general y extremadamente delicado de los límites precisos de la expresión «excluir o modificar» que figura en la definición de Viena, el Relator Especial remite ante todo a los miembros de la Comisión a los párrafos 72 a 78 del documento ILC(L)/INFORMAL/11 en los que se presentan numerosos ejemplos de reservas encaminadas a *excluir* la aplicación, no, indudablemente, del tratado en su conjunto, sino de ciertas disposiciones de éste. En los párrafos 79 a 88, el Relator Especial ha intentado determinar cuáles son los principales tipos de reservas encaminadas a «limitar», con respecto al Estado o la organización internacional que las formula, el efecto de las disposiciones del tratado. Aunque la clasificación pueda prestarse a discusión, y que la interpretación de estas reservas sea a veces delicada, no hay ninguna duda, en su opinión, de que se trata realmente de reservas en el sentido de la definición de Viena.

36. Las dudas surgen, en cambio, con respecto a la cuestión de saber si la expresión «modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado» puede referirse a una «extensión» de estos efectos y justificar la existencia de «reservas extensivas». Sobre este punto, el debate doctrinal es bastante oscuro porque no todos los tratadistas comprenden del mismo modo ese concepto. Si éste se entiende en el sentido estricto de un compromiso unilateral asumido por su autor de ir más allá de lo que le impone el tratado, tal compromiso es, en opinión del Relator Especial, válido, pero no constituye una reserva en el sentido de la definición de Viena, puesto que el fundamento de su eventual fuerza obligatoria no reside en el tratado ni tiene ninguna relación con él. La ratificación, la firma o la adhesión no son en realidad, para el Estado que hace la declaración, más que la ocasión de asumir un compromiso unilateral y, si resulta obligado, es sólo por las razones que expuso la CIJ en los asuntos *Essais nucléaires*. Esta idea se enuncia en el proyecto de directriz 1.1.5, que trata así de cerrar una controversia que se remonta a principios de los años cincuenta, y que ha aparecido en diversas ocasiones en el seno mismo de la Comisión, incluso en el 47.° período de sesiones. El proyecto de directriz 1.1.6, que es su complemento, tiene por objeto dejar bien sentado que, con todo, no es anormal que un Estado o una organización internacional trate de limitar, mediante una reserva, las obligaciones que le impone el tratado y, correlativamente, de limitar los derechos que éste confiere a las demás partes contratantes. Si bien es verdad, en efecto, que un Estado no puede imponer unilateralmente obligaciones a otros Estados, y que en el presente supuesto no podría, mediante una reserva a un tratado, imponer a las demás partes en él una obligación nueva con respecto a las obligaciones del derecho internacional general, ello no quiere decir que el Estado no pueda, con su reserva, volver a la regla general, es decir, negar a los demás Estados partes en el tratado los derechos que les corresponden, no en virtud del derecho internacional general, sino sólo y exclusivamente en virtud del tratado. Ésta es una práctica corriente, a la que no corresponde calificar de «reserva extensiva». Por el contrario, el Estado no puede «legislar» y tratar de imponer a los demás Estados, mediante una reserva, obligaciones que no resultan del derecho internacional general. Esta conclusión, que ha sido desarrollada en el párrafo 108 del documento ILC(L)/INFORMAL/11, explica el enunciado del proyecto de directriz 1.1.6.

37. Y para concluir, el Relator Especial propone que la Comisión, si los considera interesantes, remita al Comité de Redacción los ocho proyectos de directrices de la Guía de la práctica enunciados en el documento ILC(L)/INFORMAL/12. Por el contrario, no le parece necesario remitirle la definición de Viena refundida.

38. El Sr. GALICKI pone en tela de juicio la validez del planteamiento muy conservador y, en cierto modo, «casuístico» que ha adoptado el Relator Especial con respecto a la definición de las reservas, especialmente en lo que concierne a los factores «temporales» de esta definición. Sobre todo se pregunta por qué, en lugar de agregar elementos extraídos de las Convenciones de Viena de 1978 y 1986 a la larga enumeración de la definición de Viena de 1969, no prefiere sustituir esta lista por la fórmula más general de «en el momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado». La ventaja de esta solución «progresiva» sería, además, evitar en el futuro nuevas adiciones a la lista.

39. El orador señala que la definición no dice nada sobre la forma, escrita o verbal, que puede revestir una reserva, y opina que sería conveniente incluir en esa definición la condición enunciada en el artículo 23 de la Convención de Viena de 1969, es decir, que la reserva debe formularse por escrito. Esto tendría la ventaja, por una parte, de crear una especie de equilibrio entre la reserva y el tratado mismo que, según el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, es un acuerdo «celebrado por escrito» y, por otra parte, de distinguir más claramente entre las reservas y ciertos actos interpretativos.

40. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA señala, en primer lugar, que a partir del concepto de «reserva conjunta», el Relator Especial hace hincapié en la función de los lazos de solidaridad existentes entre los Estados y en el contexto político de toda iniciativa en materia de reservas. En segundo lugar, observando que el Relator Especial ha mencionado las declaraciones compuestas y reservas concertadas, se pregunta si no habría sido interesante tener en cuenta, en la definición, este aspecto de la práctica. Por último, volviendo a la condena del «nominalismo jurídico» por el Relator Especial, señala que esta flexibilidad, que estima acertada, es la continuación y el reflejo de la flexibilidad admitida en materia de denominación de los tratados en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969. A su juicio, sin embargo, la propuesta que ha hecho el orador precedente de orientar a los Estados hacia una unificación de la reserva en una formulación por escrito quizás permitiera canalizar esta flexibilidad para evitar cualquier confusión.

41. El PRESIDENTE aclara, con respecto a la continuación del examen del tema, que organizará los debates «directriz por directriz».

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2542.ª SESIÓN

Viernes 5 de junio de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[1], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El PRESIDENTE pide al Relator Especial que continúe su presentación de los proyectos de directrices incluidos en la Guía de la práctica [ILC(L)/INFORMAL/12].

GUÍA DE LA PRÁCTICA

PROYECTO DE DIRECTRIZ 1.1.1

2. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que el proyecto de directriz 1.1.1, cuyo título es provisional, dice lo siguiente:

«1.1.1 *Formulación conjunta de una reserva*

»El carácter unilateral de las reservas no es obstáculo para la formulación conjunta de una reserva por varios Estados u organizaciones internacionales.»

Como el orador ya hizo una amplia introducción del proyecto de directriz 1.1.1 en la sesión anterior es innecesario presentarla una vez más con detenimiento. Como ya se sabe, se basó en la definición de la Convención de Viena de 1969, y esto se aplica a todo el proyecto de directrices, de conformidad con el método acordado en la Comisión, aunque hubo varios miembros, en especial el Sr. Lukashuk y el Sr. Galicki (2541.ª sesión), que le hicieron dudar de que realmente existiera un acuerdo sobre el método.

3. Es de esperar que nadie se oponga al hecho de que la reserva es una declaración unilateral y no un instrumento contractual. Sin embargo, en la práctica este carácter unilateral está mitigado. En primer lugar, los Estados suelen consultarse entre sí antes de formular una reserva en términos idénticos. Durante mucho tiempo ésta fue la costumbre de los países de Europa oriental y hoy en día es la costumbre de los países nórdicos y de la Unión Europea. Pero el orador no vio la necesidad de dedicar una de las directrices de la Guía de la práctica a este fenómeno porque, en primer lugar, no parece presentarse ningún problema y, en segundo lugar, no parece tener ninguna importancia para la definición de la reserva. Como el Sr. Pambou-Tchivounda lo ha señalado correctamente (ibíd.), es un aspecto del contexto político en el cual se formulan las reservas y carece de consecuencias jurídicas.

4. Pero éste no es el caso de la formulación conjunta de reservas contenidas en un solo documento que emana o lleva la firma de dos o más Estados u organizaciones internacionales. Como lo señaló, el orador no ha encontrado ningún ejemplo claro de reserva conjunta, pero ya en 1962 por lo menos un miembro de la Comisión, el Sr. Paredes, se refirió a esta posibilidad[2]. Pero si bien no hay ejemplos de reservas conjuntas, sí existen ejemplos de objeciones conjuntas a una reserva y, sobre todo, de declaraciones interpretativas conjuntas, que podrían considerarse verdaderas reservas. La práctica de declaraciones interpretativas conjuntas aplicada por la Comunidad Europea y sus Estados miembros es muy abundante. Parece inevitable que se presente el caso de una reserva que no sólo ha sido concertada en forma conjunta sino también formulada en forma conjunta. Sería mejor contemplar esta eventualidad; después de todo, el objetivo de la Guía de la práctica no sólo es intervenir como una especie de bombero una vez planteado el problema, sino sugerir las conductas correctas ante los futuros hechos o problemas.

5. La Comisión sería excesivamente formalista si descartara la posibilidad de una reserva conjunta, que, al igual que la declaración conjunta, la declaración interpretativa conjunta y la objeción conjunta, simplifica las cosas para el Estado o la organización internacional que hace la reserva, para el depositario y, sobre todo, para las demás partes en el tratado, que entonces deben reaccionar no varias veces sino sólo una. Desde el punto de vista de la teoría jurídica, el orador está de acuerdo con el Sr. Rodríguez Cedeño en que, de todas formas, un acto único que emana de varios Estados que han unido sus fuerzas puede considerarse un acto unilateral. Esto basta para justificar, si no la redacción, por lo menos el espíritu del proyecto de directriz 1.1.1.

6. El Sr. ROSENSTOCK dice que es importante dejar claro que en el caso de un Estado A que es parte en un tratado y los Estados B y C que formulan una reserva conjunta, las relaciones jurídicas y de otro tipo entre B y C son irrelevantes para A y no pueden afectar las obligaciones de A hacia B ni de A hacia C. El orador piensa que la sugerencia de que la actividad conjunta tiene un determinado significado concreto encierra el riesgo de mezclar a los demás Estados en la relación jurídica entre los que son parte en la actividad conjunta. Por lo tanto el orador se pregunta si es razonable o conveniente referirse a la actividad conjunta como si fuese jurídicamente diferente de una reserva efectuada por un solo Estado, y en qué medida es posible alegar que los derechos de otro Estado podrían, en cierta forma, verse afectados. Esto parece plantear el mismo tipo de problema que se plantearía si se afirmara que la ilegalidad nacional tiene alguna importancia para otro Estado parte en un convenio. Por lo tanto el orador está en cierta medida preocupado porque la Comisión no excluye con suficiente vigor la posibilidad de que de la actividad conjunta se deriven consecuencias para los Estados que son parte en el tratado considerado, pero que no participan en dicha actividad conjunta.

7. El Sr. LUKASHUK dice que coincide con el Sr. Rosenstock con respecto a la formulación conjunta de reservas. Si bien los Estados pueden efectuar reservas conjuntas, las firman y ratifican individualmente y, por lo tanto, no piensa que dichas reservas puedan constituir un fenómeno jurídico, sino simplemente una posición polí-

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] Véase *Anuario... 1962*, vol. I, pág. 157, 651.ª sesión, párr. 87.

tica. No cree que la Comisión deba emprender ese camino.

8. En el párrafo 23 del documento ILC(L)/INFORMAL/11 el Relator Especial ha reformulado la disposición de la Convención de Viena de 1969 cuando afirma que una reserva puede formularse por un Estado o una organización internacional cuando ese Estado o esa organización expresa su consentimiento en quedar obligado (proyecto de directriz 1.1.2). Pero según la Convención de Viena de 1969 el Estado tiene el derecho de formular una reserva al momento de la firma de una convención. En opinión del orador la Convención de Viena de 1969 se adapta mejor a la práctica.

9. Y, por último, se dice que una reserva puede excluir o modificar una disposición del tratado. Pero no podría hacerlo en un tratado general. Una reserva modifica una disposición en lo concerniente a la relación entre dos Estados, uno de los cuales ha hecho la reserva y el otro la ha aceptado. Si esto no se cambia, ¿sería posible cambiar también las obligaciones? Las obligaciones derivan de disposiciones, y si no es posible cambiar la disposición tampoco sería posible cambiar la obligación.

10. El Sr. BENNOUNA dice que, según el Relator Especial, las reservas conjuntas a los tratados simplificarían los problemas. Si se trata de una mera cuestión formal, el orador no tiene objeciones. Pero se pregunta si la formulación de una reserva conjunta no va más allá del aspecto puramente práctico de la cuestión. Por ejemplo, en los acuerdos de la Comunidad Europea con el mundo exterior sus Estados miembros suelen obligarse individualmente. ¿Sería compatible la existencia simultánea de obligaciones individuales asumidas por los Estados y de una reserva conjunta? Si la obligación es unilateral, ¿no crearía dificultades con las reservas? Se podrían complicar las cosas para el depositario. De todas formas, la obligación de una organización internacional es de la organización misma. De existir una diferencia de conducta de un Estado a otro, ¿se ha pensado cuáles serían los efectos sobre la reserva misma o sobre la objeción a la reserva?

11. La otra cuestión, que también planteó el Sr. Rosenstock, es si la reserva conjunta deriva realmente de la situación de las relaciones entre los Estados que la formulan. Por ejemplo, si la reserva conjunta es una función de determinadas posiciones de los Estados que la formulan, sea o no en el marco de una organización internacional, ¿se impondría esta situación de las relaciones a los terceros Estados? Esto sólo interesa a los países considerados, pero mediante su reserva estarían imponiendo conjuntamente una posición a un tercer Estado. El orador sería partidario de la idea si realmente sirviera para simplificar los problemas y si sólo tuviese un carácter técnico, pero se pregunta si la Comisión ya ha considerado todas las consecuencias jurídicas de una innovación de este tipo.

12. El Sr. HAFNER dice que no está seguro de si se ve claro con esta lectura, pero debe darse por sentado que se conserva el carácter unilateral de la reserva aunque la misma haya sido formulada conjuntamente.

13. El Sr. GOCO pregunta cuál sería el efecto si una de las partes se retirara de una reserva conjunta, según lo autorizado por el artículo 22 de la Convención de Viena de 1969. ¿Daría lugar a la retirada de las demás partes? El orador piensa que esto podría tener consecuencias en el contexto de la Convención de Viena de 1969.

14. El Sr. ECONOMIDES dice que el proyecto de directriz 1.1.1 constituye una nueva norma que podría resultar útil: ya ha habido casos de varios Estados que han formulado individualmente la misma reserva en exactamente los mismos términos, aunque bien podrían haber formulado una reserva conjunta idéntica. En principio el orador no se opone al proyecto de directriz 1.1.1, que ofrece otra posibilidad de formular una reserva. Una reserva conjunta significa que cada Estado hace una reserva individualmente, que luego se presenta en conjunto. No es una reserva colectiva, sino que es una reserva donde cada Estado se compromete individualmente. El acto en sí sigue siendo unilateral. Por lo tanto, si un Estado desea retirarse de una reserva conjunta hace una declaración a ese efecto y los demás Estados mantienen sus reservas. El orador no piensa que esto presente ninguna dificultad para el depositario.

15. Por lo que hace a la redacción, el orador propone que se reemplace la palabra «u» por «y/u», de forma que la última frase sería «varios Estados y/u organizaciones internacionales». Después de todo, también es posible que una o más organizaciones internacionales deseen formular la misma reserva. En su opinión, el proyecto de directriz 1.1.1 será una valiosa aportación a este tema.

16. El Sr. MELESCANU dice que, en realidad, los Estados formulan reservas a los tratados multilaterales cuando no pueden conseguir la modificación de algunas de sus disposiciones. El Estado que formula la reserva no desea modificar el efecto jurídico del tratado en sí, sino sólo modificar una determinada disposición. Técnicamente está claro que la reserva sólo tiene efectos jurídicos para el Estado que la formula. Cuando una gran cantidad de Estados formulan la misma reserva, aunque cada uno lo haga unilateralmente, habría que pensar si esto no es un intento de modificar los efectos jurídicos del tratado para ellos, o si realmente es una clara expresión de la idea de que existe una gran cantidad de Estados para los cuales el tratado tiene otro valor o para los cuales determinadas disposiciones deberían interpretarse de otra forma. La última parte de la definición contenida en el proyecto de directriz 1.1.1 es totalmente correcta, y es el único enfoque que la Comisión puede aceptar; pero la idea de los Estados que formulan reservas es enviar un mensaje sobre la forma en que determinadas disposiciones deberían haberse redactado. El hecho de que una minoría no ha podido imponer su punto de vista puede, a veces, ser expresado por un Estado. El orador se pregunta si la noción de reserva conjunta no llevaría a una situación en donde en realidad existen, para determinadas disposiciones, dos enfoques principales del fondo del tratado considerado. El orador es un firme partidario de incluir en la Guía de la práctica cuestiones relativas al retiro de una reserva a un tratado multilateral.

17. El Sr. PELLET (Relator Especial) había pensado que el problema era una simple cuestión de redacción y que no tenía o no debía tener ninguna consecuencia jurídica; por ejemplo, sería más conveniente que los 15 Estados de la Comunidad Europea —después de todo es con la Comunidad con la que se plantean problemas— presentaran un documento único. Se puede citar

como ejemplo la declaración conjunta que cada Estado miembro de la Comunidad hizo, en un texto idéntico, con respecto a la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción[3]. El orador lo concibió como una simplificación práctica. Pero escuchando las observaciones de sus colegas comienza a preguntarse si no ha estado jugando con la definición misma de reserva, lo cual no era en absoluto su intención.

18. Con respecto a la observación del Sr. Hafner, su intención fundamental fue retener el carácter unilateral de la reserva. La exposición que acaba de hacer no fue muy clara y el orador no piensa utilizarla en el comentario, porque de ninguna forma considera que una reserva de este tipo sea un acto conjunto. Al escuchar los comentarios de los miembros, el orador comprendió que había cometido un grave error cuando dijo que, básicamente, podría considerarse un acto unilateral en el sentido empleado por el Sr. Rodríguez Cedeño. En su opinión, esto no es un acto unilateral sino simplemente la formulación, en un documento único, de varios actos unilaterales. El orador entiende que los miembros de la Comisión están dispuestos a aceptar este aspecto de la cuestión, pero no desean considerar que el acto en sí mismo pueda ser conjunto. El orador aprecia la preocupación manifestada; quizás el problema sea simplemente de redacción. Por otro lado, no desea privar a la Guía de la práctica del cariz práctico de la directriz, porque considera que ésta simplificaría considerablemente la cuestión. Pero espera haber dejado en claro que de ninguna forma está sugiriendo un cambio en la naturaleza jurídica de la reserva. De todas formas, ha comprendido el mensaje expresado por varios miembros de la Comisión.

19. Si bien reconoce que la redacción de la Convención de Viena de 1986 es engorrosa en algunos aspectos, no le gusta la expresión «y/u», y ha tratado de evitarla. Si la Comisión decide utilizar esta fórmula después de todo, habría que explicar la decisión en una cláusula o nota final especial o, por lo menos, en el comentario. Le complace observar que el Sr. Lukashuk ha tomado la Convención de Viena de 1986 como base de sus observaciones, pero no ve de qué forma el proyecto de directriz «cambia» el artículo 23 de la Convención. Se limita a indicar el procedimiento para la formulación por escrito de una reserva. En respuesta al Sr. Melescanu, el orador dice que sus actuales propuestas, lejos de marcar el final de la tarea, representan sólo su comienzo. Cada punto se estudiará minuciosamente.

20. Por último, con respecto al comentario del Sr. Goco, la propuesta de formulación conjunta no afecta, de ninguna forma, el régimen que regula el retiro de las reservas. Un Estado que ha utilizado el método de formulación conjunta de su declaración unilateral podría retirar dicha declaración ya sea separada o juntamente con los demás. Lamenta no haber dejado esto en claro y realizará los cambios necesarios en el proyecto de directriz 1.1.1.

21. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA sugiere que la respuesta que acaba de dar el Relator Especial a la observación del Sr. Goco se incluya en el comentario, si es que el Relator Especial tiene la intención de redactar uno.

22. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que tiene ciertamente la intención de redactar un comentario a la Guía de la práctica, pero no está seguro de que sea suficiente en este caso. Piensa que el Comité de Redacción debe volver a redactar adecuadamente el proyecto de directriz.

23. El Sr. HE agradece al Relator Especial su excelente tercer informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/491 y Add.1 a 6). Si bien no considera que ya pueda decirse que la formulación conjunta de una reserva represente la práctica del Estado, no se opone a que se incluya una referencia en la propuesta Guía de la práctica. Al igual que el Sr. Goco, piensa que la situación con respecto al retiro de las reservas debería quedar bien en claro.

24. El Sr. PELLET (Relator Especial) confirma que la formulación conjunta de una reserva por varios Estados u organizaciones internacionales es un arreglo puramente formal del cual se puede retirar individualmente cada Estado u organización internacional. Como ya se dijo, el texto de la directriz se ampliará adecuadamente. Con respecto al hecho de que la formulación conjunta no sea parte de la práctica de los Estados, no está totalmente de acuerdo. La práctica podrá ser nueva en el caso de las reservas a los tratados, pero ya existe con respecto a las declaraciones interpretativas.

25. El Sr. YAMADA no se opone a que el proyecto de directriz 1.1.1 se remita al Comité de Redacción, pero se pregunta si el proyecto de directriz 1.1 (Definición de reservas) no se volverá a examinar con mayor detalle. En especial desearía señalar que las palabras «por un Estado», que aparecen en el texto compuesto propuesto en el párrafo 81 del tercer informe, ya no aparecen entre corchetes en el texto del proyecto de directriz 1.1 que la Comisión tiene ante sí. ¿Significa esto que el Relator Especial tiene la intención de que el texto abarque no sólo la sucesión de Estados sino también la sucesión de organizaciones internacionales, como, por ejemplo, cuando la Sociedad de las Naciones se transformó en las Naciones Unidas o cuando la CPJI pasó a ser la CIJ?

26. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que después de su detallada presentación del texto integral que propuso (2541.ª sesión) no imaginó que hubiese necesidad de seguir el debate, ya que todos los elementos componentes se encuentran en las Convenciones de Viena pertinentes. Las palabras mencionadas por el Sr. Yamada son nuevas y por tal razón se ubicaron entre corchetes. La explicación que ya dio —es decir que estas palabras eran necesarias por motivos de estilo— lo animó a suprimir los corchetes sin consultar primero a la Comisión. Con respecto a la otra pregunta del Sr. Yamada, relativa a la sucesión entre organizaciones internacionales, el orador coincide en que el problema existe, pero no piensa que deba tratarse en el presente contexto. Quizá más adelante se podría pedir al Sr. Mikulka, el principal experto de la Comisión en cuestiones de sucesión, que estudie este asunto.

27. El Sr. ECONOMIDES dice que habrá que agradecer al Sr. Yamada por reabrir el debate de la directriz 1.1, sobre la cual se presentaron algunas sugerencias en la sesión anterior. El orador tiene dudas con respecto a la

[3] Véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E/F.98.V.2, doc. ST/LEG/SER.E/16), págs. 932 a 936.

sugerencia de una posible aceptación de reservas orales, y piensa que sería mejor tratar esta cuestión en el contexto de la forma más que en la definición de la reserva. Por otra parte, piensa que es necesario agregar la palabra «limitar» entre las palabras «excluir» y «modificar» en la directriz 1.1. El orador también está de acuerdo con las observaciones hechas por el Sr. Galicki en la sesión anterior con respecto a la directriz 1.1.2 en el sentido de que la referencia al artículo 11 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 podría pasarse a una nota a pie de página explicatoria. El párrafo entonces diría lo siguiente: «Una reserva puede formularse por un Estado o una organización internacional cuando ese Estado o esa organización expresa su consentimiento en quedar obligado por el tratado». Este texto sería mucho más claro para el lector.

28. El Sr. BROWNLIE, después de felicitar al Relator Especial por su excelente labor, dice que si la Comisión acepta la premisa de que su labor consiste en aclarar y no en revisar las Convenciones de Viena, no ve motivos para no remitir al Comité de Redacción las primeras dos directrices propuestas, sin más debate. Indudablemente el Relator Especial incluirá en el comentario algunos de los puntos planteados en el debate ya realizado.

29. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que desea dejar bien claro una vez más que no es cuestión de modificar el texto de las Convenciones de Viena, salvo que sea absolutamente necesario. Está dispuesto a modificar el texto integrado que ha propuesto, pero no a poner en tela de juicio las palabras empleadas en las Convenciones de Viena. A diferencia del Sr. Economides, piensa que la modificación propuesta por el Sr. Galicki sería desastrosa, y que se volvería a los años sesenta. Es verdad que las Convenciones de Viena no son un texto litúrgico, pero la Comisión tiene el deber moral de no cambiarlas. Es libre de interpretarlas pero no de sustituirlas.

30. El Sr. MIKULKA está de acuerdo con el Sr. Brownlie en que sería mejor dejar las cuestiones relativas al texto en manos del Comité de Redacción. El punto planteado por el Sr. Yamada es importante, pero quizás sea demasiado técnico para debatirlo en este momento. El orador está totalmente de acuerdo con el Relator Especial en que la Comisión tiene el mandato de aclarar los puntos que no han quedado suficientemente claros en las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986, y que no hay razón de debatir las definiciones o las fórmulas que ya están en esas Convenciones.

31. El Sr. GALICKI lamenta profundamente que el Relator Especial considere que su propuesta, presentada en un espíritu constructivo, es una monstruosidad, una especie de Frankenstein. Es su humilde opinión que la idea de combinar todas las definiciones contenidas en las Convenciones de Viena ha conducido a incongruencias y contradicciones lógicas.

32. El Sr. AL-BAHARNA sugiere que, en pro de la claridad, la frase «o al hacer una notificación de sucesión en un tratado» se incluya en una oración o cláusula separadas.

33. El Sr. PELLET (Relator Especial) remite al Sr. Al-Baharna a la definición contenida en la Convención de Viena de 1978, que tiene exactamente la misma frase. Si a la Comisión no le gusta la definición compuesta puede rechazar su propuesta, pero se niega rotundamente a alterar la labor de sus antecesores.

34. El Sr. LUKASHUK dice que el Sr. Al-Baharna no está sugiriendo una enmienda de las Convenciones de Viena sino señalando, correctamente en su opinión, la necesidad de simplificar la redacción sin cambiar el fondo. Si la idea es dar una guía práctica, una definición innecesariamente amplia es inadecuada. El orador propone comenzar con una breve definición de la reserva como una declaración unilateral, seguida de una cláusula que contenga los demás elementos.

35. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que no está de acuerdo con ninguna propuesta que signifique volver a redactar una definición que está en vigencia y que ha sido aceptada por gran cantidad de Estados. Si se intentara hacer eso la Comisión estaría rebasando su mandato.

36. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea tomar nota del proyecto de directriz 1.1 y del proyecto de directriz 1.1.1 y remitirlos al Comité de Redacción en el entendimiento de que se tomarán en consideración todas las observaciones realizadas por los miembros.

Así queda acordado.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 1.1.2

37. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar el proyecto de directriz 1.1.2, que dice lo siguiente:

«1.1.2 *Momento de formulación de una reserva*

»Una reserva puede formularse por un Estado o una organización internacional cuando ese Estado o esa organización expresa su consentimiento en quedar obligado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y 1986.»

38. El Sr. PELLET (Relator Especial) se complace en observar que el Sr. Galicki, que lo acusó de adoptar un enfoque casuístico y contrario al progreso (2541.ª sesión), ha llegado precisamente a la misma conclusión enfocando el asunto desde lo que habrá considerado un punto de vista opuesto, vale decir que el elemento *ratione temporis* contenido en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no debía interpretarse en un sentido estricto y formalista y que una reserva podía, en general, ser formulada por un Estado u organización internacional cuando expresara su consentimiento definitivo a obligarse.

39. Si bien, en su opinión, las reservas orales a un tratado multilateral son inconcebibles, está de acuerdo fundamentalmente con el Sr. Galicki en que la reserva siempre debe formularse por escrito, algo que ya había señalado en la sesión anterior. Pero no comparte la opinión de que en la definición de un tratado deba incluirse una mención específica sobre la forma escrita, como se hizo en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, ya que se reconoce la posible existencia de tratados orales.

40. El proyecto no descarta la posibilidad de formular una reserva formal al tratado en el momento de firmarlo. Pero, según lo estipulado en el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena de 1969, debe ser confirmada formalmente en el momento de la ratificación. No es necesario incluir en la directriz 1.1.2 una referencia a tal posibilidad, y podría ponerse en el comentario. La directriz complementa e interpreta constructivamente las Convenciones de Viena, no las sintetiza. A este respecto el orador señala a la atención del Comité de Redacción los párrafos 14 a 23 del documento ILC(L)/INFORMAL/11.

41. El Sr. GALICKI, apoyado por el Sr. MIKULKA, propone que a la mención del artículo 11 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se agregue la de los párrafos 1 y 2 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978, a fin de contemplar el caso de una notificación de sucesión respecto de un tratado.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación*)* (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1[4], A/CN.4/L.556 y A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

PROPUESTA DEL RELATOR ESPECIAL

42. El Sr. YAMADA (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) dice que el Grupo de Trabajo, integrado por el Sr. Sreenivasa Rao (Relator Especial), el Sr. Candioti, el Sr. Dugard, el Sr. Economides, el Sr. Hafner, el Sr. Rosenstock y el Sr. Simma se reunió cuatro veces entre el 15 y el 28 de mayo de 1998 para ayudar al Relator Especial a preparar el proyecto de artículos sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. Examinó los proyectos de artículo 3 a 22 adoptados por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión[5]. Basándose en las reformas propuestas y en nuevos elementos el Relator Especial preparó el proyecto de artículos contenido en el documento A/CN.4/L.556. No se tomó ninguna decisión a este respecto, pero el orador puede decir con fundamento que fueron favorablemente recibidos por el Grupo de Trabajo. Confía en que la Comisión tome nota de los artículos y los remita al Comité de Redacción junto con cualquier observación que los miembros deseen efectuar.

43. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que se ha examinado el proyecto de artículos para evaluar si, dadas la presente amplitud del tema y las importantes novedades recientemente registradas, como la aprobación de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, los artículos requerían alguna modificación o adición para que su presentación fuese más sistemática, para evitar duplicaciones y para agruparlos en títulos más adecuados.

44. Los proyectos de artículo 1 y 2 ya fueron remitidos al Comité de Redacción. Los nuevos proyectos de artículo 3 a 16 comprenden los anteriores proyectos de artículo 3 a 22.

45. El artículo 3 del proyecto de artículos en el 48.º período de sesiones se ha suprimido. Una de sus ideas básicas quedó reflejada en el nuevo artículo 4 (Cooperación) y otra era simplemente una afirmación de lo que resultaba patente.

46. El antiguo artículo 4 (Prevención) se convirtió en el nuevo artículo 3 y se volvió a redactar para que se refiriera a la cuestión de la prevención más que a una situación en donde el daño ya había ocurrido. Otra importante modificación fue cambiar las palabras «prevenir o minimizar» por «prevenir y minimizar» en el nuevo artículo 3 y en todo el proyecto a fin de reforzar las obligaciones subyacentes.

47. El antiguo artículo 5 relativo a la responsabilidad fue suprimido por no considerarlo pertinente para el tema, y los nuevos artículos 4 y 5 (Aplicación) son bastante similares a los antiguos artículos 6 y 7, respectivamente.

48. Se consideró que el antiguo artículo 8 (Relación con otras normas de derecho internacional), que se redactó otra vez y se convirtió en el nuevo artículo 6, era más bien inadecuado como cláusula de salvaguardia, y que la Comisión debería volver a examinar la nueva versión después de haber tomado una decisión sobre la forma del proyecto de artículo.

49. Existe amplio consenso en la Comisión y fuera de ella de que no habría que iniciar ninguna actividad peligrosa sin una autorización previa. El antiguo artículo 9 (Autorización previa) se volvió a redactar como nuevo artículo 7 en forma tal que expresara esta idea más claramente. La idea del párrafo 2 fue tomada del antiguo artículo 11, que fue suprimido.

50. El título del artículo 8, anteriormente artículo 10, se cambió de «Determinación del riesgo» a «Evaluación de los efectos» porque se refiere esencialmente a la evaluación de los efectos en el medio ambiente. El orador considera que con esta redacción más concisa se conseguirá lograr que toda decisión sobre la autorización previa se relacione con una cuidadosa evaluación de sus posibles efectos perjudiciales en las personas o los bienes, así como en el medio ambiente de otros Estados. El párrafo 2, basado en el antiguo artículo 15, tiene por objeto lograr que el público esté adecuadamente informado sobre las cuestiones consideradas. La frase «que pueda resultar afectado por una actividad» extiende esta obligación, cuando corresponda, al público de otros Estados, una disposición firmemente apoyada por la doctrina pertinente.

51. El antiguo artículo 12, relativo a la no transferencia del riesgo, tenía algunas consecuencias para la responsabilidad y ha sido suprimido.

52. Con respecto a los otros aspectos importantes de la obligación de prevención, es decir la notificación y la información, el nuevo artículo 9 (Notificación e informa-

* Reanudación de los trabajos de la 2531.ª sesión.

[4] Véase nota 1 *supra*.

[5] Véase 2527.ª sesión, nota 16.

ción) se basa en el antiguo artículo 13, con algunas modificaciones menores. Se ha agregado la frase «antes de que se tome una decisión sobre la autorización de la actividad» a fin de que quedara perfectamente en claro que si la evaluación mencionada en el nuevo artículo 8 indica que existe un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible el Estado de origen deberá aplazar la autorización. El párrafo 2 destaca que los Estados que puedan resultar afectados deberán presentar su respuesta dentro de un plazo razonable: en la versión anterior era el Estado de origen quien debía indicar el plazo dentro del cual esperaba una respuesta. La nueva formulación tiene por objeto conciliar los intereses de los dos Estados permitiendo que el Estado afectado indique, según sus circunstancias particulares, el plazo que considera razonable.

53. El nuevo artículo 10 (Consultas sobre las medidas preventivas) proviene del antiguo artículo 17 y se basa en la idea de las consultas como un requisito básico y como algo que todo Estado puede pedir a fin de lograr un equilibrio de intereses. El cambio más importante está en el párrafo 3, donde la frase «podrá proseguir» la actividad ha sido cambiada por «si decide autorizar» la actividad. Así queda en claro que no es el Estado sino un operador individual quien realiza la actividad, algo que ocurre en la mayoría de los casos.

54. El nuevo artículo 11 (Factores de un equilibrio equitativo de intereses) era antes el artículo 19. Los factores son los mismos en la nueva versión. El orador ha recibido varias sugerencias sobre la forma en que se puede reorganizar la enumeración de estos factores, pero piensa que sería mejor tratar esta cuestión en el Comité de Redacción.

55. El antiguo artículo 18 fue muy modificado al redactarse el nuevo artículo 12 (Procedimientos aplicables a falta de notificación). Este artículo describe las etapas que han de seguirse cuando falta la notificación y cuando se ha solicitado la autorización de una actividad o ya ha sido concedida, pero el Estado que podría resultar afectado considera necesario contar con más información o realizar consultas adicionales, o no está de acuerdo con la conclusión alcanzada por el Estado de origen sobre la cuantía del riesgo sensible considerado. Al volver a redactar el antiguo artículo 18 el orador tuvo en cuenta el texto de un artículo similar contenido en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

56. El nuevo artículo 13 (Intercambio de información) tiene muy pocos cambios con respecto al anterior artículo 14. El antiguo artículo 15 fue suprimido y su texto se trasladó al párrafo 2 del nuevo artículo 8. En el nuevo artículo 14 (Seguridad nacional y secretos industriales) se aborda una cuestión que en la versión de 1996 se trataba en el antiguo artículo 16, a cuyo respecto se puede hacer una excepción al responder a una solicitud de información. Casi no tiene cambios en comparación con la versión anterior.

57. El nuevo artículo 15 (No discriminación) se ocupa del principio de la no discriminación en el contexto de la prevención y proviene del antiguo artículo 20, que se había centrado en la indemnización u otra forma de reparación después de ocurrido el daño. Fue suprimido el artículo 21 del proyecto presentado en el 48.º período de sesiones, sobre la naturaleza y cuantía de la indemnización u otra forma de reparación. El antiguo artículo 22, sobre los factores para las negociaciones, también fue suprimido porque estas cuestiones se han de considerar en el contexto de la responsabilidad.

58. El orador, respondiendo a sugerencias recibidas, agregó un artículo, el nuevo artículo 16 (Solución de controversias), aprovechando nuevamente la experiencia adquirida en la redacción y adopción de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Pero ha utilizado una redacción mucho más sencilla y concisa para expresar la idea de que si, en relación con un problema sobre la interpretación o aplicación de los artículos, los Estados no pueden llegar a un acuerdo utilizando el mecanismo de solución de controversias que han elegido por sí mismos, podrán pedir que se nombre una comisión independiente e imparcial de determinación de los hechos. Esta idea forma parte del desarrollo progresivo del derecho internacional, al igual que gran parte de los elementos contenidos en el proyecto de artículos que se ha presentado.

59. El orador considera que este desarrollo es esencial y beneficiará a todos los Estados. El proyecto de artículos es progresivo, aunque contiene elementos importantes de obligaciones vigentes en la ley y la práctica, tales como la notificación y la obligación de consultar y de permitir el funcionamiento de los mecanismos de solución de controversias. Con este espíritu el orador presenta el proyecto de artículos a la Comisión y le pide lo remita al Comité de Redacción para su revisión.

60. El Sr. HAFNER dice que es inevitable la incertidumbre cuando se aborda el derecho internacional consuetudinario, como lo está haciendo la Comisión. De todas formas es lamentable que exista tanta incertidumbre con respecto a un programa de trabajo, especialmente ahora que está llegando a su fin la primera parte del período de sesiones. Incluso con la mejor buena voluntad que han demostrado la mayoría de los miembros de la Comisión, es difícil adecuarse a las contradicciones y cambios del calendario de trabajo. El orador no quiere decir que el Presidente sea responsable de los cambios. Simplemente está expresando su deseo de que haya una mayor seguridad en la aplicación del programa de trabajo.

61. El orador felicita al Presidente del Grupo de Trabajo sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas por el resultado de las deliberaciones del Grupo de Trabajo y elogia al Relator Especial haber redactado el proyecto de artículos, que es un gran paso adelante en la dirección correcta. Constituye ciertamente un desarrollo progresivo del derecho internacional.

62. Habitualmente los miembros de los grupos de trabajo no hacen observaciones sobre la labor realizada, pero en este caso el orador se siente obligado a hacerlo para dejar constancia de su visión del proyecto de artículos y del informe del Grupo de Trabajo. Piensa que los artículos no se aplican a aquellas actividades que no representan ningún riesgo de daño sensible y cuya existencia debe, por lo tanto, ser tolerada por los Estados que pueden resultar afectados, ni a aquellas actividades, en el otro extremo

del espectro, que implican un alto riesgo de un gran daño y que ya están prohibidas por el derecho internacional vigente. Los artículos tratan exclusivamente de actividades comprendidas entre estas dos categorías, es decir aquellas actividades que, o bien entrañan poco riesgo de un gran daño o un gran riesgo de un daño leve pero sensible. Con estos artículos se trata de aplicar a esas actividades un régimen derivado del régimen de recursos compartidos, como resulta evidente de la obligación de lograr un equilibrio equitativo de intereses, por ejemplo, que figura en el párrafo 2 del nuevo artículo 10. Los relatores especiales anteriores citaron a este respecto casos que se referían al problema especial de los recursos compartidos. Se podría decir que el concepto se aplica especialmente a la zona gris de actividades cuya prohibición por el derecho internacional está en duda. Evidentemente se transforman en actividades prohibidas cuando el Estado de origen no cumple con los deberes que le impone el régimen establecido en el proyecto.

63. El orador interpreta que el nuevo artículo 5 podría dar origen a la obligación de establecer un sistema de control y, especialmente, de establecer procedimientos adecuados que garanticen a las personas su participación en la toma de decisiones pertinentes. La necesidad de permitir el acceso de las personas ya fue confirmada en varios instrumentos internacionales, por ejemplo en el principio 10 de la Declaración de Río[6]. Citar esa Declaración no quiere decir que el orador la considere vinculante o un reflejo de la *opinio juris*. Pero sí encuentra que es la demostración de una cierta tendencia que ha sido aceptada por la comunidad mundial y que convendría tener en cuenta al tratar del desarrollo progresivo del derecho internacional.

64. El principio de precaución también debe reflejarse en el proyecto, y el lugar más apropiado para hacerlo sería el nuevo artículo 11, relativo a los factores de un equilibrio equitativo de intereses. El orador está dispuesto a presentar un texto adecuado al Comité de Redacción. El principio ha sido confirmado en numerosos instrumentos de carácter no vinculante, incluido el Protocolo de 1996 del Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, de 1972, y el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias y el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El principio también fue mencionado en varios asuntos presentados a los tribunales internacionales, incluidos los alegatos en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

65. El orador lamenta profundamente que no haya sido posible incluir una referencia al principio de «quien contamina paga», que figura en el principio 16 de la Declaración de Río. El Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de 1997, que tuvo lugar en Estrasburgo, también se refirió explícitamente a este principio en su resolución sobre la responsabilidad de derecho internacional por los daños causados al medio ambiente. Para demostrar la necesidad de tal principio se podría tomar el caso de un Estado que instala una central nuclear en su propia frontera, lo que le permitiría trasladar al otro Estado la mitad del costo de las medidas preventivas, que ciertamente no es la intención que ha tenido la Comisión en su proyecto.

66. Se ha alegado que éste es un principio económico y no jurídico. El orador no comparte esta opinión, ya que afecta a la soberanía: específicamente se trata de cómo lograr la coexistencia de la soberanía de dos Estados y distribuir en forma adecuada las cargas y los beneficios de las actividades. Esta cuestión debe figurar en el proyecto y el mejor lugar para ello sería el nuevo artículo 11.

67. Ha hecho estas observaciones exclusivamente con el fin de dejar sentadas sus opiniones; de ninguna forma debe entenderse que son una crítica del proyecto de artículos, sino todo lo contrario. El orador aprecia enormemente la labor realizada por el Grupo de Trabajo y por el Relator Especial, pero piensa que deben tenerse en cuenta las adiciones que ha propuesto.

68. El PRESIDENTE dice que está totalmente de acuerdo con las observaciones iniciales del Sr. Hafner sobre la organización de la labor de la Comisión, una tarea que está resultando muy difícil. Está seguro de que todos los miembros, especialmente los relatores especiales, colaborarán con él para establecer un programa de trabajo que pueda cumplirse.

69. El Sr. ROSENSTOCK dice que, al igual que el Presidente, coincide totalmente con las observaciones iniciales del Sr. Hafner, incluso con su afirmación de que el origen del problema no está en la Presidencia sino en otro lugar. Sería útil tener presente el caso de la persona que interviene oficiosamente contemplado en la regulación de la responsabilidad civil en los países de derecho consuetudinario *(common law)*. Si una persona pasa por un estanque donde alguien se está ahogando, no tiene la obligación de intervenir. Pero si interviene, la acción debe ser eficaz; de otra forma podría considerársele responsable. Algunas alusiones a este problema parecen traslucirse a ciertos niveles de la labor de la Comisión.

70. El orador está algo preocupado con las acertadas conclusiones del Sr. Hafner, pues al existir tres categorías de actividades peligrosas, sólo una de ellas queda comprendida en el proyecto, con lo que la Comisión está manifestándose en cierto sentido sobre la permisibilidad o no permisibilidad de las otras categorías. Esta conclusión no es necesariamente errónea, pero es apresurada, y no tiene fundamento en los antecedentes de la Comisión.

71. El Sr. ECONOMIDES dice que él también desea agradecer al Presidente del Grupo de Trabajo, del que ha formado parte, y al Relator Especial la labor que han realizado y la presentación del proyecto de artículos. El trabajo llevado a cabo ha mejorado enormemente los artículos anteriores y el resultado es un proyecto excelente que se puede remitir al Comité de Redacción.

72. Con respecto al fondo, cuando las consultas sobre medidas preventivas de conformidad con el nuevo artículo 10 no dan resultado y cuando el Estado de origen decide autorizar la continuación de la actividad y el otro Estado solicita una investigación independiente e imparcial, debe suspenderse la actividad hasta tanto no se haya

[6] Ibíd., nota 8.

concluido la investigación. Esta es la consecuencia lógica que se puede sacar del presente proyecto de artículos, pero quizá el Comité de Redacción pueda acentuar esa evidencia.

73. El Sr. LUKASHUK dice que el Sr. Hafner ha utilizado la expresión documentos «no vinculantes», pero sería más exacto hablar de documentos «jurídicamente no vinculantes». El proyecto propuesto por el Grupo de Trabajo y el Relator Especial es, en general, satisfactorio. En el párrafo 3 del nuevo artículo 12 la frase «el Estado de origen deberá, a petición del otro Estado, disponer la suspensión de la actividad de que se trate por un período de seis meses» es motivo de cierta preocupación, porque la actividad considerada podría estar relacionada con considerables inversiones económicas, por ejemplo, una obra de construcción. El orador insta al Relator Especial a que tenga en cuenta este problema y procure solucionarlo, quizás en los comentarios.

74. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que agradece profundamente la aceptación inicial que han encontrado sus esfuerzos encaminados a preparar los artículos destinados al Comité de Redacción. Se han hecho valiosas observaciones que se seguirán estudiando. Está de acuerdo con el Sr. Rosenstock en que el mero hecho de estar incluidas en el proyecto no hace que se acepten o rechacen las distintas facetas del tema y que las cuestiones no abarcadas se rigen normalmente por el derecho internacional. Frecuentemente se ha expresado la opinión de que muchas otras cuestiones influyen en el examen del tema y sobre ellas no deben tener un efecto negativo las formulaciones excesivamente específicas del proyecto: una ambigüedad constructiva podría ser útil. Los comentarios al proyecto de artículos fueron aprobados por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones, no por la Comisión, y significaron una gran ayuda, especialmente en relación con el artículo 2 (Términos empleados). Se les dedicará una atención cuidadosa en el futuro desarrollo del proyecto.

75. Si los artículos, que parecen ser generalmente aceptables, se remitieran al Comité de Redacción, hay muchas posibilidades de que la Comisión los apruebe en el presente período de sesiones.

76. El Sr. GOCO dice que se une al coro de felicitaciones al Presidente del Grupo de Trabajo y al Relator Especial. Su única observación se refiere a la solución de controversias. Por la segunda frase del nuevo artículo 16 se ve que se llegaría a un punto muerto si una de las partes no aceptara la intervención de una comisión independiente e imparcial de determinación de los hechos. Esto es así aunque se señale un plazo de seis meses, pasado el cual la parte está obligada a aceptar dicha intervención.

77. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el problema no ha pasado desapercibido, pero se considera que al darse forma definitiva al proyecto se determinará la manera de resolver este problema. Si es una convención, entonces existen ciertas obligaciones, incluido el cumplimiento de las disposiciones de un artículo relativo a la solución de controversias, que recaen inmediatamente sobre cualquier Estado parte en la convención. Si resulta ser una recomendación, adoptada primero por pocos y luego por un número más o menos considerable de Estados, partiendo de la base de una práctica suficientemente extendida, entonces es de esperar que la experiencia de los Estados con comisiones de determinación de los hechos sea bastante positiva para persuadir a los demás Estados a someterse a este mecanismo.

78. Respondiendo a otra pregunta del Sr. Goco, el orador dice que las comisiones de determinación de los hechos son cada vez más comunes. Generalmente las decisiones de dichas comisiones no son vinculantes, porque están destinadas a ayudar a las partes a coincidir en su apreciación de los hechos. Se considera que las controversias surgen, en la mayoría de los casos, por la imposibilidad de los Estados de ver las cosas de la misma forma, y la teoría es que una vez que un tercero establece los hechos, los Estados estarán dispuestos a llegar a un acuerdo con mucha más rapidez.

79. El Sr. ROSENSTOCK agrega que la decisión de incluir una referencia a las instituciones de determinación de los hechos en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se basó en numerosas indicaciones en el campo de la doctrina de que, en materia de medio ambiente, las comisiones de determinación de los hechos eran un mecanismo particularmente eficaz de solución de controversias. Se pueden citar numerosos casos, incluso los asuntos entre los Estados Unidos y México y entre los Estados Unidos y el Canadá.

80. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entiende que la Comisión desea remitir el proyecto de artículos al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2543.ª SESIÓN

Lunes 8 de junio de 1998, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock.

Actos unilaterales de los Estados *(conclusión*)* (A/CN.4/483, secc. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558)

[Tema 7 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

1. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados), presentando el informe del Grupo de Trabajo (A/CN.4/L.558), precisa que éste ha celebrado dos sesiones y en sus trabajos se ha apoyado en el primer informe del Relator Especial sobre los actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/486) así como en el debate del Pleno.

2. Como se indica en el párrafo 7 de su informe, el Grupo de Trabajo acordó considerar que el Relator Especial y la Comisión deberían orientarse a la elaboración de proyectos de artículos acompañados de comentarios, según las modalidades vigentes en la Comisión, sin perjuicio de la forma definitiva que ésta decida dar a los resultados de los trabajos de codificación y desarrollo progresivo de la materia en estudio. Desde esta perspectiva, el Grupo de Trabajo se interesó en el tenor de los eventuales proyectos de artículos iniciales que tendrían por objeto en primer lugar delimitar el ámbito de aplicación del proyecto, de conformidad con la orientación general esbozada en el primer informe del Relator Especial sobre los actos unilaterales de los Estados y en los debates de la Comisión, es decir, precisar cuáles serían los actos unilaterales incluidos y cuáles serían los actos unilaterales excluidos y en qué medida lo serían, y, en segundo lugar, dar una definición de los actos unilaterales a los efectos del proyecto de artículos (párr. 8).

3. En lo que respecta a la delimitación del ámbito de aplicación del proyecto, el Grupo de Trabajo consideró que un primer artículo podría tomar, parafraseándolo, el artículo 1 de la Convención de Viena de 1969 y disponer que el proyecto se aplique a los actos unilaterales de los Estados. Otro artículo podría inspirarse, *mutatis mutandis*, en el artículo 3 de dicha Convención y referirse a los actos unilaterales no comprendidos en el proyecto; en él se precisaría, por ejemplo, que el proyecto no se aplica a los actos unilaterales regidos por otros regímenes jurídicos específicos, como el derecho de los tratados, el derecho del mar, el derecho relativo a los procedimientos arbitrales o judiciales internacionales, las normas relativas a la neutralidad y a la beligerancia, sin que ello atente contra el valor jurídico de esos actos unilaterales ni a la aplicación a éstos de las reglas enunciadas en el proyecto a que estarían sujetos en virtud del derecho internacional, independientemente del proyecto y en la medida en que los regímenes específicos de que se trate no comporten ninguna regla especial sobre aspectos determinados.

4. En el marco del examen del ámbito de aplicación del proyecto, el Grupo de Trabajo abordó una nueva cuestión: la de saber si el proyecto debe referirse únicamente a los actos unilaterales de los Estados dirigidos a otros Estados, o a los actos de los Estados destinados indistintamente a producir efectos jurídicos respecto de otros Estados o de otros sujetos del derecho internacional, o, en general, a los actos que tienen carácter *erga omnes*. Las opiniones sobre este punto estuvieron divididas y el Grupo de Trabajo consideró que esta cuestión debe ser analizada a fondo por el Relator Especial y por la Comisión y aclararse en su momento (párr. 6).

5. El Grupo de Trabajo se detuvo sobre la cuestión de la definición del acto unilateral a los efectos del proyecto de artículos, apoyándose en la fórmula enunciada en el párrafo 170 del primer informe del Relator Especial. El Grupo de Trabajo examinó varias propuestas de enmienda presentadas por sus miembros y a partir de las cuales el Relator Especial le ha presentado sucesivamente proyectos de definición. El debate permitió aclarar diversos aspectos teóricos del problema, pero de él se desprende también que es difícil en esta fase dar una definición suficientemente exhaustiva y totalmente satisfactoria, aun admitiendo que en esta fase inicial de los trabajos convendría disponer de un proyecto de definición provisional que sirva de hipótesis de trabajo, y que la definición se iría precisando a medida que progresaran los trabajos de fondo sobre las reglas aplicables a los actos unilaterales.

6. El Grupo de Trabajo examinó, después de la Comisión, la cuestión de saber si, conforme al mandato confiado por la Comisión, habría que incorporar en el proyecto de artículos una definición de la declaración unilateral exclusivamente, como propone el Relator Especial, o una definición más general del acto unilateral. Las preferencias que se expresaron en la Comisión se repitieron en la nota 2 del informe del Grupo de Trabajo. En cualquier caso, el Grupo de Trabajo se puso de acuerdo sobre los elementos constitutivos esenciales de una definición, que son los siguientes: una manifestación de la voluntad autónoma del Estado, es decir una manifestación de la voluntad que baste por sí misma, la cual, para consagrar el acto jurídico unilateral, no tiene que ir acompañada de otra manifestación distinta de la voluntad en el mismo sentido, es decir del consentimiento o de la aceptación de otro sujeto de derecho internacional; y la creación, por esa manifestación de voluntad, de efectos jurídicos en el plano internacional. El Grupo de Trabajo consideró que el carácter manifiesto y claro de esa declaración de voluntad es una condición necesaria del acto unilateral.

7. El párrafo 9 del informe menciona otra cuestión que ha merecido la atención del Grupo de Trabajo: la de saber si los efectos posibles del acto unilateral deben enunciarse de forma detallada en el cuerpo mismo de la definición o si deben ser objeto de artículos distintos. La idea que prevaleció es que la definición debe ser corta y no contener más que una referencia general a la creación de efectos jurídicos en el plano internacional o al propósito de producir efectos jurídicos en el plano internacional, y que estos efectos deben definirse ulteriormente en el interior del proyecto de artículos.

8. Como se indica en el párrafo 10 de su informe, el Grupo de Trabajo, habida cuenta del interés suscitado en el curso del debate en la Comisión, sugirió que el Relator Especial analizara, en su momento, la manera en que se podrían enunciar reglas sobre el funcionamiento de la pre-

* Reanudación de los trabajos de la 2527.ª sesión.

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

clusión *(estoppel)* y quizá también sobre los efectos del silencio, en el contexto de los actos jurídicos unilaterales de los Estados, e hiciera proposiciones al respecto.

9. Por otra parte, el Grupo de Trabajo estimó que el Relator Especial debería indicar detalladamente cómo se propone ordenar su segundo informe. A este respecto, el Relator Especial precisó que se propone abordar inmediatamente la cuestión de la elaboración de los actos unilaterales y de las condiciones de su validez, y que podría someter el plan correspondiente a la Comisión en la segunda parte de su 50.º período de sesiones en Nueva York, y que, en el intervalo, acogería con satisfacción todas las observaciones y sugerencias que los miembros del Grupo de Trabajo formularan al respecto.

10. En conclusión, el Grupo de Trabajo recomienda a la Comisión que invite al Relator Especial a presentar en su segundo informe proyectos de artículos sobre el ámbito de aplicación del proyecto y la definición de la declaración o del acto unilateral, a partir de las observaciones formuladas en el período de sesiones en curso tanto en la Comisión como en el seno del Grupo de Trabajo; a explorar además los diversos aspectos del tema relativos a la elaboración de los actos unilaterales de los Estados y las condiciones de su validez; y a presentar proyectos de artículos que, a su juicio, reflejen el derecho internacional en la materia (párr. 11).

11. El Presidente del Grupo de Trabajo da las gracias al Relator Especial y a los miembros de la Comisión que han participado en los trabajos del Grupo de Trabajo por su interés y sus contribuciones, así como a la secretaría por su colaboración.

12. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que, a juzgar por el informe del Grupo de Trabajo, los trabajos sobre el tema de los actos unilaterales de los Estados han avanzado bastante, tanto en la delimitación como la elaboración de una definición del acto jurídico unilateral del Estado. Evidentemente, hay preferencia por la elaboración de artículos acompañados de comentarios, sin perjuicio de la forma definitiva que revistan los resultados de los trabajos de la Comisión. El Relator Especial piensa, no obstante, que la labor de codificación y desarrollo progresivo de las reglas aplicables a esta categoría de actos podría conducir a la elaboración de un proyecto de convención, cuestión que por lo demás la Comisión tendrá que resolver en el momento oportuno.

13. El Relator Especial observa que el Grupo de Trabajo ha llegado a la conclusión, que comparte totalmente, de que el acto unilateral a que se refiere es una manifestación autónoma y clara de la voluntad del Estado, expresada con el propósito de producir efectos jurídicos. Se trata de actos realizados por los Estados, quedando entendido que la cuestión de su destinatario se examinará y resolverá ulteriormente.

14. En cuanto a la continuación de los trabajos, el Relator Especial tiene el propósito de presentar en su segundo informe los tres primeros artículos del proyecto, acompañados de comentarios. Uno de ellos tratará de la definición y los otros dos del ámbito de aplicación del proyecto sobre el modelo de los artículos 1 y 3 de la Convención de Viena de 1969, en la inteligencia de que se tratará, a fin de evitar toda interpretación demasiado amplia, de actos bien precisos y delimitados. El Relator Especial se propone someter a la Comisión en el siguiente período de sesiones un estudio sobre la elaboración de los actos, que se referirá a la imputabilidad del acto, a las condiciones de validez, a las formas de manifestación del consentimiento y a la delicada cuestión de las reservas, o sea, la cuestión de saber si un Estado puede o no formular reservas o someter un acto unilateral a condiciones sin entrar por ello en la esfera convencional. Abordará también las cuestiones de la revocabilidad, la duración del compromiso asumido (extinción), la modificación, la suspensión y la nulidad del acto y, por último, la cuestión aún más difícil de la entrada en vigor y la de los actos que el Estado puede realizar por medio de funcionarios facultados a comprometer la voluntad del Estado en las relaciones internacionales habida cuenta de las disposiciones del derecho interno, en particular el derecho constitucional.

15. Si es cierto que no ha habido unanimidad sobre la cuestión de saber si el acto formal es la declaración, el acto jurídico unilateral cuyo funcionamiento puede regirse por reglas, tampoco ha habido oposición sobre este punto. Por esta razón el Relator Especial persiste en considerar que la declaración en cuanto acto formal debe ser el acto jurídico unilateral. Esta posición parece estar justificada, al menos en lo que se refiere a la elaboración del acto. Es un poco más incierto, desde luego, en el caso de la elaboración de reglas sobre los efectos que deberán tomar en consideración los diferentes actos materiales que el acto unilateral puede contener y que son, por ejemplo, la promesa, la renuncia, el reconocimiento o la protesta y que, sin duda alguna, producen efectos jurídicos diferentes, como ha señalado el Grupo de Trabajo.

16. Éstas serán las grandes líneas del estudio que el Relator Especial se propone presentar en el 51.º período de sesiones de la Comisión y a cuyo respecto espera orientaciones de parte de los miembros de la Comisión.

17. El Sr. GOCO, refiriéndose al debate que tuvo lugar en la Comisión, desea que se precise claramente la diferencia entre un acto político y un acto unilateral que produce efectos jurídicos. Desea también que se examine la cuestión de saber si un Estado que haya realizado un acto unilateral puede revocar unilateralmente ese acto o renunciar a él, borrando así los efectos jurídicos producidos. Espera que el Relator Especial aclare estos dos puntos en su segundo informe.

18. El Sr. BROWNLIE, señalando que muchos actos unilaterales se realizan en la práctica entre diplomáticos y fuera de toda publicidad, considera que la expresión clara de la voluntad de un Estado es una condición suficiente pero no necesaria para la creación de efectos jurídicos.

19. Por otra parte, observando que el Relator Especial tiene el propósito de examinar la cuestión de la elaboración y de las condiciones de validez de un acto unilateral a partir de, *mutatis mutandis*, el derecho de los tratados, señala que, en este caso precisamente, los efectos de los actos realizados por una parte contratante, o una parte contratante eventual, tienen también una relación directa con la naturaleza de los actos de que se trate en el derecho constitucional interno. Por tanto, parecería oportuno determinar si un acto dado es válido a la luz del derecho constitucional interno del Estado de que se trate, pero es

muy dudoso que sus efectos jurídicos en el plano internacional puedan sujetarse a esa validez.

20. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA desea en primer lugar obtener dos aclaraciones respecto de la expresión «actos carentes de carácter jurídico alguno», en la segunda frase del párrafo 5, y de la palabra «brevedad», en el párrafo 7.

21. En cuanto al fondo, aprueba la idea enunciada en el párrafo 8 de que el Relator Especial tal vez estaba ya en situación de preparar un proyecto con varios artículos y piensa que habría que alentarle a trabajar en este sentido. A este respecto, convendrá sin duda que el Relator Especial se coloque en el punto de partida, es decir que contemple la cuestión de los diferentes órganos que están habilitados para disponer, en nombre del Estado, por vía unilateral. Esto plantea ya la cuestión de la competencia, de la capacidad para comprometer unilateralmente la voluntad del Estado en el plano internacional, que es una de las cuestiones más fundamentales que deberá abordar el Relator Especial, paralelamente al otro aspecto del tema sobre el que la Comisión espera propuestas de su parte, a saber, el alcance del acto unilateral.

22. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Trabajo) precisa que a lo que se refiere la segunda frase del párrafo 5 son los actos que no tienen efectos ni carácter jurídicos, por tanto el adjetivo «alguno» es inútil. En el párrafo 7 la palabra «brevedad», que es redundante dada la palabra «concisión» que la precede, es en efecto superflua.

23. En cuanto a las observaciones de fondo, la cuestión de saber cuáles son los órganos del Estado competentes para comprometer unilateralmente la voluntad de éste en el plano internacional es una de las más difíciles pero también una de las más importantes por resolver.

24. El Sr. CRAWFORD se inquieta por el efecto restrictivo que puede tener la expresión, que figura al final de la primera frase del párrafo 5, «realizados con la finalidad de producir efectos jurídicos internacionales». En efecto, si la Comisión limita el tema sólo a los actos que en el momento en que se realizan están destinados a producir efectos jurídicos excluirá, al hacerlo, la mayoría de las cuestiones delicadas, y sus trabajos, calcados sobre los relativos al derecho de los tratados, no tendrán más que un interés limitado. Los miembros de la Comisión que desean que el tema se extienda a los actos unilaterales generadores de efectos jurídicos internacionales, como por ejemplo la preclusión, no tienen la intención de aceptar esta interpretación estrecha. Desde luego cabe perfectamente admitir que en el momento en que realiza un acto unilateral, el Estado autor pueda indicar expresamente que ese acto constituye una declaración puramente política en la que nadie podrá apoyarse, y en ese caso está justificado decir que ese acto no producirá efectos jurídicos. En cambio, cuando un Estado realiza simplemente un acto en el curso de negociaciones, sin excluir expresamente la posibilidad de que ese acto genere efectos jurídicos, no podrá pretender ulteriormente que no tenía la intención de permitir que otros Estados se fundaran en esa declaración. Por tanto, habrá que definir de la manera más objetiva el tema de estudio ya que si, como ha dicho el Presidente del Grupo de Trabajo, está justificado excluir del ámbito del tema los actos políticos, es decir los que son objetivamente incapaces de producir efectos jurídicos, el corolario de esta decisión debe ser incluir en el tema los actos que son objetivamente capaces de producir efectos jurídicos, ya sea en razón de la intención de su autor en el momento en que se realizaron o de otras circunstancias pertinentes.

25. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) observa que los comentarios destacan la importancia de la naturaleza del acto, sobre todo inicialmente. Sin embargo, es exacto que muy a menudo el carácter jurídico o político de una declaración hecha por un Estado al principio es indeterminado y que la intención del Estado sólo puede determinarse ulteriormente, tras la interpretación de esa declaración. Es entonces cuando intervendrá el conjunto de las normas por elaborar que serían aplicables a esa declaración. Dicho esto, la limitación del tema a los actos jurídicos, es decir a los actos cuyo fin es producir efectos jurídicos internacionales, es importante, ya que de lo contrario la Comisión corre el riesgo de caer en la incertidumbre.

26. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Trabajo) expresa su acuerdo tanto con el Relator Especial como con el Sr. Crawford. En efecto, los elementos esenciales estudiados por el Grupo de Trabajo han sido por una parte la expresión de la voluntad autónoma del Estado y, por otra, la producción de efectos jurídicos. No obstante, es exacto que la intención del Estado puede aparecer no en el momento en que se produce el acto sino después, cuando sus efectos pueden analizarse objetivamente.

27. El Sr. BROWNLIE señala que tanto respecto de la cuestión planteada con razón por el Sr. Crawford como respecto de la cuestión de la pertinencia de la validez interna de un acto unilateral, el principio subyacente es que el acto de que se trate no puede ser objeto de «autocalificación» por el Estado autor. Preguntándose sobre la validez de la afirmación según la cual un acto político no puede tener efectos jurídicos, estima que, en cualquier caso, a fin de cuentas no incumbe al Estado declarante pronunciarse de manera definitiva sobre la calificación de su propio acto.

28. El Sr. GOCO considera oportuno que, en el segundo informe del Relator Especial, se presenten líneas directrices destinadas a los Estados dada la importancia que, por sus consecuencias o efectos jurídicos, los actos unilaterales de los Estados pueden tener en el corpus del derecho internacional. A este respecto la intención es un factor determinante y justifica la máxima prudencia del Estado declarante cuando elabora su declaración. Así sucede que en los asuntos *Essais nucléaires*, la CIJ imputó en definitiva a Francia una declaración pública cuya responsabilidad la obligó a asumir. Por tanto, sería muy útil que los Estados reciban orientaciones para evitar cometer un error y tener la desagradable sorpresa de tener que asumir la responsabilidad de una declaración imprudente.

29. El Sr. Sreenivasa RAO desearía en primer lugar obtener precisiones, preferentemente mediante ejemplos, sobre aquello a que se refiere el primer término de la frase del párrafo 6 hasta la expresión «*erga omnes*». En segundo lugar, remitiéndose totalmente al criterio del Rela-

tor Especial, se pregunta si, por ser un tema muy general y complejo, la elaboración de proyectos de artículos no es prematura y si no sería más productivo elaborar ciertas conclusiones susceptibles de ser traducidas ulteriormente en proyectos de artículos. En la tercera frase del párrafo 8 piensa que el adjetivo «clara» puede suscitar malentendidos y pregunta si la Comisión no podría encontrar un término más apropiado. Por último, en la segunda frase del párrafo 9, los dos términos «carácter oponible» y «no oponible» merecerían, a su juicio, ser explicados, en su caso en una nota de pie de página.

30. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Trabajo) precisa en primer lugar que en el párrafo 6 la mención de una distinción entre los destinatarios del acto unilateral se explica por el giro un tanto inesperado que tomó el debate del Grupo de Trabajo, ya que algunos miembros estimaban que había que establecer esta distinción y otros, entre ellos el propio orador, opinaban que esa distinción no era posible. Lo cierto es que se planteó la cuestión de saber si los actos unilaterales de los Estados dirigidos a sujetos de derecho internacional distintos de los Estados deben figurar o no en el estudio de la Comisión, y que esta cuestión sigue abierta. A juicio del Presidente del Grupo de Trabajo, esto tiene en cualquier caso poca importancia, ya que todo depende de las circunstancias concretas y específicas de cada acto. No obstante, puesto que se ha mencionado el problema, el orador ha considerado útil consignarlo en el informe.

31. En cuanto a saber si en la fase actual basta con sacar algunas conclusiones en el seno del Grupo de Trabajo, la opinión dominante ha sido que, pese a la dificultad de la tarea y el carácter un tanto abstracto de la noción, había que comenzar a redactar algunos proyectos de artículos, incluso a título puramente preliminar, a fin de precisar en una primera fase el alcance de la definición y luego deducir del derecho consuetudinario y de los principios generales del derecho algunas reglas aplicables a los actos unilaterales.

32. En cuanto al adjetivo «clara», si se ha mantenido es porque la validez de un acto unilateral no supone siempre que sea público: lo importante es que sea conocido por su destinatario. Dado que este término tiene ese sentido tanto en español como en inglés, según los miembros anglófonos del Grupo de Trabajo, se ha considerado apropiado incluso si, como ha indicado el Sr. Lukashuk, la palabra *notorious* debía evitarse en el texto inglés porque tiene además otro significado. Toda propuesta de formulación más adecuada es bienvenida, a condición de que exprese bien el concepto.

33. En cuanto al «carácter oponible» o «no oponible», de lo que se trata es de caracterizar el efecto particular que tienen los actos unilaterales. En algunos casos el Estado declara que ciertas situaciones jurídicas o ciertas condiciones tienen carácter «oponible», es decir que el Estado las reconoce y tienen, por tanto, un efecto jurídico para él, en tanto que en otros casos puede declarar que no tienen carácter «oponible», como sucede en particular con la protesta. Estas son las dos categorías de actos unilaterales a las que se refiere.

34. El Sr. CRAWFORD señala, con respecto a la cuestión del destinatario de los actos unilaterales, que algunos actos unilaterales tienen evidentemente destinatarios precisos e incluso pueden dirigirse a un destinatario único, en tanto que otros pueden consistir en simples declaraciones, públicas o no, que no van acompañados de una indicación según la cual no cabe prevalerse de ellos. Si se hacen en el marco de las relaciones internacionales de un Estado, estas ultimas declaraciones pueden, a su juicio, tener efectos jurídicos y, por tanto, deberían caer dentro del ámbito del tema en examen, el cual, una vez más, no puede limitarse a las declaraciones que tienen por destinatarios Estados concretos. No obstante, los efectos jurídicos de tales declaraciones no deberían contemplarse más que en la medida en que interesan a otros Estados. Como el Presidente del Grupo de Trabajo, el Sr. Crawford piensa que las dificultades no aparecerán claramente más que durante la redacción y, por tanto, alienta encarecidamente al Relator Especial a iniciar esa tarea, pese a las dificultades que pueden suscitar algunas formulaciones.

35. En cuanto al término *notorious*, es de uso frecuente en los sistemas jurídicos anglosajones y tiene el sentido a la vez de «conocido» y de «público». Por tanto, debería bastar, como ha indicado el Sr. Brownlie, ya que efectivamente determinados actos unilaterales pueden realizarse en el marco de negociaciones y, por tanto, no ser conocidos más que por su único destinatario.

36. El Sr. MIKULKA piensa que la última parte de la frase del informe del Grupo de Trabajo remite, contrariamente a lo dicho por el Sr. Brownlie, no a la validez de los actos unilaterales de los Estados en el plano de derecho constitucional sino a su validez a la luz del derecho internacional. A su juicio, se trata de cuestiones como el vicio de consentimiento, ya que cabe preguntarse si tiene consecuencias jurídicas un acto unilateral realizado por el representante de un Estado sujeto a presiones por otro Estado, como sucedió en marzo de 1939 cuando el jefe del Estado checoslovaco, bajo la amenaza de Reich alemán, tuvo que hacer una declaración de sumisión de los países checos[2]. El acto puede, por lo demás, realizarse en nombre del Estado pero por personas que no tengan ninguna autoridad para hacerlo. Ejemplo de ello es la famosa carta enviada en 1968 al representante de la ex Unión Soviética por algunos dirigentes del Partido Comunista Checoslovaco invitando a los ejércitos del Pacto de Varsovia a intervenir en Checoslovaquia[3].

37. El Sr. ECONOMIDES piensa, como el Sr. Mikulka, que por «condiciones de validez de los actos unilaterales» hay que entender «condiciones de validez a la luz del derecho internacional». No obstante, entre dichas condiciones figura la condición de la legalidad del acto según el derecho interno, también prevista en la Convención de Viena de 1969. Por tanto, esta difícil cuestión que, como ha subrayado acertadamente el Sr. Brownlie, puede no ser pertinente en todos los casos en lo que concierne a los

[2] Véase «The end of Czecho-Slovakia: A day-to-day diary», *The Bulletin of International News*, The Royal Institute of International Affairs, Londres, vol. XVI, n.º 6, 25 de marzo de 1939, págs. 255 y ss.

[3] Véase «Exchange of letters between certain Warsaw Pact countries on the situation in Czechoslovakia—Warsaw, 15th-19th July, 1968», en particular n.º 2, «Czechoslovak Communist Party to five Warsaw Pact Countries, 19th July, 1968», *British and Foreign State Papers, 1967-68*, vol. 169, Londres, H. M. Stationery Office, 1976, págs. 982 y ss.

actos unilaterales, deberá ser abordada, pero dada su extrema complejidad no cabe esperar rápidos progresos.

38. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Trabajo) dice que en los trabajos ulteriores se tendrán en cuenta las observaciones sumamente pertinentes formuladas por el Sr. Brownlie, el Sr. Mikulka y el Sr. Economides, y que el Relator Especial se esforzará por estructurar el estudio de las diferentes condiciones de validez, particularmente clasificándolas en función de su naturaleza, ya que algunas conciernen a la capacidad de los Estados para realizar actos unilaterales, otras a la eventualidad de una extralimitación de poder, otras al objeto del acto —a su legalidad— y por fin otras a los vicios de consentimiento.

39. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) se congratula de las sugerencias y orientaciones facilitadas sobre este tema complejo, que serán tenidas debidamente en cuenta. Piensa que la fórmula de proyectos de artículos acompañados de comentarios podría ser interesante para los trabajos del 51.º período de sesiones. En su segundo informe someterá propuestas de texto tanto sobre las condiciones de validez de las declaraciones unilaterales como sobre los dos o tres primeros artículos.

40. El Sr. GOCO estima que, para evitar toda ambigüedad, sería mejor sustituir el término *notorious* en el texto inglés por las palabras *open and public* inspirándose en la distinción entre la acción *in personam* y la acción *in rem*, dado que esta última categoría puede emparentarse con las declaraciones dirigidas a todo el mundo.

41. El Sr. CRAWFORD dice que se opondrá a toda limitación del tema exclusivamente a los actos *open and public*.

42. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Trabajo) recuerda que, independientemente del término adoptado, la idea que hay que expresar es que la voluntad debe manifestarse, debe ser susceptible de ser conocida por el destinatario, según las modalidades propias de las circunstancias de cada acto.

43. El Sr. ADDO opina que *notorious* es un término de un sentido jurídico muy preciso y, por tanto, debe conservarse.

44. El Sr. ECONOMIDES piensa que en lugar del adjetivo *notorious* («clara») podría utilizarse el adjetivo *public* («pública») en lo que respecta a una declaración general y la expresión «conocida por su destinatario» en lo que respecta a una declaración especial de carácter bilateral. La fórmula «pública o conocida por su destinatario» permitiría, por tanto, cubrir todas las eventualidades. No obstante la cuestión es de importancia relativa, ya que este punto debe ser objeto de un estudio más profundo.

45. El Sr. HAFNER considera inapropiada la fórmula propuesta por el Sr. Economides para sustituir el adjetivo «clara» cuyo equivalente inglés parece plantear un problema. El adjetivo «clara» se ha adoptado en aras de la concisión para expresar el hecho de que tal declaración no debe tomarse en secreto y debe ser conocida de todos, o por su destinatario si se dirige a un Estado determinado. Por tanto, sería preferible hablar de declaración que se dirige a todos *(erga omnes)* o se dirige a un Estado determinado.

46. El Sr. ROSENSTOCK dice que, dadas las dificultades mencionadas, tal vez sería mejor en el momento actual mantener el adjetivo «clara» y dejar al Relator Especial la tarea de profundizar esta cuestión cuando se llegue al examen más detallado de las condiciones.

47. Dado que, por otra parte, el Relator Especial ha expresado cierta preocupación respecto de las reservas, esta cuestión le parece suficientemente no autónoma para excluirla del ámbito del estudio. Probablemente se podría enlazar la cuestión de las reservas a los tratados con la noción de preclusión, pero ello conduciría a ensanchar demasiado el ámbito del tema.

48. El Sr. BROWNLIE señala que las explicaciones dadas por el Presidente del Grupo de Trabajo respecto de la elección del adjetivo «clara» ponen de relieve que se trata en efecto de un problema de redacción por el hecho de que el término inglés *notorious* tiene un sentido muy fuerte y no significa únicamente «público» sino «conocido por muchos». Sería de lamentar adoptar en fin de cuentas un término como «pública», como han propuesto algunos, que limitaría de manera injustificable el ámbito del estudio. El hecho de que una declaración sea pública puede ser una condición suficiente, pero en el estado actual de la práctica no es ciertamente una condición necesaria.

49. El Sr. HE estima que en la fase actual deberían suprimirse las palabras «declaración» y «declaraciones» que figuran entre corchetes en los párrafos 8 y 11.

50 El Sr. BENNOUNA observa que la gran dificultad reside en la delimitación del ámbito del acto unilateral en el sentido jurídico del término. Los párrafos 8 y 9 deberían considerarse una conclusión provisional, una primera aproximación a esta delicada cuestión de delimitación. En ellos se habla de la «expresión autónoma y clara de la voluntad de un Estado», pero esta fórmula no se refiere a cualquier expresión de la voluntad del Estado, ya que cuando participa en un tratado un Estado expresa también una voluntad autónoma. Para estar efectivamente en el ámbito del acto unilateral, habría habido que optar por la fórmula «expresión autónoma de la voluntad de un Estado destinada por sí misma a producir efectos jurídicos internacionales». Cuando hay encuentro de voluntades, se sale del ámbito del acto unilateral para entrar en el ámbito del acuerdo, aunque éste puede realizarse por el encuentro de dos actos unilaterales en la forma y, al parecer, sobre esta cuestión debería reflexionar el Relator Especial en su segundo informe.

51. Distinguir lo que pertenece al acto unilateral *stricto sensu* y lo que pertenece al ámbito del acuerdo y de la costumbre es una tarea de gran complejidad, ya que la costumbre, como lo ha mostrado la jurisprudencia, puede también ser bilateral y restringida, y además puede haber comportamientos y actos consuetudinarios que no conciernan más que a dos o tres Estados. El Sr. Bennouna piensa que en la fase actual no debería haberse mencionado la teoría de la preclusión, ya que forma parte de los principios tomados prestados de un orden jurídico determinado —en este caso el anglosajón— aunque ha sido interpretada en múltiples ocasiones por la jurisprudencia

internacional, particularmente en los asuntos *Plateau continental de la mer du Nord*[4]. Nadie sabe exactamente si se trata de una especie de adaptación de la costumbre. En cualquier caso la teoría de la preclusión debe manejarse con mucha precaución con miras a adaptarla a nivel internacional. En el párrafo 10 de su informe, el Grupo de Trabajo dice con gran prudencia que el Relator Especial debería examinar la cuestión de la preclusión y la del silencio; la formulación sigue siendo muy vaga y habría que tomarla como lo que es, es decir, que no compromete a nada, ya que, a juicio del Sr. Bennouna, el silencio no pertenece al estudio de los actos unilaterales, salvo si se trata de la conclusión de un acuerdo de manera tácita, en cuyo caso se trata de silencio caracterizado.

52. El PRESIDENTE señala que el informe del Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados parece recoger el apoyo general, pese a las observaciones y dudas formuladas respecto de ciertos puntos precisos y que, por tanto, la Comisión debería poder adoptarlo.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

[4] Véase 2524.ª sesión, nota 7.

2544.ª SESIÓN

Martes 9 de junio de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados (A/CN.4/483, secc. A, A/CN.4/489[1], A/CN.4/L.557 y Corr.1)

[Tema 5 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL E INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

1. El Sr. MIKULKA (Relator Especial) dice que desea presentar brevemente su cuarto informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados (A/CN.4/489), que sirvió de base a los debates del Grupo de Trabajo sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados. Aunque se titula «Cuarto informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados», el informe trata sólo la segunda parte del tema, a saber: la nacionalidad de las personas jurídicas. La Comisión decidió que esa parte se abordaría cuando hubiera terminado su trabajo sobre la primera parte, es decir, la nacionalidad de las personas naturales.

2. La Asamblea General en el párrafo 5 de su resolución 52/156 invitó a los gobiernos a presentar observaciones y comentarios sobre los problemas prácticos planteados por la sucesión de Estados que afectan a la nacionalidad de las personas jurídicas a fin de ayudar a la Comisión a decidir su labor futura sobre esa parte del tema. Por tanto, convendría que la Comisión hiciera un examen preliminar de la orientación de su labor futura sobre la segunda parte del tema. Ésta es la razón por la que el orador presenta su cuarto informe, que resume el debate de la segunda parte del tema en la Comisión y en la Asamblea General. El orador señala a la atención el capítulo II, que enumera varias cuestiones que la Comisión podría explorar. El párrafo 30 del informe contiene una recomendación de que la Comisión asigne al Grupo de Trabajo el examen preliminar de esas cuestiones.

3. El Sr. Mikulka, hablando como Presidente del Grupo de Trabajo sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, dice que también desea presentar el informe del Grupo de Trabajo (A/CN.4/L.557). Dice que el Grupo de Trabajo se estableció, con él como Presidente, por decisión de la Comisión de 14 de mayo de 1998[2]. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones expuestas en el capítulo II del cuarto informe en el curso de dos sesiones, celebradas los días 14 de mayo y 2 de junio de 1998, y convino en varias conclusiones preliminares. La primera conclusión es que, dada la actual definición del tema, las cuestiones contenidas en la segunda parte son demasiado específicas y la necesidad práctica de resolverlas no es evidente. Obviamente, la Comisión podría recomendar a la Asamblea General que, ahora que se han terminado los trabajos sobre la nacionalidad de las personas naturales, se concluya el examen del tema y no se aborde la nacionalidad de las personas jurídicas. No obstante, el Grupo de Trabajo deseó examinar otros planteamientos. Convino en que, en principio, había dos opciones para ampliar el ámbito del estudio de los problemas comprendidos dentro de la segunda parte del tema. Las dos opciones requerirían una nueva formulación en el mandato de la Comisión respecto de esa parte.

4. La primera opción consistiría en ampliar el estudio de la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas más allá del contexto de la sucesión de Estados, extendiéndola a la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho internacional en general. El Grupo

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] Véase 2530.ª sesión, párr. 60.

de Trabajo trató de determinar las ventajas e inconvenientes de ese planteamiento; una ventaja era que contribuiría a aclarar el concepto general de la nacionalidad de las personas jurídicas en las relaciones internacionales. Una desventaja que podría encontrarse es que, dada la amplia diversidad de las legislaciones nacionales, la Comisión encontraría problemas parecidos a los surgidos durante el examen del tema de las inmunidades jurisdiccionales. Otras posibles dificultades eran una cierta superposición del tema con el de la protección diplomática, el carácter sumamente teórico del estudio y la inmensidad de la tarea, dificultades que no debían subestimarse.

5. La segunda posibilidad consistiría en mantener el estudio dentro del ámbito de la sucesión de Estados, pero yendo más allá del problema de la nacionalidad y extendiéndolo a otras cuestiones, tales como la condición de las personas jurídicas y las condiciones de actuación de las personas jurídicas dimanantes de la sucesión de Estados. En consecuencia, el estudio podría centrarse en cómo los Estados interesados deberían tratar a las personas jurídicas que, a causa de la sucesión de Estados, cambien de nacionalidad (preservación de las condiciones del funcionamiento de las personas jurídicas durante el período transitorio antes de que puedan cumplir con los requisitos aplicables a las personas extranjeras). El estudio podría abordar la cuestión de hasta dónde puede ir la Comisión al examinar cuestiones conexas tales como los derechos de propiedad y los derechos y obligaciones contractuales de las personas jurídicas. A juicio del Grupo de Trabajo, las ventajas de este planteamiento serían que contribuiría a aclarar una amplia zona del derecho de la sucesión de Estados. Los problemas que la Comisión podría encontrar se deberían a la diversidad de las legislaciones nacionales pertinentes y a la dificultad de fijar una nueva delimitación del tema.

6. Independientemente de la opción elegida, si la Comisión decidiera continuar en absoluto el examen de la segunda parte del tema, habrían de abordarse varias cuestiones. En primer lugar, ¿debería el estudio limitarse al problema de la nacionalidad y la condición de las personas jurídicas en el derecho público internacional? La respuesta parece evidente, pero ¿es posible limitar el estudio estrictamente al derecho público internacional y evitar incluso parcialmente entrar en la esfera del derecho internacional privado? ¿Qué problemas sustantivos podrían estudiarse? En segundo lugar, ¿a qué relaciones jurídicas debería limitarse el estudio? En los debates de la Comisión se ha destacado que, a diferencia de las personas naturales, las personas jurídicas no tienen necesariamente la misma nacionalidad en todas sus relaciones jurídicas. Por tanto, la Comisión tendría que decidir a qué relaciones jurídicas debería limitarse el estudio.

7. En tercer lugar, ¿qué categoría de personas jurídicas debería estudiar la Comisión? A diferencia de las personas naturales, las personas jurídicas pueden asumir diversas formas. Pueden poseer personalidad jurídica las empresas, tanto privadas como estatales, los órganos, departamentos y otros «organismos del Estado», las empresas transnacionales y las organizaciones internacionales. No tendría sentido incluir las empresas transnacionales y las organizaciones internacionales en un estudio de los efectos de la sucesión de Estados en la nacionalidad. Ahora bien, deberían incluirse si el objeto del estudio es más amplio y se extiende a cuestiones tales como las condiciones de funcionamiento de las personas jurídicas después de la sucesión de Estados. Por último, ¿cuál podría ser el resultado de los trabajos de la Comisión sobre esa parte del tema y qué forma podría adoptar?

8. El Grupo de Trabajo ha considerado que sus deliberaciones son de carácter preliminar, porque no se ha pedido a la Comisión que adopte una decisión final en el actual período de sesiones sobre la futura orientación de sus trabajos. El momento apropiado para tomar esa decisión sería el 51.º período de sesiones. El Grupo de Trabajo consideró que podría ser útil, sin embargo, señalar el tipo de problema que podría plantearse al examinar la nacionalidad de las personas jurídicas y señalarlo a la atención de los gobiernos, que han de presentar, antes del fin de octubre de 1998, sus observaciones sobre las cuestiones prácticas que les interesan en relación con la segunda parte del tema. A la luz de esas observaciones, la Comisión podría volver, en su 51.º período de sesiones, a las conclusiones preliminares del Grupo de Trabajo y adoptar una decisión final sobre la orientación futura de los trabajos de la segunda parte del tema. A falta de observaciones positivas de los Estados, la Comisión tendría que llegar a la conclusión de que los Estados no están interesados en un estudio de la segunda parte del tema y, en consecuencia, no debería emprenderlo.

9. El Sr. BENNOUNA dice que no está convencido de la necesidad de establecer un grupo de trabajo en el momento actual ni de la eficacia de sus trabajos tal como se exponen en el informe. Lejos de arrojar luz sobre lo que debería ser la línea futura de acción de la Comisión, el informe solamente oscurece la cuestión. El orador ha señalado los problemas relacionados con la sucesión de las personas jurídicas en lo que respecta a las inversiones, los derechos adquiridos y la propiedad privada, entre otras cosas.

10. La primera opción presentada a la Comisión no cae en absoluto dentro del tema, ya que nunca se ha planteado la posibilidad de examinar la nacionalidad de las personas jurídicas en derecho internacional. Ello llevaría a la Comisión al ámbito de la protección diplomática, a saber el carácter oponible de la nacionalidad en el supuesto de violación de los derechos de las personas jurídicas o los efectos del vínculo de nacionalidad de una persona jurídica sobre el estado de las relaciones de la nacionalidad con el país de acogida, tema sobre el que se presentaría un informe a la Comisión en el próximo período de sesiones. Alternativamente, podría llevar a la Comisión a examinar la conducta de las empresas transnacionales, sobre las que se ha elaborado un código ineficaz[3]. Esa conducta podría entrañar el incumplimiento de la legislación nacional cuando la empresa practicara el «comercio intraempresarial» en varios países. A fin de estudiar la nacionalidad de las personas jurídicas, habría que refundir el derecho y tratar de ver si tal concepto existe en la legislación. Esta labor corresponde a conferencias especiales y cae dentro del ámbito del derecho internacional privado.

11. La segunda opción es el único tema apropiado de estudio de la Comisión, a saber: la condición, o destino, de las personas jurídicas en caso de sucesión de Estados.

[3] E/1991/31/Add.1.

Debería solicitarse de los Estados sus observaciones sobre los problemas a ese respecto, que probablemente son menos cruciales que en el caso de las personas naturales. Si en definitiva no se mencionan problemas, deberían abandonarse los trabajos sobre la segunda parte del tema y considerarse que los esfuerzos de la Comisión se han limitado al estudio de los efectos de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas jurídicas.

12. Dado que se prevé la muerte de la segunda parte del tema, el orador habría preferido una elaboración más exhaustiva de las numerosas cuestiones pertinentes. Por ejemplo, podría haberse analizado el problema de la amplia diversidad de legislaciones nacionales, mencionado en la primera frase del párrafo 9 del informe del Grupo de Trabajo. Cabe decir de paso que las palabras «la Comisión se encontraría con» son superfluas y deberían suprimirse.

13. La principal cuestión es, sin embargo, qué sucede con la relación entre una persona jurídica y un ordenamiento jurídico determinado en caso de cambio de la base territorial de ese ordenamiento. Esa relación es habitualmente de carácter formal y entraña el reconocimiento de la persona jurídica por el ordenamiento jurídico. Pero también pueden descubrirse muchos otros problemas. Convendría examinar la legislación nacional o los acuerdos internacionales que regulan la sucesión de Estados en lo que respecta a las personas jurídicas y ver cómo se tratan los problemas que surjan en esas situaciones. Evidentemente la labor futura de la Comisión debería centrarse en la segunda opción expuesta en el informe del Grupo de Trabajo.

14. El Sr. BROWNLIE da las gracias al Presidente del Grupo de Trabajo por su concienzuda labor. Tanto el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas en derecho internacional como el de la relación de las personas jurídicas con la sucesión de Estados son temas que cumplen los criterios mencionados en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones[4]. Sin embargo, en vista de los problemas que plantea definir la nacionalidad de las personas jurídicas sería ilógico centrarse en el aspecto de la sucesión de Estados, sin estudiar antes la nacionalidad de las personas jurídicas. A su juicio, la definición debería comprender las universidades, por ejemplo, y no sólo las empresas. Por tanto, el tema se encuentra precisamente en una fase en que el interés de la Comisión está justificado. El tema no está totalmente subdesarrollado, pero tampoco es totalmente estable.

15. El Sr. ROSENSTOCK dice que su reacción inicial al tema de la nacionalidad de las personas jurídicas fue que era una buena manera de elaborar normas primarias que serían de enorme ayuda a quienes traten de las normas secundarias, como sucede con la protección diplomática. Sin embargo, luego le disuadió un tanto lo que en el informe se califica de amplia diversidad de los ordenamientos nacionales. Ha empezado cada vez más a preguntarse si la Comisión puede elaborar algo coherente sobre un concepto tan diverso de personas jurídicas, y a pensar que tal vez esté tratando con una falsa analogía entre la nacionalidad de las personas naturales y la nacionalidad de las personas jurídicas y está pasando gradualmente de un tema manejable a otro demasiado amplio.

16. En efecto, la condición de las personas jurídicas en relación con la sucesión de Estados afecta a una variedad de prácticas nacionales que plantea interrogantes sobre si es una cuestión que conviene abordar y de la que podrían derivarse fácilmente principios de aplicación general. En los párrafos 10 y 11 del informe del Grupo de Trabajo se comparten esas preocupaciones con la Asamblea General, se señala que los Estados aparentemente no han mostrado tanto interés en esa parte del tema y, por consiguiente, se plantea acertadamente la cuestión de si debería continuarse o no el estudio del tema. Hay cierta ambigüedad en el párrafo 11 ya que da a entender que si la Comisión no recibe respuesta de los Estados, ello significa que no les importa y no quieren que el tema continúe. Esto es ciertamente razonable, pero convendría precisar a tal efecto que si los Estados son partidarios de continuar el tema, bien en la forma enunciada en la primera o en la segunda opción, deberían indicar cómo se determina la nacionalidad de las personas jurídicas, qué tipo de trato se concede a las personas jurídicas que, como consecuencia de la sucesión de Estados, pasan a ser personas jurídicas «extranjeras», y así sucesivamente.

17. En conjunto, ha merecido la pena examinar la cuestión de la utilidad de continuar el tema en el momento actual. Los puntos examinados han sido válidos y plantean la cuestión de saber si la Comisión podría o no elaborar algo que contenga observaciones generales útiles, dada la variedad casi infinita del tema.

18. El Sr. MELESCANU dice que está de acuerdo con el Sr. Bennouna. La mayoría de los participantes en el Grupo de Trabajo se opusieron a la primera opción, porque la Comisión no tenía un mandato de la Asamblea General para abordar, exhaustivamente, el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas en derecho internacional y la mayoría de los miembros prefirieron la segunda opción, a saber: la de estudiar la condición de las personas jurídicas en relación con la sucesión de Estados, quedando entendido que la Comisión no se limitaría exclusivamente a las cuestiones de sucesión.

19. Dado que la terminología empleada es un tanto esotérica, a los no iniciados les resultaría difícil comprender cuál fue el punto de vista de la Comisión y, por tanto, convendría indicar de manera más directa el hecho de que la mayoría de los miembros fueron partidarios de la segunda opción.

20. Le complace la sugerencia del Sr. Rosenstock de pedir a los Estados su opinión y no dejar en lo incierto las últimas actividades de la Comisión. Es demasiado vago y poco diplomático decir en el párrafo 11 que, a falta de observaciones positivas de los Estados, la Comisión tendría que llegar a la conclusión de que no están interesados en el estudio de la segunda parte del tema. En vez de ello, debería pedirse a los Estados sus observaciones sobre la utilidad de los trabajos de la Comisión y el planteamiento futuro; a continuación la Comisión podría decidir cómo proceder. Está de acuerdo con el Sr. Brownlie: es un tema muy interesante que quizá esté maduro para la codificación.

[4] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 238.

21. El Sr. CRAWFORD dice que, de las dos opciones presentadas en el informe del Grupo de Trabajo, parece claro que sólo la segunda es viable en el marco de un estudio centrado en la sucesión de Estados. Está de acuerdo con los demás miembros en que el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas podría merecer un estudio por derecho propio y podría ser examinado por el Grupo de Trabajo sobre temas futuros. Pero la nacionalidad de las personas jurídicas como tema general va mucho más allá de nada que tenga que ver con la sucesión de Estados. El problema de tratarlo en el marco de la sucesión de Estados, que es el marco actual y un marco que evidentemente no debería ampliarse, es que aún ha de formarse una opinión sobre la noción de la nacionalidad de las personas jurídicas y cómo funciona, porque en derecho la nacionalidad de las personas jurídicas sólo es remotamente análoga a la nacionalidad de las personas naturales, es decir los individuos. Muchos países no atribuyen nacionalidad a sus empresas, y esa nacionalidad tiene que atribuirse *ex lege* por el derecho internacional a los efectos de protección diplomática.

22. Otra razón para no aceptar la primera opción es la superposición con el tema de la protección diplomática. Está de acuerdo con el Relator Especial y el Grupo de Trabajo en que estudiar simplemente la cuestión de los efectos de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas jurídicas sería excesivamente árido y que si el tema ha de considerarse en absoluto, convendría una formulación más amplia. El problema de encontrar tal formulación es doble: el primero es el problema práctico de discernir si es útil. Eso está en las manos del Relator Especial. Si el orador recuerda bien, la doctrina no dice mucho al respecto, pero sería interesante saber en qué medida los recientes casos de sucesión de Estados han presentado dificultades reales. Esto es algo que los gobiernos podrían decir a la Comisión, pero tal vez no lo hagan, porque en teoría los gobiernos que más probablemente informarán a la Comisión son aquellos que han experimentado dificultades y sin embargo tal vez no estén demasiado dispuestos a revelarlas. Por tanto, convendría que el Relator Especial proporcionara un breve esquema de los problemas en su próximo informe, algo que tendría valor en sí mismo, independientemente de que la Comisión pase a efectuar un estudio completo.

23. El segundo problema es el de saber dónde parar. Considera instintivamente que la Comisión no trataría simplemente la cuestión de la condición ulterior de las personas jurídicas, es decir, el momento después a que se considere que ha tenido lugar la sucesión. Aparte de todo, ese momento es una ficción que en su momento puede ser muy incierta. La Comisión probablemente comenzaría por zanjar los difíciles problemas del principio de los derechos adquiridos y de la continuidad de los derechos adquiridos al producirse la sucesión en el caso de las personas jurídicas, que es un aspecto de un tema más amplio sobre los derechos adquiridos en caso de sucesión que cae fuera del ámbito del mandato del Relator Especial.

24. El Sr. Melescanu y el Sr. Brownlie tienen razón al decir que el tema es de interés general. Otra cuestión es la de saber si es de interés práctico y si puede llegarse a una formulación suficientemente precisa de lo que ha de estudiarse. En vez de someter a los Estados la formulación negativa contenida en el párrafo 11, convendría ser más activos y sugerirles que hay un problema y pedirles no sólo orientación sino también información. El Relator Especial puede facilitar también a la Comisión más detalles, de forma que esté en mejores condiciones de adoptar una decisión en su 51.º período de sesiones sobre si seguir adelante con la cuestión y cómo hacerlo. Pero parece claro que, si la Comisión decide seguir adelante con ella en el marco del presente tema, debe hacerlo sobre la base de afirmar la segunda opción.

25. El Sr. ECONOMIDES dice que apoya las observaciones del Sr. Melescanu a favor de la segunda opción, que fue apoyada por la inmensa mayoría del Grupo de Trabajo, al tiempo que criticó la primera. Lo mismo sucedió con los miembros de la CDI, hecho que debería reflejarse en el informe para mostrar a la Sexta Comisión que se examinaron ambas posibilidades y se prefirió la segunda.

26. A continuación la lista de ventajas podría indicar que un estudio efectuado sobre la base de la segunda opción facilitaría a la Comisión información útil sobre la práctica internacional en los casos de sucesión de Estados no sólo respecto de la nacionalidad de las personas jurídicas sino también respecto de otras cuestiones pertinentes a la condición de esas personas jurídicas que pueden afectar a una sucesión de Estados. La práctica internacional reciente no es bien conocida y sería muy útil tener más información sobre ella. Luego se adoptaría una decisión sobre si continuar el tema. Por tanto, el orador está de acuerdo con el Sr. Bennouna, el Sr. Brownlie, el Sr. Crawford y otros en que la segunda opción debería presentarse de una manera más positiva.

27. El Sr. MIKULKA (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados) dice que alentó al Grupo de Trabajo a centrarse en la primera opción porque, cuando el Grupo de Trabajo abordó la segunda parte del tema por primera vez, varios miembros de la CDI en su composición anterior habían mostrado interés en él, pero los únicos ejemplos que citaron concernían a la nacionalidad de las personas jurídicas en general y no guardaban relación en absoluto con la sucesión de Estados. La misma situación se repitió en la Sexta Comisión.

28. En consecuencia, en vista del interés mostrado por algunos miembros de la Comisión y por algunas delegaciones en la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas en cuanto tal, pero no necesariamente en el contexto de la sucesión de Estados, el orador reconoció que había dos posibilidades de ampliar el tema. No podía imaginar qué convenía hacer dentro del actual mandato, que especifica que la Comisión debería centrarse en la nacionalidad de las personas jurídicas en el contexto de la sucesión de Estados. Dado que el concepto de nacionalidad de las personas jurídicas no existe en absoluto, en algunos sistemas jurídicos parece que la cuestión no es demasiado específica. En el Grupo de Trabajo y en la CDI hubo preferencia por la segunda opción, pero eso no está igual de claro en lo que respecta a los Estados. El hecho de que en la Sexta Comisión dos o tres delegaciones dijeran que convendría saber más acerca de la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas no demuestra claramente que la comunidad internacional esté realmente interesada en el tema. Le pareció que lo mejor era estimular el debate

en la Sexta Comisión y decir que, si ésta realmente quiere un estudio de la segunda parte del tema, debería al menos indicar a la CDI qué problemas tiene en mente y cuál debería ser el marco adecuado para la segunda parte.

29. Por ahora el mejor planteamiento sería seguir el procedimiento habitual y enunciar en unos pocos párrafos del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones que el Grupo de Trabajo ha examinado varias cuestiones. El informe del Grupo de Trabajo podría anexarse al informe de la Comisión y, si la Comisión lo desea, las cuestiones planteadas en el presente debate podrían mencionarse a fin de mostrar a los gobiernos las cuestiones específicas sobre las que la Comisión desearía recibir sus comentarios.

30. El PRESIDENTE sugiere que debería tenerse en cuenta la última propuesta y que el informe debería reformularse para adoptar una decisión el viernes 12 de junio. Dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión está de acuerdo en esta forma de proceder.

Así queda acordado.

Protección diplomática *(conclusión*)* (A/CN.4/483, secc. E, A/CN.4/484[5], A/CN.4/L.553)

[Tema 6 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

31. El Sr. BENNOUNA (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática) dice que el Grupo de Trabajo, que se reunió en dos ocasiones, había tenido en cuenta su informe preliminar como Relator Especial sobre el tema de la protección diplomática (A/CN.4/484).

32. Tras recordar que el derecho consuetudinario sobre la cuestión debe servir de base, el Grupo de Trabajo reafirmó el carácter secundario de las normas sobre la cuestión frente a las primarias, es decir, los derechos y obligaciones en lo que respecta al estatuto de los extranjeros. Huelga decir que se hará referencia a las normas primarias siempre que sea necesario para aclarar una norma secundaria particular. El mismo planteamiento fue propugnado por el Sr. Crawford, Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad de los Estados. Por tanto, están de acuerdo sobre el planteamiento respecto de las normas secundarias.

33. El apartado *c* del párrafo 2 del informe del Grupo de Trabajo es esencial en el marco de los debates que suscitó su informe preliminar. El derecho del Estado a ejercer protección diplomática es diferente de los derechos e intereses de aquellos de sus nacionales por los que va a adoptar medidas. Pero estos dos elementos de la protección diplomática se complementan perfectamente, ya que el Estado, al ejercer la protección diplomática, está obligado a tener en cuenta los derechos e intereses de sus nacionales. El Estado tiene derecho a tomar medidas a nivel internacional y sus nacionales gozan de derechos que el Estado de acogida tiene la obligación internacional de respetar.

34. Sobre una cuestión de redacción, el orador dice que las palabras «En el ejercicio de este derecho», que figuran en la segunda oración del apartado *c* del párrafo 2, deberían cambiarse por «En ejercicio del mismo» a fin de armonizar esta oración con la primera. Espera que la Secretaría tome nota de ese cambio y publique una corrección.

35. En el apartado *d* del párrafo 2 el Grupo de Trabajo destaca la importante evolución del derecho internacional al reconocer y proteger cada vez más los derechos de los individuos y dotarlos de un acceso más directo e indirecto a los foros internacionales para hacer valer sus derechos. Esa evaluación debería examinarse a la luz de la práctica de los Estados. El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática fue considerado por el Grupo de Trabajo como un derecho discrecional que los gobiernos podrían comprometerse a ejercer, en virtud de sus derechos internos, respecto de sus nacionales (apartado *e* del párrafo 2). En el apartado *f* del párrafo 2, el Grupo de Trabajo sugiere que la Comisión pida a los gobiernos que le proporcionen determinada documentación, por ejemplo, las leyes nacionales y las decisiones de los tribunales nacionales, y en el apartado *g* del párrafo 2 recuerda la decisión anterior de la Comisión de completar la primera lectura a fines del presente quinquenio.

36. En el párrafo 3 el Grupo de Trabajo sugiere que su segundo informe como Relator Especial se centre en las cuestiones señaladas en el capítulo I del esquema propuesto en el anterior período de sesiones[6]. Por último el orador da las gracias a los miembros del Grupo de Trabajo por su espíritu de cooperación y apertura, que le ha permitido sentar las bases para preparar los futuros trabajos sobre el tema.

37. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, refiriéndose al apartado *e* del párrafo 2 del informe del Grupo de Trabajo, dice que preferiría que la segunda parte de la primera oración dijera: «no obsta a que el Estado defina las condiciones y modalidades del derecho de sus nacionales a protección diplomática». La presente formulación, que habla de que el Estado «asuma respecto de sus nacionales el compromiso de ejercer ese derecho», le parece un tanto confusa, especialmente si se lee en relación con la segunda frase del párrafo. Sin embargo, no insistirá en este punto.

38. El Sr. AL-BAHARNA sugiere que se modifique la redacción del apartado *e* del párrafo 2 para indicar que el derecho discrecional del Estado a ejercer protección diplomática no contradice su derecho de patrocinar las legítimas pretensiones de sus nacionales a protección diplomática.

39. El Sr. BENNOUNA (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la protección diplomática) dice que, al redactar el párrafo, el Grupo de Trabajo tuvo presentes las declara-

* Reanudación de los trabajos de la 2523.ª sesión.

[5] Véase nota 1 *supra*.

[6] Véase 2522.ª sesión, nota 8.

ciones de algunos miembros según las cuales sus constituciones nacionales reconocían en gran medida el derecho de los nacionales a protección diplomática por su Estado. El Grupo de Trabajo consideró que una referencia a esas prácticas podría ser útil, pero quiso destacar su alcance puramente interno.

40. En respuesta a una pregunta del Sr. Goco, relativa al apartado *f* del párrafo 2, dice que no se sugiere que la Comisión recabe observaciones de los gobiernos. Debería sólo pedir determinados documentos pertinentes sobre la legislación y la práctica nacionales.

41. El Sr. MELESCANU dice que la formulación de la primera oración del apartado *e* del párrafo 2 dista mucho de ser perfecta y debería tratarse de encontrar una formulación mejor que refleje los prolongados debates sostenidos. Sin embargo, es reacio a aceptar la propuesta hecha por el Sr. Pambou-Tchivounda, que parecería reabrir toda la delicada cuestión del carácter discrecional del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática.

42. El Sr. CRAWFORD, apoyado por el Sr. ROSENSTOCK, dice que, en la actual fase preliminar del examen del tema, la Comisión debería abstenerse de entrar en un debate de fondo sobre la cuestión planteada en el apartado *e* del párrafo 2.

43. El Sr. GALICKI dice que, hablando como ciudadano de uno de los países a que se hace referencia en el párrafo en el sentido de que han reconocido el derecho de sus nacionales a protección diplomática por sus gobiernos, acepta plenamente la formulación del Grupo de Trabajo.

44. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión está de acuerdo en mantener el apartado *e* del párrafo 2 en su forma actual y remitir el informe del Grupo de Trabajo al Comité de Redacción con miras a aprobarlo formalmente el viernes 12 de junio.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.35 horas.

2545.ª SESIÓN

Miércoles 10 de junio de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados *(continuación*)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[1], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación*)*

GUÍA DE LA PRÁCTICA *(continuación*)*

PROYECTO DE DIRECTRIZ 1.1.2 *(conclusión*)*

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que continúe el examen del proyecto de directriz 1.1.2, «Momento de formulación de una reserva», propuesto por el Relator Especial en el documento ILC(L)/INFORMAL/12.

2. El Sr. HAFNER recuerda que el artículo 23 de la Convención de Viena de 1969, que trata del procedimiento relativo a las reservas, establece que la reserva puede formularse en el momento de la firma de un tratado y debe ser confirmada después en el momento en que el Estado autor de la reserva manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado. Por ello, sugiere que se modifique ligeramente el comienzo de este texto para que diga: «Una reserva puede ser formulada o confirmada por un Estado».

3. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que el proyecto que se examina reproduce con exactitud lo que se ha convenido en llamar la definición de Viena, que nada dice sobre la confirmación. Pero la modificación propuesta por el Sr. Hafner es perfectamente aceptable. El Comité de Redacción estará sin duda de acuerdo.

4. El Sr. ECONOMIDES comprueba que el proyecto de directriz nada dice sobre el caso relativamente frecuente de las reservas tardías. En efecto, a veces un Estado olvida presentar la reserva que tenía el propósito de formular aun cuando esa reserva ha sido aprobada por su parlamento. Como muestra la experiencia y como confirma la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, en ese caso se pregunta a todos los contratantes si consienten en que se aplique una especie de procedimiento para salvar esa omisión. La solución es útil y está consagrada en la práctica. Tal vez sea conveniente oficializarla en la Guía de la práctica.

---

* Reanudación de los trabajos de la 2542.ª sesión.

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

5. El Sr. PELLET (Relator Especial) confirma que la situación mencionada por el Sr. Economides es corriente y recuerda el caso de Egipto, que olvidó formular la reserva que había pensado hacer en el momento en que firmó el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. Dos años después Egipto quiso solucionar ese olvido pero haciendo una «declaración»[2] que causó agitación en los Estados Partes. Este tipo de casos merecería, pues, ser previsto en la Guía de la práctica, pero le parece que debe solucionarse no en el contexto de las definiciones sino en la parte siguiente, relativa a las modalidades de formulación de las reservas.

6. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea remitir al Comité de Redacción el proyecto de directriz 1.1.2.

Así queda acordado.

PROYECTOS DE DIRECTRIZ 1.1.3 y 1.1.8

7. El Sr. ECONOMIDES observa que los proyectos de directriz 1.1.3 y 1.1.8 tratan del mismo tema y tienen el mismo título: «Reservas de alcance territorial» y tal vez convenga examinarlos conjuntamente.

8. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que ambas disposiciones son en efecto muy semejantes. Su presentación separada obedece a una finalidad pedagógica, para destacar que la primera enfoca esta cuestión desde el punto de vista *ratione temporis* y la segunda, desde el punto de vista *ratione loci*.

9. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine conjuntamente los proyectos de directriz 1.1.3 y 1.1.8.

10. El Sr. PELLET (Relator Especial), explicando en primer lugar el proyecto de directriz 1.1.3, recuerda que puede suceder que un tratado no se aplique a todo el territorio que está sujeto a la jurisdicción del Estado signatario. El artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 enfoca esta cuestión *a contrario*. Pero un Estado puede decidir que hará extensiva la aplicación del tratado a un territorio al que este tratado no se aplicaba con anterioridad. En esa oportunidad, puede adjuntar a la notificación de la extensión una nueva reserva, relativa al territorio de que se trate. En el párrafo 25 del documento ILC(L)/INFORMAL/11 figuran dos ejemplos de esta situación (Macao y Hong Kong). Esta práctica no sólo es relativamente frecuente sino también relativamente antigua puesto que se remite a lo que se llamaba la «cláusula colonial». Esa práctica no ha suscitado nunca problemas de principio. De esto se desprende la necesidad de modificar ligeramente la definición de la reserva que puede, como muestran esos ejemplos, formularse en el momento de la «notificación de aplicación territorial» o también por lo demás en el momento de la notificación de una sucesión. El Relator Especial remite a este respecto a la Comisión al excelente artículo de Renata Szafarz[3].

11. Por su parte, el proyecto de directriz 1.1.8 trata de decidir la cuestión de si la declaración unilateral por la que un Estado se propone excluir la aplicación de un tratado en una parte de su territorio puede calificarse de reserva. La doctrina vacila a este respecto, como lo muestran los trabajos de Frank Horn[4], quien es uno de los mejores autores sobre el tema. Pero, para el Relator Especial, la respuesta es indudablemente afirmativa.

12. El punto de partida para este razonamiento es el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969. De esa disposición se desprende que cuando un Estado excluye o limita la aplicación de un tratado que normalmente se aplicaría a la totalidad del territorio de cada parte conforme a este artículo, el Estado se propone «excluir o modificar el efecto jurídico» del tratado, lo que corresponde a la definición de la reserva. Esto es tan manifiesto que tal vez no sea necesario elaborar una directriz sobre esta cuestión. En cambio, cabe preguntarse sobre la última cláusula del texto propuesto: «cualquiera que sea la fecha en que se haga». En efecto, ese tipo de reserva hecho mediante declaración unilateral de exclusión sólo puede operar en dos momentos: cuando el Estado expresa su consentimiento en obligarse por el tratado y cuando hace una notificación relativa a su aplicación en el ámbito territorial. Se podría, pues, sustituir esa parte de la oración haciendo referencia a ambas ocasiones. El Comité de Redacción podría muy bien ocuparse de esta cuestión.

13. El Sr. BENNOUNA acoge con agrado las explicaciones del Relator Especial sobre un aspecto del tema que le parece fundamental. Sin embargo, esas explicaciones no le parecen del todo convincentes.

14. En primer término, está el hecho de que la limitación de la aplicación territorial de un tratado se asimilaría a una reserva. Eso afecta a una norma fundamental del derecho internacional según la cual cuando un Estado se obliga, obliga a su población y su territorio, esto es, a todos sus elementos constitutivos, según la definición misma de obligación internacional. Una reserva relativa a cierto territorio no es, pues, una reserva sobre una disposición del tratado, la forma de cuya aplicación podría definirse, sino que es una reserva sobre la obligación total del Estado. Una restricción de esta naturaleza debe negociarse al momento de celebrar el tratado. Lo contrario sería peligroso ya que es posible imaginar que un Estado, enfrentado a dificultades en la aplicación de un tratado a una cierta parte de su territorio, se apresure a formular entonces una reserva *ratione loci*.

15. En segundo término está la mención del «territorio de que se trate» en el proyecto de directriz 1.1.3. No se ve claro de qué territorio podría tratarse. El Relator Especial ha explicado cuál es la diferencia que percibe entre jurisdicción y soberanía del Estado sobre un territorio, pero si la reserva tiene por objeto una parte del territorio que no

[2] Véase *Traités multilatéraux*... (2542.ª sesión, nota 3), págs. 969 a 970, nota 5.

[3] R. Szafarz, «Reservation to multilateral treaties», *Annuaire polonais de droit international, 1970-III*, Varsovia, Ossolineum, 1972, pág. 293.

[4] F. Horn, *Reservations and interpretative declarations to multilateral treaties*, La Haya, T.M.C. Asser Instituut (Amsterdam, Oxford, North-Holland), 1988.

posee exactamente la misma condición jurídica que el resto del territorio del Estado —territorio no autónomo o territorio de ultramar—, evidentemente hay un problema de fondo. El Relator Especial se ha referido a la «cláusula colonial». Pero ya no existe la cláusula colonial porque no existe el colonialismo. Si un Estado tiene la potestad de tratar a un territorio de una manera especial, cabe preguntarse a qué título tiene esa potestad. En el derecho moderno, si un Estado no puede obligarse internacionalmente respecto de una parte de su territorio lo primero que se debe hacer es examinar el problema de ese territorio desde el punto de vista del principio del derecho de los pueblos a la libre determinación. El problema se plantea, pues, a un nivel mucho más profundo que el de una simple reserva, como en el presente caso.

16. En tercer término, el Sr. Bennouna observa que en el proyecto de directriz 1.1.8 se dice simplemente que la declaración unilateral se propone «excluir» la aplicación de un tratado, en circunstancias de que, según el proyecto de directriz 1.1.3, esa declaración «se propone excluir o modificar». El uso del segundo verbo ¿significa que el Estado puede en un momento dado —cuál, por lo demás— desligarse de su obligación por la vía de una declaración que excluye a una parte de su territorio del ámbito de aplicación de la totalidad del tratado? En este caso tampoco es posible ver en esta situación la figura de una simple reserva. Se puede aún considerar que ese tipo de declaración es «incompatible con el objeto y el fin del tratado» porque modifica la obligación del Estado considerada en su conjunto que, como ya lo ha señalado anteriormente, es de la esencia misma de un tratado. Esta cuestión es fundamental y no puede decidirse tan prontamente y tan a la ligera.

17. El Sr. Bennouna llega a la conclusión de que, tal como están redactados, los dos proyectos de directrices que se examinan no pueden ser remitidos al Comité de Redacción. A su juicio, debe afinarse la redacción a fin de precisar su exacto significado.

18. El Sr. HAFNER opina que ambos proyectos de directrices plantean más o menos los mismos problemas.

19. El principio básico es el de que si un acto se califica de «reserva» a ese acto debe aplicarse automáticamente el régimen de las reservas. Esto no es así en el caso de una declaración sobre el alcance territorial que exige innegablemente el consentimiento de los demás Estados y sólo puede tener carácter unilateral si el tratado ha previsto expresamente esa situación. Es más, cuando el tratado contiene efectivamente una disposición expresa en ese sentido, la cuestión de saber si una declaración con ese fin puede calificarse de reserva reviste tanto más interés cuanto que si la respuesta es afirmativa ello excluye automáticamente, en virtud de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969, la posibilidad de toda otra reserva. Por ejemplo, la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica nada dice en lo que respecta a las reservas, pero prevé expresamente la posibilidad de que los Estados declaren que no se consideran obligados por algunas disposiciones relativas a la responsabilidad civil. Es indiscutible que si un Estado hace una declaración en virtud de esta cláusula facultativa de exclusión y dicha cláusula se considera como una reserva, ello excluirá automáticamente la posibilidad de toda otra reserva a esta Convención, aun cuando esto no fuera ciertamente el propósito de sus autores. La Comisión debe, pues, determinar claramente si las declaraciones de que tratan los proyectos de directriz 1.1.3 y 1.1.8 están destinadas a ser reservas en el sentido técnico de la Convención de Viena de 1969 o si se debe considerar que establecen un régimen diferente del de las reservas aplicables al tratado de que se trate. A este respecto, el Sr. Hafner comparte la opinión de Horn expuesta en el tercer informe del Relator Especial sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/491 y Add.1 a 6).

20. El Sr. ECONOMIDES dice que, en lo que respecta al efecto que producirían las declaraciones de que tratan los proyectos de directriz 1.1.3 y 1.1.8, esas declaraciones constituirán reservas en el sentido jurídico del término siempre que el tratado establezca la posibilidad de que se formulen tales declaraciones. De no haber una cláusula permisiva en el tratado, se trataría de un acto ilícito. La cuestión de saber si esto debe expresarse en ambos proyectos de disposición es una cuestión diferente que incumbe tal vez al Comité de Redacción.

21. En el plano técnico, el Sr. Economides se pregunta, por una parte, si en el caso del proyecto de directriz 1.1.3 existe una real imposibilidad jurídica de excluir la aplicación de todo el tratado como está previsto en el caso del proyecto de directriz 1.1.8 y, por otra parte, por qué no se ha precisado en el proyecto de directriz 1.1.3, como se hace en el proyecto de directriz 1.1.8, que en ausencia de tal declaración el tratado sería aplicable en la totalidad del territorio. Por otra parte, existe una diferencia entre ambos proyectos de directrices en cuanto a la fecha del acto, respecto de la cual el propio Relator Especial ha expresado algunas vacilaciones. El Sr. Economides se pregunta, pues, si dado que ambos proyectos de directrices están vinculados no se podría tal vez tratar de refundirlos, aun cuando entiende que esto supone un trabajo que todavía no se ha hecho.

22. El Sr. ROSENSTOCK expresa su pleno acuerdo con la observación del Sr. Economides de que lo que la Comisión se propone no es determinar si tal o cual reserva es o no lícita sino de definir los marcos de hecho en los que pueden tener lugar esas reservas, suponiendo, por lo demás, que sean valederas. Por esta razón no puede compartir la opinión del Sr. Hafner.

23. Por otra parte, le parece conveniente que se mantenga una distinción entre los conceptos expresados respectivamente en los proyectos 1.1.3 y 1.1.8, dado que el primero se refiere al cuándo y el segundo al qué, sin perjuicio de incluirlos en su caso en dos párrafos de una misma directriz. Por último, en el proyecto de directriz 1.1.8, considera que debe mantenerse la parte de la oración que dice «cualquiera que sea la fecha en que se haga», porque en el contexto del qué el elemento temporal no es determinante.

24. El Sr. MIKULKA comparte las vacilaciones del Sr. Bennouna en lo que respecta a las dos disposiciones que se examinan. A diferencia del Sr. Rosenstock, no comprende por qué el problema se trata dos veces ni cuál es el interés de la parte de la oración que dice «cualquiera que sea la fecha en que se haga», que figura al final del pro-

yecto de directriz 1.1.8 y que introduce una total confusión.

25. Por otra parte, el proyecto de directriz 1.1.8 plantea otros problemas. Así, el hecho de que esta norma trate de la exclusión de la aplicación de un tratado en su totalidad, aun cuando esa exclusión sólo se refiera a una determinada parte del territorio, no es conciliable con la definición de la reserva, que se propone excluir o modificar el efecto jurídico de «ciertas disposiciones del tratado». Además, aun la exclusión de algunas de las disposiciones del tratado a que se refiere también este proyecto de directriz no corresponde a la definición de una reserva porque las disposiciones excluidas en una parte del territorio siguen siendo aplicables al Estado en el resto del territorio. Se trata, pues, de una restricción del ámbito territorial. A su juicio, la Comisión debería, en primer término, examinar el régimen de las reservas y de las objeciones y tratar posteriormente la cuestión de las reservas de alcance territorial a fin de determinar si lo que debe ser aplicable a las situaciones de que se trata es realmente el régimen de las reservas.

26. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA comparte desde luego las observaciones tanto del Sr. Bennouna como del Sr. Mikulka. Por otra parte, considera que detrás de las dos disposiciones que se examinan existe una especie de cuestión previa que no todos los miembros de la Comisión comprenden bien y que el Relator Especial podría tal vez explicar concretamente.

27. Al igual que el Sr. Rosenstock, opina que los dos proyectos de disposición deberían mantenerse separados; podrían ser dos párrafos titulados «Reservas de alcance territorial *ratione temporis*» y «Reservas de alcance territorial *ratione loci*», respectivamente.

28. El Sr. BENNOUNA opina, como el Sr. Hafner, que si existe una disposición del tratado que establece la posibilidad de dividir o de condicionar el alcance territorial, esa índole de declaración prevista podría merecer la calificación de reserva. Por otra parte, sobre la base de la intervención del Sr. Mikulka, subraya que conviene reflexionar sobre el funcionamiento de ese tipo de reserva con respecto al sistema general; así, si se formulara una reserva de alcance territorial y se hiciera una objeción simple a esta reserva, cabría preguntarse sobre el alcance de esta objeción, dado que, en ese caso, el Estado que la formula no podría invocar la reciprocidad para excluir, a su vez, una parte de su territorio de la aplicación del tratado.

29. Por último, habida cuenta del carácter tan particular de ese tipo de reservas, se pregunta si no sería más simple que la cuestión de su utilidad y de su incorporación en el sistema general de las reservas se tratara al fin y no al comienzo del examen del tema.

30. El Sr. SIMMA considera, en primer término y al igual que el Relator Especial, que las reservas de que tratan los proyectos de directriz 1.1.3 y 1.1.8 son verdaderas reservas. En particular, esta conclusión se basa en la doctrina de la escuela de Viena, representada principalmente por Kelsen, para la cual el ámbito de aplicación territorial o personal de un tratado es parte integrante de la norma, al mismo título que su ámbito de aplicación material; así pues, el Estado que modifica por una declaración el ámbito de aplicación territorial o personal de un tratado, está modificando la norma y la declaración debe considerarse como una reserva.

31. En segundo término, en su opinión, considerar que una declaración no puede ser una reserva porque el régimen de las reservas establecido en la Convención de Viena de 1969 no es el adecuado para esta declaración, es enfocar el problema al revés. A su juicio, la Comisión debería hacer todo lo contrario, comenzando por calificar de reserva la declaración para tratar después de explicar el régimen aplicable. De ese modo, la Comisión observaría que el régimen tan modesto enunciado en la Convención de Viena de 1969 no es el apropiado y, por consiguiente, incumbe al Relator Especial proponer soluciones, como se hizo ya en el 49.º período de sesiones en lo que respecta a los tratados de derechos humanos. En otros términos, por ejemplo, no porque la reciprocidad no sea aplicable la declaración de que se trata no constituiría una reserva.

32. En lo que respecta a la observación del Sr. Hafner de que la existencia en un tratado de una cláusula facultativa de exclusión lleva a preguntarse sobre la admisibilidad de otras reservas, opina, por su parte, que sería aberrante tratar de aplicar el régimen de Viena sobre las reservas a este tipo de cláusula, salvo si se llega a la conclusión de es posible formular una objeción con respecto al Estado que utiliza dicha cláusula. Las declaraciones hechas en virtud de cláusulas facultativas de exclusión no deben considerarse como reservas en el sentido de los artículos 19 y siguientes de la Convención de Viena de 1969.

33. El Sr. HAFNER dice que de lo que se trata es ciertamente de saber qué acto puede calificarse de reserva, en el supuesto de que el régimen de Viena no puede ser modificado. En estas condiciones, un acto no puede ser calificado de reserva si no se ajusta a ese régimen. Si bien considera, al igual que el Sr. Simma, que una cláusula facultativa de exclusión no es una reserva en el sentido de la Convención de Viena de 1969 no por ello deja de observar que las declaraciones a que se refieren los proyectos de directriz 1.1.3 y 1.1.8 son muy cercanas a una declaración hecha en virtud de una tal cláusula porque la modificación del alcance territorial sólo puede operar si esa posibilidad está expresamente prevista en el tratado o si los demás Estados la aceptan. El resultado es, pues, el mismo independientemente de que se hable o no de cláusula facultativa de exclusión, y el problema consiste en saber si hay una unidad del régimen de reservas aplicable a un tratado con respecto a todas las declaraciones destinadas a modificar su aplicabilidad, tanto si se refieren a su fondo como a su alcance territorial.

34. El Sr. SIMMA no puede estar de acuerdo con la idea de que si un tratado no establece la posibilidad de restringir su alcance territorial una declaración unilateral con ese fin no sería lícita. De hecho, se deberían aplicar precisamente los mismos criterios de licitud que se aplican a otras reservas, esto es, se debería examinar la compatibilidad de la declaración de que se trate con el objeto y el fin del tratado; es perfectamente concebible que declaraciones hechas conforme a los proyectos de directriz 1.1.3 ó 1.1.8 no cambien en absoluto el objeto y el fin del tratado y no estén inspiradas por ninguna segunda intención colonial.

35. El Sr. ECONOMIDES considera erróneo afirmar que un Estado podría formular una reserva de limitación territorial aun cuando el tratado no contenga ninguna disposición especial al respecto; o bien, suponiendo que un Estado formulara esa reserva, ésta debería ser aceptada por los demás Estados contratantes, lo que constituiría un acuerdo modificatorio del acuerdo existente. Si la reserva no es aceptada, no tendría ninguna validez.

36. El Sr. SIMMA dice que, conforme a este razonamiento, de no haber en un tratado una disposición especial que autorice una modificación de su alcance territorial, una reserva en este sentido sería ilícita y que, en consecuencia, la reserva debería ser autorizada, o aceptada, por los demás Estados. En definitiva, las reservas ilícitas podrían pasar a ser lícitas si fueran aceptadas por los demás Estados. Este punto de vista es difícilmente conciliable con la economía de los artículos 19 y siguientes de la Convención de Viena de 1969.

37. El Sr. PELLET (Relator Especial) pide encarecidamente a los miembros de la Comisión que, en esta etapa preliminar, no mezclen las cuestiones de definición con las de licitud. Es muy importante tener siempre presente que la Comisión está definiendo una categoría titulada «reservas» y que, entre las declaraciones unilaterales que ha de calificar de reservas, hay algunas que aparecerán como lícitas cuando se les hayan aplicado las normas de Viena, tal como se definen, y otras de las que necesariamente habrá que constatar que son ilícitas. En segundo término, tras recordar que su informe es más detallado que su presentación oral, invita sobre todo al Sr. Bennouna y al Sr. Pambou-Tchivounda a remitirse en especial al párrafo 69 del documento ILC(L)/INFORMAL/11, del que se desprende que el problema de los territorios no autónomos no es del todo secundario y que dicho problema se plantea independientemente de cualquier remisión a la cláusula colonial.

38. En lo que respecta al debate entre el Sr. Simma y el Sr. Hafner, aclara que el objeto concreto de una definición y, por lo tanto, de los trabajos de la Comisión, es saber si el régimen de lo que se define va a encontrar o no terreno de aplicación. En este sentido, el Sr. Simma tiene razón desde un punto de vista académico y abstracto en tanto que el Sr. Hafner tiene razón en la práctica puesto que lo importante es saber si un acto es una reserva en el sentido de la definición de Viena, en cuyo caso el régimen de Viena será aplicable. Pese a ello, el Sr. Pellet no ha quedado convencido por todos los argumentos del Sr. Hafner dado que, a su juicio, no se puede establecer una censura absoluta afirmando que todas las normas de Viena se aplicarán necesariamente a todos los tipos de reservas; hay algunos «objetos jurídicos no identificados», u «OJNI», que se parecen mucho a las reservas pero a los cuales el régimen jurídico de las reservas probablemente no sea aplicable en su integralidad. La labor será, pues, ciertamente más prolongada y difícil de lo que se había previsto al comienzo y llevará a la Comisión a afinar en cierta medida el régimen de aplicación de las diferentes normas de Viena.

39. En un tema tan difícil, el Relator Especial no está seguro de haber previsto en detalle todas las consecuencias que pueden dimanar de las posibles decisiones sobre una definición, pero necesariamente debía haber un punto de partida.

40. A diferencia del Sr. Mikulka y del Sr. Bennouna, opina que la Comisión no debería dejar de lado el problema de las reservas de alcance territorial sino tratar de tomar una posición y ver cuáles serían las consecuencias, en el entendimiento de que, tratándose de la primera lectura, siempre se podrán hacer los ajustes que sean necesarios. Si la Comisión deja de lado el problema, bien podría olvidarlo completamente y no hacer el esfuerzo, en su momento, de reanudar sus trabajos al respecto.

41. A juzgar por el debate, el Relator Especial cree entender que habría confundido, si no en el fondo al menos en la forma, dos tipos de declaración unilateral de alcance territorial, a saber, la declaración por la cual un Estado decide no aplicar un tratado determinado a un territorio determinado, o notificación de exclusión de la aplicación territorial, y las reservas que en ocasión de una notificación de aplicación territorial un Estado puede formular con respecto a un determinado territorio. En el primer caso se plantea la cuestión de saber si esa declaración es o no una reserva; a juicio del Sr. Hafner la respuesta es indiscutiblemente negativa; para el Relator Especial la respuesta no puede ser tan tajante y las dudas son lícitas. Por ejemplo, suponiendo que Dinamarca declarara que no desea aplicar a las Islas Feroe un determinado tratado, como Relator Especial considera que se trataría en este caso efectivamente de una reserva, en el sentido de que si esta declaración unilateral no se hiciera muy probablemente el tratado se aplicaría a las Islas Feroe. Tiene algunas dudas en un solo punto, cuando el Sr. Hafner hace notar que si se admite que en este caso se trata efectivamente de una reserva aun cuando ella está prevista en el tratado, esto significaría que, por aplicación del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, todas las demás reservas están prohibidas. El Relator Especial, volviendo al razonamiento que acaba de exponer, aclara que si la Comisión admite en este caso que se trata de una reserva, cuando examine las demás disposiciones de la Convención de Viena de 1969 que guardan relación con las reservas, deberá preguntarse automáticamente si esas disposiciones son o no aplicables. Entonces, la Comisión deberá necesariamente reconocer que no puede considerarse que una simple exclusión de la aplicación territorial —que para el Relator Especial es una reserva porque corresponde en todo sentido a la definición de Viena— excluye las reservas de otra índole. Esta posición parece conforme al espíritu de la Convención de Viena de 1969. En el segundo caso, por ejemplo, Dinamarca notificaría que está dispuesta a aplicar un tratado a las Islas Feroe, a excepción de un determinado artículo. A juicio del Relator Especial, en este caso se trata indiscutiblemente de una verdadera reserva, puesto que esta notificación tiene efectivamente por objeto condicionar la aplicación de una disposición de un tratado en relación con un determinado territorio. Esa reserva modificaría la aplicación del tratado en lo que respecta a Dinamarca, lo que corresponde de manera muy exacta a la definición de Viena. El Relator Especial comprueba que sobre este punto los miembros de la Comisión tienden a compartir su opinión.

42. Por último, contestando a las observaciones del Sr. Mikulka respecto de las palabras «o de algunas de sus disposiciones», que figuran en el proyecto de directriz

1.1.8 y que, por su parte, desea que se mantengan, el Relator Especial observa que entre el proyecto de directriz 1.1.3 y el proyecto de directriz 1.1.8, que la Comisión le ha pedido que presente conjuntamente, figura el proyecto de directriz 1.1.4, que considera indispensable. La Comisión no podría, pues, adoptar una posición con respecto a la expresión señalada sin haber examinado el proyecto de directriz 1.1.4.

43. El Relator Especial desea que los dos proyectos de directriz que se examinan con respecto a las reservas de alcance territorial sean remitidos en su forma actual al Comité de Redacción, al que podrá presentar en su caso algunas modificaciones de forma.

44. El Sr. MIKULKA observa que tras la intervención del Relator Especial el proyecto de directriz 1.1.3 no le plantea ya ningún problema. En cambio, en lo que respecta al proyecto de directriz 1.1.8, especialmente la notificación de la exclusión de la aplicación de un tratado en una parte del territorio de un Estado, sigue opinando que no se conforma a la definición de Viena. En efecto, aun cuando se acepte que una exclusión de esa índole se interprete en el sentido de que modifica los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado de que se trata, en realidad es una modificación al conjunto de las disposiciones del tratado. Ahora bien, según la definición propuesta en el proyecto de directriz 1.1, que reitera la definición de la Convención de Viena de 1969, una reserva es una declaración que tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado. Si bien admite que su enfoque es formalista, muy rígido y que si los autores de la Convención de Viena de 1969 hubieran tenido que hacer frente a este problema habrían optado por una formulación ligeramente diferente, desea recordar que la Comisión ha acordado no tocar las disposiciones de la Convención de Viena de 1969. En el presente caso parece que la Comisión se aparta algo de esas disposiciones.

45. En lo que respecta a las observaciones del Sr. Simma, para quien suponer *a priori* que el régimen general de las reservas podría, en su caso, no aplicarse integralmente a este tipo de declaración unilateral equivaldría a enfocar el problema al revés, recuerda que en su 49.º período de sesiones la Comisión estableció el principio de la existencia de un régimen único de reservas y le extraña, pues, que en el presente período de sesiones acepte como hipótesis de trabajo que algunas categorías de reservas, en particular las que conciernen a la aplicación territorial de un tratado, puedan quedar sujetas a un régimen diferente.

46. Sin perjuicio de estas precisiones, el Sr. Mikulka acepta las proposiciones del Relator Especial como hipótesis de trabajo.

47. El Sr. ECONOMIDES considera que en materia de reservas la Comisión debe proceder con una prudencia extrema. Por ejemplo, el Relator Especial ha dicho que en su concepto las declaraciones de que tratan los proyectos de directriz 1.1.3 y 1.1.8 son reservas en el verdadero sentido de esta palabra. Ahora bien, en la práctica convencional se da el caso de tratados que prohíben expresamente toda reserva; con frecuencia se trata de instrumentos de derechos humanos, pero también de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. ¿Cabría deducir de esto que toda exclusión de la aplicación territorial de esos instrumentos queda automáticamente prohibida porque se trata de reservas? En realidad, los tratados de esta naturaleza contienen cláusulas especiales relativas a su aplicación territorial, lo que muestra que las notificaciones de aplicación territorial o de exclusión de la aplicación territorial no se consideran como reservas.

48. Por otra parte, el Sr. Economides entiende que una notificación de la exclusión total de la aplicación de un tratado respecto de un territorio no es una reserva: se trata de una cláusula cuya condición jurídica es diferente. En cambio, como ha señalado el Relator Especial, la notificación relativa a la exclusión, limitación o modificación de una determinada disposición de un tratado en relación con un territorio constituye ciertamente una reserva.

49. El Sr. BENNOUNA dice que, después de escuchar las explicaciones del Relator Especial sobre el proyecto de directriz 1.1.3, podría aceptar que sea remitido al Comité de Redacción, a condición de que las palabras «de un tratado», que figuran en la segunda línea, se sustituyan por las palabras «prevista en un tratado».

50. En cambio, el proyecto de directriz 1.1.8 plantea una cuestión de principio, sobre la cual sólo incumbe pronunciarse a la Comisión y que no podría quedar entregada a la decisión del Comité de Redacción. En el fondo, el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 dispone que la aplicación territorial de un tratado sólo podrá sujetarse a condición cuando el propio tratado haya previsto esa situación, y no es casualidad que este artículo figure en la sección titulada «Aplicación de los tratados» y no en la sección «Reservas». La norma de derecho internacional —que ciertamente no es una norma imperativa— es la de que un tratado se aplica a todo el territorio, salvo que el tratado contenga una disposición diferente. Así, antes de pronunciarse sobre la remisión al Comité de Redacción del proyecto de directriz 1.1.8, la Comisión debe decidir la cuestión de principio de saber si a falta de disposiciones en ese sentido en un determinado tratado, un Estado contratante puede excluir una parte de su territorio de su aplicación.

51. El Sr. PELLET (Relator Especial), haciendo una aclaración a la observación del Sr. Mikulka sobre la frontera entre la interpretación y la modificación de un tratado, señala que evidentemente no se trata de tocar el régimen de Viena. Sin embargo, esto no impide a la Comisión, por la vía de la interpretación, modernizar o completar ese régimen de manera constructiva. En efecto, un texto debe interpretarse en función de la evolución del derecho internacional y de las necesidades que hayan surgido. La Comisión privaría de gran parte de su sustancia a los trabajos que realiza actualmente si se mostrara demasiado formalista.

52. En lo que respecta a un problema diferente planteado por el Sr. Economides y el Sr. Bennouna, el Relator Especial cree entender que en la Comisión ha surgido un consenso suficientemente amplio para considerar que las reservas que acompañan a las notificaciones de aplicación territorial son verdaderas reservas. Este es el espíritu del proyecto de directriz 1.1.3, cuya forma podría revisar el Comité de Redacción. El Relator Especial sigue considerando que incumbe a la Comisión pronunciarse sobre los

problemas de principio y al Comité de Redacción redactar. En todo caso, considera que el Sr. Bennouna no plantea bien el problema de principio subyacente en el proyecto de directriz 1.1.8, esto es, el problema de la exclusión de la aplicación territorial. Según cree entender, para el Sr. Bennouna, el Sr. Hafner y el Sr. Economides, las exclusiones de la aplicación territorial no son reservas. El Sr. Hafner ha explicado su posición señalando que si una exclusión de la aplicación territorial está prevista en el tratado, lo que se aplicaría sería el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 y así, pues, todas las demás reservas serían inaceptables. El Relator Especial reitera que, a su juicio, en este caso se trata de un problema de régimen especial y que, sobre este punto concreto, deberá considerarse que la exclusión de la aplicación territorial no prohíbe que se formulen otras reservas a condición de que éstas se conformen al espíritu del tratado. En cuanto al argumento de la prudencia esgrimido por el Sr. Economides, el Relator Especial confiesa que no conoce ningún tratado que prohíba las reservas pero que prevea una exclusión de la aplicación territorial. No obstante, reconoce que ésta no es una razón suficiente para rechazar la objeción del Sr. Economides porque el problema podría plantearse. Pero, aun en el caso de que se planteara realmente, no sería un verdadero problema puesto que las partes en un tratado pueden, según su voluntad, modular el régimen de reservas. En este caso, se trataría de una graduación del consentimiento para obligarse en un tratado a la cual no se aplicarían las futuras directrices puesto que el propio tratado así lo dispone. Por ello, el Relator Especial opina que los argumentos esgrimidos no son determinantes para considerar que las exclusiones de la aplicación territorial no son reservas. Sigue pensando que el efecto de las cláusulas de exclusión de la aplicación territorial es el de modificar los efectos del tratado en su aplicación al Estado de que se trata.

53. En respuesta al Sr. Bennouna, que ha destacado el hecho de que la exclusión de la aplicación territorial puede aceptarse como reserva si ella está prevista en un tratado, el Relator Especial dice que esto es evidente pero que lo mismo también es cierto cuando esa exclusión se hace en aplicación de las reglas del derecho internacional general sobre cuya existencia, a su juicio, no incumbe prejuzgar a la Comisión. Por último, en lo que respecta al contraargumento del Sr. Bennouna, basado en el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 y en el hecho de que la Comisión sólo ha de ocuparse del consentimiento de las partes en obligarse por un tratado, consentimiento con el que las reservas guardan relación, el Relator Especial observa que ese argumento no es del todo exacto; en efecto, la definición de la reserva que figura en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 también remite al problema de la aplicación de los tratados. Convendría, pues, que la Comisión no dejara de lado el problema de la exclusión de la aplicación territorial de los tratados.

54. El Sr. BROWNLIE apoya decididamente la posición del Relator Especial en lo que respecta a la clasificación de las restricciones a la aplicación territorial. En su opinión, es preferible concebirlas como reservas ya que no divisa cuáles serían las consideraciones de orden público o de política pública que podrían esgrimirse para explicar por qué se debería considerarlas como una categoría diferente.

55. El Sr. HAFNER aclara que la dificultad que se le plantea para considerar las declaraciones relativas a la aplicación territorial como reservas se debe a que personalmente parte de la hipótesis de que por reserva se entiende exclusivamente una declaración hecha en el marco del régimen unitario establecido por la Convención de Viena de 1969 y que el apartado *b* del artículo 19, al que se ha referido el Relator Especial, plantea entonces indudablemente un problema que, por lo demás, es fundamental. Desearía que el Relator Especial reflexionara sobre si es concebible que la oración inicial del artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 se entienda en el sentido de que remite a un régimen especial, distinto del régimen de las reservas o, en otros términos, que indicara cuál sería el tenor de este artículo si se eliminara la parte introductoria que comienza con las palabras «Salvo que una intención», habida cuenta de que el artículo 26 no contiene ninguna disposición análoga.

56. El Sr. SIMMA subraya que la existencia del régimen unitario establecido por la Convención de Viena de 1969 no significa que ese régimen sea igualmente aplicable o eficaz en todos los casos. Así, nadie niega que las reservas a los tratados de derechos humanos plantean problemas especiales. A su juicio, el régimen de Viena da una cierta libertad para determinar el tratamiento aplicable a esos tratados y lo mismo sucede con respecto a las reservas relativas a la aplicación territorial; ciertas reglas enunciadas en los artículos 20 y siguientes de la Convención de Viena de 1969 son aplicables en tanto que otras no lo son o no son pertinentes.

57. El Sr. BENNOUNA, dirigiéndose especialmente al Sr. Brownlie, hace notar que una norma de orden público se opone manifiestamente a que se impongan restricciones a la aplicación territorial de un tratado, cual es la norma de que el gobierno de un Estado asume un compromiso con respecto al conjunto de su territorio y no puede excluir a ninguno de sus componentes. Sin embargo, esta norma general no es imperativa y así, pues, se podría suspender su aplicación, pero se debe disponer de una base que lo permita. Ahora bien, si el Relator Especial proporciona esta base al proponer que se incluya una formulación del siguiente tenor: «en el caso de que el tratado u otra norma de derecho internacional lo prevea», conformándose así al espíritu del artículo 29 de la Convención de Viena de 1969, nada se opone a que las declaraciones hechas en este contexto se consideren como reservas.

58. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que el Sr. Brownlie ha señalado en realidad que si en principio un tratado se aplica a la totalidad del territorio del Estado no existe, sin embargo, ninguna norma de orden público, ninguna norma imperativa que prohíba a un Estado excluir de su aplicación a una parte de su territorio. Pese a lo que opina el Sr. Bennouna, esto es exactamente lo que da a entender el artículo 29 sin decirlo; en efecto, en esa disposición no se trata de normas de derecho internacional sino de una intención expresada por otras vías. El argumento del Sr. Bennouna no le parece, pues, del todo convincente. Si se puede expresar una intención esto significa más bien que no existe ninguna norma que prohíba las restricciones de esta naturaleza. A ese respecto, cabe pensar en las reservas hechas por un cierto número de países occidentales que excluyen la aplicación a sus colonias de la Convención para la Prevención y la Sanción del

Delito de Genocidio[5]. Esas reservas le parecen totalmente indefendibles por razones morales pero también por razones jurídicas, en el sentido de que son incompatibles con el objeto y el fin de dicha Convención. Por lo demás, las reservas de esa índole podrían ser declaradas ilícitas por diversas razones, a las que se referirá cuando se examine la cuestión de la licitud de las reservas.

59. El Relator Especial considera que se deben remitir al Comité de Redacción los problemas planteados por los proyectos de directriz 1.1.3 y 1.1.8, aun cuando tiene conciencia de que se requerirá un gran esfuerzo para darles una nueva formulación.

60. El Sr. BENNOUNA destaca el hecho de que no se puede permitir a los Estados que gradúen la aplicación territorial de un tratado si el tratado nada dice al respecto o si, por lo demás, esto no está previsto y propone, dado que parece haber acuerdo, que se incluya en las directrices un recordatorio del artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 o que se reproduzca su texto. Sin embargo, sigue pensando que se trata de una cuestión de principio jurídico y que el acuerdo sobre un texto debe lograrse en la Comisión y no en el Comité de Redacción.

61. El Sr. SIMMA considera que el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 dice una cosa distinta de la señalada por el Sr. Bennouna; en efecto, las partes que no tienen la intención de aplicar el tratado de que se trata a la totalidad de su territorio no necesitan formular ninguna reserva puesto que con este fin una declaración interpretativa es más que suficiente.

62. El Sr. HAFNER se pregunta si no es posible interpretar el régimen de la Convención de Viena de 1969 a partir del artículo 26 del principio *pacta sunt servanda*, cuya aplicación los Estados Partes no pueden suspender salvo por la vía de las reservas. Al recurrir al principio *ut res magis valeat quam pereat*, la primera parte del artículo 29, que plantea un problema, podría interpretarse en el sentido de que excluye el régimen de las reservas del ámbito de aplicación de dicho artículo.

63. El Sr. ECONOMIDES opina que la interpretación del artículo 29 hecha por el Sr. Bennouna es exacta. No cabe ninguna duda de que dicho artículo plantea la norma de que todo tratado se aplica a la totalidad del territorio, sin ninguna exclusión o limitación, a menos que las partes se pongan de acuerdo en esta limitación, ya sea en el propio tratado o en un acuerdo anexo, en su caso. Le parece, pues, inaceptable que, a falta de todo acuerdo tácito o expreso, un Estado pueda por una simple declaración unilateral limitar la aplicación territorial de un tratado. En el presente caso, el Sr. Economides se pregunta si es de suponer que todas las directrices, en su conjunto, se entienden conforme a las condiciones en la Convención de Viena de 1969 o si en cada una de ellas se debería recalcar su conformidad con las disposiciones de dicha Convención. Se trata de una cuestión de técnica jurídica y por esta razón en su intervención anterior dio por sentado que el proyecto de directriz 1.1.3 se conformaba a la Convención de Viena de 1969.

64. El Sr. MELESCANU opina que el artículo 29 enuncia el principio de la aplicación de los tratados a la totalidad del territorio, sin perjuicio de establecer dos excepciones; la primera, de que el propio tratado establezca la posibilidad de limitar su aplicación y la segunda, más interesante, del supuesto de que una intención diferente conste de otro modo. Los ejemplos mencionados por el Relator Especial —cláusula colonial y estatuto jurídico especial de ciertas partes del territorio nacional— son clásicos y guardan relación con la segunda excepción prevista en el artículo 29, dado que en cualquier otro caso ello significaría reconocer al Estado un poder discrecional enorme, que por lo demás no se divisa cómo podría aplicarse.

65. El Sr. PELLET (Relator Especial) reserva su posición con respecto a lo que acaba de decirse sobre la interpretación del artículo 29. En lo que concierne a la definición de las reservas, le parece que hay acuerdo en el sentido de que el artículo 29 no podría tocarse y el argumento del Sr. Bennouna y el Sr. Melescanu no le parece pertinente a los fines de la labor que está realizando la Comisión, habida cuenta de que se trata de preparar una guía de la práctica sobre las reservas y no de la aplicación de las Convenciones de Viena. No es seguro que se deba acordar una importancia determinante a la oración inicial del artículo 29 por el simple hecho de que justamente da comienzo a ese artículo. Por lo demás, no comprende cuál es el alcance del debate puesto que todo lo que se ha avanzado es que la definición de las reservas no debe poner en tela de juicio el régimen general de Viena, sobre lo que hay acuerdo. Aunque comprende las inquietudes expresadas, le parece que no guardan relación con el tema.

66. El Sr. HE también reserva su posición sobre esta cuestión tan compleja de la interpretación y considera que, habida cuenta del escaso tiempo de que se dispone, el debate debería continuar en la segunda parte del período de sesiones, en Nueva York.

67. El PRESIDENTE opina que, en efecto, sería más prudente remitir al Comité de Redacción el proyecto de directriz 1.1.3 únicamente y continuar en sesión plenaria en Nueva York el examen del proyecto de directriz 1.1.8, habida cuenta de las divergencias de opinión que ha suscitado.

68. El Sr. ROSENSTOCK dice que tal vez el problema podría solucionarse desde ya añadiendo en el texto del proyecto de directriz 1.1.8 la siguiente oración: «siempre que sea, por lo demás, admisible». Así, se daría a entender que las declaraciones de exclusión de esta naturaleza normalmente no son admisibles pero que, cuando lo son, constituyen reservas. De ser aceptable esta proposición, el proyecto podría entonces remitirse al Comité de Redacción.

69. El Sr. PELLET (Relator Especial) está totalmente de acuerdo con la idea expresada en la propuesta del Sr. Rosenstock pues es manifiesto que la declaración debe ser lícita, pero se opone enérgicamente a que esta circunstancia se mencione en el proyecto de directriz 1.1.8 porque lo mismo es aplicable a casi todos los demás proyectos de directrices. Para no recargar innecesariamente el texto, propone, pues, que se incluya un proyecto de directriz 1.1.9 que diga, en el fondo, que todas las defini-

[5] Véanse *Traités multilatéraux...* (2542ª sesión, nota 3), pág. 97, y Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 124, pág. 318, vol. 713, pág. 401, y vol. 732, pág. 288.

ciones anteriores son sin perjuicio de la licitud de las reservas.

70. El Sr. MELESCANU considera que si se redacta un proyecto de directriz en este sentido se debería hacer referencia a la Convención de Viena de 1969, dado que de lo que se trata es de la conformidad con su artículo 29 y algunos otros artículos.

71. El Sr. BENNOUNA dice que no se trata aquí de una cuestión de licitud y el propio Relator Especial ha señalado por lo demás que es necesario distinguir entre los problemas de definición de las reservas, por una parte, y, por la otra, los de licitud. En el presente caso se trata de la posibilidad misma de considerar como reserva una declaración restrictiva y no, pues, de una cuestión de licitud sino de admisibilidad. La solución propuesta por el Sr. Rosenstock le parece muy aceptable, pero como el Relator Especial se opone, por su parte, se podría sumar a la posición del Sr. Melescanu, esto es, optar por una formulación que indique en general que las definiciones, es decir, la Guía de la práctica, se han elaborado respetando las disposiciones de la Convención de Viena de 1969, señalando en su caso los artículos pertinentes. De todos modos, es indispensable que la Comisión se ponga de acuerdo sobre lo que ha de remitir al Comité de Redacción.

72. El Sr. ECONOMIDES opina que al examinar el proyecto de directriz 1.1.3, el Comité de Redacción podría tener en cuenta algunos elementos del proyecto de directriz 1.1.8 que permitan aclarar, sin prejuzgar en nada, la cuestión de principio que sigue pendiente.

73. El Sr. PELLET (Relator Especial) sigue oponiéndose a que se remita al Comité de Redacción el proyecto de directriz 1.1.8 con la modificación propuesta. Le parece preferible que la idea expresada en esta propuesta se refleje en un proyecto de directriz 1.1.9, de alcance más general, que se compromete a redactar y que la Comisión debería, a su juicio, examinar en sesión plenaria en Nueva York. En lo que respecta a la propuesta del Sr. Melescanu, no es seguro que lo que se trata de aplicar sea solamente la Convención de Viena de 1969 y preferiría por lo demás que los Estados que no la han ratificado examinen con mucha atención el proyecto de Guía de la práctica.

74. Tras un debate en que participan el Sr. BENNOUNA, el Sr. FERRARI BRAVO, el Sr. PEL-LET (Relator Especial) y el Sr. ROSENSTOCK, el PRESIDENTE sugiere a la Comisión que remita al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1.1.3 y 1.1.8, haciéndole presente que el Relator Especial elaborará una cláusula general sobre la relación con la Convención de Viena de 1969 a fin de aclarar la parte de la Guía de la práctica relativa a las definiciones.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2546.ª SESIÓN

Jueves 11 de junio de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar su proyecto de informe, párrafo por párrafo, comenzando por el capítulo IV, sobre la protección diplomática.

CAPÍTULO IV. – *Protección diplomática* (A/CN.4/L.552 y Add.1)

A.—Introducción (A/CN.4/L.552)

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.552 y Add.1)

Párrafos 4 y 5 (A/CN 4/L 552)

Quedan aprobados los párrafos 4 y 5.

1. INTRODUCCION DEL INFORME PRELIMINAR DEL RELATOR ESPECIAL

Párrafos 6 a 10

Quedan aprobados los párrafos 6 a 10.

Párrafo 11

2. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) propone que las palabras «acuerdos de fomento de las inversiones bilaterales», en la última frase, se sustituyan por «acuerdos de fomento y protección de las inversiones bilaterales». En la misma frase, el término «órganos de reclamación» es un término más apropiado que «comisiones de reclamación». El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas creada por la resolución 692 (1991) del Consejo de Seguridad de 20 de mayo de 1991, que se mencionan

en la nota 10 como ejemplos de las novedades aludidas en la última frase, pertenecen a dos categorías totalmente diferentes. Por tanto, propone suprimir el segundo ejemplo e insertar como primer ejemplo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, órgano del Banco Mundial establecido en marzo de 1965, en el que los individuos están facultados a presentar reclamaciones contra los Estados.

Queda aprobado el párrafo 11, en su forma enmendada.

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12.

Párrafo 13

3. El Sr. BENNOUNA (Relator Especial) propone suprimir las palabras «al que puede renunciar» en la primera frase, dado que pueden inducir a confusiones. Un Estado puede ciertamente renunciar a su derecho a la protección diplomática, pero sólo en el contexto de un acuerdo con otro Estado.

4. Propone enmendar la segunda frase como sigue: «Con cargo a la opinión tradicional de la protección diplomática, el Estado está haciendo valer su propio derecho al apoyar la reclamación de su nacional».

Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.

Párrafos 14 y 15

Quedan aprobados los párrafos 14 y 15.

2. RESUMEN DEL DEBATE

3. ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO DE TRABAJO (A/CN.4/L.552/Add.1)

Párrafos 16 a 49

Quedan aprobados los párrafos 16 a 49.

Párrafo 50

5. El Sr. ECONOMIDES dice que la versión francesa de la frase que hace referencia al incidente del *Rainbow Warrior* no está clara.

6. El Sr. BROWNLIE dice que el caso del *Rainbow Warrior* es un ejemplo interesante de cómo las reclamaciones por daños directos al Estado se combinan frecuentemente con reclamaciones relativas a los intereses de individuos. El Secretario General de las Naciones Unidas, actuando de mediador, concertó un arreglo en cuya virtud se requería, entre otras cosas, que Francia pagara a Nueva Zelandia una cantidad grande como indemnización por la infracción de su soberanía y, al mismo tiempo, indemnizara a la familia del fotógrafo neerlandés que perdió la vida.

7. El PRESIDENTE asegura al Sr. Economides que la versión francesa de la frase se redactará de nuevo para conseguir mayor claridad.

Queda aprobado el párrafo 50 con esa condición.

Párrafo 51

Queda aprobado el párrafo 51.

Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo IV en su totalidad, en su forma enmendada.

CAPÍTULO V.—*Actos unilaterales de los Estados* (A/CN.4/L.555 y Add.1)

A.—Introducción (A/CN.4/L.555)

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.555 y Add.1)

Párrafo 2

Queda aprobado el párrafo 2.

1. INTRODUCCIÓN DEL PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

Párrafos 3 a 18

Quedan aprobados los párrafos 3 a 18.

Párrafo 19

8. El Sr. CANDIOTI dice que tras las palabras *formation of custom* de la versión inglesa se suprima la palabra *study*.

Queda aprobado el párrafo 19, en su forma enmendada.

Párrafo 20

Queda aprobado el párrafo 20.

Párrafo 21

9. El Sr. BENNOUNA dice que la declaración contenida en la primera frase de la versión francesa, *l'estoppel est un phénomène qui ne présente aucun intérêt pour l'étude*, se armonice con la versión inglesa original que dice: *estoppel did not constitute a phenomenon which was of direct concern to the study.*

Queda aprobado el párrafo 21 con esa condición.

Párrafos 22 a 35

Quedan aprobados los párrafos 22 a 35.

2 RESUMEN DEL DEBATE

Párrafos 36 a 61

Quedan aprobados los párrafos 36 a 61.

Párrafo 62

10. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA propone que en la versión francesa la palabra *capables* se sustituya por *susceptibles*.

Queda aprobado el párrafo 62, en su forma enmendada.

Párrafos 63 a 84

Quedan aprobados los párrafos 63 a 84.

Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.

C.—Informe del Grupo de Trabajo (A/CN.4/L.555/Add.1)

Párrafos 85 a 91

Quedan aprobados los párrafos 85 a 91.

Queda aprobada la sección C.

Queda aprobado el capítulo V, en conjunto, en su forma enmendada.

11. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que no está seguro de que la palabra «jurisprudencia», tal como se utiliza constantemente en el capítulo, pretenda referirse a la ciencia o la filosofía del derecho, en el sentido habitual en inglés, o a la jurisprudencia, en el sentido de los sistemas de tradición romanista.

12. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que se refiere a las decisiones judiciales de la CIJ, la Corte Permanente de Arbitraje y otros tribunales y comisiones arbitrales.

13. El Sr. DUGARD (Relator) dice que ha entendido que el término significa tanto la jurisprudencia como la doctrina, por ejemplo en la referencia «un nutrido cuerpo de jurisprudencia» en el párrafo 50. Tiene la impresión de que el uso del término a lo largo del capítulo es aceptable a los anglófonos.

CAPÍTULO VI.—*Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)* (A/CN.4/L.554 y Corr.1 y Add.1 y 2)

A.—Introducción (A/CN.4/L.554)

Párrafos 1 y 2

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.554 y Corr.1)

Párrafos 3 a 5

Quedan aprobados los párrafos 3 a 5.

1. PRESENTACION DEL PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

Párrafo 6

Queda aprobado el párrafo 6.

Párrafo 7

Queda aprobado el párrafo 7 con un leve cambio de redacción.

Párrafos 8 a 25

Quedan aprobados los párrafos 8 a 25.

2. RESUMEN DEL DEBATE

Párrafos 26 y 27

Quedan aprobados los párrafos 26 y 27.

Párrafo 28

Queda aprobado el párrafo 28 con un leve cambio de redacción.

Párrafos 29 a 38

Quedan aprobados los párrafos 29 a 38.

Párrafo 39

14. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que, a fin de establecer un paralelo con el párrafo 38, que utiliza las palabras «los principios de forma», al comienzo del párrafo 39 deberían insertarse las palabras «En lo que respecta a los principios de fondo».

Queda aprobado el párrafo 39, en su forma enmendada.

Párrafos 40 a 46

Quedan aprobados los párrafos 40 a 46.

CAPÍTULO VIII. —*La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados* (A/CN.4/L.559 y Corr.1)

A.—Introducción (A/CN.4/L.559)

Párrafos 1 a 4

Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.559 y Corr.1)

Párrafos 5, 5 *bis* y 6

Quedan aprobados los párrafos 5, 5 bis *y 6.*

Queda aprobada la sección B.

Queda aprobado el capítulo VIII en conjunto.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación*)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación*)*

15. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), presentando el capítulo II de su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7), dice que se ha distribuido en una versión oficiosa en inglés y francés solamente y que es incompleto, ya que carece de notas y cuadros. Trata dos cuestiones relativas al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados: las cuestiones de terminología que se plantean respecto de los artículos en conjunto y las recomendaciones relativas a los principios generales enunciados en los artículos 1 a 4 del capítulo I (Principios generales) de la primera parte.

16. El Grupo de Trabajo encabezado por el Sr. Simma ha comenzado la tarea de examinar los artículos de la primera parte mediante referencia a los conceptos tradicionales de normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*. Se han señalado algunas cuestiones de la primera parte que exigen mayor elaboración, pero el esfuerzo requerido será pequeño. El resultado de las deliberaciones del Grupo de Trabajo se reflejará plenamente en su segundo informe.

17. Dejando aparte el artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales), y con el firme propósito de volver a las cuestiones planteadas durante el debate del artículo, la Comisión está entrando ahora en el examen sustantivo de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados, en segunda lectura. Este proceso, que continuará más o menos a lo largo de los tres próximos años, constituye una especie de «examen de trabajo» del proyecto. La práctica de la Comisión es la de no adoptar un proyecto de artículo definitivamente en segunda lectura hasta que ha aprobado todo el proyecto, por la sencilla razón de que el proyecto de artículos ha de considerarse como un todo, habida cuenta de las posibles relaciones entre sus partes. Los artículos 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos) y 40 (Significado de «Estado lesionado»), por ejemplo, están íntimamente relacionados entre sí. Por tanto, aunque cada artículo será examinado en cuanto al fondo, se dejará abierta la posibilidad de volver a artículos anteriores, si es necesario. Aunque se informará a la Comisión de la marcha de los trabajos del Comité de Redacción, los artículos siguen bajo la responsabilidad del Comité de Redacción.

18. La segunda observación respecto de la tarea en marcha es que los trabajos sobre los artículos de la primera parte, en particular los capítulos I y II (El «hecho del Estado» en el derecho internacional), no prejuzgan las conclusiones a que pueda llegarse respecto del artículo 19. Si se adopta la noción de crímenes internacionales del Estado en el sentido propiamente dicho, ello requeriría en la primera parte cambios más extensos de los previstos en la actualidad.

19. En cuanto a las cuestiones de terminología, un rasgo notable del proyecto de artículos es que no contiene una cláusula con las definiciones. A su juicio no es necesaria, ya que el proyecto especifica el sentido de los términos cuando se necesita y lo hace con elocuencia. La cuestión tal vez podría reexaminarse en una fase ulterior.

20. La expresión «hecho internacionalmente ilícito» tiene su equivalente directo en cinco de los idiomas de trabajo de las Naciones Unidas, pero el Sr. Lukashuk ha indicado que la versión rusa está más próxima a «hecho internacionalmente ilegítimo». Sin embargo, la diferencia no le parece tan grande, y la expresión «hecho internacionalmente ilícito» está tan bien establecida en el debate general sobre la responsabilidad que no se justifica un cambio.

21. Un cuadro que ha de incluirse en su primer informe prevé los equivalentes en todos los idiomas de trabajo de varios términos clave: hecho internacionalmente ilícito, infracción de una obligación internacional, acto de un Estado, atribución, circunstancias que excluyen la ilicitud, Estado lesionado, «Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito» y daño. La palabra inglesa *act* no denota tanto la acción como la omisión, como sucede con el término francés *fait* (hecho), pero el artículo 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado) deja perfectamente claro que la palabra *act* se utiliza tanto en sentido de acción como de omisión.

* Reanudación de los trabajos de la 2540.ª sesión.

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

22. La expresión «Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito» es engorrosa y plantea un problema de fondo. El uso del tiempo pasado «haya cometido» implica que está claro, en el momento de la controversia, cuál de los Estados tenía la culpa. Aunque esto puede ser en efecto cierto en algunos casos, hay muchos casos, incluido el ámbito de las contramedidas, en que no lo es. El orador cita el laudo arbitral en el asunto *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*[4] y el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, en el que cada Estado afirmó que el otro había cometido un hecho internacionalmente ilícito. En el asunto *Détroit de Corfou*, la CIJ determinó que ambos Estados habían cometido hechos internacionalmente ilícitos de diferentes tipos. Ningún cambio de terminología podría resolver este problema. En muchas controversias sobre responsabilidad hay un auténtico desacuerdo acerca de los hechos o de la posición jurídica, y hay una gran diferencia entre invocar derechos presuntos o invocar derechos demostrados.

23. No obstante, es deseable un cambio terminológico y, por tanto, propone que la expresión «Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito» se sustituya por el «Estado infractor» en todo el proyecto de artículos. En primer lugar, la nueva expresión es más sucinta y ahorraría un centenar de palabras en la totalidad del proyecto. En segundo lugar, el uso del tiempo pasado implica que el hecho ilícito se ha terminado y ha sucedido en el pasado. Sin embargo, el proyecto se aplica también claramente a los hechos ilícitos de carácter continuo. La CIJ, al ocuparse de la cuestión de las contramedidas en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, utilizó el término «Estado infractor», aunque por lo demás había seguido en general la terminología utilizada en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

24. Los términos «lesión» y «daño» también requieren aclaración. El proyecto habla actualmente del «Estado lesionado», no de lesión, y el término se define en el artículo 40 en el sentido de un Estado que ha sufrido *injuria*, es decir una lesión en el sentido más amplio posible. En ninguna parte del proyecto hay indicación alguna de que la palabra «lesión» sea correlativa a «daño»: un Estado puede sufrir un daño sin resultar lesionado y viceversa.

25. El término «daño» es familiar, aunque se utiliza de maneras diferentes, en varios sistemas jurídicos, y aparece en el artículo 45 (Satisfacción). Pero la palabra «daño», como se utiliza en el proyecto de artículos, se refiere al daño sufrido efectivamente, y se traza una distinción entre daños económicamente evaluables y daños morales: este concepto general de daños debería distinguirse del de «lesión», en el sentido de *injuria* o de ilícito jurídico en cuanto tal.

26. La siguiente sección del primer informe trata de varias cláusulas generales y de salvaguardia, y señala algunas de las cláusulas de salvaguardia que son comunes en los proyectos elaborados por la Comisión, así como las tres cláusulas generales sobre salvaguardias contenidas en el proyecto de artículos, aunque no en la segunda parte, a saber los artículos 37 *(Lex specialis)*, 38 (Derecho internacional consuetudinario) y 39 (Relación con la Carta de las Naciones Unidas). Le complace la sugerencia de que cada una de esas cláusulas de salvaguardia, en especial el artículo 37, se aplique al proyecto en general. Sin embargo, propone aplazar la cuestión de las cláusulas generales y de salvaguardia hasta que se aborden esos artículos de la segunda parte. Es evidente que son necesarias y quizás también otros artículos, pero la Comisión debería proceder antes con los de la primera parte.

27. La primera parte se titula «Origen de la responsabilidad internacional». La palabra «origen» es un tanto insólita, porque puede implicar una investigación histórica o incluso psicológica y una denotación más amplia que la de simplemente una investigación de cuestiones de responsabilidad. El Gobierno francés ha sugerido razonablemente la expresión «fundamentos de la responsabilidad», como se indica en la nota del párrafo 103 del primer informe, que el Comité de Redacción podría considerar.

28. Para resumir sus conclusiones sobre los artículos 1 a 4, que constituyen los principios generales del capítulo I, los artículos 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos), 3 y 4 deberían mantenerse sin modificaciones, pero reordenarse de forma que, utilizando la actual numeración, la secuencia sería: artículo 3, artículo 1 y artículo 4 (Calificación de un hecho del Estado de internacionalmente ilícito). El artículo 2 (Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito) debería suprimirse. El orador explicará las razones de estas propuestas cuando llegue a tratar cada artículo. En efecto, hay una estrecha relación entre los artículos 1 y 3. De ahí que mucho de lo que tiene que decir respecto del artículo 1 abarca cuestiones que algunos gobiernos han suscitado respecto del artículo 3.

29. El artículo 1 dice que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste. Esta disposición tiene por objeto abarcar toda conducta ilícita, ya dimane de acciones positivas, omisiones o de no actuar. Además, el proyecto se ocupa sólo de la conducta internacionalmente ilícita, conducta que constituye una infracción de una obligación internacional. La distinción básica entre normas primarias y normas secundarias se respeta a ese respecto, y el artículo 1 hace esa distinción. Naturalmente, el capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud) de la primera parte trata de las circunstancias que excluyen la ilicitud y plantea cuestiones acerca de los parámetros del tema, especialmente respecto del artículo 35 (Reserva relativa a la indemnización de los daños), pero la Comisión tendrá que abordar eso más tarde.

30. Es sorprendente que cuando la Comisión redactó inicialmente el artículo 1, se proponía dejar abierta la posibilidad de la responsabilidad internacional por actos lícitos. Posteriormente, como es natural, adoptó el tema de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales resultantes de actos no prohibidos por el derecho internacional y ha venido examinando el tema desde entonces. Parte del problema es que el inglés es el único idioma de las Naciones Unidas que distingue entre *responsibility* (por conducta ilícita) y *liability* (por conducta lícita). Que esa distinción no pueda hacerse en los demás idiomas de

[4] Laudo arbitral de 9 de diciembre de 1978 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII [número de venta: E/F.80.V.7], págs. 454 y ss.).

trabajo ha contribuido enormemente a la confusión. A su juicio, la Comisión debería abandonar totalmente el término *liability* y simplemente admitir que está tratando de ciertas normas primarias.

31. La experiencia habida con el artículo 1 sugiere que la noción de responsabilidad del Estado se limita debidamente a la conducta ilícita según el derecho internacional. Al abordar la responsabilidad del Estado en derecho internacional, la Comisión se ocupa de conductas que son ilícitas en el sentido de que contravienen una obligación internacional. La posibilidad de que haya circunstancias que excluyen la ilicitud no afecta a esa conclusión. Por tanto, la Comisión, habiendo dejado entreabierta la puerta en 1973[5] para otras formas de responsabilidad en el sentido propio de la palabra, debería ahora cerrarla firmemente y admitir que la responsabilidad internacional trata de la responsabilidad por conducta ilícita y que otras cuestiones tienen que ver con las obligaciones de indemnizar o de realizar otros actos en el marco de las normas primarias.

32. Sin embargo, en relación con el artículo 1 se plantean cuestiones graves, en particular la cuestión de si el artículo 1 o posiblemente el artículo 3 deberían contener un requisito adicional de culpa o daño y la de si el artículo 1 debería enunciar no simplemente de quién es la responsabilidad, sino para con quién, porque no dice para con quién el Estado es responsable. Por tanto, respecto de los artículos 1 y 3 se plantean dos cuestiones de fondo: en primer lugar, la cuestión de si los requisitos generales establecidos por la responsabilidad son suficientes, ya que se ha argüido en favor de agregar un requisito de daño, y, en segundo lugar, la cuestión de si el artículo 1 debería establecer, por decirlo así, la relación de responsabilidad con los Estados lesionados, algo que no se hace hasta el artículo 40.

33. La doctrina ha debatido ampliamente la cuestión de un requisito general de culpa para la responsabilidad del Estado. Evidentemente, el proyecto de artículos no contiene tal requisito. Análogamente, ha habido bastante debate sobre si existe el requisito de haber causado un daño al Estado lesionado. Ningún gobierno ha sugerido que tengan que enmendarse los artículos 1 a 3 para agregar el requisito de culpa, pero varios han propuesto que se incluya el requisito de daño en el artículo 1 o en el artículo 3 y que se utilice otro método de redacción, por ejemplo, insertando una referencia al Estado lesionado en el artículo 1 y un requisito de daño en el artículo 40. Esto puede hacerse mediante una adición al artículo 3, como ha propuesto la Argentina, o al artículo 40, acompañada de una revisión al artículo 1, como ha propuesto Francia en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/488 y Add.1 a 3), o de alguna otra forma. Aunque varios gobiernos han hecho esa propuesta, a la mayoría les satisface la formulación de los artículos. Alemania, por ejemplo, ha señalado que el artículo 1, con la denominada responsabilidad objetiva, es un principio generalmente aceptado.

34. La primera observación que hay que hacer es que el proyecto de artículos trata de la enorme gama de obligaciones primarias, sin excepción. Comprende todos los tipos de materias en que los Estados asumen obligaciones en términos muy diferentes. La cuestión del contenido de las obligaciones pertenece a la norma primaria pertinente, ya esté contenida en un tratado, en un acto unilateral, en una norma de derecho internacional general o en otra fuente. Evidentemente, algunas normas de derecho internacional requieren que haya daño a los efectos de la responsabilidad, por ejemplo en el contexto de los daños transfronterizos, en la medida en que existen obligaciones entre los Estados respecto de los cursos de agua internacionales o de la contaminación aérea transfronteriza. Tienen que haberse producido lesiones efectivas; en el laudo arbitral racaído en el asunto *Lac Lanoux*[6] se apoyó la proposición de que el simple riesgo de posibles daños futuros no era fundamento suficiente de la responsabilidad, sosteniendo el tribunal la posición de Francia.

35. Desde que se redactaron los artículos, el asunto que se aproxima más al examen de esa cuestión es el de arbitraje del *Rainbow Warrior*, a saber el arbitraje interestatal entre Francia y Nueva Zelandia, que surgió después de que Francia repatrió a dos agentes que tenían que haber permanecido durante cierto período de tiempo en una isla del Pacífico en virtud de un acuerdo mediado por el Secretario General. La cuestión en el caso fue que, si Francia había sido responsable de la repatriación y del hecho que los agentes no volvieran a las islas, cuál era la forma que debía adoptar la responsabilidad. Inicialmente Francia arguyó que, como no había habido daños, ni siquiera daños morales, Nueva Zelandia no tenía derecho a ninguna indemnización. Nueva Zelandia invocó los artículos 1 y 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados respecto de una obligación convencional que, en términos aparentemente categóricos, exigía que los dos agentes fueran mantenidos confinados en la isla durante cierto período de tiempo. Posteriormente, Francia cambió su posición y aceptó que podía haber daños morales e incluso jurídicos y que no tenía que haber daños materiales para que hubiera infracción de una obligación y, por consiguiente, responsabilidad[7].

36. La noción de daños jurídicos es esencialmente la noción de *injuria*, a la que el orador se ha referido anteriormente. Esta noción va más allá de la idea de daños morales. El tribunal sostuvo que, en el contexto del tratado bilateral, Nueva Zelandia había sufrido daños de carácter moral, político y jurídico, y que, por consiguiente, Francia había sido responsable de la infracción. El tribunal evitó pronunciarse directamente sobre los artículos 1 y 3, pero su laudo no sugirió que hubiera un punto lógico intermedio entre el concepto más estricto de daños morales y el concepto adoptado en los artículos 1 y 3, a saber, que se incurre en responsabilidad cuando se infringe una obligación. La noción de daños jurídicos no es, por decirlo así, una versión en clave menor de la noción de daños morales; es la noción de *injuria* adoptada en los artículos 1 y 3.

[5] Véase 2523.ª sesión, párr. 23.

[6] Véase 2528.ª sesión, nota 3.

[7] Véase *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du* Rainbow Warrior, decisión de 30 de abril de 1990 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX [número de venta: E/F.93.V.3], págs. 215 y ss.).

37. La idea podría expresarse de otra forma: los Estados pueden contraer obligaciones sobre cualquier materia y de cualquier forma. Pueden convenir en que haya responsabilidad sólo cuando se demuestre el daño, pero pueden convenir también en que haya responsabilidad sólo por el mero incumplimiento por el Estado de una obligación determinada, como quiera que esté formulada. Ambos casos son posibles. Evidentemente, los Estados pueden acordar categóricamente que harán o no harán una cosa determinada y que podrían hacerla sólo porque sería muy difícil demostrar que se ha producido un daño a causa de un acto determinado. Por ejemplo, en el marco de la distribución de los recursos hídricos de un río puede ser difícil probar el daño, pero el agua tiene que ser asignada y los Estados acuerdan que sólo sacarán una determinada cantidad del río. Se trata de una obligación. No existe el requisito implícito de daño respecto de otros Estados si se saca una cantidad de agua mayor que la asignada. En el derecho internacional moderno, los Estados asumen muchas obligaciones de carácter específico y no hay razón para imponer a otros Estados la carga de probar, además de la infracción, el hecho de que han sufrido un daño. Si existiera un requisito general de daño para las obligaciones internacionales, ello convertiría en efecto todos los tratados en compromisos provisionales que los Estados podrían desconocer si consideran que el hacerlo no causaría daño material a otros Estados. Ello impondría la carga de probar el daño a los Estados inocentes, lo que es injustificado.

38. El mismo razonamiento se aplica al artículo 3 y es importante en la esfera de los derechos humanos. Es casi natural que otros Estados no sufran daños específicos o identificables como consecuencia de una infracción de una obligación de derechos humanos. Francia admite esta idea en sus comentarios y haría una excepción para los derechos humanos en el requisito general. Pero los derechos humanos no constituyen la única esfera en que ese razonamiento es válido. También se aplica a la esfera del derecho uniforme, por ejemplo, si los Estados se comprometen a adoptar un texto particular como derecho uniforme sobre una materia particular. No se comprometen a dar reparación a ninguna persona o Estado que haya sufrido un daño por el hecho de no adoptar su texto; en vez de ello, se trata de un acuerdo de que el derecho contendrá un determinado elemento. Esto sucede también en la esfera del desarme, los espacios comunes internacionales, la protección del medio ambiente, etc. Son esferas en las que los Estados están interesados en garantizar el cumplimiento y no simplemente en distribuir las pérdidas en caso de incumplimiento. Por tanto, la sugerencia de que se inserte un requisito adicional de daño, ya sea en el artículo 1, 3 ó 40, debería rechazarse. Pero la decisión de rechazarla no debería entenderse que significa más de lo que implica. Lo único que significa es que no cabe presumir el daño en todo caso que entrañe la violación de una obligación internacional.

39. Tres importantes calificaciones hay que hacer en relación con esta posición y que contribuyen mucho a resolver las legítimas preocupaciones de los Estados acerca de las reclamaciones vejatorias, la injerencia de Estados no interesados, etc. El orador se refirió a ellas en el párrafo 117 del primer informe. En primer lugar, es cierto que hay algunas, y quizás incluso muchas, normas de derecho internacional en las que el daño forma parte esencial de la obligación. Un ejemplo famoso es el principio 21 de la Declaración de Estocolmo[8], que se formuló en términos de prevenir los daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional. El requisito del daño se inscribe dentro de una obligación primaria. Pero incluso en los casos en que esto no sucede, puede verse que la cuestión del daño ha de referirse a la obligación primaria. No es un requisito secundario general.

40. La segunda observación es que la cuestión se plantea en el contexto de las obligaciones *erga omnes*, aunque es distinta de ella. La cuestión de saber si el daño es un elemento necesario del derecho internacional surge bilateralmente con la misma frecuencia que multilateralmente, por ejemplo en el contexto del arbitraje del *Rainbow Warrior*. Por consiguiente, al adoptar el artículo 1, la Comisión no está adoptando una posición sobre la cuestión de los Estados menos que directamente lesionados o de los daños múltiples a diferentes Estados, algo que se plantea en la segunda parte y que habría que considerar. Se trata de una cuestión separada sobre la que la Comisión no adoptará una posición en la fase actual.

41. La tercera observación es que, al decir que el daño no es un requisito de la responsabilidad, la Comisión no afirma en modo alguno que sea irrelevante para la responsabilidad. Es relevante de diversas formas, aparte del hecho de que una norma primaria particular pueda requerir que se haya producido un daño. Por ejemplo, el daño es claramente relevante en relación con la reparación: la cantidad y la forma que la reparación debe adoptar están íntimamente relacionadas con el daño que se haya producido, y la segunda parte arranca de esta base. Análogamente, la existencia o inexistencia de un daño efectivo es relevante en el contexto de las contramedidas, que no deben ser desproporcionadas. Si un Estado no ha sufrido un daño, es una buena razón para limitar su derecho a tomar contramedidas en ausencia de circunstancias especiales.

42. En consecuencia, es importante no exagerar el contenido de la recomendación o de la posición que adopta el proyecto de artículos. Los artículos afirman simplemente una proposición general de que si un Estado infringe una obligación internacional, incurre en responsabilidad. Se trata de una cuestión sencilla y debería tratarse como tal. La misma conclusión podría sacarse respecto del elemento de culpa. Ningún Estado ha argüido que se agregue la culpa como requisito. También en este caso, eso depende de la norma primaria particular de que se trate. La idea ha sido sostenida claramente por Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados. Algunas normas primarias pueden requerir la culpa en cierto sentido. Por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio requiere una intención específica de causar un daño o destruir a un grupo étnico en cuanto tal, y eso es claramente un elemento de culpa. Otras normas contendrían sus propias versiones de lo que constituye culpa a efectos particulares. El orador simplemente afirma que no hay un requisito general de culpa, idea acertadamente sos-

[8] Véase 2529.ª sesión, nota 7.

tenida por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso entre Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en Irlanda del Norte[9]. Esas cuestiones de responsabilidad no inciden en las cuestiones específicas de culpa que puedan aplicarse en relación con normas particulares. De ello se sigue que, por esas dos razones, los artículos 1 y 3 son satisfactorios en su forma actual, pero esta afirmación no debe entenderse que significa nada más que las cuestiones de daño o de culpa se remiten a normas primarias específicas.

43. La cuestión de principio es si los artículos deben especificar a qué Estados se debe responsabilidad y si es suficiente, a los efectos de la primera parte, formular la noción de responsabilidad en términos «objetivos». A este respecto, Francia propone en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados que la expresión «los Estados lesionados» se inserte al final del artículo 1 y a continuación propone una elaborada remodelación del artículo 40. La Comisión tendría que volver a examinar esas propuestas cuando le toque considerar el artículo 40 en el próximo período de sesiones. La primera idea que hay que destacar es que, según acuerdo universal, la responsabilidad de los Estados no se limita a las obligaciones bilaterales o a las relaciones bilaterales de responsabilidad. La relación de responsabilidad que surge de una infracción es, o podría ser, una relación de carácter general o multilateral.

44. La cuestión consiste en saber si, no obstante, es posible tener responsabilidad en abstracto, por decirlo así. Uno de los principios base de la observación del Gobierno francés es que el artículo 40 parece crear una forma de responsabilidad abstracta. Le importa señalar que ese no ha sido el propósito de la Comisión al adoptar los artículos. El proyecto de artículo tiene por objeto tratar el tema de la responsabilidad de los Estados y, en lo que concierne a la primera parte, no se limita a la responsabilidad de los Estados para con otros Estados. Como deja claro el párrafo 121 del primer informe, la Comisión pretendía dejar abierta la cuestión de las entidades distintas de los Estados que pueden invocar esa responsabilidad. En las fuentes no hay ninguna indicación de que las responsabilidades de los Estados para con las personas en derecho internacional distintas de los Estados se basen en condiciones diferentes. Además, sería difícil concebir responsabilidades internacionales que se deban exclusivamente a entidades distintas de los Estados. Formulando la primera parte en términos generales a ese respecto, la Comisión no ha pretendido dejar la idea de la responsabilidad en un vacío. Como se desprende del pasaje contenido en el comentario al artículo 3 citado en el párrafo 121, la idea de una obligación de un Estado siempre es correlativa a los derechos de otros Estados o personas. A ese respecto es partidario de suprimir el adjetivo «subjetivo» que califica la palabra «derecho» en el pasaje aludido.

45. La segunda parte tiene un alcance ligeramente más limitado que la primera parte, ya que trata sólo de los derechos de los Estados lesionados. Ahora bien, esa diferencia, aunque leve, no suscita, a su juicio, ninguna dificultad, ya que no hay razones para pensar que la primera parte se habría redactado diferentemente si el alcance de la segunda parte hubiera sido más amplio. La decisión de limitar la segunda parte al derecho de los Estados lesionados ha sido razonable pero en la coyuntura actual, en la que las obligaciones internacionales son invocadas por individuos en el contexto de mecanismos de tratados particulares y por organizaciones internacionales en el contexto de sus instrumentos constituyentes, así como por otras entidades, es con mayor motivo razonable dejar abierta la posibilidad, como la Comisión lo hizo deliberadamente al adoptar la primera parte[10]. Además de la explicación ya facilitada en el comentario al artículo 3, la observación podría hacerse también en el comentario al artículo 1.

46. Por todas estas razones, recomienda que el artículo 1 se adopte sin modificaciones, a reserva del examen ulterior de su relación con el concepto de «Estado lesionado», tal como se define en el artículo 40 y se aplica en la segunda parte.

47. El artículo 2 dice que todo Estado está sujeto a la posibilidad de que reconsidere que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a su responsabilidad. La proposición es una evidencia total, que nunca ha sido negada por nadie. En efecto, negarla equivaldría a negar el principio de la igualdad de los Estados y todo el sistema de derecho internacional. Además, el artículo no trata directamente el tema de la responsabilidad internacional sino más bien el tema de la posibilidad de esa responsabilidad. Es un ejemplo de una tendencia a la sobreelaboración de los problemas del proyecto de artículos. A su juicio, el artículo es innecesario y podría suprimirse.

48. El artículo 3, por otra parte, es muy importante por las razones estructurales explicadas en el párrafo 134 del primer informe y porque no dice que ninguna condición distinta de la conducta consistente en una acción u omisión atribuible al Estado y constitutiva de una violación de una obligación internacional sea necesaria para calificar de internacionalmente ilícito el hecho de un Estado. Como se dice en el párrafo 132, hay razones para colocar el artículo 3 antes del artículo 1. En lo que respecta a la propuesta de Francia en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados de incluir en el apartado *a* una referencia a los «actos jurídicos» —o más bien los «actos de derecho»—, cree que la actual redacción ya comprende los actos de derecho y que bastaría con hacer la puntualización en el comentario.

49. Por último, la proposición contenida en el artículo 4 ha sido naturalmente reiterada en derecho internacional desde el arbitraje del asunto del *«Alabama»*[11]. Como señaló la CPJI en muchas ocasiones, calificar un acto de ilícito es una función autónoma de derecho internacional que no depende de su calificación por el derecho nacional y no resulta afectada por la calificación del mismo acto

[9] Consejo de Europa, demanda n.º 5310/71, *Irlande* c. *Royaume-Uni*, Informe de la Comisión aprobado el 25 de enero de 1976, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1976*, vol. 19, La Haya, Martinus Nijhoff, 1977, págs. 513 y ss., en particular págs. 759 y 761.

[10] Véase 2532.ª sesión, nota 9.

[11] Decisión de 14 de septiembre de 1872 (Estados Unidos de América *c.* Gran Bretaña), A. de Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, Pédone, 1923, vol. II, págs. 713 y ss.

como lícito según el derecho nacional. Esto no significa que el derecho interno sea irrelevante para calificar de ilícita una conducta; al contrario, podría muy bien ser relevante al respecto de diversas formas. No se han recibido sugerencias de cambios al artículo y, por tanto, recomienda su aprobación.

50. Su propuesta es que la Comisión, tras el correspondiente debate, remita los artículos 1 a 4 al Comité de Redacción con la recomendación de que los artículos 1, 3 y 4 se adopten sin modificaciones y que el artículo 2 se suprima. Debería también pedirse al Comité de Redacción que estudie la posibilidad de cambiar el orden de los artículos y modificar el título de la primera parte.

51. El Sr. BROWNLIE, tras felicitar al Relator Especial por su cuidadosa exposición de la importante cuestión, dice que no tiene la impresión de que los artículos 1 a 4 sean realmente polémicos. Sin embargo, le preocupa la cuestión del daño y desea decir unas pocas palabras en apoyo de la propuesta del Relator Especial de no incluir un requisito separado de daño. La dificultad que plantea el concepto de daño no es sólo semántica sino también conceptual. Como ha explicado el Relator Especial, el contenido de la responsabilidad por actos no ilícitos *(liability)* es definido por las normas primarias en cada caso, y cuando las normas primarias no tratan algún detalle particular, es necesario, especialmente en materia de reparación, volver a los principios generales del derecho internacional.

52. Su objeción al concepto de daño es triple. Primera, hacer del daño un requisito especial crearía *ex post facto* confusiones respecto de las normas primarias, que no suelen contener un requisito respecto al daño, especialmente en términos económicos y materiales. Segunda, la evolución del derecho internacional desde la segunda guerra mundial ha mostrado que puede haber responsabilidad por actos lícitos *(liability)* sin prueba de daños especiales, y el orador, por tanto, es firmemente partidario de utilizar el concepto más general de *injuria* y no el de Estado lesionado. Tercera, teme que exagerar el concepto de daño pueda perjudicar al concepto de daño moral. Como el orador repite constantemente, el interés en un concepto relativamente nuevo como el de obligaciones *erga omnes* tiende a eclipsar la utilidad, particularmente en la esfera de los derechos humanos, de los conceptos ya existentes, como el de daño moral. Sería una pena que, al desarrollar la importancia del concepto de daño, la Comisión, quizá indirectamente, hiciera que cayera en desgracia el concepto de daño moral.

53. Por último, con respecto al concepto de «culpa», en inglés no está siempre claro que el término *fault (culpa)* incluya un elemento de intención *(dolus)*. Por tanto, podría convenir utilizar ocasionalmente en el comentario la expresión «culpa o intención» *(fault or intention)*. En la doctrina norteamericana sobre la responsabilidad extracontractual se tiende a presumir siempre que toda ilicitud es negligencia; pero esto frecuentemente no es así, y a veces clarísimamente no lo es, como en el caso del *Rainbow Warrior*.

54. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que agradece también al Relator Especial su exposición. Como primera reacción, desea apoyar la propuesta de Francia mencionada en la nota a pie de página correspondiente al párrafo 103 de que el título de la primera parte no debería hablar de «origen» sino de «fundamento» de la responsabilidad del Estado, quedando entendido que en la versión francesa el término *basis* se traducirá por *les fondements*. En cuanto a la expresión «Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito» y la propuesta del apartado *b* del párrafo 98 de sustituir esa expresión por «Estado infractor», se pregunta si esa solución no sería incompatible con la recomendación del párrafo 126 de que el artículo 1 se adopte sin modificaciones. Dado que el tiempo apremia, lo mejor sería aplazar la cuestión hasta la segunda parte del 50.º período de sesiones de la Comisión que se celebrará en Nueva York.

55. El Sr. ECONOMIDES dice que respalda las observaciones del Sr. Pambou-Tchivounda sobre el uso del término «Estado infractor». Sería indeseable efectuar el cambio en el brevísimo espacio de tiempo que queda en la actual parte del período de sesiones. En cuanto al resto de las recomendaciones del Relator Especial, acepta que se mantenga el artículo 1, se suprima el artículo 2 y se enmiende el título de la primera parte. Coincide también en que se aprueben los artículos 3 y 4, pero tiene la intención de proponer cambios de redacción en una fecha ulterior.

56. El Sr. MELESCANU dice que el Relator Especial merece el agradecimiento de la Comisión por la preparación y presentación de un documento sumamente interesante que ofrece una excelente base para una eventual decisión. Aun aceptando en principio las principales recomendaciones del Relator Especial, comparte las reservas expresadas por el Sr. Pambou-Tchivounda y el Sr. Economides acerca de la expresión «Estado infractor» y expresa también reservas acerca de la propuesta de suprimir el artículo 2. Hay que admitir que el artículo no añade nada al fondo de los artículos 1 y 3, pero no puede dejar de pensar que algo que queda sin decir puede quedar mejor aún si se dice. Por ejemplo, en su propio país, Rumania, en el que el orador está participando en los trabajos de una nueva constitución, el artículo que proclama que nadie está por encima de la Constitución ha suscitado una enorme cantidad de debates. El Relator Especial tiene sin duda razón desde el punto de vista técnico, pero el orador desea hacer constar sus reservas a la supresión del artículo 2.

57. El Sr. ROSENSTOCK dice que considera que las cuestiones planteadas por los demás miembros hasta ahora son cuestiones de redacción. Ninguna de ellas justifica otra medida que la de remitir los artículos 1 a 4 al Comité de Redacción con miras a que la Comisión aborde el correspondiente informe de ese Comité en Nueva York.

58. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que los miembros que han dicho que el tiempo apremia evidentemente olvidan que la Comisión tiene previsto continuar el examen del tema de la responsabilidad de los Estados esta tarde.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2547.ª SESIÓN

Jueves 11 de junio de 1998, a las 15.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Rosenstock, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. DUGARD desearía que el Relator Especial precisara el enfoque cuya adopción propone a la Comisión en lo que respecta a los artículos 1 a 4, sabiendo que ha sugerido que se mantengan tres de ellos, que se suprima el artículo 2 (Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito) y que se remita el texto al Comité de Redacción. En el caso de otros instrumentos, se ha pensado que no convenía modificar el texto existente. ¿Comparte el Relator Especial esta opinión en lo que respecta a los artículos que deben conservarse o está dispuesto a prever una redacción más elegante en determinados pasajes? Por su parte, el Sr. Dugard piensa que convendría redactar de nuevo algunos de ellos pero sin modificar los principios enunciados, y no está seguro de que esta cuestión dependa únicamente del Comité de Redacción. Incumbe a los miembros de la Comisión pronunciarse a este respecto.

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) reconoce que este problema atañe, efectivamente, a la Comisión en su conjunto. El Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Simma le ha aportado indicaciones en lo que respecta a saber hasta dónde estaba dispuesta la Comisión a ir en el nuevo examen del texto, desde el punto de vista tanto de los principios como de la redacción.

3. En lo que se refiere a los principios, se desprende claramente que algunas disposiciones del proyecto de artículos requieren un nuevo examen, bien porque hayan suscitado un desacuerdo señalado o malentendidos, por ejemplo el artículo 22 (Agotamiento de los recursos internos), o bien porque esas disposiciones estén superadas actualmente o hayan sido puestas en tela de juicio en decisiones ulteriores, por ejemplo el artículo 8 (Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado), que no contiene referencia alguna al caso de que un Estado reivindique *a posteriori* un hecho que no le sería imputable de otro modo. Este supuesto se dio en el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* y llevó a la CIJ a enunciar expresamente dicho principio, que debería, por consiguiente, incluirse en el proyecto de artículos.

4. En lo que se refiere a los principios que la Comisión continúa apoyando porque en su opinión son justos o porque se han recogido hasta tal punto en decisiones ulteriores que sería impensable volver sobre ellos —y tal es el caso de algunos proyectos de artículo—, cabe, sin duda, suponer por lo menos que no debería modificarse su redacción más que si existen razones adecuadas para hacerlo. El Relator Especial es partidario naturalmente de un texto lo más elegante y conciso posible; por ello propone que se encuentre otra fórmula para sustituir la expresión «el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito», que es sumamente pesada y figura hasta unas 20 veces en el texto. A este respecto, no se propone modificar en absoluto los principios, es decir, el fondo; se trata tan sólo de una cuestión de terminología, es decir, de forma. El Comité de Redacción podría llegar a un acuerdo sobre una fórmula como «el Estado responsable», que permitiera eliminar la dificultad mencionada por el Sr. Melescanu (2546.ª sesión), según el cual la redacción actual podría tener una connotación negativa e implicar un elemento de falta, lo que no es necesariamente el caso en la perspectiva de la responsabilidad comprendida en el sentido del artículo 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos). El objetivo es, pues, el de llegar a un equilibrio, es decir, de reformular el texto teniendo en cuenta la intervención ocurrida en los 20 ó 30 últimos años, buscando la coherencia y la elegancia de forma, sin volver por ello a expresiones a las que se han acostumbrado los especialistas del derecho internacional. Algunas de esas expresiones son especialmente poco felices y ponerlas en tela de juicio podría suscitar objeciones, ya que, a fuerza de citarlas, se considera que forman parte del derecho, pero si hay motivos válidos para modificarlas, hay que hacerlo y, al parecer, eso es lo que desea la Comisión.

5. El Sr. ROSENSTOCK dice que no conviene, en efecto, modificar un texto existente, pero que nada lo prohíbe si hay motivos válidos para hacerlo y el texto no se ha hecho sacrosanto por haber sido citado en multitud de ocasiones. Nada impide en particular mejorarlo para hacerlo más claro y facilitar su lectura.

6. El Sr. DUGARD, refiriéndose al criterio de la falta, cree entender que se ha convenido en reconocer que, si se mantuvieran el artículo 19 (Crímenes y delitos internacionales) y el concepto de la responsabilidad penal del Estado, habría que abordar la cuestión de la falta en cuanto condición general y tratar, por lo tanto, la cuestión

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

de la intención culpable *(mens rea)* en el contexto de la responsabilidad de los Estados. Esta cuestión ha sido remitida a un grupo de trabajo, pero, dado que el Relator Especial no se ha referido a las obligaciones *erga omnes* y ha considerado que había que excluir la condición de la falta en la presente etapa, el Sr. Dugard desearía saber si ha previsto la posibilidad de una categoría distinta de responsabilidad con respecto a tales obligaciones.

7. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) hace observar, ante todo, que los miembros de la Comisión están manifiestamente divididos en cuanto al artículo 19 y a la cuestión de saber si éste trata o no de auténticos crímenes. Algunos miembros son partidarios del principio enunciado en el párrafo 2 del artículo 19 sin estar por ello necesariamente de acuerdo con su redacción, interpretando más bien esta noción como un acto ilícito de suma gravedad. Otros se oponen al artículo 19, sin dejar de reconocer que puede haber obligaciones con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y que deben establecerse distinciones, con diferentes fines, entre los hechos ilícitos más graves y los demás, tanto en lo que respecta al grado de gravedad de la violación y a su efecto sobre los Estados como en lo que atañe a las categorías de Estados susceptibles de formular objeciones, presentar una queja o reclamar la cesación o la restitución. Cabe observar, por lo menos, que existe un acuerdo sobre la necesidad de integrar esas distinciones en un régimen de la responsabilidad de los Estados, incluso si continúan los trabajos sobre la manera de hacerlo. En el estado actual del derecho internacional y de las relaciones internacionales, muy pocos miembros de la Comisión están dispuestos a prever una verdadera criminalización del comportamiento de los Estados en el sentido en que se asignaría a tal comportamiento una consecuencia que pudiera calificarse de sanción. Sin embargo, el Relator Especial no excluye la posibilidad de que esta opción de crimen punible acabe por imponerse en el futuro. En la etapa actual, si se le diera cabida en el proyecto de artículos, habría que reexaminar algunos artículos de la primera parte, entre ellos los artículos 1 y 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado), pues es evidente que no puede concebirse un crimen sin el criterio general de la falta, lo que no es necesariamente el caso de la responsabilidad. En los debates, el Relator Especial no se ha detenido en este elemento, que se menciona en los párrafos 108 a 118 de su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7) para no entrar en un terreno susceptible de crear divisiones y porque no le parecía necesario de momento, sin excluir por ello la posibilidad de ocuparse de esta noción en el futuro.

8. En lo que respecta a las obligaciones *erga omnes*, los debates en el Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Simma han hecho ver que las disposiciones de los artículos 1 a 4 se aplicaban, cualquiera que fuese la naturaleza de la obligación —obligación *erga omnes*, norma de *jus cogens* o cualquier otra norma— que ha sido objeto de violación. Por consiguiente, se aplican, ya se trate de una obligación bilateral, de carácter multilateral limitada o *erga omnes*. Así pues, el debate sobre esta cuestión no debería repercutir en esos artículos.

9. El Relator Especial espera que al comienzo de la segunda parte del período de sesiones en Nueva York, sobre la base de un debate muy breve, los miembros de la Comisión llegarán a un acuerdo para remitir los cuatro artículos al Comité de Redacción. Hasta el momento no ha expuesto su punto de vista personal, sino el que han permitido dilucidar los debates dedicados a esta cuestión en el Grupo de Trabajo. No obstante, desea volver sobre algunas cuestiones abordadas en esa ocasión.

10. En lo que respecta al problema de terminología planteado por los Sres. Economides, Melescanu y Pambou-Tchivounda de la fórmula en francés *État auteur du fait internationalement illicite*, cabe observar que en el artículo 1 no se hace referencia expresa a la noción de falta, pero, paradójicamente, esta noción se vislumbra en la expresión utilizada en el texto. Este problema no se plantea en inglés, pues el término *wrongful* no tiene necesariamente la connotación peyorativa de «falta». El Comité de Redacción podría ocuparse de esta cuestión y estudiar la posibilidad de usar la expresión «Estado responsable» *(responsible State)*, que presentaría la ventaja de evitar toda connotación negativa al mismo tiempo que el mérito de la concisión.

11. Por otra parte, el Relator Especial estima que la experiencia adquirida en materia de derecho constitucional interno presenta interés desde el punto de vista de los trabajos relativos a la responsabilidad de los Estados, como ha hecho observar acertadamente el Sr. Melescanu en un grupo de trabajo. El derecho internacional constituye ciertamente una institución autónoma que no depende de ningún sistema de derecho nacional, pero que no por ello puede disociarse de la experiencia adquirida por la humanidad en la esfera del derecho nacional. Si hay que ser prudentes en materia de analogía, es forzoso comprobar, sin embargo, que el derecho internacional recurre constantemente al derecho nacional, sobre todo en lo que respecta a las técnicas y la terminología. Sin embargo, el Relator Especial no está de acuerdo con las conclusiones a que llega el Sr. Melescanu, pues, en primer lugar, no se ha encargado a la Comisión que redacte una constitución internacional, e incluso si así fuera, sería curioso elaborar tal instrumento sobre la base de la violación de las normas primarias que enuncia para los Estados miembros que se adherirán a ella. En efecto, la función normal de una constitución es la de fijar las normas a que los signatarios deben ajustarse y no prever la situación anormal que constituye su violación. Además, recordar que todos los Estados se rigen por el derecho internacional concierne a una cuestión fundamental. Es, ciertamente, importante que en el primer párrafo del Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, aprobado por la Comisión[4], se indique que todos los Estados del mundo forman una comunidad regida por el derecho internacional, pero se trata en este caso de una hipótesis formulada en el preámbulo —y no de un principio enunciado expresamente en un artículo— sobre cuya base se afirma más adelante la noción de la igualdad de los Estados. La responsabilidad de los Estados no constituye sino un aspecto del derecho internacional e incluso no el más importante. No parece, pues, necesario recordar en un texto relativo a un subcomponente del derecho internacional este postulado, que es el fundamento del derecho internacional en su conjunto. Además, este postulado adquiere todo su

[4] *Documentos Oficiales del cuarto período de sesiones de la Asamblea General, Suplemento n.º 10* (A/925), págs. 9 y ss.

sentido en el contexto de la igualdad de los Estados, pero no en el de la responsabilidad de los Estados, y decir que puede considerarse de todo Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito que entrañe su responsabilidad internacional tiende a banalizar la noble idea de la igualdad de los sujetos de derecho. Por estas razones, el Sr. Crawford estima que, si se decidiera añadir un preámbulo al proyecto de artículo, habría que recordar en él este postulado y podría, además, desarrollarse esta idea en el comentario, pero nada justifica su inclusión en el texto propiamente dicho del proyecto de artículos.

12. El Sr. MELESCANU dice que no insistirá en esta idea si nadie además de él la sostiene. En lo que respecta a la expresión «Estado responsable», la posición común de los miembros francófonos de la Comisión es que no constituye sin duda la mejor solución, pues en algunos casos se puede cometer un hecho ilícito sin que entre en juego la responsabilidad, ya que un artículo especial precisa las condiciones en que el autor de un hecho ilícito puede quedar exonerado de responsabilidad. La cuestión es complicada y debería profundizarse.

13. El Sr. ECONOMIDES felicita al Relator Especial por su última comunicación, que, en su opinión, reviste muy alta calidad, y se declara dispuesto a seguir las recomendaciones que hace a la Comisión.

14. Abordando uno por uno los proyectos de artículos que se presentan en ella, dice que el artículo 2 le parece totalmente superfluo. En su opinión, debe suprimirse, pero, como su eliminación podría ser mal entendida, convendría explicar los motivos de ello en el comentario.

15. El artículo 3 parece criticable en cuanto a la forma. El Sr. Economides recuerda, en efecto, que no sólo el comportamiento consistente en una acción o en una omisión puede ser imputable al Estado según el derecho internacional, como se dice en el apartado *a*, sino que la violación de la obligación internacional a que se refiere el apartado *b* debe también ser reconocida como tal desde el punto de vista del derecho internacional, lo que no se dice expresamente. Por ello, el Sr. Economides aconseja que se redacte este artículo de la manera siguiente:

> «Hay un hecho internacionalmente ilícito del Estado según el derecho internacional cuando:
>
> »*a*) Cabe atribuir al Estado un comportamiento consistente en una acción o una omisión;
>
> »*b*) Ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado.»

16. En lo que respecta al artículo 4, el Sr. Economides dice que, en buena doctrina, hay que suponer que es el derecho interno el que debe ser conforme a las disposiciones del derecho internacional y recoger sus soluciones, y no lo contrario. Es ésta una consideración que no se desprende suficientemente de la segunda frase de dicho artículo. Podría sustituírsela útilmente por una fórmula más neutra tal como «El derecho interno no prevalecerá en esta materia sobre el derecho internacional». Por otra parte, esta fórmula sería conforme a la propuesta inicial del antiguo Relator Especial, Sr. Ago[5].

17. En lo que respecta a las dudas de la Comisión sobre la calificación del Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito, el Sr. Economides reconoce que la expresión «Estado culpable» encierra muchas connotaciones, pero que «Estado responsable» no le parece enteramente satisfactoria. Tal vez podría decirse, en francés, *État mis en cause*. El Comité de Redacción encontrará ciertamente una solución elegante a este problema.

18. Por último, refiriéndose a una observación del Sr. Dugard, el Sr. Economides dice que no está seguro de la necesidad de disposiciones especiales acerca de la falta.

19. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) considera enteramente aceptables las enmiendas propuestas por el Sr. Economides. El Comité de Redacción, que se reunirá cuando se reanude el período de sesiones en Nueva York, sacará provecho de ellas.

20. A raíz de un debate en el que participan el Sr. CANDIOTI, el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), el Sr. KUSUMA-ATMADJA y el Sr. ROSENSTOCK, el PRESIDENTE sugiere que la Comisión remita los proyectos de artículo 1 a 4 al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 16.10 horas.

[5] Véase 2523.ª sesión, nota 9.

2548.ª SESIÓN

Viernes 12 de junio de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Srecnivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados *(continuación*)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[1], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación*)*

GUÍA DE LA PRÁCTICA *(continuación*)*

PROYECTO DE DIRECTRIZ 1.1.4

1. El Sr. PELLET (Relator Especial) reanuda su examen del proyecto de directrices [ILC(L)/INFORMAL/12] con el proyecto de directriz 1.1.4, titulado «Objeto de las reservas», que dice: «Una reserva puede referirse a una o varias disposiciones de un tratado o, de forma más general, a la manera en que el Estado se propone aplicar el conjunto del tratado». En su opinión, el proyecto de directriz 1.1.4 es mucho más importante que los examinados hasta la fecha y podría tener consecuencias prácticas.

2. Como señaló en su presentación (2541.ª sesión), ha omitido referirse en el proyecto de directriz 1.1.4 a las organizaciones internacionales, que, evidentemente, quedan también afectadas. Así pues, deben insertarse las palabras «o la organización internacional que la formula» después de las palabras «en que el Estado».

3. El proyecto de directriz 1.1.4 es importante por las siguientes razones: en las Convenciones de Viena, la reserva se define en función de su objeto, es decir en cuanto declaración destinada a excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado u organización internacional que formula la reserva. Los autores han discutido mucho acerca de las palabras «ciertas disposiciones» y sobre si podría llamarse reserva a una declaración que no se refiriera a una disposición o disposiciones concretas, sino al tratado en su conjunto. Esta cuestión hace mucho que ha quedado resuelta en la práctica de una manera que se desvía ligeramente de la letra de la definición de Viena, pero que mantiene su espíritu: mediante la práctica de lo que cabría denominar reservas «generales» o «transversales», es decir, reservas que no se refieren a disposiciones concretas de un tratado sino, de forma más general, a la manera en que el Estado u organización internacional que formula la reserva se propone aplicar el conjunto del tratado. La utilización de esas reservas es muy frecuente: se pueden referir a las circunstancias en que un Estado aplicará, o no, un tratado, o a determinadas categorías de personas a las que se deniegan los beneficios del tratado, o a la exclusión de determinados territorios del conjunto del tratado. En todos esos casos, la reserva no atañe a disposiciones concretas del tratado, sino al efecto del tratado para el Estado que formula la reserva. Que el Relator Especial tenga conocimiento, este tipo de reservas, de las que se ha limitado a citar unas pocas en el párrafo 37 del documento ILC(L)/INFORMAL/11, jamás han suscitado objeciones en sí, siempre que la reserva no fuera incompatible con el objeto del tratado. Esto, por supuesto, concierne a la validez de la reserva y no a su definición. Espera que los miembros de la Comisión limitarán sus observaciones a esta última cuestión.

4. Sería excesivamente formalista por parte de la Comisión que, al interpretar las Convenciones de Viena, no abordara una práctica frecuente que podría presumiblemente originar un problema si un Estado decidiese invocar la definición de Viena en sentido literal, de manera contraria a su espíritu; por ejemplo, si un Estado adujese que algunos expertos jurídicos impugnaban la idea de que una reserva pudiera referirse a un tratado en su conjunto si se considerase la reserva sobre la base de la definición de Viena, lo que, en su opinión, no es muy satisfactorio. No piensa que deba modificarse la definición, sino simplemente interpretarse a la luz de la práctica. Por consiguiente, piensa que la Comisión debería adoptar una redacción del tenor del proyecto de directriz 1.1.4.

5. El Sr. HAFNER dice que prefiere un enfoque práctico que sólo tome en consideración los instrumentos ya existentes. El derecho internacional debe basarse en los hechos. Esto le lleva a plantear algunas dudas que le suscita el proyecto de directriz 1.1.4. El propio Relator Especial ha subrayado el problema que podría originar la cuestión. Interpreta que la propuesta hecha por el Relator Especial (2541.ª sesión) para incluir una cláusula general relativa a la obligación de que las reservas se ajusten a la Convención de Viena de 1969 se refiere no sólo al proyecto de directriz 1.1.3, sino, sobre todo, al proyecto de directriz 1.1.4, y constituye un intento de eliminar algunos problemas que se plantean a tal respecto. En su opinión, el proyecto de directriz 1.1.4 es inaceptable. Si el objetivo del derecho internacional es crear una base para relaciones internacionales estables y predecibles y aminorar su complejidad e incertidumbre, no es probable que las reservas del tipo previsto en el proyecto de directriz 1.1.4 surtan este efecto. Por el contrario, si un Estado formula tal reserva, las demás partes en el tratado jamás sabrán por qué obligaciones el Estado que formula la reserva queda vinculado ni por qué violación de las disposiciones del tratado debe ese Estado asumir responsabilidad.

6. Este tipo de reservas refleja cierta hipocresía por parte de los Estados, que están dispuestos a aceptar un tratado al tiempo que se niegan a quedar vinculados por las obligaciones derivadas de él. Aunque el hecho de ser parte en un tratado sin asumir sus obligaciones pudiera tener un efecto docente sobre un Estado, ello no contribuye a relaciones internacionales previsibles. En la reserva de Austria a la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles[2], citada por el Relator Especial en el párrafo 37 del documento ILC(L)/INFORMAL/11, se dice que «su cooperación dentro del marco de la Convención no puede rebasar los límites determinados por el estatuto de neutralidad permanente». Pero nadie sabe el contenido exacto del estatuto de neutralidad permanente. De aquí el carácter vago de las obligaciones asumidas por Austria.

7. Ha habido ya casos que muestran la impermisibilidad de esas reservas. En primer lugar, se han planteado casos

* Reanudación de los trabajos de la 2545.ª sesión.

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[2] Véase *Traités multilatéraux.* . (2542.ª sesión, nota 3), pág. 920.

ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se ha examinado el ámbito general, o «transversal», de las reservas. Por supuesto, cabe alegar que ello se debe simplemente a la redacción del artículo 64 del Convenio europeo de derechos humanos, pero, en su opinión, dicho artículo refleja el derecho internacional existente. En segundo lugar, algunos Estados, sobre todo miembros de la Unión Europea, han adoptado una posición contra esas reservas. Por citar un ejemplo, han redactado conjuntamente, y transmitido por separado, una declaración en la que se calificaba de inadmisible, debido a su carácter general, la reserva hecha por Arabia Saudita al adherirse a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. La parte de esa reserva que suscitaba objeciones decía: «aplicar las disposiciones [de la Convención] siempre que no contradigan los preceptos del derecho islámico»[3]. Se han hecho declaraciones similares en relación con reservas de análogo carácter. Por consiguiente, en su opinión, la práctica internacional reciente es que las reservas «transversales» previstas en el proyecto de directriz 1.1.4 son impermisibles en derecho internacional y no piensa que deba darse la impresión de que cuentan con algún apoyo.

8. El Sr. ECONOMIDES dice que, si bien el Relator Especial ha reproducido la práctica internacional en esta esfera, el Sr. Hafner ha planteado acertadamente diversos problemas. Mientras que la primera parte del proyecto de directriz 1.1.4, que dice que «una reserva puede referirse a una o varias disposiciones de un tratado», recoge lo que figura en la definición de reserva, la segunda parte, que concierne a «la manera» en que el Estado se propone aplicar el conjunto del tratado, es nueva. Esa «manera» debe ser limitada; de otro modo, la reserva no es tal, sino una declaración interpretativa. Dado que el objeto de redactar una Guía de la práctica para ayudar a los Estados es el de prestarles asesoramiento, podría subrayarse en ella que los Estados deberían evitar la formulación de reservas generales o vagas y enunciar de la manera más clara posible las restricciones que se proponen aplicar al tratado. Las reservas generales del tipo a que se ha referido el Sr. Hafner son inaplicables e introducen un elemento de inestabilidad en las relaciones internacionales, ya que otras partes pudieran no saber exactamente los compromisos que está contrayendo un Estado. Las reservas generales son un hecho, pero deben hacerse más restrictivas y menos generales.

9. El Sr. ROSENSTOCK dice que el orador anterior ha planteado una cuestión interesante al sugerir que se preste asesoramiento a los Estados en la redacción de reservas. Celebra observar que el Sr. Economides no niega que el proyecto de directriz 1.1.4 sea un reflejo razonable del *statu quo* actual. El hecho de que las reservas del tipo mencionado en el texto hayan sido contrarias en algunos casos al objeto y fin del tratado significa sólo que las reservas del tipo más específico a un determinado tratado pudieran ser contrarias a su objeto y fin. La práctica de las instituciones europeas con arreglo al artículo 64 del Convenio europeo de derechos humanos significa simplemente que, cuando hay una obligación específica de pormenorizar la ley, esa obligación no se cumple cuando las instituciones del caso piensen que debería pormenorizarse la ley y sin embargo no insisten en ello en algunos casos, mientras que, en otros, insisten en que hay un defecto al no haberse pormenorizado la ley. Ello no crea una norma universal que prohíba las reservas con respecto a la forma en que un Estado se propone aplicar un tratado. Podría haber algunas reservas tan vagas que resultaran incomprensibles mientras que otras fueran contrarias al objeto y fin del tratado, pero eso no es más cierto, aunque sí más probable, en lo que se refiere a esa categoría de reservas que a las concernientes a una o varias disposiciones del tratado. En consecuencia, aunque mantiene un criterio abierto sobre el hecho de asesorar a los Estados contra la formulación de reservas del primer tipo y prevenirles de que esas reservas pudieran crear problemas, no piensa que pueda llegarse válidamente a la conclusión de que tal reserva es por definición impermisible o que no forma parte de la pauta del comportamiento estatal que la Comisión está tratando de organizar. Desea que se mantenga el proyecto de directriz 1.1.4 exactamente en su redacción actual, con una nota que indique que pudiera ser una de las disposiciones acerca de las cuales la Comisión tal vez desee hacer algunas observaciones.

10. El Sr. PELLET (Relator Especial) señala que no se ha referido a reservas generales, sino «transversales». Algunas de ellas pudieran tener carácter general, pero no así otras. El Sr. Hafner ha planteado la cuestión de la validez de las reservas y no de su definición. La permisibilidad de las reservas «transversales» es una cuestión de derecho de los tratados. Pide a los miembros que tengan presente que el debate se refiere no a la validez sino a las definiciones.

11. El Sr. MELESCANU coincide plenamente en que la redacción del proyecto de directriz 1.1.4 refleja la práctica de los Estados en materia de reservas. Es partidario de ese texto, siempre que se incluya un comentario adecuado.

12. La opinión del Sr. Hafner es válida, pero, como ha señalado el Relator Especial, debe reconocerse que se ha formulado una reserva y, teniendo en cuenta el ejemplo citado por el Sr. Hafner, el Estado debe suscitar una objeción a la reserva. Si la reserva es de carácter tan general que otros Estados no pueden aceptarla, no tienen sino que ejercer su derecho a oponerse a ella. Huelga decir que una reserva así impugnada no surte efectos jurídicos en las relaciones entre los Estados que se oponen a ella y el Estado que la ha formulado. Esta situación no plantea peligro alguno en tanto se apliquen los conceptos básicos de las Convenciones de Viena.

13. En relación con la cuestión planteada por el Sr. Rosenstock, la Comisión no ha debatido si la Guía de la práctica debería ir provista de comentarios. Si así se decidiera, es partidario de que cada definición cuente con una explicación. Nada impide a la Comisión incluir en la definición diversos elementos interpretativos para orientar a los Estados en la aplicación de las reservas. Por consiguiente, debe mantenerse el texto del proyecto de directriz 1.1.4 en su redacción actual y la Comisión debe examinar qué interpretación o asesoramiento incluir en el comentario correspondiente.

14. El Sr. DUGARD dice que podría ser muy difícil en la práctica distinguir entre la definición de una reserva y

[3] Ibíd., pág. 102.

su admisibilidad. Si hay pruebas que sugieran que una categoría determinada de declaración unilateral es inaceptable, ciertamente debería excluirse esa categoría de la definición de reserva. Además, no está convencido de que el proyecto de directriz 1.1.4 refleje exactamente la práctica de los Estados. Muchos Estados han formulado objeciones análogas a la mencionada por el Sr. Hafner a reservas que tenían un carácter innecesariamente vago y general. Cabría, por lo tanto, aducir que la práctica de los Estados no es clara y que hay un margen para el desarrollo progresivo en cuanto alternativa a la codificación de la práctica existente. Debe impugnarse la competencia de un Estado para formular reservas de alcance general, y la Comisión, al tratar de dar una respuesta, debe estar dispuesta a continuar el examen más allá de las disposiciones de las Convenciones de Viena. En conjunto, el proyecto de directriz 1.1.4 requiere un atento examen antes de que pueda ser apoyado por la Comisión.

15. El Sr. HAFNER conoce perfectamente la distinción entre la permisibilidad de las reservas y su definición y jamás ha dado a entender que las declaraciones mencionadas en el proyecto de directriz 1.1.4 no fueran reservas. Le plantea un problema la utilización de la palabra «puede», que no deja en claro si el proyecto de directriz se refiere a una definición o a la permisibilidad.

16. En respuesta al Sr. Rosenstock, dice que deben tomarse en cuenta todos los aspectos de la práctica de los Estados, incluidas las objeciones, que pudieran formularse no sólo a las reservas permisibles en el sentido de las Convenciones de Viena sino también a reservas de un tipo diferente que se considerasen impermisibles. Ha citado el texto de la objeción de la Unión Europea para resaltar esta cuestión.

17. El Sr. SIMMA piensa que el debate tropieza con dificultades por lo que él denominaría el «menú» presentado por el Relator Especial: se ha ofrecido a la Comisión una tentadora lista de platos, pero se le ha dicho que se ocupe únicamente de su ortografía y gramática, sin probar ninguno de los platos. Sería frustrante el hecho de centrarse en la definición contenida en el proyecto de directriz 1.1.4 pasando por alto los problemas que plantea. La idea de una definición de las reservas que se refiera únicamente a los casos en que sean permisibles *per se* es absurda. La manera en que un Estado se propone aplicar un tratado en su conjunto podría, en algunos casos, ser impermisible por tener un alcance demasiado general o amplio, opinión que ha expresado anteriormente en relación con reservas a tratados de derechos humanos. Pero la situación es diferente si un Estado indica, por ejemplo, que debe interpretarse un tratado a la luz de una disposición claramente enunciada en su Constitución.

18. El Sr. MIKULKA comparte la preocupación del Relator Especial acerca de las declaraciones generales que pretenden indicar la manera en que un Estado aplicará la totalidad de un tratado. Conviene en que deben examinarse las consecuencias jurídicas de esas declaraciones y el régimen aplicable a ellas. Por consiguiente, no ve motivos para que se reconozcan *a priori* esas declaraciones como reservas en el proyecto de directriz 1.1.4, puesto que no quedan necesariamente incluidas en el ámbito de la definición. La definición de la Convención de Viena de 1969 se refiere a la exclusión o modificación del efecto jurídico de «ciertas» disposiciones de un tratado. El corolario *a contrario* de ello es el de que no debería pretenderse que una reserva excluyera o modificara el efecto jurídico del tratado en su conjunto. A este respecto, el proyecto de directriz 1.1.4 parece contradecir la definición de Viena. Sin embargo, el Relator Especial ha señalado acertadamente a la atención la existencia de una zona gris del derecho que requiere ulterior estudio.

19. El Sr. CRAWFORD está plenamente de acuerdo con el Sr. Simma y el Sr. Mikulka. Los debates no deben limitarse a la definición contenida en el proyecto de directriz 1.1.4 sin hacer referencia alguna a las consecuencias de calificar una determinada declaración de reserva. El establecimiento de un sistema unitario de reservas podría implicar que algunas declaraciones dudosas son en cierto sentido permisibles. Insta al Relator Especial a que parta de la base de que debe abordarse la cuestión de la permisibilidad. En cualquier caso, habrá que examinar en su momento la relación entre las definiciones adoptadas y el fondo de los proyectos de directrices.

20. El Sr. MELESCANU dice que, incluso si la Comisión no hace referencia alguna a las reservas generales en la Guía de la práctica, los Estados continuarán formulando tales reservas, ya que las Convenciones de Viena tan sólo prohíben las que son incompatibles con el objeto y fin del tratado o las que están expresamente prohibidas. No debe impedirse a los Estados que ejerzan ese derecho.

21. El Sr. GALICKI dice que se necesita un debate mucho más prolongado y detallado antes de que la Comisión pueda decidir si cabe calificar, o no, de reservas algunas declaraciones. Tiene la impresión de que el Relator Especial se siente inclinado a ampliar la cuestión del objeto de las reservas para incluir la más extensa gama posible de declaraciones unilaterales hechas por los Estados en relación con los tratados. No está convencido de que sea ésta la forma adecuada de proceder. La Comisión debe reconocer que las reservas no son en absoluto el único tipo de declaración unilateral que puede formularse.

22. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que los miembros que temen que el proyecto de directriz 1.1.4 valide de algún modo las reservas generales han basado su argumento en el hecho de que esas declaraciones no constituyen reservas con arreglo al régimen de Viena, refiriéndose a la disposición relativa a la incompatibilidad con el objeto y fin del tratado. Al hacer esto, reconocen su condición de reservas, aunque de tipo inadmisible.

23. Comprende la frustración de los miembros al verse privados por el momento del sabor de los alimentos, pero sin esa disciplina tal vez se verían tentados a probar demasiados platos a la vez. Es razonable comenzar con las definiciones en lugar de quedarse atascados en argumentos no productivos.

24. Conviene con el Sr. Hafner en que la palabra «puede» es poco feliz. Ciertamente, no se proponía transmitir ningún sentido de autorización o aprobación. A lo que se refería es al hecho de que una declaración unilateral por la que un Estado u organización internacional indica la manera en que se propone aplicar el tratado en su conjunto debe ser considerada como reserva. Una declaración de este tipo quedará sujeta al régimen de reservas, por lo que debe ser compatible con el objeto y fin del tratado.

Si la Comisión abandona la idea de una definición del tenor de lo propuesto en el proyecto de directriz 1.1.4, daría a entender que reservas tales como la formulada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[4], a que se hace referencia en el párrafo 37 de los documentos ILC(L)/INFORMAL/11 e ILC(L)INFORMAL/12, son inadmisibles, lo que no es claramente el caso. A diferencia del Sr. Hafner, piensa que la reserva de Austria mencionada en ese mismo párrafo es también un sólido y característico ejemplo de otras muchas reservas «transversales» legítimas. Aunque no están incluidas en la letra de las Convenciones de Viena, su omisión de la Guía de la práctica sería un caso de conservadurismo empecinado.

25. El Sr. Crawford ha dicho que debe ahora examinarse la cuestión de la permisibilidad. Esto equivaldría a poner el carro delante del caballo. Para determinar si las reservas son permisibles, debe primero establecerse si cabe calificarlas de reservas.

26. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que la relación entre la definición y la permisibilidad de una reserva no es fortuita ni imaginaria, sino que debe tenerse en cuenta en todo momento. La Comisión no debe presentar a los Estados una Guía de la práctica en la que no se mencione su obligación de cumplir las Convenciones de Viena. El régimen establecido en esas Convenciones en su integralidad debe ocupar el primer plano de la Guía de la práctica como marco constante de referencia. Sin embargo, en el proyecto de directriz 1.1.4 se da por supuesto. Propone que se haga una referencia expresa a él, al final de la directriz, añadiendo las palabras «siempre que se mantengan con ello el objeto y fin del tratado». Sin esa adición, se siente renuente a apoyar la directriz.

27. El Sr. BROWNLIE dice que el Relator Especial ha puesto en claro que los parámetros estipulados en el proyecto de directriz 1.1.4 no tienen por finalidad tratar la cuestión de la validez. No obstante, su redacción y el hecho de que queden incluidos en el epígrafe de la «definición de reservas», junto con la presunción de regularidad, podrían inducir al lector a suponer que hay una validez *prima facie* oculta en la gama de posibles reservas bosquejada por el Relator Especial. El problema ahora no es el de llegar a un acuerdo sobre el párrafo entre los miembros de la Comisión, sino el de que el Comité de Redacción encuentre las palabras adecuadas que indiquen que, con independencia de la cuestión de la definición en sí, el fin de la redacción —fin importante— es el de poner en claro el alcance de la Guía de la práctica.

28. El Sr. CRAWFORD conviene con esas observaciones y dice que no tiene objeciones a que se remita al Comité de Redacción el proyecto de directriz 1.1.4. Sin embargo, no debe exagerarse la medida en que la práctica de los Estados ha ido más allá de la definición de reservas dada en la Convención de Viena de 1969. A muchos Estados les suscitan graves preocupaciones las pretendidas reservas que de hecho excluyen del ámbito del tratado todo lo que un gobierno puede considerar contrario a la constitución o ética religiosa de la nación. Esos Estados no están dispuestos a renunciar a un posible argumento con arreglo a las Convenciones de Viena admitiendo de antemano que todas esas reservas «transversales» son reservas definidas en dichas Convenciones. Quieren ver cómo funcionará el régimen de la Convención de Viena de 1969 respecto de las reservas «transversales». Por consiguiente, el acuerdo en remitir la cuestión al Comité de Redacción debe entenderse sin perjuicio de este punto de fondo, que no puede ocultarse bajo el epígrafe de una definición.

29. El Sr. ECONOMIDES se opone a la distinción que se ha hecho entre las definiciones y la validez de las reservas. Si hay definiciones, cabe formular una reserva general para indicar la manera en que un Estado se propone aplicar una convención, y no puede decirse que tal reserva sea inválida. El debate ha mostrado que algunas reservas «transversales» son permisibles: se ha citado como ejemplo la reserva del Reino Unido al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De este modo, una reserva puede excluir la aplicación de todas las disposiciones de un tratado, pero sólo respecto de determinadas categorías de personas, y ser, no obstante, perfectamente válida.

30. Ahora bien, algunas reservas generales son permisibles por dos razones. En primer lugar, porque no se trata de auténticas reservas, ya que no especifican restricciones, y, en segundo lugar, porque son tan vagas que las demás partes en el tratado no tienen manera de saber a qué concierne la reserva. Esas reservas no pueden aplicarse en la práctica. La Comisión debe impartir orientación a los Estados que aplican la Convención de Viena de 1969 sobre cuáles son precisamente las reservas «transversales» válidas y las que no lo son. Si se remite el caso al Comité de Redacción, debe darse competencia a éste para que se ocupe de esa cuestión de fondo y examine cuidadosamente los elementos constitutivos de una reserva «transversal» para su inclusión en un texto apropiado.

31. El Sr. ROSENSTOCK dice que las observaciones hechas por el anterior orador indican que podría remitirse la cuestión al Comité de Redacción. Sin embargo, debe obrarse con prudencia al sugerir que las reservas «transversales» podrían estar sujetas a criterios distintos de los aplicables a toda reserva, a saber, que sea incompatible con el objeto y fin de un tratado, que sea demasiado vaga o que esté expresamente prohibida por el tratado, y así sucesivamente. No es útil el centrar la atención en las reservas «transversales» si se va más allá de observar que, por su propia naturaleza, tienden a plantear determinados problemas. La práctica de los Estados de aceptar esas reservas desde la entrada en vigor de la Convención de Viena de 1969 deja escaso margen para alegar que su aceptación es incompatible con el significado de la Convención según lo entienden los Estados. No conoce ningún caso de que un Estado haya rechazado una reserva por ser «transversal»; los Estados rechazan las reservas por ser demasiado vagas o demasiado generales. Un caso al respecto es la reserva del Reino Unido al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo que se refiere al personal militar y a los detenidos. Hay otros casos en que los Estados han aceptado claramente reservas «transversales».

32. El Sr. Sreenivasa RAO dice que, en definitiva, la piedra de toque no es el objeto de la reserva ni la manera en que se ha hecho, sino si es compatible con el objetivo

[4] Ibíd., págs. 139 y 140, y Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 999, págs. 287 y 288.

y los criterios básicos del tratado. Cuando, al aceptar un tratado, los Estados dan a conocer su posición acerca de la manera en que van a aplicarlo, se suscitan con frecuencia dudas sobre si están formulando una reserva o una declaración interpretativa y no sobre si esa declaración es, o no, permisible. Es evidente que los autores de tratados concernientes a amplios objetivos sociales no esperan que, una vez firmado el tratado, se resuelvan todos los problemas. Cuando los Estados, aun aceptando el impulso básico a que obedece la concertación del tratado, afirman que desean aplicar éste de una determinada manera, se plantea la cuestión de si esa declaración constituye efectivamente una reserva. No está de acuerdo en que por el solo hecho de hacer tal declaración ésta sea automáticamente permisible.

33. El Sr. MIKULKA dice que es cierto, como ha dicho el Sr. Rosenstock, que algunas declaraciones unilaterales de carácter general han sido rechazadas precisamente porque eran demasiado vagas. Pero éste es exactamente el problema: el aspecto de la certidumbre, la exigencia de que la reserva se exprese de manera bien definida y con un claro propósito, tiene que formar parte de la definición de las reservas. ¿Por qué debe considerarse automáticamente como reserva una declaración del todo incomprensible? Como ha sugerido el Sr. Sreenivasa Rao, cabe pensar que se trata de una declaración interpretativa.

34. Las observaciones del Relator Especial han puesto en claro que la redacción del proyecto de directriz 1.1.4 es lo contrario de lo que deseaba expresar, al ser su intención que todas esas declaraciones vagas se examinasen a la luz de las exigencias que se aplican a las reservas. Esto es exacto, pero iría, por su parte, más allá para decir que la auténtica cuestión es lo que sucede si un Estado formula una declaración general sobre la manera en que se propone aplicar un tratado. Debe evitarse calificar a esa declaración de reserva desde el principio mismo.

35. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que los miembros de la Comisión parecen convenir en que las declaraciones «transversales» podrían ser reservas; y todo lo que pide es que se especifique esto en la Guía de la práctica. Se trata, después de todo, de la más grave omisión que ha descubierto en la definición de las reservas enunciadas en la Convención de Viena de 1969. El Sr. Economides ha señalado a la atención dos casos en los que esas declaraciones no pueden ser consideradas reservas: cuando son declaraciones interpretativas y cuando son demasiado vagas. Aunque esto es cierto, sigue convencido de que debe entrar en juego la cuestión de la permisibilidad.

36. Conviene con el Sr. Brownlie en que debe abordarse en la Guía de la práctica la cuestión que se está debatiendo. No piensa que debería remitirse al Comité de Redacción un texto sujeto a la condición, por ejemplo, de que reexamine el régimen de reservas en su totalidad. En cualquier caso, ha prometido a la Comisión que presentaría un proyecto de directriz 1.1.9, que sería una cláusula de «salvedad»; de aquí que, cualquiera que sea el texto que se decida para el proyecto de directriz 1.1.4, ello no prejuzgaría en modo alguno la validez de las reservas o de las declaraciones interpretativas. En resumen, piensa que se ha llegado a un acuerdo general en cuanto al fondo en la Comisión, pero que hay razones fundadas para modificar la redacción del proyecto de directriz 1.1.4, que suscita algunos malentendidos.

37. El Sr. HAFNER dice que esto es precisamente lo que ha tratado de puntualizar. La cuestión básica, como ha señalado el Sr. Mikulka, es la de si toda declaración destinada a modificar el ámbito de las obligaciones y derechos dimanados de un tratado debe calificarse de reserva. Tiene algunas dudas. Si, por ejemplo, un tratado excluye todas las reservas, pero un Estado formula una que está destinada a modificar las obligaciones derivadas del tratado y otras partes reaccionan tan sólo con el silencio, ¿cuál sería la situación? ¿Ha formulado dicho Estado una reserva, después de todo? ¿Se ha concertado implícitamente un acuerdo entre los Estados? Este problema está subyacente en el texto del proyecto de directriz 1.1.4 y la definición de las reservas en general, y tiene que resolverse.

38. El Sr. ECONOMIDES dice que tal vez debería modificarse el epígrafe del proyecto de directriz sustituyendo «Objeto de las reservas» por «Reservas transversales» o «Reservas generales». Podría conservarse la redacción actual del texto, añadiendo, al final, las palabras «siempre que la reserva se ajuste a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969». Por último, podría indicarse que la reserva debe ser lo suficientemente clara para que las demás partes vean la manera en que se limitaría de hecho la aplicación del tratado. Redactada de esta forma, la directriz prestaría útil ayuda.

39. El Sr. PELLET (Relator Especial) no está de acuerdo con la segunda modificación propuesta por el Sr. Economides, ya que la referencia a la necesidad de que las reservas se ajusten a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969 figurará en el proyecto de directriz 1.1.9. Puede aceptar una modificación del epígrafe según lo propuesto por el Sr. Economides, pero piensa que es el Comité de Redacción el que debe estudiar la cuestión.

40. Le sorprende la postura del Sr. Hafner. El apartado *a* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 dice que un Estado puede formular una reserva a menos que «la reserva esté prohibida por el tratado». ¿Cómo puede decirse entonces que una reserva no es una reserva? Se trata de una reserva que, según el propio texto del apartado *a* del artículo 19, está prohibida por el tratado. El razonamiento de que una reserva no es una reserva si está prohibida aborda el problema desde un punto de vista equivocado y equivale a decir que precisamente porque algo es una reserva no puede aplicarse al estar prohibido por un tratado. Pero sería enteramente inapropiado modificar la definición de reserva debido a la prohibición de formular éstas. Incluso si una reserva está prohibida por un tratado, sigue siendo una reserva, una reserva prohibida, pero una reserva en todo caso.

41. Sin embargo, los miembros de la Comisión parecen pensar que, si una reserva está prohibida, no es una reserva. Se ha alegado que, si una reserva es demasiado vaga en opinión de otra parte, no es una reserva: se ha citado como ejemplo la reserva de Arabia Saudita a la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. No está de acuerdo: se trata ciertamente de una reserva, pero de una reserva no

autorizada. Sin embargo, queda reconocido al Sr. Hafner por citar ese excelente ejemplo de reserva no autorizada.

42. El Sr. HAFNER dice que ha ido más allá de afirmar simplemente que la reserva no estaba autorizada; ha indicado que se había aplicado en cuanto reserva no autorizada, lo que planteaba la cuestión de si puede calificársela de reserva. Si un Estado acepta una reserva contraria al objeto y fin del tratado, ¿significa esto que ese Estado ha modificado el tratado, tal vez en violación de un procedimiento específico de enmienda? En tal situación, ¿cabe todavía calificar de reserva a la reserva, una reserva no autorizada, que se ha aplicado pese a su carácter ilegal?

43. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, en su opinión, sí cabe hacerlo.

44. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea remitir el proyecto de directriz 1.1.4 al Comité de Redacción, en la inteligencia de que éste tomará en cuenta todas las observaciones hechas en la sesión.

Así queda acordado.

45. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, habida cuenta del apremio del tiempo, preferiría aplazar la introducción de los proyectos de directrices restantes hasta el comienzo de la segunda parte del período de sesiones que se celebrará en Nueva York.

46. El Sr. GALICKI apoya dicha sugerencia por razones prácticas. La exposición que se hiciera en la presente sesión tendría indudablemente que repetirse en Nueva York para refrescar la memoria de los miembros tras una interrupción de varias semanas.

47. El PRESIDENTE, en respuesta a una pregunta del Sr. ECONOMIDES, asegura a la Comisión que los proyectos de directrices restantes, incluida la directriz 1.1.9, serán examinados en la segunda parte del período de sesiones que se celebrará en Nueva York antes de ser remitidos al Comité de Redacción.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación (A/CN.4/483, secc. G)

[Tema 8 del programa]

Recomendaciones del Grupo de Planificación a la Comisión

48. El PRESIDENTE invita a los miembros a que examinen las recomendaciones del Grupo de Planificación que figuran en el documento ILC(L)/PG/1. Explica que, de momento, no se pide a la Comisión que examine el capítulo X del proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en el 50.º período de sesiones.

A.—Recomendaciones para el actual período de sesiones de la Comisión

Representación de la Comisión en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional

Queda aprobada la recomendación.

Programa de trabajo para la segunda parte del actual período de sesiones de la Comisión

Queda aprobada la recomendación.

B.—Recomendaciones para futuros períodos de sesiones de la Comisión

Facilitación de los informes de los Relatores Especiales con anterioridad al período de sesiones de la Comisión

Quedan aprobadas las sugerencias y recomendaciones.

Fecha y lugar del 51.º período de sesiones

49. El Sr. HAFNER dice que, en respuesta a un cuestionario, la mayoría de los miembros de la Comisión se han declarado partidarios de que el período de sesiones de 1999 se celebre en dos partes. Pregunta por qué no se ha reflejado esta opinión en las recomendaciones del Grupo de Planificación.

50. El PRESIDENTE dice que el Grupo de Planificación se ha visto ante la situación de que la Comisión cuenta con un presupuesto para un período de sesiones de 12 semanas en 1999, siempre que tal período sea ininterrumpido. Por ello, recomienda que los períodos de sesiones posteriores a 1999 sean períodos de sesiones de 12 semanas divididos en dos partes. Tal vez deban examinarse conjuntamente las recomendaciones segunda y tercera del Grupo de Planificación en la sección B.

Fecha y lugar de los períodos de sesiones posteriores a 1999

51. El Sr. ROSENSTOCK dice que, según entiende lo que ha ocurrido en el Grupo de Planificación, los miembros que eran partidarios de un período de sesiones dividido en dos partes y que constituían la mayoría, reconocieron la dificultad de celebrar tal período en 1999; y que, al mismo tiempo, los miembros que tenían dudas al respecto convinieron en que sería razonable y procedente pedir que en el año 2000 se celebrara un período de sesiones en dos partes. El hecho de que esas dos decisiones se hayan adoptado simultáneamente y con igual firmeza, debería quedar reflejado en una segunda frase que se añadiría a la recomendación sobre la fecha y lugar del 51.º período de sesiones y que diría: «El Grupo de Planificación recomienda también que, en el año 2000, el período de sesiones tenga una duración de 12 semanas y conste de dos partes, las cuales se celebrarán en Ginebra».

52. El Sr. PELLET dice que no está dispuesto a apoyar las recomendaciones del Grupo de Planificación a menos que reciba oficialmente la seguridad de que al final del actual período de sesiones la Comisión adoptará una deci-

sión en firme sobre la forma y duración del 52.º período de sesiones. Hay que resistir al chantaje presupuestario a que la Comisión se ve expuesta cada año.

53. El Sr. DUGARD sugiere que se trate la cuestión en la segunda parte del período de sesiones en Nueva York, aunque, de ser posible, no en la última semana del período de sesiones, en la que existe el peligro de una representación insuficiente.

54. El Sr. YAMADA se refiere al programa de trabajo propuesto para la segunda parte del período de sesiones que se celebrará en Nueva York y que figura como apéndice a las recomendaciones del Grupo de Planificación. Se pregunta si serán bastante dos sesiones para que el Comité de Redacción termine la primera lectura del proyecto de artículos sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas que le ha sido remitido.

55. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) conviene en que sería útil asignar al Comité de Redacción más tiempo para que se ocupara del proyecto de artículos sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas a fin de que pudiera presentar a la Sexta Comisión alguna parte terminada de sus trabajos.

56. El Sr. PELLET dice que no tiene objeciones a que se autorice al Comité de Redacción a dedicar más tiempo al tema de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, siempre que se prevea la celebración de sesiones adicionales después de las sesiones asignadas al tema de las reservas a los tratados. A este respecto, hace observar que los textos remitidos al Comité de Redacción con arreglo a este último tema van acompañados de comentarios, lo que no es el caso hasta la fecha del proyecto de artículos sobre la prevención.

57. El PRESIDENTE dice que el programa de trabajo propuesto tiene carácter puramente indicativo y puede ser revisado. Tras una breve discusión ulterior sobre la cuestión de la fecha, lugar y forma de los períodos de sesiones posteriores a 1999, en la que participan el Sr. GALICKI y el Sr. ECONOMIDES, dice que la Comisión desea adoptar las recomendaciones del Grupo de Planificación en la inteligencia de que recibirá algunas garantías sobre cuestiones presupuestarias en la segunda parte del período de sesiones que se celebrará en Nueva York y que se adoptará una decisión sobre el 52.º período de sesiones, de ser posible, a comienzos de la segunda parte.

58. El Sr. ROSENSTOCK hace observar que la Comisión no debe solicitar a las autoridades presupuestarias sus opiniones sino informarles de lo que ha decidido.

Quedan aprobadas las recomendaciones sobre la fecha y lugar del 51.º período de sesiones y de los períodos de sesiones posteriores a 1999 en la inteligencia bosquejada por el Presidente.

Clausura de la primera parte del período de sesiones

59. Tras el intercambio habitual de cortesías, el PRESIDENTE declara clausurada la primera parte del período de sesiones, celebrada en Ginebra.

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DEL 50.º PERÍODO DE SESIONES

Actas resumidas de las sesiones 2549.ª a 2564.ª, celebradas en Nueva York del 27 de julio al 14 de agosto de 1998

2549.ª SESIÓN

Lunes 27 de julio de 1998, a las 10.25 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional

1. El Sr. CRAWFORD indica que ha representado a la Comisión durante dos días en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998. La Conferencia ha aprobado por consenso el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[1] que excede con mucho lo que la Comisión creía posible, lo que demuestra cómo cambia la realidad. Ahora bien, como la Conferencia no debía efectuar una labor de codificación sino establecer una nueva institución, el orador se ha limitado a exponer a los participantes la evolución del pensamiento jurídico sobre la materia así como la contribución de la Comisión en ese campo. En consecuencia la Comisión, por su intermedio, ha dado al resultado de los trabajos de la Conferencia no un imprimátur sino un *nihil obstat.*

2. El Sr. LEE (Secretario de la Comisión) da lectura al proyecto de resolución aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional para expresar su reconocimiento a la Comisión. Señala que los servicios funcionales de la Conferencia han sido prestados por los mismos funcionarios de la División de Codificación que prestan servicios para las reuniones de la Comisión.

Las reservas a los tratados *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[2], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

GUÍA DE LA PRÁCTICA *(continuación)*

3. El PRESIDENTE invita al Relator Especial sobre el tema de las reservas a los tratados a que presente los tres proyectos de directrices que aún no han sido examinados, a saber, los proyectos de directriz 1.1.5, 1.1.6 y 1.1.7.

4. El Sr. PELLET (Relator Especial) recuerda a los miembros que, en esta etapa, el objeto del trabajo que presenta se refiere únicamente a los problemas de definición de las reservas y no a su régimen jurídico. No se trata, pues, de examinar la licitud de uno u otro tipo de reservas, sino de establecer en primer lugar la distinción entre lo que puede o no puede calificarse de reserva.

[1] A/CONF.183/9.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

PROYECTOS DE DIRECTRIZ 1.1.5 Y 1.1.6

5. Los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6 deben presentarse simultáneamente, porque ambos remiten al problema de las reservas llamadas extensivas, noción forjada por la doctrina pero en cuya virtud algunas designan las reservas que aumentan las obligaciones del Estado que las ha formulado y otras exactamente lo contrario, es decir, las reservas que aumentan las obligaciones de las demás partes con respecto a ese Estado. El caso hipotético en que el Estado reservatario asume voluntariamente obligaciones complementarias es el que plantea menos dificultades, pero también el que da lugar a preguntarse si en verdad se encuentra en la realidad. El único ejemplo claro a ese respecto es el de la declaración por la que la Unión Sudafricana ha asumido, respecto de un artículo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, compromisos que iban más allá de los que el Acuerdo imponía a las partes[3]. Los demás ejemplos que podrían mencionarse son bastante marginales, pero, como puede repetirse el precedente sudafricano y la Comisión ha abordado el problema tanto en su 16.º período de sesiones, en 1964, como en su 49.º período de sesiones, en 1997, parece atinado preguntarse si ese tipo de declaración puede o no calificarse de reserva. A juicio del Relator Especial, parece difícil considerar que declaraciones como la de Sudáfrica constituyan reservas, simplemente porque pueden efectuarse en cualquier momento y no sólo en el momento en que el Estado que formula la declaración acepta obligarse por el tratado en cuestión, y también porque pueden efectuarse en relación con determinadas partes en el tratado únicamente, es decir, no referirse a un tratado. Calificar de reservas esas declaraciones equivale a sujetarlas artificialmente a un régimen demasiado estricto. En realidad, se trata de actos unilaterales autonormativos, cuya existencia por cierto ha sido comprobada por la CIJ en los asuntos *Essais nucléaires,* pero cuya validez y régimen jurídicos son totalmente independientes del tratado que, en casos excepcionales, les sirve de pretexto. A eso se refiere el proyecto de directriz 1.1.5 que no obstante precisa, entre corchetes, que tales declaraciones se rigen por las normas aplicables a los actos jurídicos unilaterales. Esta indicación escapa al marco estricto de las definiciones y entra en la problemática de los regímenes jurídicos, pero parece necesaria para evitar a los futuros usuarios de la Guía de la práctica cualquier confusión sobre la naturaleza exacta de ese tipo de declaraciones.

6. Muy diferente es el problema de las reservas encaminadas a limitar las obligaciones de su autor. Se trata en este caso de verdaderas reservas y no deja de sorprender la perplejidad de una parte de la doctrina y de algunos miembros de la Comisión a ese respecto. Como lo ha recordado el Sr. Economides (2548.ª sesión), limitar el efecto de las disposiciones de un tratado en su aplicación al que ha formulado la reserva es uno de los objetos más frecuentes de las reservas. Es más, si una reserva no se propone excluir ciertas disposiciones del tratado o los efectos jurídicos de esas disposiciones, necesariamente tiene por objeto limitar su aplicación. El problema no es suficientemente grave como para que sea preciso modificar la definición de la Convención de Viena de 1969 a fin de insertar el verbo «limitar» entre los verbos «excluir» y «modificar», o incluso de sustituir el verbo «modificar» por el verbo «limitar», pero sería conveniente precisar que «modificar» no puede significar otra cosa que «limitar». Esa precisión es tanto más indispensable si se considera que el problema ha sido mal planteado por los autores, que lo reducen a la dicotomía «reserva extensiva»-«reserva limitativa». Si se trata de una reserva limitativa tipo, sin duda es aquella por la cual los ex países socialistas de Europa oriental expresaron su desacuerdo con el artículo 9 de la Convención sobre la alta mar, relativa a la inmunidad de los buques de Estado[4]. Los reservatarios indicaron que esa inmunidad se aplicaba de modo general a todos los buques pertenecientes al Estado o explotados por él. Ahora bien, dicha reserva ha sido analizada por un autor polaco, Renata Szafarz, como reserva extensiva[5], en razón de que al ampliar sus inmunidades en relación con el artículo 9 los reservatarios ampliaban las obligaciones de los demás Estados. Sin duda, pero no hay aumento de obligaciones sino en relación con lo que se prevé en el tratado. Como todas las demás, esa reserva no hace sino neutralizar la reestructuración de los derechos y obligaciones previstos en la disposición a que se refiere, con lo que se vuelve a la situación *ex ante*, es decir, al derecho internacional general, el derecho común que se aplica fuera del ámbito convencional. Los autores de esa reserva apuntan al objetivo de todos los autores de reservas, a saber, el no tener que aplicar una disposición determinada del tratado. En cuanto a la cuestión de saber si esa reserva al artículo 9 era o no lícita, aparte de que ella no plantea problemas de definición, en primer lugar, todo depende del alcance real de la norma de derecho internacional consuetudinario aplicable a los buques de Estado con prescindencia de la Convención y, en segundo lugar, los demás Estados tenían la absoluta libertad de aceptar o no dicha reserva. Si la interpretación del derecho común efectuada por los autores de la reserva no es correcta, la reserva es inadmisible y no puede producir efectos jurídicos, pero de ningún modo se está en presencia de una categoría especial de reservas.

7. Sin embargo, también puede suceder que, dejando subsistir el tratado en su totalidad, un Estado se proponga, mediante una declaración, añadir a ese tratado algo que no figuraba en él. Los dos únicos ejemplos de ese caso son el de la «reserva» en cuya virtud Israel quiso añadir, en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949[6], el Escudo de David a los dos emblemas de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, y el de la reserva en cuya virtud Turquía pretendió igualmente añadir la Media Luna Roja a los Convenios para la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra[7]. Con todo, ni en el primer caso ni en el segundo el autor de la reserva se había propuesto modificar los efectos del tratado con respecto a sí mismo. Se trataba simplemente de agregar al

[3] Véase Protocolo de modificación de ciertas disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, pág. 39.

[4] Véanse *Traités multilatéraux...* (2542.ª sesión, nota 3), págs. 825 a 827, y Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 450, pág. 162, y vol. 905, págs. 80 y 81.

[5] R. Szafarz, «Reservations to multilateral treaties», *op. cit.* (véase 2545.ª sesión, nota 3), págs. 295 y 296.

[6] Véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, págs. 437 y 439.

[7] Véase *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, bajo la dirección de J. B. Scott, Nueva York, Oxford University Press, 1916.

tratado una especie de cláusula no escrita y, en consecuencia, se estaba en presencia de una propuesta de enmienda o de un proyecto de acuerdo colateral que los demás Estados podían aceptar o rechazar libremente, pero no de una reserva. Tal es el sentido de la última frase del proyecto de directriz 1.1.6, cuya redacción tal vez podría mejorarse.

8. El Sr. ECONOMIDES dice que en realidad el caso que regula el proyecto de directriz 1.1.5, el de la declaración encaminada a aumentar las obligaciones que pesan sobre su autor, es sumamente raro. Si, como se expresa en el texto, la declaración de que se trata no es una reserva, cabe preguntarse qué puede ser. En primer lugar, es lícito imaginar que se trata de una propuesta de ampliación de un tratado que hace un Estado signatario por voluntad propia, presentando de ese modo una nueva disposición ajena a la esfera comprendida por el tratado en cuestión. Si la propuesta es aceptada por los demás Estados partes, puede adquirir, por la práctica ulterior o incluso por un acuerdo colateral, el carácter de disposición convencional. En segundo término, se puede suponer que se trata de una declaración interpretativa: un Estado, por equivocación respecto del sentido que ha de darse al tratado que firma, agrava de buena fe las obligaciones que le incumben en virtud del instrumento. También en este caso los demás Estados pueden dar más tarde, por su aplicación, carácter de disposición convencional a esa declaración.

9. Tanto en uno como en otro caso se está ante algo distinto de una reserva. Por ese motivo no sería prudente referirse a ello en la Guía de la práctica, pero se podría mencionar el contenido del proyecto de directriz 1.1.5, con fines de explicación, en el comentario al proyecto de directriz 1.1, relativo a la definición de reservas.

10. En lo que atañe al proyecto de directriz 1.1.6, el Sr. Economides considera que esa disposición no aporta nada nuevo, pues se limita a ofrecer una definición *a contrario* de las reservas. Añade simplemente a la definición general la idea de que el autor de la declaración «se propone limitar [...] los derechos que éste [el tratado] crea para las otras Partes». La precisión es inútil, ya que resulta evidente en virtud del principio de la reciprocidad que se aplica rigurosamente en materia convencional. De otro modo ocurre con la frase «salvo si equivale a añadir al tratado una disposición nueva», que se refiere precisamente al caso de una declaración que va más allá de la reserva clásica. A juicio del Sr. Economides, el contenido del proyecto de directriz 1.1.6 también debería integrarse al comentario del artículo relativo a la definición de reservas.

11. El Sr. SIMMA aprueba el contenido del proyecto de directriz 1.1.5, pero está de acuerdo con la opinión expresada por el Sr. Economides con respecto al proyecto de directriz 1.1.6. En efecto, esta última disposición no es sino una paráfrasis de la definición que se da en el proyecto de directriz 1.1, con la única diferencia de que se trata de «limitar» en vez de «modificar» las obligaciones. El matiz ¿vale como directiva particular?

12. En los párrafos 97 y siguientes de su tercer informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/491 y Add.1 a 6), el Relator Especial analiza las reservas extensivas propiamente dichas. Distingue tres tipos de ellas, de entre las cuales el último corresponde a las declaraciones encaminadas a imponer obligaciones nuevas, no previstas en el tratado, a las otras partes en él. Si se relaciona ese caso hipotético con el que se halla definido en el proyecto de directriz 1.1.6 en examen, se observa que hay un desplazamiento del uno al otro, puesto que se trata no sólo de «imponer obligaciones» sino de «limitar derechos». En ese caso, ¿se está realmente en presencia de una reserva extensiva propiamente dicha?

13. Como lo ha hecho notar el Sr. Economides, sin duda es preciso modificar la última frase del proyecto de directriz 1.1.6, porque no se puede sostener que una declaración unilateral pueda «servir para añadir una disposición nueva». ¿Cómo pensar que una disposición, en el sentido propio del vocablo, se añada a un tratado por simple declaración unilateral? A ese nivel, lo más que puede hacer un Estado es proponer una nueva disposición.

14. El Sr. HAFNER considera que debería modificarse la redacción del proyecto de directriz 1.1.5, que ofrece una definición *a contrario* demasiado amplia. En efecto, el Sr. Hafner estima que hay declaraciones unilaterales que evidentemente son reservas. Presenta el ejemplo de algunos Estados que celebran un tratado con el objeto de suspender entre ellos la aplicación de un régimen general que estipula obligaciones de derecho internacional. Si uno de esos Estados formula una reserva a ese tratado particular, origina nuevas obligaciones, es decir, hace que renazcan las del derecho internacional general, y su declaración debe considerarse una reserva. Se trata de un caso que debería mencionarse en el comentario.

15. La redacción del proyecto de directriz 1.1.6 es muy parecida a la definición general enunciada en el proyecto de directriz 1.1. Plantea el problema de saber si existe un régimen uniforme, aplicable a todas las declaraciones, que haga posible que éstas modifiquen las obligaciones convenidas. A ese respecto, el Sr. Hafner menciona el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que acaba de ser aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional[8]. El Estatuto de Roma contiene una disposición transitoria (art. 124) en cuya virtud un Estado puede formular, en el momento de la ratificación, una declaración que tenga por objeto reducir el alcance y la naturaleza de las obligaciones que el Estatuto le impone. Con arreglo al proyecto de directriz 1.1.6, se trataría sin duda en ese caso de una reserva. Ahora bien, el propio Estatuto de Roma excluye expresamente toda posibilidad de reservas. Presume, por lo tanto, que hay dos regímenes, uno aplicable a las reservas propiamente dichas y el otro a las declaraciones. Desde ese punto de vista, la cuestión que debe resolver la Comisión es la relativa a la unicidad del régimen de las reservas.

16. El Sr. BROWNLIE dice que no le convence del todo la distinción que al parecer efectúan los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6 entre las declaraciones unilaterales que constituyen reservas y las que no las constituyen. A su juicio, en el plano de la teoría jurídica no hay diferencia fundamental entre una declaración que alivie y otra que agrave las obligaciones que pesan sobre su autor. Además, considera desafortunado que se diga que una declaración en cuya virtud el Estado asume compromisos que

[8] Véase nota 1 *supra*.

van más allá de las obligaciones derivadas de un tratado corresponda a un régimen distinto del de las reservas.

17. El Sr. ROSENSTOCK cree que es arriesgada la frase «salvo si equivale a añadir al tratado una disposición nueva» con que concluye el párrafo 1.1.6, donde no queda claro el precedente al que se refiere. Por lo demás, el ejemplo del Estatuto de Roma mencionado por el Sr. Hafner no es del todo convincente: la disposición a que se ha referido ofrece más bien una elección a los Estados, que tienen la libertad de optar o no por una determinada obligación. El ejercicio de esa opción no implica una reserva propiamente dicha.

18. El Sr. FERRARI BRAVO estima que los dos proyectos de directrices que se examinan no son de importancia decisiva para la teoría del derecho. Simplemente pueden ser útiles a los Estados y por eso merecen figurar en la Guía de la práctica.

19. La frase «y se rige por las normas aplicables a los actos jurídicos unilaterales» que aparece entre corchetes en el proyecto de directriz 1.1.5 es bastante atrevida, en la medida en que la Comisión no define la declaración a que se refiere. La Comisión se limita a comprobar que ese tipo de declaración no constituye una reserva y a remitir el asunto a las normas que le serían aplicables. El párrafo podría ser aceptable si se suprimiese esa frase.

20. En lo que respecta al proyecto de directriz 1.1.6, la disposición no aclara a qué corresponde la declaración por la cual su autor se propone limitar las obligaciones que le impone el tratado cuando ella no constituye una reserva. Tampoco hace referencia alguna al problema de saber qué puede ser una declaración que añada a los tratados una disposición nueva.

21. A juicio del Sr. BENNOUNA, en realidad se puede establecer una distinción entre la reserva y la declaración unilateral encaminada a modificar un tratado. Pero se observará que según la definición del proyecto de directriz 1.1, tomada de la Convención de Viena de 1969, la reserva no modifica el tratado sino «los efectos» de sus disposiciones. En otros términos, queda siempre circunscripta al ámbito del tratado. Añadir una disposición nueva equivale a salir del tratado tal y como está y, por lo mismo, a salir de la hipótesis de la reserva.

22. La redacción del proyecto de directriz 1.1.6 es bastante torpe, en la medida en que su parte más importante, la cláusula «salvo si equivale a añadir al tratado una disposición nueva», apenas figura como incidencia. La hipótesis que se enuncia debería ocupar el centro de una disposición que, después de todo, no hace sino retomar la definición clásica de la reserva.

23. El Sr. Bennouna estima que podrían combinarse los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6, habida cuenta de que esta última directriz sólo ofrece una definición *a contrario* de la figura jurídica prevista en el proyecto de directriz 1.1.5. Finalmente, por lo que toca a la frase que aparece entre corchetes en el proyecto de directriz 1.1.5, sería preferible suprimirla, puesto que remite a una materia completamente diferente que por ahora no corresponde al tema en examen.

24. El Sr. MIKULKA recuerda a los miembros que, como ya lo ha señalado el Sr. Hafner, hay tratados que no tienen por objeto crear obligaciones sino, por el contrario, limitar obligaciones que ya están en vigor con arreglo a otros instrumentos. Se pueden hallar ejemplos en el campo diplomático. El derecho internacional general o las convenciones multilaterales establecen en esa esfera determinadas normas, pero como éstas no son imperativas, los Estados tienen la libertad de derogarlas por convención particular, a nivel regional por ejemplo. De ese modo, cabe pensar que, para evitar el recurso abusivo de las inmunidades diplomáticas, los Estados de una región determinada se pongan de acuerdo para limitar las prerrogativas de sus respectivos agentes. En consecuencia, limitan las obligaciones del Estado receptor con respecto a los representantes diplomáticos. Si uno de esos Estados formula en relación con ese tratado particular una reserva que deje sin efecto una de sus disposiciones, la situación vuelve al régimen del derecho internacional general. En ese caso se trata de una reserva, aunque ella se aparte de las condiciones establecidas en el proyecto de directriz 1.1.5. Las contradicciones de ese género deben ser aclaradas en el comentario.

25. El Sr. LUKASHUK, con referencia al proyecto de directriz 1.1.1 relativo a la formulación conjunta de una reserva, declara que esa disposición no tiene cabida en el proyecto, porque la reserva es en esencia un acto unilateral por el cual el autor es unilateralmente responsable.

26. Refiriéndose a continuación al proyecto de directriz 1.1.5 el orador considera, a diferencia del Sr. Ferrari Bravo y del Sr. Brownlie, que se está ante una disposición muy útil, dado que resuelve de manera decisiva el caso de las declaraciones encaminadas a aumentar las obligaciones que pesan sobre su autor. No obstante, como lo han pedido otros oradores, convendría suprimir la frase que figura entre corchetes. La misma observación puede formularse con respecto a la última parte del proyecto de directriz 1.1.6 («salvo si equivale a añadir al tratado una disposición nueva»), que sería oportuno eliminar.

27. El Sr. GALICKI entiende que es necesario incorporar a la Guía de la práctica los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6, porque la definición de las reservas que figura en el proyecto de directriz 1.1 presenta algunas lagunas. En efecto, ella indica que la reserva es una declaración unilateral que tiene por objeto «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones». El término «excluir» no presenta dificultades, pero el término «modificar» plantea una cuestión: ¿se trata de aumentar las obligaciones o de limitarlas? Como lo ha hecho notar el Relator Especial, no se puede aplicar el régimen de las reservas a las declaraciones encaminadas a aumentar las obligaciones que pesan sobre su autor. En cambio, cuando su propósito es limitar obligaciones, las declaraciones deben considerarse reservas, con todas las consecuencias que ello entrañe. Por lo que toca al proyecto de directriz 1.1.5, es claro que lo más importante es que las declaraciones en cuestión no sean regidas por el régimen de las reservas y el Relator Especial ha tenido razón en señalar ese punto. Por su parte, la última frase del proyecto de directriz 1.1.6 plantea otra cuestión: ¿significa ella que si la declaración de que se trata añade una disposición nueva al tratado no constituye reserva? Sería mejor suprimir esa frase, aunque también existe otra posibilidad, la de suprimir todo el

proyecto de directriz 1.1.6. En efecto, si se ha afirmado que las declaraciones encaminadas a aumentar las obligaciones de su autor no son reservas, se puede deducir con toda lógica que las declaraciones encaminadas a limitarlas sí lo son. De todos modos, si se mantiene el proyecto de directriz 1.1.6, conviene suprimir la frase «salvo si equivale a añadir al tratado una disposición nueva».

28. El Sr. CRAWFORD considera que los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6 plantean dificultades que van más allá de los simples problemas de redacción. En lo que respecta a la frase puesta al final del proyecto de directriz 1.1.6, «salvo si equivale a añadir al tratado una disposición nueva», es claro que en ningún caso una reserva puede añadir disposiciones a un tratado. Las reservas tienen por objeto modificar las obligaciones que dimanan del tratado. Por lo tanto, esa frase no tiene cabida en el proyecto. Por otro lado, si se considera que la reserva es una declaración que, en función de la forma en que sea recibida por los demás Estados partes, modifica de diversas maneras las obligaciones del Estado reservatario y las de otros Estados, ¿por qué tendrían que excluirse las declaraciones encaminadas a aumentar las obligaciones de su autor? Por ejemplo, un Estado parte en un tratado multilateral puede formular una reserva por la que se amplíen sus obligaciones esperando que al mismo tiempo, por efecto de la reciprocidad, se amplíen las de los otros Estados partes. Si es evidente que un simple acto unilateral que tiene por objeto aumentar las obligaciones de su autor no es una reserva, no es seguro que ocurra lo propio con respecto a las otras formas de declaración que tengan el mismo efecto. Sería aconsejable que el Comité de Redacción examinara con mayor detenimiento esa cuestión.

29. El Sr. CANDIOTI aprueba los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6. En lo que atañe al proyecto de directriz 1.1.5, sin embargo, es más prudente suprimir la frase que figura entre corchetes, porque el tipo de declaración a que se refiere no es necesariamente un acto unilateral. Sería preferible examinar esas declaraciones caso por caso. Por lo que toca al proyecto de directriz 1.1.6, por cierto es útil precisar que las declaraciones encaminadas a limitar las obligaciones de su autor constituyen reservas, pero, como lo han hecho notar los oradores precedentes, convendría suprimir la última frase —«salvo si equivale a añadir al tratado una disposición nueva»— porque escapa al marco del tema. Los dos proyectos aclaran la noción de reserva y, por lo tanto, tienen cabida en la Guía de la práctica.

30. El Sr. MELESCANU recuerda a los miembros que los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6 plantean dos cuestiones de fundamental importancia para la Guía de la práctica. La primera consiste en determinar si, al formular una reserva a un tratado, se le pueden añadir o excluir disposiciones. Es evidente que la respuesta es negativa. En consecuencia, la última frase del proyecto de directriz 1.1.6 no tiene cabida en la Guía de la práctica. La segunda consiste en que, si una reserva puede modificar los efectos jurídicos de una disposición, ¿puede reducirla solamente o también aumentarla? Como lo ha hecho notar el Sr. Crawford, no hay razón para que una reserva sólo pueda reducir los efectos jurídicos de una disposición convencional. El Sr. Hafner, en particular, ha apuntado que si es posible ampliar los efectos jurídicos de un tratado aplicando el derecho consuetudinario, ¿por qué no se podría hacerlo formulando una reserva? En conclusión, es claro que una reserva no puede añadir ni excluir una disposición convencional, pero sí puede modificar los efectos jurídicos de cualquier disposición existente mediante su reducción o ampliación.

31. El Sr. KABATSI considera que el proyecto de directriz 1.1.5 precisa la definición de las reservas que figura en el proyecto de directriz 1.1, pero que en esta etapa es difícil afirmar que el tipo de declaración previsto constituya un acto jurídico unilateral; en consecuencia, deberían suprimirse las palabras encerradas entre corchetes. En cuanto al proyecto de directriz 1.1.6, el texto es aceptable en conjunto, pero la última frase es innecesaria.

32. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO da las gracias al Relator Especial por sus propuestas y también estima que ellas deberían incorporarse a la Guía de la práctica. Comparte la opinión de que las declaraciones unilaterales encaminadas a aumentar las obligaciones de su autor no constituyen reservas. Se trata de actos autónomos que representan una promesa y no exigen la aceptación de otros Estados. En lo que atañe a las palabras encerradas entre corchetes, desde luego es importante precisar que las declaraciones en cuestión pueden ser regidas por otros regímenes jurídicos, pero el proyecto de directriz es demasiado categórico a ese respecto, habida cuenta de que las declaraciones de que se trata no son necesariamente actos unilaterales. Podrían suprimirse esas palabras e incluir en el comentario una explicación acerca de ese punto. En cuanto al proyecto de directriz 1.1.6, es importante que figure en la Guía de la práctica, aun cuando parezca reiterativo. En cambio, la última frase es realmente superflua. Con sujeción a esas modificaciones, ambos proyectos pueden remitirse al Comité de Redacción.

33. El Sr. GOCO desearía que el Relator Especial indicase cuáles serían los efectos del retiro, por un solo Estado, de una reserva formulada juntamente con otros Estados. Hace notar asimismo que, con arreglo a la definición de reservas, se entiende por reserva una declaración hecha con el objeto de excluir «o» modificar y no con el de excluir «y» modificar los efectos de las disposiciones convencionales.

34. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que el examen de los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6 ha dado lugar a un debate de considerable interés. Es sumamente aconsejable que se elabore una Guía de la práctica de las reservas a los tratados, aun cuando desde los años ochenta muchas convenciones —la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es un ejemplo— prohíban las reservas.

35. El Sr. ILLUECA dice que corresponde a la Comisión llenar las lagunas del derecho internacional en materia de reservas y que las dificultades con que corre el riesgo de tropezar obedecen a la tecnicidad del tema y a consideraciones políticas conexas. A ese respecto, el Sr. Illueca aprueba el enfoque más pragmático que doctrinario adoptado por el Relator Especial. Además considera, al igual que muchos otros miembros, que deben retenerse los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6 con sujeción a la eliminación de las palabras puestas entre corchetes en el

primero y de la última frase del segundo, a partir de la palabra «salvo».

36. El Sr. HE agradece al Relator Especial su nítida presentación de las disposiciones que se examinan. Con referencia al proyecto de directriz 1.1.5, el orador estima que es correcto indicar claramente que una declaración encaminada a aumentar las obligaciones que pesan sobre su autor no constituye una reserva, sino simplemente una declaración unilateral; en cambio, no es necesario precisar cuáles son las normas que regulan las declaraciones de ese tipo y por ello deberían suprimirse las palabras encerradas entre corchetes. En lo que respecta al proyecto de directriz 1.1.6, aun cuando parezca enunciar una evidencia y retomar la definición que figura en el proyecto de directriz 1.1, debe ser conservado, pero con la condición de que se suprima la última frase.

37. El Sr. YAMADA entiende igualmente que la última frase del proyecto de directriz 1.1.6 debe ser suprimida. Aprueba los dos párrafos examinados, pero desea plantear una cuestión al Relator Especial. En 1971, el Japón firmó con otros países el Convenio sobre la ayuda alimentaria cuyos signatarios se comprometieron a suministrar trigo a determinados países, en calidad de asistencia alimentaria. Como el Japón no es un país productor de trigo, hizo una reserva[9] indicando que proporcionaría una cantidad de arroz de valor monetario equivalente al de la cantidad de trigo que debería haber suministrado. No hubo protestas por parte de los países firmantes. Si bien esa reserva no modificaba los efectos jurídicos de la convención para el Japón, sin embargo sustituía la obligación de suministrar trigo por la de proveer de arroz. El Sr. Yamada desearía saber si tal reserva debe considerarse reserva o declaración unilateral.

38. El Sr. PELLET (Relator Especial) señala a la atención de los miembros de la Comisión su tercer informe cuya longitud se explica por la complejidad de la materia. Indica a los miembros de la Comisión que encontrarán en el texto las respuestas a muchas cuestiones que le han planteado o que se plantean respecto de la Guía de la práctica, que no podría ser examinada provechosamente sin referirse al informe. El Relator Especial señala que en la sesión siguiente contestará en forma detallada las preguntas y observaciones formuladas por los miembros de la Comisión, pero que debe hacer notar que algunos miembros de la Comisión —entre ellos el Sr. Economides y el Sr. Simma— leen la definición de reservas que figura en la Convención de Viena de 1969 a su manera, en particular leen «limitar» donde la Convención dice «modificar». Desde luego, se trata con mayor frecuencia de «limitar» los efectos jurídicos de ciertas disposiciones, pero no es eso lo que expresa el texto. En respuesta al Sr. Melescanu, el Relator Especial dice que una reserva puede, conforme a la definición que de ella ofrece la Convención de Viena de 1969, excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

[9] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 800, pág. 197.

2550.ª SESIÓN

Martes 28 de julio de 1998, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[1], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

GUÍA DE LA PRÁCTICA *(continuación)*

PROYECTOS DE DIRECTRIZ 1.1.5 Y 1.1.6 *(CONCLUSIÓN)*

1. El Sr. PELLET (Relator Especial) se congratula de la riqueza del debate celebrado (2549.ª sesión) acerca del proyecto de Guía de la práctica incluido en su tercer informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/491 y Add.1 a 6) cuyas conclusiones le inspiran algunas observaciones generales. La primera es la necesidad de tratar de restablecer el verdadero sentido de la definición de reservas enunciada en las Convenciones de Viena, que consiste en que la reserva excluye los efectos jurídicos de una disposición de un tratado. En consecuencia, parece inexacto decir que una reserva pueda excluir las disposiciones de un tratado, como también lo es decir que no puede hacerlo, como lo ha indicado el Sr. Melescanu (2549.ª sesión). Del mismo modo, tampoco es exacto hacer decir a las Convenciones de Viena que definen las reservas en el sentido de que tienen el propósito de limitar los efectos jurídicos de las disposiciones de un tratado, como lo han hecho el Sr. Economides y el Sr. Simma (ibíd.), porque el término empleado en las Convenciones

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

de Viena es el de «modificar», de aquí el problema de las reservas extensivas.

2. La segunda observación general se refiere a la cuestión fundamental de determinar si un Estado puede, mediante una reserva, aumentar las obligaciones de otros Estados. Es absolutamente necesario distinguir los dos aspectos muy diferentes de esta cuestión. En primer lugar, cabe preguntarse si una reserva puede aumentar las obligaciones de las partes que normalmente derivarían del tratado. A juicio del Sr. Pellet, la respuesta es sin duda afirmativa puesto que, al excluir la aplicación de las disposiciones de un tratado, el Estado que ha formulado la reserva neutraliza esas disposiciones; vuelve a la aplicación del derecho internacional general que, si se ha hecho una reserva, probablemente imponga a los Estados contratantes más obligaciones que el tratado. Aun cuando ello sea teóricamente posible (ese caso muy particular se prevé en el proyecto de directriz 1.1.5), es poco probable que un Estado formule una reserva de esa índole en tales condiciones.

3. En segundo lugar, es lícito preguntarse si el Estado reservatario puede aumentar las obligaciones de sus contratantes en relación no sólo con el tratado sino también con el derecho internacional general. En otros términos, el Estado reservatario ¿puede beneficiarse del hecho de formular una reserva para tratar de modificar en su provecho el derecho consuetudinario? Esto parece difícilmente imaginable, porque evidentemente un Estado no puede modificar a su favor, mediante un acto unilateral, el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, en la definición de Viena no se dice que una reserva sólo pueda limitar las obligaciones derivadas de un tratado: se dice que puede modificarlas. Ahora bien, la modificación puede efectuarse tanto en un sentido como en el otro. Si no son aceptadas expresamente, las reservas modificativas que tendrían por efecto aumentar los derechos del Estado que las formula y las obligaciones de los otros Estados contratantes son reservas ilícitas, contrarias al derecho internacional consuetudinario. Esa concepción muy académica del problema deja de lado un efecto muy grave, que obedece a que con frecuencia los Estados dejan pasar la oportunidad de objetar las reservas y, transcurrido un plazo de 12 meses, se considera que las han aceptado. Si bien las consecuencias son menores para los grandes Estados industrializados que cuentan con servicios jurídicos bien organizados, pueden ser extremadamente graves para los Estados en desarrollo pequeños, que quedarán vinculados por una «legislación» que se les impondrá desde el exterior. Tal vez la parte dedicada a la definición de reservas no sea el lugar adecuado para tratar de paliar esos inconvenientes, pero la discusión muy académica que se ha entablado disimula un problema práctico en las políticas de segundo plano.

4. La última observación general del Relator Especial se refiere al consenso que al parecer ha resultado del debate de la Comisión sobre la redacción de los proyectos de directriz. En conjunto, los miembros se mostraban menos inclinados a mantener, en el proyecto de directriz 1.1.5, la referencia a las «normas aplicables a los actos jurídicos unilaterales». Ahora bien, si las declaraciones de que se trata no pueden asimilarse a las reservas, es difícil pensar que sean algo distinto de los actos unilaterales. Al igual que el Sr. Rodríguez Cedeño (ibíd.), el Sr. Pellet propone que se precise ese matiz en el comentario. Por otro lado, algunos miembros han propuesto la expresión «oferta de negociación», pero el Sr. Pellet aconseja que ese punto no figure en la disposición y que se adelante la idea en el comentario.

5. Además, los miembros de la Comisión comparten las mismas dudas en cuanto a la última frase del proyecto de directriz 1.1.6, a saber «salvo si equivale a añadir al tratado una disposición nueva». Sin embargo, esas dudas parecen referirse más a la forma que al fondo y, al parecer, la mayoría de los miembros que han expresado sus puntos de vista apoyan la idea subyacente de que, en realidad, ciertas declaraciones unilaterales llamadas reservas por sus autores —sea que se propongan aumentar o disminuir las obligaciones de terceros Estados— son propuestas de enmienda, como lo es, por ejemplo, la famosa reserva israelí en la que Israel trataba de añadir en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 el Escudo de David a los dos emblemas de la Cruz Roja y la Media Luna Roja[2]. Ese tipo de reserva sería de hecho una especie de enmienda que sólo podría entrar en vigor con la aceptación de los otros. El problema que se plantea es el de saber si esas «reservas» han de ser calificadas de tales, habida cuenta del fenómeno que el Sr. Pellet ya ha señalado, el de la aceptación tácita de las reservas. También en ese punto los Estados —en particular los del tercer mundo— corren el riesgo de quedar vinculados por una convención distinta de la que ellos han aprobado o ratificado, sin que en verdad hubiesen pensado en esa posibilidad.

6. En respuesta a una observación formulada por el Sr. Hafner (ibíd.), el Sr. Pellet señala que las cláusulas de participación y de exención *(opting in* y *opting out)* serán objeto del capítulo III de su informe. Desde su punto de vista, una cláusula de exención es una especie de cláusula de reserva por cuanto que, contrariamente a la cláusula de participación, consiste en modificar la aplicación del tratado. Asimismo, el Sr. Pellet se declara muy sensible al razonamiento expuesto por el Sr. Hafner según el cual si las cláusulas de participación y de exención son reservas, entonces son justiciables según el régimen de las reservas, que prevé especialmente que cuando se permite una reserva, las otras están totalmente prohibidas. Tal vez la solución sea decir que esas cláusulas son tan particulares que difícilmente se pueda considerar que, al formularlas, los Estados tienen la intención de excluir todas las otras reservas.

7. El Sr. Pellet propone que se invite al Comité de Redacción a que examine las distintas soluciones que se han propuesto y sobre todo a que determine si se han de incluir en la Guía de la práctica una o dos disposiciones relativas a las obligaciones del Estado reservatario. Por su parte, el Sr. Pellet hará lo posible por presentar al Comité diferentes propuestas inspiradas en lo que se ha dicho.

8. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6.

Así queda acordado.

[2] Véase 2549.ª sesión, nota 6.

9. El Sr. GOCO, recordando el debate (2549.ª sesión) manifiesta que, al parecer, el empleo del término «unilateral» en el proyecto de directriz 1.1.1 se contrapone a la idea de una formulación conjunta. Desearía saber si se han remitido al Comité de Redacción otros proyectos de directriz distintos de los proyectos 1.1.5 y 1.1.6.

10. El Sr. SIMMA recuerda a los miembros que la cuestión de determinar si las reservas formuladas en común conservan o no un carácter unilateral ha sido examinada detenidamente por el Comité de Redacción. No hay contradicción alguna entre el carácter unilateral de una reserva y el hecho de que ella pueda ser formulada conjuntamente.

11. En respuesta a una pregunta del Sr. LUKASHUK, el Sr. Simma precisa que la formulación conjunta de las reservas aparece en el capítulo dedicado a las definiciones por la única razón de que todas las definiciones de reservas empiezan por precisar que ellas son unilaterales y que en seguida se tropieza con el problema de las reservas formuladas conjuntamente. El problema ha sido mencionado durante el debate celebrado en la sesión precedente, pero se ha convenido en que sería examinado con mayor profundidad cuando se tratara la cuestión de los Estados que se desvinculan de una reserva conjunta.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 1.1.7

12. El Sr. PELLET (Relator Especial), presentando el proyecto de directriz 1.1.7, indica que esa disposición, al igual que el proyecto de directriz 1.1.8, se refiere a declaraciones unilaterales que tienen un propósito material particular. El proyecto se relaciona con el conocido fenómeno de las reservas de no reconocimiento, que se presenta bajo dos aspectos. El primero es el caso en que el Estado A se limita a recordar que no reconoce calidad de Estado a la entidad B. Ese tipo de declaración precautoria, que en realidad es inútil, no constituye una reserva porque no produce efectos sobre la aplicación del tratado. El segundo es el caso en que el Estado A añade que no tiene la intención de mantener relaciones convencionales con la entidad B. Se está entonces en presencia de una auténtica reserva, aun cuando algunos autores no estén de acuerdo porque se trataría de una reserva *ratione personae* y no *ratione materiae*. En realidad, desde el punto de vista de la definición, una reserva no tiene que ser necesariamente *ratione materiae*. Una reserva es toda declaración unilateral encaminada a excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado y tal es el caso de las verdaderas reservas de no reconocimiento, como resultado de las cuales el autor, que habría estado vinculado por todas las disposiciones del tratado con la entidad B a la que no reconoce, queda de ese modo desligado.

13. La redacción del proyecto de directriz 1.1.7 ha planteado tres dificultades. La primera era la de saber si debían preverse dos disposiciones, una para las declaraciones precautorias y otra para las verdaderas reservas de no reconocimiento. El Relator Especial decidió limitarse a una sola disposición, formulándola de forma que el caso de las declaraciones precautorias se resolviese por deducción.

14. El segundo problema consistía en determinar si los Estados se mantenían plenamente conscientes de las consecuencias jurídicas de sus declaraciones. A juicio del Relator Especial, se debe dar una respuesta afirmativa a la cuestión, pues la práctica a ese respecto es muy abundante. En general, sin embargo, el derecho de los tratados es poco formalista y con frecuencia atribuye más importancia a la intención de las partes que a la expresión de esa intención. ¿Hace falta entonces precisar que las declaraciones de no reconocimiento son reservas cuando se proponen excluir la aplicación del tratado, incluso cuando no lo digan en forma explícita? Por motivos de oportunidad más que de lógica, el Relator Especial ha preferido una formulación que no impida averiguar la intención de los Estados y que les induzca a expresarse con precisión.

15. La tercera dificultad se debía a que las verdaderas reservas de no reconocimiento se distinguen de otras reservas, tales como las definidas en las Convenciones de Viena, por el hecho de que pueden formularse en el momento en que el Estado reservatario acepta obligarse por el tratado y también en el momento en que la entidad no reconocida pasa a ser parte en ese tratado. Entender que hay reserva en el primer caso y no en el segundo equivaldría a dar muestras de excesivo formalismo. Por ese motivo, el proyecto de directriz 1.1.7 precisa que una reserva de no reconocimiento puede formularse en cualquier momento. También se podría prever, tal vez en el comentario, una fórmula que precisara que dichas reservas pueden efectuarse en el momento de la expresión del consentimiento, ya sea del Estado autor de la reserva o de la entidad no reconocida.

16. El Sr. BENNOUNA está de acuerdo con el análisis del Relator Especial acerca de las declaraciones precautorias. En efecto, el derecho internacional reconoce que ser parte en un tratado multilateral no implica el reconocimiento de todas las otras partes en el instrumento. En cambio, desde el punto de vista teórico, cabe preguntarse si lo que el Relator Especial denomina verdaderas reservas de no reconocimiento se ajusta plenamente a la noción de reserva. Esa noción abarca la exclusión o la modificación de los efectos de ciertas disposiciones, mientras que en este caso es el conjunto del tratado lo que queda excluido por una u otra de las partes. Ese hecho origina dificultades de aplicación del régimen de las reservas. Por ejemplo, se plantean objeciones en función de las reservas que neutralizan tal o cual disposición del tratado y, por consiguiente, habría que pensar en objeciones a su propia exclusión del conjunto del tratado. ¿Acaso no es más cómodo asimilar esas reservas a las declaraciones interpretativas? Habida cuenta de que el elemento común a todas las declaraciones interpretativas es su propósito de precisar el sentido y alcance del tratado en cuestión, se puede considerar que las reservas de no reconocimiento son declaraciones interpretativas que precisan los límites del compromiso que asume el Estado que las formula.

17. El Sr. BROWNLIE hace notar que las declaraciones a que se refiere el proyecto de directriz 1.1.7 se apartan en determinados aspectos de la definición adoptada para las reservas. Además de no limitarse a excluir «ciertas disposiciones» del tratado, esas declaraciones niegan a la parte interesada la capacidad de concertar un tratado e introducen de ese modo una situación preconvencional, mientras que las reservas se producen en un campo en que las par-

tes ya están vinculadas por alguna forma de relación convencional. Se trata, pues, de una situación que por cierto ocurre a menudo en la práctica pero que, en relación con el tema, es periférica.

18. El Sr. LUKASHUK se pregunta si es prudente dejar de lado los casos en que la reserva de no reconocimiento no excluye la aplicación del tratado con la entidad no reconocida, dado que son los más frecuentes en la práctica. Se podría considerar que ese tipo de declaración constituye una especie de reconocimiento especial circunscrito al ámbito del tratado, sin el cual éste no podría aplicarse entre las dos partes en cuestión.

19. Con referencia a lo que el Relator Especial denomina «verdaderas reservas de no reconocimiento», ¿qué sucede con ellas cuando se refieren al no reconocimiento de un gobierno y no de un Estado? ¿O cuando se trata del no reconocimiento de una organización multilateral que es parte en el tratado? Por último, el hecho de precisar que esas reservas pueden formularse en cualquier momento, ¿no da lugar a serias complicaciones al brindar la oportunidad de poner término a la aplicación de un tratado en caso de cambio de gobierno?

20. El Sr. HAFNER observa que, entre las muchas declaraciones mencionadas en el tercer informe del Relator Especial, algunas se relacionan con el no reconocimiento de un Estado y otras con el no reconocimiento de un gobierno. Parece exagerado afirmar que todas ellas tengan por objeto negar a la parte interesada la calidad de Estado y la capacidad de concertar un tratado. A veces se trata simplemente de extraer determinadas conclusiones del no reconocimiento del Estado o el gobierno afectado. Por lo tanto, es lícito preguntarse si la aplicación del tratado está necesariamente vinculada a la cuestión del no reconocimiento, si se trata del no reconocimiento de un Estado o de un gobierno y si es posible formular tales reservas. En efecto, la Comisión ha considerado siempre que el no reconocimiento era un acto estrictamente político, desprovisto de efectos jurídicos. Pero si se admite que el derecho a excluir la aplicación del tratado a un Estado se halla vinculado a la cuestión del no reconocimiento, se están dando efectos jurídicos a ese no reconocimiento.

21. El Sr. GALICKI dice que, si bien la definición deseada debe inspirar indudablemente fórmulas aceptables para todos los Estados en el marco de las Convenciones de Viena, también es preciso tener en cuenta el desarrollo de la materia. Sin embargo, no sería conveniente llegar hasta el punto de considerar que toda situación práctica nueva en las relaciones interestatales pueda calificarse de reserva.

22. Tal es el riesgo que se corre con el proyecto de directriz 1.1.7, muchos de cuyos elementos se contradicen con la definición básica. Como lo han señalado otros oradores, la exclusión del conjunto de obligaciones del tratado contradice la propia esencia de la noción de reserva. Además, ya no pueden aplicarse las normas de las Convenciones de Viena relativas a la objeción. Por último, también se dejan de lado los plazos establecidos por dichas convenciones en el caso de estas reservas, que pueden ser formuladas «en cualquier momento». En consecuencia, parece difícil que pueda aceptarse el proyecto de directriz 1.1.7 en su forma actual.

23. El Sr. MELESCANU desea incorporar al debate una consideración de orden práctico, recordando que en los años sesenta y setenta, muchos Estados se hallaban divididos por la segunda guerra mundial o por la guerra fría. Una de las soluciones aportadas al problema del no reconocimiento de esas partes de Estado entre sí consistió en poner en práctica un sistema de depositarios múltiples, especialmente en materia de desarme. Esto permitió, por ejemplo, que Corea del Norte depositara sus instrumentos de ratificación en Moscú y que Corea del Sur lo hiciera en Washington. Con ello se demuestra claramente que la declaración de no reconocimiento corresponde al régimen de las declaraciones unilaterales y no al de las reservas. Preciso es recordar que una reserva tiene por objeto modificar no un tratado sino sus efectos, es decir, las obligaciones que de él dimanan.

24. El Sr. DUGARD, respondiendo en primer lugar a la cuestión de saber si en esta oportunidad se ha de considerar el no reconocimiento de los Estados o el no reconocimiento de los gobiernos, aconseja limitarse al primer caso. Por el momento, el fenómeno del no reconocimiento de los gobiernos sería muy difícil de delimitar. El Sr. Dugard observa además que el acto de reconocimiento sólo tiene sentido en un contexto bilateral y que no lo tiene en absoluto en un contexto multilateral.

25. Cuando los Estados formulan una declaración de no reconocimiento, lo hacen para reafirmar su posición política. La dificultad consiste en que a menudo esa declaración carece de precisión jurídica. Eso es lo que ilustran perfectamente las declaraciones de Arabia Saudita y la República Árabe Siria en la firma del Convenio constitutivo del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) mencionadas por el Relator Especial en su tercer informe (párrs. 168 y ss.)[3]. Cabe, pues, concluir —como lo hace el Sr. Brownlie— que el no reconocimiento constituye un caso *sui generis*.

26. El problema que se plantea entonces es el de la suerte que se le habrá de dar. Como se trata de una práctica muy corriente, no es posible pasarla por alto en la Guía de la práctica que se elabora. Por lo menos habría que señalar a la atención de los Estados que su participación en un tratado multilateral no implica necesariamente el reconocimiento de todos los demás Estados partes en ese tratado. También se deberá resolver la cuestión relativa a la ubicación de la disposición en la Guía.

27. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA advierte que el caso de la declaración de no reconocimiento introduce por primera vez en el tema que se examina la cuestión del motivo que, por añadidura, en este caso es político. Si la Comisión decide tomar esa línea de reflexión, deberá hacerlo de manera coherente y será inducida a reformular, por así decirlo, las Convenciones de Viena, para incluir en ellas esta nueva noción. Ahora bien, si la idea del motivo ha permanecido implícita como hasta el momento, ello

[3] Véanse *Traités multilatéraux...* (2542.ª sesión, nota 3), págs. 428 y 429, y Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1059, pág. 317, y vol. 1119, pág. 387.

obedece a que los redactores de las Convenciones de Viena entendieron que la solución iba de suyo. Si la Comisión insiste en su proyecto de directriz en que hay un tipo particular de reserva que pone en disputa, por un lado, a un Estado que no reconoce a una entidad y, por el otro, a esa otra entidad, la Comisión se verá obligada a explicitar todas las situaciones en que pudiera aparecer ese tipo de relación. En opinión del Sr. Pambou-Tchivounda, no es posible retener un proyecto de directriz que obligue a remitirse al texto de las Convenciones de Viena.

28. Refiriéndose a continuación a la frase «cualquiera que sea la fecha en que se haga», que ya ha sido criticada por el Sr. Galicki, el Sr. Pambou-Tchivounda recuerda a los miembros que el régimen de Viena establece un marco temporal muy claro que va desde la firma del instrumento a la adhesión de los Estados al tratado, pasando por su aprobación, ratificación, etc. En consecuencia, el orador se pregunta si la frase en cuestión abarca esas diferentes etapas, es decir, si se mantiene en el marco de las Convenciones de Viena o se refiere a un momento anterior o posterior a las operaciones mencionadas y de ese modo escapa al régimen de las Convenciones. Para evitar cualquier ambigüedad sería preferible eliminar esa frase.

29. El Sr. ECONOMIDES considera que el proyecto de directriz 1.1.7 nada tiene que ver con las reservas *stricto sensu*, como por otra parte lo ha advertido la mayoría de los oradores precedentes. Ello se debe fundamentalmente a tres motivos. El primero consiste en que la reserva tiene siempre por objeto una disposición convencional y no, como en el caso de que se trata, la capacidad de tal o cual entidad para firmar un tratado. El segundo consiste en que la reserva excluye o limita los efectos de ciertas disposiciones convencionales, mientras que el texto se refiere a la exclusión de un tratado en su conjunto. El tercero consiste en que el derecho material de las reservas, en particular el derecho procesal, no puede aplicarse al caso mencionado en el proyecto de directriz 1.1.7. Un buen ejemplo de ello es la frase «cualquiera que sea la fecha en que se haga».

30. Además, el proyecto de directriz sólo prevé una eventualidad entre las múltiples declaraciones posibles, que pueden ser mucho menos absolutas y expresar posiciones caracterizadas por un mayor número de matices. Por el contrario, a veces la declaración de no reconocimiento es extremadamente concisa y el Estado se limita a afirmar: «No reconozco a tal o cual Estado», significando con ello que no habrá de aplicar el acuerdo si de alguna manera puede dar lugar al reconocimiento *de facto* o *de jure* del Estado que ha designado.

31. Parece, pues, que si la Comisión va a reglar la suerte de las declaraciones de no reconocimiento, debe abocarse a una reflexión mucho más profunda, que le llevará al límite del tema de las reservas, hasta la materia de los «actos asimilables a las reservas».

32. El Sr. SIMMA se percata igualmente de que el proyecto de directriz 1.1.7 sólo se ocupa de una de las situaciones que el Relator Especial analiza en su informe. Se recordará, por ejemplo, que el hecho de que los Estados hayan declarado en el contexto de un tratado multilateral que no reconocen la existencia de otros Estados partes en el mismo tratado no ha impedido el desarrollo de una vía interestatal muy rica durante toda la guerra fría. Así, la República Federal de Alemania no reconocía a la República Democrática Alemana y sin embargo era parte, como ésta, en diversos tratados multilaterales e incluso había concertado con ella tratados bilaterales, sin reconocerla.

33. En el plano lógico, es lícito considerar que la figura jurídica prevista en el proyecto de directriz 1.1.7 corresponde efectivamente al régimen de las reservas: un Estado que se niega a reconocer la existencia de otro Estado signatario de un mismo tratado modifica evidentemente los efectos propios de ese tratado. Pero si se considera que la declaración de no reconocimiento es una reserva, se advierte que hay muy pocas disposiciones del régimen de Viena que le son aplicables. Por lo tanto, la Comisión debe pronunciarse acerca de la suerte que se intenta dar al no reconocimiento que, como lo ha señalado la mayoría de los participantes en el debate, escapa en diversos aspectos a la definición estricta de la reserva.

34. El Sr. YAMADA desea formular dos series de observaciones. En primer término, el Relator Especial ha enumerado tres categorías de declaraciones unilaterales de no reconocimiento: las declaraciones en cuya virtud un Estado excluye toda relación convencional con otro Estado al que no reconoce; las declaraciones en cuya virtud un Estado acepta mantener relaciones convencionales con otro Estado al que no reconoce, y las declaraciones en que un Estado afirma que no reconoce a otro Estado, sin precisar si acepta o no mantener relaciones convencionales con ese Estado. Los dos últimos tipos de declaraciones no constituyen en modo alguno reservas. En lo que respecta al primero, no se trata simplemente de declaraciones políticas y es conveniente examinar sus efectos jurídicos. Con toda razón, el Relator Especial ha considerado que esas declaraciones constituían reservas.

35. En segundo término, es preciso averiguar si, al formular una reserva, un Estado puede rehusar toda relación convencional con otro Estado. Con arreglo a la Convención de Viena de 1969, un Estado puede excluir toda relación convencional con otro Estado cuando formula una objeción a una reserva. ¿Podría hacer lo mismo en otras situaciones? Como lo ha expresado el Sr. Pellet, un Estado puede formular ese tipo de reservas con respecto a otro Estado al que no reconoce. A la inversa, cabe preguntarse si un Estado puede excluir toda relación convencional con otro Estado al que reconoce.

36. El Sr. CRAWFORD opina igualmente que el tipo de declaraciones previsto en el proyecto de directriz 1.1.7 se refiere exclusivamente al no reconocimiento y nada tiene que ver con las reservas. Sería preferible no apartarse del tema. Por otro lado, las declaraciones formuladas en el momento de la ratificación o de la adhesión no significan que su autor no habrá de reconocer jamás al Estado al que cuestiona. Conviene determinar si un Estado puede negarse a mantener relaciones con otro Estado en el futuro. Con todo, sería preferible no plantear esa cuestión en la Guía de la práctica y la mejor solución consistiría en eliminar el proyecto de directriz 1.1.7.

37. El Sr. GOCO opina que el proyecto de directriz 1.1.7 reviste interés práctico, pero sólo si se le considera independientemente del derecho de los tratados. En

efecto, el artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 (Aceptación de las reservas y objeción a las reservas) estipula que, cuando del número reducido de Estados negociadores se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes. Es evidente que hay que tener en cuenta esa disposición. En consecuencia, el proyecto de directriz 1.1.7 debe incluirse en la Guía de la práctica, pero con la condición de que sea ajustado a la Convención de Viena de 1969.

38. El Sr. ELARABY hace notar que en la práctica de los Estados la ratificación no significa necesariamente que haya reconocimiento. Si se retiene el proyecto de directriz 1.1.7 en calidad de desarrollo progresivo del derecho internacional, se corre el riesgo de complicar las relaciones internacionales y de comprometer la universalidad de los tratados. En su mayoría, los tratados multilaterales se aplican con prescindencia de que haya o no reconocimiento e incluso en ausencia de relaciones diplomáticas entre los Estados interesados. El proyecto de directriz 1.1.7 no tiene cabida en la Guía de la práctica.

39. El Sr. ADDO tampoco desea que la Comisión apruebe el proyecto de directriz 1.1.7. En efecto, el tipo de declaración unilateral de que se trata no constituye reserva, ya que el propósito de la reserva consiste en modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado y no en negar la aplicación de un tratado en conjunto.

40. El Sr. MIKULKA sostiene la opinión de que el proyecto de directriz 1.1.7 plantea una cuestión importante, pero que escapa al marco de las reservas. En efecto, el tipo de declaración de no reconocimiento de que se trata no cumple los criterios enunciados en la definición de las reservas. De conformidad con las Convenciones de Viena, la reserva es una declaración por la cual un Estado se propone modificar o excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado. En el proyecto de directriz 1.1.7 se trata de excluir la aplicación de la totalidad de un tratado. Además, la hipótesis formulada en la directriz es contraria a la doctrina del derecho de las reservas, según la cual el Estado reservatario acepta los vínculos jurídicos que existen entre él y los demás Estados.

41. La adopción del proyecto de directriz significará que el régimen de las reservas deberá aplicarse a las declaraciones unilaterales de que se trata, situación que entrañaría algunos problemas. Por ejemplo, se puede imaginar el caso en que todas las otras partes en el tratado sean Estados no reconocidos por el Estado que formula la declaración. Nada impide que éste excluya los efectos jurídicos del tratado en relación con todos los demás Estados partes, situación que sería absurda. Se puede elegir otro ejemplo: algunos tratados prohíben las reservas, salvo en el caso de que estén previstas explícitamente en el propio tratado. ¿Puede un Estado hacer una declaración unilateral con el objeto de excluir todo vínculo jurídico entre él y otro Estado parte al que no reconozca? Por cierto, sería útil examinar ulteriormente esa cuestión, pero fuera del contexto del régimen de las reservas.

42. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO también abriga dudas acerca de la oportunidad de incluir el proyecto de directriz 1.1.7 en la Guía de la práctica. El tipo de declaración que se examina es muy particular, porque no se trata de una declaración interpretativa en el sentido que le da el Relator Especial en su tercer informe. El Relator Especial menciona dos ejemplos concretos, el de las declaraciones hechas por Arabia Saudita y la República Árabe Siria en el momento de la firma del Convenio constitutivo del FIDA. Una de ellas se refiere al no reconocimiento en general y la otra a las relaciones convencionales con otro Estado parte. Ahora bien, en el Convenio constitutivo del FIDA figura un artículo que prohíbe la formulación de reservas. Las declaraciones de que se trata no podrían haber sido aceptadas como reservas.

43. El Sr. HE hace notar que el problema del no reconocimiento es sumamente complejo, tanto en el plano político como en el jurídico. Se puede escoger entre dos posibilidades: considerar que las cuestiones vinculadas al no reconocimiento no tienen cabida en la Guía de la práctica o retener de ellas el aspecto relacionado con las reservas para incluirlo en la Guía. Sin embargo, es preciso ofrecer una explicación más detallada en el comentario e indicar que el no reconocimiento constituye un problema político que se plantea con frecuencia, pero que nada tiene que ver con las reservas.

44. El Sr. AL-BAHARNA declara que el Relator Especial sabe muy bien que la cuestión en examen se relaciona con el no reconocimiento y no con las reservas. Eso es lo que por otro lado indica en el proyecto de directriz 1.1.7, probablemente con el deseo de llamar la atención sobre la práctica de los Estados. En efecto, el tipo de declaración de que se trata es común en el contexto de los tratados multilaterales y nunca ha suscitado objeciones.

45. Para resolver ese problema, se podría hallar una solución de compromiso consistente, por ejemplo, en retener el texto del proyecto de directriz 1.1.7, pero para incluirlo en otra parte de la Guía de la práctica, o bien en darle forma de cláusula o anexo. Asimismo, tal vez convenga modificar la redacción para que se lea así:

> «Una declaración unilateral por la que un Estado se propone excluir la aplicación de un tratado entre él y uno o más Estados a los que no reconoce constituye un tipo especial de reserva que no corresponde estrictamente a la definición enunciada en la directriz 1.1, pero que sin embargo podría considerarse como una declaración que produce efectos en las relaciones entre el Estado autor de la declaración y el Estado o los Estados a los que no reconoce, en lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados del tratado.»

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2551.ª SESIÓN

Miércoles 29 de julio de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[1], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

GUÍA DE LA PRÁCTICA *(continuación)*

PROYECTO DE DIRECTRIZ 1.1.7 *(conclusión)*

1. El Sr. ROSENSTOCK observa que el tipo de declaraciones de que se trata en el proyecto de directriz 1.1.7 puede efectuarse en cualquier momento, incluso después de que un Estado haya consentido en quedar vinculado por el tratado. Es importante precisar ese hecho, porque de lo contrario las declaraciones en cuestión no se considerarían reservas, en virtud de la norma que dispone que las reservas deben formularse en el momento del consentimiento. En consecuencia, se podría modificar el texto del proyecto de directriz 1.1.7 para que se leyese así: «Una reserva por la que un Estado se propone excluir la aplicación de un tratado entre él y uno o varios Estados a los que no reconoce puede ser formulada en cualquier momento».

2. El Sr. ILLUECA recuerda a los miembros que se ha planteado la cuestión (2550.ª sesión) de si en verdad era necesario conservar el proyecto de directriz 1.1.7. En efecto, el no reconocimiento es un problema eminentemente político, que por cierto tiene especial importancia en la América Latina y el Caribe así como en el Oriente Medio, aun cuando haya lugar a preguntarse si tiene cabida en la Guía de la práctica.

3. El Sr. LUKASHUK declara que se está en presencia de un problema muy grave que es imprescindible resolver. El Sr. Lukashuk ha escuchado atentamente a todos los oradores y desearía proponer una solución de transacción. Algunos han afirmado que las declaraciones previstas en el proyecto de directriz 1.1.7 no constituían reservas. Eso es verdad, pero sin embargo se trata de declaraciones especiales que producen efectos jurídicos importantes, puesto que pueden excluir toda relación convencional entre varias partes en un tratado. Por lo tanto, a diferencia de las declaraciones interpretativas, esas declaraciones repercuten en los efectos jurídicos del tratado. Se podría hacer una distinción entre las declaraciones de reconocimiento y las de no reconocimiento. En realidad, no se puede soslayar el hecho de que un Estado pueda declarar que la participación conjunta no significa que haya reconocimiento, pero que el no reconocimiento no impide la aplicación del tratado entre ese Estado y el otro Estado interesado. Esas situaciones son demasiado frecuentes para no ser objeto de comentarios.

4. El Sr. MIKULKA señala que el proyecto de directriz 1.1.7 se refiere únicamente a un tipo de declaraciones de no reconocimiento, a saber, las encaminadas a excluir la aplicación de un tratado entre el Estado autor de la declaración y el Estado al que no reconoce, y que la cuestión consiste en determinar si esas declaraciones constituyen o no reservas. Como lo ha expresado (ibíd.), el Sr. Mikulka piensa que no. En lo que atañe a la propuesta formulada por el Sr. Rosenstock, ella es aceptable en conjunto, pero ¿está realmente convencido el Sr. Rosenstock de que el tipo de declaración de que se trata constituye una reserva? Tal vez podría reemplazarse el término «reserva» por la expresión «declaración unilateral», para evitar el riesgo de tropezar con problemas graves, sobre todo si otros Estados formulan objeciones.

5. El Sr. PELLET (Relator Especial), resumiendo el debate sobre el proyecto de directriz 1.1.7, recuerda en primer término que varios participantes se han preguntado si se estaba ante un problema político o ante un problema jurídico. A diferencia del Sr. Illueca, el Relator Especial considera que no es porque se trata de un problema político que no haya que referirse a él, sino muy por el contrario. Precisamente porque hay un problema político hay que evitar los desbordamientos. Por eso no es conveniente abocarse a un estudio teórico del reconocimiento y el no reconocimiento. La Comisión no tiene que reescribir el derecho internacional. En cambio, es esencial determinar si las declaraciones unilaterales de que se trata pueden producir efectos sobre la aplicación de un tratado. Si es así, ese efecto ¿da lugar a que ellas sean asimiladas a las reservas? El Relator Especial está plenamente de acuerdo con el Sr. Simma y el Sr. Yamada, para quienes no hace falta abordar esa cuestión desde el punto de vista del no reconocimiento, pero disiente de los miembros que, como el Sr. Crawford y el Sr. Brownlie, han considerado que la cuestión no se relaciona en modo alguno con el tema de las reservas. Cabe, pues, preguntarse si las declaraciones unilaterales previstas en el proyecto de directriz 1.1.7 se ajustan o no a la definición de las reser-

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

vas que ofrecen las Convenciones de Viena. Varios oradores han insistido en las diferencias, para ellos fundamentales, que existen entre esas declaraciones y las reservas. Algunos han hecho hincapié en la expresión «ciertas disposiciones del tratado». Ahora bien, el Relator Especial confía en haber demostrado, durante el examen del proyecto de directriz 1.1.4 (Objeto de las reservas), que la mayoría de las reservas no se refiere a «ciertas disposiciones», expresión que no debe tomarse demasiado literalmente, por temor a excluir las reservas transversales, lo que no sería aceptable. En cambio, conviene establecer una distinción entre «ciertas disposiciones» y la exclusión de la totalidad del tratado. El Relator Especial recuerda que, a diferencia de la mayor parte de los miembros de la Comisión, considera que una reserva no tiene necesariamente sino un propósito *ratione materiae*, pero que también puede tener un propósito *ratione personae*; sin embargo, no insistirá en hacer prevalecer su opinión. Sea lo que fuere, nadie duda de que una reserva pueda, en el marco jurídico del régimen de las reservas, excluir la aplicación de un tratado en su conjunto. Si, como lo ha hecho notar el Sr. Yamada, una objeción puede hacerlo, no se ve por qué no lo pueda hacer una reserva.

6. El Relator Especial indica que está más preocupado por las intervenciones que se han referido fundamentalmente no a la conformidad de las declaraciones con la definición de Viena, sino a los problemas que puede plantear la inclusión de las declaraciones unilaterales de no reconocimiento en la categoría de reservas. El Sr. Mikulka ha ido demasiado lejos al decir que las declaraciones de que se trata eran contrarias a la propia filosofía de las reservas. El Relator Especial no está de acuerdo, pero conviene en que se corre el riesgo de tropezar con problemas, aunque sólo sea porque el sistema de aceptaciones y objeciones no pueda funcionar. En consecuencia, reconoce que puede ser aventurado afirmar pura y simplemente que se está en presencia de una reserva. A ese respecto, el Relator Especial hace suya la reacción del Sr. Mikulka ante la propuesta formulada por el Sr. Rosenstock: ciertamente se puede reformular el proyecto de directriz 1.1.7 haciendo hincapié en el momento en que pueden hacerse las declaraciones unilaterales en cuestión, pero ello no resuelve la cuestión fundamental, que consiste en saber si esas declaraciones constituyen una reserva. Como quiera que sea, el Relator Especial preferiría utilizar la variante que había mencionado al presentar el proyecto de directriz, que consiste en precisar que la reserva puede formularse en el momento en que el propio Estado se compromete, pero también en el momento en que la entidad no reconocida se compromete. El Sr. Pellet entiende que la supresión de la última frase no resolvería el problema y piensa que, para mejorar el texto, conviene precisar el momento de que se trata.

7. Algunos miembros se han preguntado acerca del objeto del no reconocimiento. A juicio del Relator Especial, se podría afirmar por cierto que el no reconocimiento no tiene necesariamente por objeto a un Estado, pero esa no es la cuestión; lo importante es que el Estado reservatario quiera excluir toda relación convencional con alguna otra entidad. En lo que respecta a la pregunta formulada por el Sr. Yamada, a saber, si es posible negarse a mantener relaciones convencionales con un Estado reconocido, el Relator Especial admite que no ha pensado en la cuestión.

8. Por las razones expuestas, el Relator Especial admite que tal vez sea preferible no calificar de «reservas» las declaraciones de no reconocimiento. Queda por averiguar lo que en realidad son.

9. Los miembros de la Comisión han propuesto dos explicaciones. A juicio de algunos, se trataría de declaraciones *sui generis*, expresión esta que por cierto es una confesión de impotencia de los juristas y nada define. En opinión de otros, se trataría de declaraciones interpretativas, una tesis más interesante que ha sido defendida principalmente por el Sr. Bennouna. El Relator Especial estima que se debe seguir examinando esa cuestión y por eso no pide a la Comisión que remita el proyecto de directriz 1.1.7 al Comité de Redacción. Sería más útil volver a ocuparse de él cuando la Comisión examine los proyectos de directriz relacionados con las declaraciones interpretativas y las declaraciones de política general; sin embargo, sería absolutamente inaceptable dejar de lado este asunto.

10. El Sr. ECONOMIDES señala que la cuestión decisiva consiste en averiguar si una declaración unilateral de no reconocimiento es una verdadera reserva en el sentido del derecho de los tratados y recuerda que, en la sesión anterior, la mayoría de los miembros ha respondido negativamente a ese interrogante. Según el Sr. Economides, tampoco se trata de una declaración *sui generis* ni de una declaración interpretativa, sino de una declaración por la que un Estado no reconoce a una entidad la capacidad de establecer relaciones internacionales, sobre todo de orden convencional. Tales declaraciones responden más bien a las normas del derecho de los tratados relativas al no reconocimiento, pero la Comisión debe pronunciarse a ese respecto y el Sr. Economides se pregunta si, mediante las explicaciones requeridas en el comentario, la Comisión no debería proceder como en el caso del proyecto de directriz 1.1.5, expresando que una declaración unilateral de no reconocimiento «no constituye una reserva».

11. El Sr. GOCO manifiesta su preocupación por diversos motivos. En primer lugar, la hipótesis básica consiste en que un tratado multilateral es negociado por varios Estados y en que ciertos tratados exigen el consentimiento de todas las partes. ¿Cuál es, pues, la repercusión de las reservas de no reconocimiento en la aplicación de un tratado? Por otro lado, para el Estado declarante, el significado de esa reserva parece ser que no desea quedar vinculado por un tratado porque no reconoce a otros Estados que son partes en él. A ese respecto, el Sr. Goco recuerda a los miembros la opinión consultiva emitida por la CIJ en relación con las *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[2]. Con anterioridad, una «contrapropuesta» se refería a la necesidad del consentimiento del otro Estado parte en obligarse por el tratado. Se plantea asimismo la cuestión de saber si una directriz de esa índole será aplicable en todos los casos y a todos los tratados internacionales.

12. El Sr. HAFNER considera que el problema no debe enfocarse desde el punto de vista del no reconocimiento. Como lo ha señalado el Relator Especial en su tercer informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/491 y Add.1 a 6), es preciso distinguir entre las reservas que se limitan a indicar que el Estado reservatario no reconoce a

[2] Véase 2536.ª sesión, nota 13.

otro Estado parte en el tratado y las que indican que el Estado reservatario no reconoce a otro Estado parte en el tratado y que ese instrumento no se aplicará entre él y ese Estado. La verdadera cuestión consiste en saber si es posible hacer una reserva por la que se excluya la aplicación de un tratado multilateral a otro Estado parte, y si esa cuestión se relaciona necesariamente con el no reconocimiento. Otra cuestión es la de saber si hay casos en que los Estados rechazan la aplicación de un tratado a determinados Estados partes sin que medie una declaración de no reconocimiento.

13. Por otro lado, el Sr. Hafner no comparte la opinión del Relator Especial según la cual el objeto del no reconocimiento tiene poca importancia. Así, por ejemplo, se puede dudar de que un Estado tenga derecho a excluir la aplicación de un tratado entre él y otro Estado cuando este último cambia de gobierno y aquél no lo reconoce.

14. Por último, haciendo notar que el régimen de las reservas se aproxima bastante al de los acuerdos *inter se*, el Sr. Hafner propone que la Comisión examine la posibilidad de aplicar la definición de esos acuerdos a las declaraciones de que se trata.

15. El Sr. BROWNLIE estima que la opinión expresada el día anterior según la cual la cuestión en examen no corresponde al derecho de los tratados, sino más bien al derecho del reconocimiento, no carece de méritos, pero coincide con el Relator Especial en que esa cuestión corresponde al derecho de los tratados, aun cuando esté regida por las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas a la capacidad de celebrar tratados o a la expresión del consentimiento y no por las relativas a las reservas. En consecuencia, el problema que se plantea es un problema de clasificación y tal vez podría resolverse mediante una cláusula de salvaguardia, del tipo «sin perjuicio de».

16. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que ha quedado impresionado por la sensatez de las observaciones del Sr. Economides y se declara dispuesto a modificar la formulación del proyecto de directriz 1.1.7 en el sentido indicado por este último, con el objeto de que estipule que una declaración unilateral por la que un Estado se propone excluir la aplicación de un tratado entre él y uno o más Estados a los que no reconoce no constituye una reserva. Esa directriz debería ir acompañada de un comentario bastante amplio en que se podrían retomar en particular las observaciones del Sr. Brownlie, lo cual daría lugar a que la Comisión resolviera de una vez por todas el problema de las declaraciones en cuestión.

17. El Sr. HE dice que, a su entender, el proyecto de directriz 1.1.7 plantea dos problemas de fondo: el relativo a la decisión que adopta un Estado de reconocer o no reconocer a una entidad y el de saber si la entidad en cuestión posee la capacidad de ser parte en un tratado. La decisión sobre el no reconocimiento es una declaración política muy importante y no debería considerarse reserva. El Sr. He apoya la propuesta del Sr. Economides y cree que la Comisión debe indicar con toda claridad que esa declaración no es una reserva. El orador estima que el esclarecimiento de esta cuestión significará una contribución positiva de la Comisión al derecho internacional.

18. El Sr. BENNOUNA estima que, a nivel jurídico, el método utilizado por la Comisión no es satisfactorio. Piensa que el debate actual es una confesión de impotencia, puesto que se habla de una cosa sin caracterizarla. Le sorprende que el Relator Especial haya cambiado radicalmente de opinión en unas pocas horas y desea que se efectúe un análisis más profundo de la cuestión. Propone que se aplace el examen de la cuestión hasta la sesión siguiente.

19. El Sr. MIKULKA cree comprender que el Relator Especial ha cambiado de opinión motivado por el interés muy razonable de concluir un debate que ha durado más de un día. Nunca se ha tratado de silenciar el problema. Por el contrario, los miembros han comprobado que el problema existía, que era importante y que debía ser examinado, aunque no como reserva. En consecuencia, el Sr. Mikulka apoya la propuesta del Relator Especial. Además, propone que se remita al Comité de Redacción el otro aspecto de la cuestión, a saber, el momento en que puede hacerse la declaración. Al parecer, resulta del debate que ella puede ser formulada en el momento en que el Estado declarante exprese su consentimiento en quedar vinculado por el tratado o en el momento en que la entidad cuya calidad se cuestiona exprese el suyo. El Comité de Redacción podría aclarar finalmente que no prejuzga acerca del lugar que debe ocupar la directriz en la Guía de la práctica.

20. El Sr. SIMMA dice que, como ha quedado demostrado que el punto de vista inicial del Relator Especial —que el orador comparte— es minoritario, nada tiene de ilógico proponer que la cuestión sea remitida al Comité de Redacción, acompañada de las precisiones aportadas por el Sr. Mikulka, con la condición de que, una vez examinada la cuestión de las declaraciones interpretativas, el Comité de Redacción elabore en relación con la materia, si lo considera oportuno, las directrices que figuraban en la última parte de la Guía de la práctica.

21. El Sr. PELLET (Relator Especial) precisa que la cuestión del no reconocimiento no entra en el marco del tema que se le ha encomendado sino en la medida en que las declaraciones de no reconocimiento producen efectos en materia de derecho de los tratados y a causa de las frecuentes confusiones entre dichas declaraciones y las reservas. Además, puede comprobarse que tales declaraciones tampoco son asimilables a las declaraciones interpretativas y deben ser relegadas a otra categoría, a manera de las declaraciones de política general y las declaraciones informativas. En consecuencia, habría que remitir el proyecto de directriz 1.1.7 al Comité de Redacción, pidiéndole que formule sus propuestas teniendo presentes dos circunstancias: que para la gran mayoría de los miembros de la Comisión las declaraciones de no reconocimiento no constituyen reservas y que debe determinarse la vinculación, si la hay, entre esas declaraciones y las declaraciones interpretativas.

22. El Sr. BROWNLIE y el Sr. ILLUECA aprueban esa propuesta.

23. El Sr. HERDOCIA SACASA también considera sumamente importante que el Comité de Redacción no pierda de vista la estrecha vinculación que existe entre el

proyecto de directriz 1.1.7 y los proyectos de directriz 1.1.9, 1.2 y 1.2.5.

24. El Sr. GALICKI hace notar que si bien el proyecto de Guía de la práctica procede en general de modo positivo, indicando lo que es una reserva, también incluye proyectos de directriz como el 1.1.9, por ejemplo, que indican que un determinado tipo de declaración no es una reserva. El problema de las declaraciones de no reconocimiento existe y por consiguiente debe ser tratado en la parte final de la Guía.

25. El Sr. ROSENSTOCK no está seguro de que sea prudente decidir que las declaraciones de no reconocimiento no son reservas antes de haber analizado todos los otros marcos de definición posibles, incluida la posibilidad de que esas declaraciones sean tratadas en el comentario. La misma prudencia se impone cuando se trata de asimilarlas a las declaraciones interpretativas. Salvo que se considere que la declaración de Arabia Saudita en la firma del Convenio constitutivo del FIDA mencionada en el tercer informe del Relator Especial[3] no tiene consecuencias jurídicas para la capacidad del Estado prevista en esa declaración de recurrir a los mecanismos de solución de controversias que le permitirían llevar a Arabia Saudita ante la CIJ, la asimilación de una declaración de esa índole a las declaraciones interpretativas equivale a correr el riesgo de otorgar a esas declaraciones unos efectos jurídicos de que, a juicio de otros, se hallan desprovistos.

26. El Sr. ELARABY recuerda que la finalidad última de la operación es proceder de forma de que la adhesión a los tratados sea la más amplia posible. Los problemas políticos entre Estados son una realidad y las declaraciones de no reconocimiento constituyen para los Estados la solución que permite conciliar la realidad con su adhesión a los tratados. Introducir en esa realidad el riesgo de ser llevado ante la CIJ sería contrario al deseo de universalidad y complicaría la práctica interestatal en su estado actual.

27. El Sr. GOCO dice que la función del Comité de Redacción consiste en modificar o perfeccionar la formulación de una disposición que exprese la síntesis del debate de la Comisión sobre la cuestión de las declaraciones de no reconocimiento, pero no ha llegado a resolverse la cuestión fundamental de determinar si esas declaraciones corresponden o no a la materia y de si deben figurar o no en la Guía de la práctica. ¿Deberá también el Comité de Redacción zanjar esa cuestión?

28. El Sr. LUKASHUK expresa su confianza en la capacidad del Comité de Redacción para elaborar un texto de transacción en que se concilien las opiniones divergentes, aunque no necesariamente contradictorias, de todos los miembros de la Comisión.

29. El PRESIDENTE propone que se remita el proyecto de directriz 1.1.7 al Comité de Redacción, con la recomendación de que tome en cuenta los diversos comentarios y las importantes observaciones que se han formulado durante el debate.

Así queda acordado.

[3] Véase 2550.ª sesión, párr. 25, nota 3.

30. El Sr. PELLET (Relator Especial), presentando la sección C del capítulo I de su tercer informe que se ocupa de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas, empieza por formular tres comprobaciones generales. En primer lugar, las tres Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 proporcionan una base sólida para la reflexión sobre la definición de las reservas, pero sucede todo lo contrario con respecto a las declaraciones interpretativas. Por cierto, al elaborar su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión ha examinado en ocasiones, primero en su octavo período de sesiones, en 1956[4], y después en su 14.º período de sesiones, en 1962[5], la cuestión de la definición de tales declaraciones, pero esa reflexión no se recoge en ese proyecto[6], circunstancia que algunos Estados, en particular el Japón[7], han considerado lamentable. La Convención de Viena de 1969 y, con mayor razón, las de 1978 y 1986, que no hacen otra cosa sino adaptar las normas relativas a las reservas a su propio objeto, guardan silencio acerca de la cuestión. Ese silencio supone ventajas e inconvenientes. El primer inconveniente consiste en que las Convenciones de Viena no imparten directrices ni indicaciones sobre la definición de las declaraciones interpretativas. Pero, de algún modo, ese inconveniente es también una ventaja, la de que no haya en la materia la ortodoxia existente en el caso de las reservas. La Comisión no está sometida a un texto adoptado hace casi 30 años y puede innovar con arreglo a las convicciones de sus miembros y a las necesidades de la sociedad internacional contemporánea.

31. La segunda consideración general se refiere a la práctica en la materia. Los párrafos 231 a 234 del tercer informe indican que esa práctica es muy abundante y que con frecuencia los Estados hacen, a propósito de un tratado en que son partes, declaraciones expresamente concebidas como para que no sean reservas. La realidad de las declaraciones interpretativas es tan antigua como la de las reservas: de hecho, ambas se remontan al Acta final del Congreso de Viena de 1815[8]. Las dos son igualmente concomitantes con la aparición de la técnica convencional multilateral y se han desarrollado con ella. En punto a cantidad, es indudable que los Estados hacen un número de declaraciones interpretativas ligeramente inferior al de las reservas, pero, como se desprende del cuadro que figura en el párrafo 234 del informe, se está en un mismo orden de magnitud.

32. En tercer lugar, la definición de las declaraciones interpretativas y de lo que las distingue de las reservas se hace más difícil a raíz de dos factores. El primer factor de complejidad se relaciona con la incertidumbre terminológica. De entrada, se plantea la cuestión de determinar si el hecho de analizar de un modo binario las declaraciones unilaterales que producen efectos sobre el tratado a cuyo respecto se formulan, oponiendo las «reservas» a las «declaraciones interpretativas», no indica un exceso

[4] Véase *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 109, doc. A/CN.4/101, art. 13 *l*.

[5] Véase *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 35, doc. A/CN.4/144, art. 1 *l*.

[6] Ibíd., págs. 186 y 188, art. 1 *f*.

[7] Véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 48, doc. A/CN.4/177 y Add.1 y 2.

[8] *British and Foreign State Papers, 1814-1815*, vol. II, Londres, 1839, págs. 3 y ss.

de racionalismo cartesiano. En efecto, si bien varios idiomas parecen haber adoptado ese modo binario, otros lucen en cambio mucho más matizados y emplean una terminología más variada. En definitiva, el Relator Especial ha decidido atenerse a la oposición entre reservas y declaraciones interpretativas, porque los angloparlantes, por ejemplo, que emplean los términos *statement*, *understanding*, *proviso*, *declaration*, *interpretation* y *explanation*, por un lado, no definen todos de la misma forma esos términos y, por otro lado, convienen a menudo en que las distinciones que pudieran existir entre esos vocablos a nivel interno no se extienden al derecho internacional. Por lo demás, de los 32 Estados y las 18 organizaciones internacionales que han contestado el cuestionario del Relator Especial sobre el tema[9], ninguno ha impugnado esa clasificación, limitada a dos categorías, de las declaraciones unilaterales relativas a los tratados. Con todo, la incertidumbre terminológica persiste y hace que los Estados no califiquen del todo sus declaraciones o empleen diversas locuciones cautelosas o ambiguas, de las que el Relator Especial ofrece algunos ejemplos en los párrafos 255 a 259 de su tercer informe.

33. El otro factor importante de complejidad, cuando se trata de establecer la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas, se relaciona con lo que podría denominarse la «política exterior» o estrategia jurídica de los Estados. Desde luego que a veces se emplean locuciones imprecisas o ambiguas por inadvertencia, pero con frecuencia ello ocurre intencionalmente. Como lo ha hecho notar Dinamarca en su respuesta al cuestionario, en ciertos casos los Estados bautizan sus reservas con el nombre de «declaraciones interpretativas», ya sea para eludir una prohibición de formular reservas o para evitar la mala prensa que atraen los reservatarios en determinados medios. Naturalmente, estas «artimañas» son condenadas con razón, porque una reserva sigue siendo reserva «cualquiera que sea su enunciado o denominación» y de hecho esa práctica no favorece el análisis.

34. La cuarta consideración importante es que todas las definiciones que se han dado de las declaraciones interpretativas parten en realidad de definiciones de las reservas, ya se trate de las sugeridas por la doctrina o de las propuestas durante los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969. En esas definiciones, las declaraciones interpretativas se han presentado primero y sobre todo como distintas de las reservas, ya se diga que «una declaración interpretativa no es una reserva porque...» o que «una declaración interpretativa se distingue de una reserva en que...»; ese criterio es lógico y lo es tanto más hoy para la Comisión por cuanto que ella dispone, gracias a las Convenciones de Viena, de una definición de las reservas que no ha considerado oportuno tocar. Por lo demás, es totalmente aceptable partir de lo que se conoce para delimitar con mayor precisión lo que se desconoce. Y ese procedimiento empírico es el que, a sabiendas de las críticas que ha formulado a su respecto Horn[10], el Relator Especial ha seguido para llegar a la definición positiva que propone en el proyecto de directriz 1.2, al que da lectura.

35. El Relator Especial hace notar que en esa definición se encuentran elementos comunes a las reservas y las declaraciones interpretativas: en ambos casos se trata de declaraciones unilaterales de Estados u organizaciones internacionales y esa identidad formal no facilita la distinción, e igualmente en ambos casos poco importa el enunciado o la designación. En efecto —y claro está— sería absurdo admitir que una reserva es una reserva «cualquiera que sea su enunciado o denominación» si por otro lado ella se ajusta al criterio de las reservas y no admitirlo en lo que atañe a las declaraciones interpretativas. Si una reserva puede ser llamada «declaración» por su autor —y esa es una consecuencia necesaria de la definición que ofrecen las Convenciones de Viena—, ello significa también que no todas las declaraciones unilaterales que se autodenominan «declaración» o «declaración interpretativa» son necesariamente declaraciones interpretativas y, a la inversa, que ciertas declaraciones unilaterales llamadas «reservas» pueden en realidad ser simples declaraciones interpretativas.

36. Esos puntos comunes a las reservas y las declaraciones interpretativas requieren idénticas precisiones —las mismas causas producen los mismos efectos— y por ello el Relator Especial propone un proyecto de directriz 1.2.1 que es análogo, respecto de las declaraciones interpretativas, al proyecto de directriz 1.1.1, referente a las reservas y que prevé la posibilidad de declaraciones interpretativas conjuntas. A ese respecto, el Relator Especial hace notar que si bien no ha encontrado ejemplos de reservas conjuntas, la práctica de las declaraciones interpretativas conjuntas parece estar ahora bien establecida, como lo demuestran los ejemplos ofrecidos en el párrafo 268 del tercer informe que se examina.

37. En tales circunstancias, ese repudio del nominalismo en la definición tanto de las reservas como de las declaraciones interpretativas es bastante «inmoral», al punto de que sea lícito preguntarse si no sería necesario tomar lo que dicen los Estados al pie de la letra y decidir que, cuando un Estado llama «reserva» a su declaración, es preciso considerarla como tal y, cuando la denomina «declaración interpretativa», también atenerse a ello. Tal era la posición del Japón en 1964[11], y es también la que ha sugerido el Sr. Lukashuk (2550.ª sesión). El Relator Especial dice que aprueba ese deseo de «moralizar» el derecho, pero no cree que sea posible ir tan lejos, fundamentalmente por las dos razones que expone en los párrafos 277 y siguientes del tercer informe en examen. Por una parte, ello es incompatible con la definición de Viena y, por la otra, el procedimiento es tan extraño a la práctica que si la Comisión lo adoptara no codificaría el derecho ni lo desarrollaría progresivamente; se limitaría a legislar pura y simplemente, y esa no es la función que le corresponde.

38. En cambio, a juicio del Relator Especial, la Comisión puede avanzar poco a poco en esa dirección y eso es lo que propone en los proyectos de directriz 1.2.2 y 1.2.3, en los que, fundándose principalmente en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como en las sugerencias de una parte de la

[9] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478, anexos II y III.

[10] Véase 2545.ª sesión, nota 4.

[11] Véase *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 344 a 350, doc. A/6309/Rev.1, anexo.

doctrina, propone que se reconozca que, si bien la denominación de una declaración interpretativa no constituye una prueba de su naturaleza jurídica, crea sin embargo una presunción —que admite prueba en contrario— especialmente cuando el declarante llama «reservas» a algunas de sus declaraciones relativas a un tratado y «declaraciones interpretativas» a otras: tal es en esencia el objeto del proyecto de directriz 1.2.2.

39. Del mismo modo, cuando un tratado prohíbe las reservas, cabe la presunción —que también admite prueba en contrario— de que el autor de la declaración interpretativa se ha propuesto actuar de buena fe, conforme a derecho y que, en consecuencia, se trata de una declaración interpretativa y no de una reserva prohibida. Tal es el objeto del proyecto de directriz 1.2.3.

40. En cambio, las declaraciones interpretativas se distinguen de las reservas en otros dos puntos: el elemento temporal, es decir, el momento en que puede formularse la declaración, y el elemento teleológico, es decir, el objetivo previsto por el autor de la declaración. Por lo que toca al objetivo, elemento central de la distinción, si bien una reserva se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de disposiciones del tratado en su aplicación a su autor, no sucede lo mismo con una declaración interpretativa, que tiene por objeto —es una perogrullada— interpretar el tratado o algunas de sus disposiciones, es decir, precisar o aclarar su sentido y su alcance, como lo han señalado en varias oportunidades la CPJI y la CIJ. Aun cuando al parecer sea concisa, puede considerarse que la definición de la interpretación dada por la CIJ, en lo que respecta a los trabajos sobre las reservas a los tratados, es suficiente. Si se admite que interpretar significa aclarar y precisar el sentido y el alcance de un texto, es evidente que ello se opone a modificar o excluir: la interpretación deja en pie las disposiciones a las que se refiere y sus efectos jurídicos. Esto parece casi evidente, pero también es absolutamente esencial y, a ese respecto, el Relator Especial desearía conocer la opinión de los miembros de la Comisión sobre si la idea se desprende suficientemente de la definición que propone en el proyecto de directriz 1.2, o si es preferible repetirla en otros proyectos de directriz aún más explícitos, como los proyectos de directriz 1.3.0 y 1.3.0 *bis*. El proyecto de directriz 1.3.0 indica que la calificación de una declaración unilateral como reserva depende únicamente de la cuestión de determinar si tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de disposiciones del tratado, y el proyecto de directriz 1.3.0 *bis* indica que la calificación de una declaración unilateral como declaración interpretativa depende únicamente de la cuestión de saber si tiene por objeto precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones. A ese respecto, el Relator Especial se remite enteramente a la sabiduría de la Comisión e indica que, por su parte, encuentra ventajas e inconvenientes tanto en explicitar esos criterios como en no hacerlo, pero considera que ese punto debe señalarse a la atención de los Estados en la Guía de la práctica.

41. De análoga importancia es la cuestión de fijar el método que ha de emplearse para aplicar esa distinción. De ese problema se ocupa la sección C.3 del capítulo I en los párrafos 394 a 407, donde el Relator Especial indica que ese método es en realidad el que prevén los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 y que se trata nada menos que de la regla general de interpretación de los tratados, es decir, que hay que interpretar de buena fe la declaración interpretativa de acuerdo con el sentido corriente que debe atribuirse a sus términos y en su contexto, sin perjuicio de verificar el resultado al que se llega, valiéndose para ello de los medios de interpretación complementarios que son, en particular, los trabajos preparatorios. Ésa es la conclusión que resulta del análisis de la práctica de los Estados y sobre todo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como del Tribunal Arbitral en el caso *Îles Anglo-Normandes*[12], y tal es la conclusión a la que el Relator Especial propone que la Comisión llegue en el proyecto de directriz 1.3.1.

42. Las definiciones de las declaraciones interpretativas, por un lado, y de las reservas, por el otro, conducen también a pasar por alto dos categorías de declaraciones a cuyo respecto, según indica el Relator Especial, se ofrecen muchos ejemplos en los párrafos 362 a 366 y 371 a 376 de su tercer informe. Se trata, en primer lugar, de las declaraciones de política general que un Estado o una organización internacional puede formular con ocasión de la firma de un tratado o de la expresión de su consentimiento en quedar vinculado por él, y que se refieren al mismo objeto del tratado pero que no tienen por efecto modificarlo, excluir algunas de sus disposiciones ni interpretarlo, sino que se limitan a exponer la política de su autor en relación con el objeto del tratado. Ese tipo de declaración es el que se prevé en el proyecto de directriz 1.2.5, a cuyo respecto el Relator Especial indica que no está satisfecho y que espera modificarlo en una corrección que se distribuirá a los miembros de la Comisión.

43. La segunda categoría es la de las declaraciones informativas en las cuales un Estado o una organización internacional indica el modo en que cumplirá sus obligaciones en el plano interno, pero que no inciden en los derechos y obligaciones de los otros Estados. Ese es el objeto del proyecto de directriz 1.2.6. En ninguno de esos dos casos se trata de reservas ni de declaraciones interpretativas, circunstancia que el Relator Especial considera útil precisar.

44. Queda un elemento de la definición de las reservas que conviene decidir si transponer o no en la definición de las declaraciones interpretativas, a saber, el elemento temporal, o sea el relativo al momento en que se formula la declaración unilateral. A juicio del Relator Especial —y eso es lo que indica en su tercer informe— la respuesta debe ser categóricamente negativa. No hace falta incluir el elemento temporal en la definición general de las declaraciones interpretativas. Por el contrario, el Relator Especial se inclina a volver a presentar ese elemento en la definición de una categoría especial de declaraciones interpretativas, a saber, las declaraciones condicionales, por los motivos que se expresan a continuación.

45. Como ya lo ha indicado, el Relator Especial no cree que los predecesores de los actuales miembros de la Comisión hayan tenido razón en el momento de incluir

[12] Véase 2541.ª sesión, nota 14.

ese elemento temporal en la propia definición de las reservas, porque ello se relaciona con el régimen jurídico y, en opinión del Relator Especial, basta con que la cuestión se haya tratado en el artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Sin embargo, lo hecho ya está hecho y desde luego hay que acomodarse, aunque eso no sea motivo para cometer el mismo error en la definición de las declaraciones interpretativas. La razón por la cual los relatores especiales encargados del derecho de los tratados incluyeron ese elemento temporal en la definición de las reservas fue puramente práctica, a saber, que entendieron que las reservas entrañaban riesgos para la estabilidad de las relaciones jurídicas y la unidad de los tratados. Ahora bien, esa consideración no tiene la misma fuerza cuando se trata de las declaraciones interpretativas. Además, a ese respecto la práctica se suma a la teoría: en efecto, las reservas corresponden a la concertación del tratado, como lo confirma la inclusión de las normas que las rigen en la parte II de la Convención de Viena de 1969, mientras que las declaraciones interpretativas corresponden a la aplicación del tratado, como lo indica la inclusión de las normas que las rigen en la parte III de la Convención. El Relator Especial señala que en ese punto coincide plenamente con el antiguo Relator Especial, Sir Humphrey Waldock, su predecesor, quien manifestó igualmente con respecto a las declaraciones interpretativas que podían formularse en cualquier momento durante las negociaciones o la firma, ratificación, etc., o más tarde, en el curso de la práctica ulterior[13]. En la práctica, se comprueba además que los Estados hacen declaraciones interpretativas precisamente para escapar al rigor de los límites temporales fijados por el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 23 de la Convención de Viena de 1969 a la posibilidad de formular reservas, demostrando de ese modo su convicción de que tales declaraciones son posibles cuando las reservas no lo son. Por lo tanto, la primera conclusión es que no hace falta incluir el elemento temporal en la definición de las declaraciones interpretativas, que deben poder formularse en cualquier momento del nacimiento y la existencia del tratado.

46. Sin embargo, lo que es cierto respecto de las declaraciones interpretativas en general no lo es respecto de un determinado tipo de declaraciones interpretativas cuya existencia ha sido admirablemente demostrada por McRae[14]. En ese bien documentado estudio, el autor distingue entre las declaraciones interpretativas simples *(mere interpretative declarations)* y las declaraciones interpretativas condicionales *(qualified interpretative declarations)*. La declaración interpretativa es condicional cuando el Estado o la organización internacional declarante subordina su consentimiento en obligarse por el tratado a la interpretación que anticipa, del mismo modo que el autor de una reserva subordina su obligación condicional a esa reserva. Además, ello se ajusta efectivamente a una práctica indiscutible de la que el párrafo 310 del tercer informe que se examina da un ejemplo que parece muy sorprendente por ser tan poco recomendable. Se trata de la declaración interpretativa formulada por Francia al tiempo de firmar el Protocolo Adicional II al Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe[15], declaración reproducida en el informe que se examina y a la que da lectura el Relator Especial.

47. Esa declaración es clara, pero no siempre sucede así y sólo aplicando la regla general de interpretación enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, completada según sea el caso con el recurso a los medios complementarios previstos en el artículo 32 del mismo instrumento, se puede determinar si se está ante una declaración interpretativa simple o una condicional, es decir, si la declaración unilateral de que se trata se ajusta enteramente al criterio aplicado a las declaraciones interpretativas condicionales que, por precaución, el Relator Especial recuerda en el proyecto de directriz 1.3.0 *ter*.

48. Si la respuesta es afirmativa, es evidente que se está en relación con una declaración interpretativa mucho más próxima a una reserva que las declaraciones interpretativas simples, dado que las reservas también son «condicionales». No ha llegado aún el momento de preguntarse acerca del régimen jurídico aplicable a esas declaraciones interpretativas condicionales, pero tal parece que en este punto la renuencia actual a incorporar un elemento temporal a la definición de las declaraciones interpretativas en general ya no es oportuna: habida cuenta de que el declarante subordina su compromiso a la declaración, es evidente que ésta no puede formularse sino antes de que el autor se comprometa o en el momento de hacerlo. Y tanto como la inclusión del elemento temporal en la definición general de las declaraciones interpretativas no parece imponerse, también es preciso volver a presentarlo, de la misma forma que respecto de las reservas, en la definición de las declaraciones interpretativas condicionales. Tales son las consideraciones en que se basa el proyecto de directriz 1.2.4 propuesto en el tercer informe.

49. El Relator Especial indica que de ese modo cree haber pasado revista, tan brevemente como lo permite la complejidad de la materia, al conjunto de los proyectos de directriz que se desprenden de la sección C del capítulo I de su tercer informe, con excepción del proyecto de directriz 1.4, que es resultado de una promesa que el Relator Especial había hecho al término de un debate celebrado durante la primera parte del actual período de sesiones, principalmente en respuesta a observaciones apuntadas por el Sr. Economides y el Sr. Hafner. En efecto, definir no es reglamentar y todas las definiciones que figuran en la primera parte de la Guía de la práctica se formulan sin prejuzgar acerca de su régimen jurídico y, en particular, de su legalidad. Una reserva puede ser legal o ilegal, sigue siendo reserva si responde a la definición adoptada; una declaración interpretativa puede ser legal o ilegal y, del mismo modo, sigue siendo una declaración interpretativa. Incluso puede afirmarse que la posibilidad de determinar la licitud o ilicitud de una declaración unilateral depende de que sea una reserva o una declaración interpretativa. El proyecto de directriz 1.4 se ha elaborado y presentado teniendo presentes esas observaciones.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

[13] Véase *Anuario... 1965* (nota 7 *supra*), pág. 51.

[14] D. M. McRae, «The legal effect of interpretative declarations», *The British Year Book of International Law, 1978*, vol. 49, pág. 155.

[15] Ratificación del Protocolo Adicional II (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 936, pág. 420).

2552.ª SESIÓN

Jueves 30 de julio de 1998, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

más tarde: Sr. Igor Ivanovich LUKASHUK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[1], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)*

GUÍA DE LA PRÁCTICA *(conclusión)*

PROYECTO DE DIRECTRIZ 1.4

1. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que ha explicado suficientemente (2551.ª sesión) el objeto y los propósitos del proyecto de directriz 1.4, relativo al alcance de las definiciones. Ese proyecto, que ha calificado de cláusula de salvaguardia, constituye en realidad una advertencia general que tiene por objeto dejar bien en claro que la Guía de la práctica en elaboración se mantiene a nivel de la definición de conceptos y no pretende ir más lejos.

2. El texto que se examina establece el principio de la anterioridad de la calificación de la declaración unilateral en relación con el juzgamiento de la legalidad o ilegalidad de su contenido y la eventual puesta en marcha del régimen aplicable. Aplicado a las reservas, ese principio permite además concluir que puede haber reservas ilegales.

3. El Sr. Pellet propone que el proyecto de directriz 1.4 se remita al Comité de Redacción.

4. El Sr. LUKASHUK deplora que la Guía de la práctica no ponga de resalto que en ningún caso una declaración interpretativa puede ser obstáculo para la aplicación de un tratado, ya sea en el plano interno o en el internacional. También considera que la declaración interpretativa conjunta, aun cuando todavía no pertenezca a ningún régimen, al menos impone entre las partes el principio de la buena fe, es decir, que el Estado declarante debe atenerse a la interpretación que ha formulado.

5. Por lo que toca a la declaración interpretativa en general, el Sr. Lukashuk se pregunta cuál es la suerte que habrá de reservarse a esa figura jurídica del derecho internacional. Ese tipo de declaración cumple en verdad una función sumamente importante, porque un tratado consagra relaciones interestatales activas, que evolucionan conforme a la voluntad de los Estados. En realidad, un tratado no termina de ser interpretado, como lo demuestra acabadamente el Relator Especial en su tercer informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/491 y Add.1 a 6). Las Convenciones de Viena disponen que, en el momento de interpretar un tratado, se deben tener en cuenta los acuerdos concertados por las partes en relación con el sentido que habrá de darse a las disposiciones del tratado, así como la práctica de los Estados en la aplicación del instrumento, incluidas sus declaraciones interpretativas. Evidentemente, el régimen y el estatuto jurídicos de éstas no están definidos. Con todo, no se podría pensar en consagrar una labor detenida al régimen de las reservas pasando completamente por alto el de las declaraciones interpretativas.

6. El Sr. BENNOUNA aprueba que el Relator Especial haya hecho que la calificación de reserva o de declaración interpretativa sea una condición previa al examen de legalidad.

7. La Comisión ha iniciado un proyecto de Guía de la práctica de las reservas y se halla ante el caso de las declaraciones interpretativas que, aun siendo totalmente diferentes de las reservas, invade la esfera de éstas. Se entiende que ambos fenómenos son distintos y que, sin embargo, se superponen. Si dejando atrás el primer tema la Comisión se dedica al segundo, entra en un terreno más vasto, como lo demuestra el tercer informe en examen. A juicio del Sr. Bennouna, sería preferible evitar ese desplazamiento. Tal vez habría que cambiar el título de la Guía de la práctica y hablar de la «práctica de las reservas y declaraciones interpretativas».

8. Por lo que toca concretamente al proyecto de directriz 1.4, el Sr. Bennouna advierte que en el texto la noción de «legalidad» se refiere igualmente a las reservas y a las declaraciones interpretativas, lo que le parece desacertado. Si se puede hablar propiamente de la legalidad de una reserva, ¿cuál es el término que debe emplearse para calificar una declaración interpretativa? Sin duda, el Comité de Redacción sabrá hallar una solución.

9. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se congratula de que el Relator Especial haya considerado que el silencio del derecho internacional respecto de las declaraciones interpretativas era un motivo adicional para interesarse en ellas. Además, las reservas y las declaraciones interpretativas proceden de actos unilaterales de los Estados y tienen el mismo objeto. Por lo tanto, son muy parecidas. Sin

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

embargo, las primeras se rigen por el derecho positivo y las otras se rigen sólo por la práctica, que puede considerarse institucionalizada aun cuando no siempre adopte la forma escrita.

10. El Relator Especial propone lo que denomina una «cláusula de salvaguardia», que en principio establece que la calificación de declaración interpretativa condiciona la legalidad de la declaración de que se trata. Cabe preguntarse acerca del lugar que el Relator Especial ha reservado a esa noción de legalidad, que sólo es un aspecto del problema de las declaraciones unilaterales. Habría podido mencionar también el régimen aplicable. Así pues, el Sr. Pambou-Tchivounda propone que se modifique la parte central de la directriz y que, en vez de decir «se formula sin perjuicio de su legalidad con respecto a las normas», se precise que «no afecta la legalidad ni el régimen».

11. En conclusión, el Sr. Pambou-Tchivounda se pregunta si, por una parte, la dualidad entre reserva y declaración interpretativa y, por la otra, el problema que plantea la ubicación de la directriz que se examina en la Guía de la práctica no serían dos motivos válidos para incitar a la Comisión a asignarse un nuevo tema de estudio, el de las declaraciones interpretativas de los tratados.

12. El Sr. ECONOMIDES dice que nada tiene que objetar al proyecto de directriz 1.4, que plantea sin embargo la dificultad que ya han señalado el Sr. Bennouna y el Sr. Pambou-Tchivounda, a saber, la de la «legalidad» de las declaraciones interpretativas con respecto a las normas del derecho internacional. Si bien se puede decir que una reserva es ilegal, no ocurre lo mismo respecto de las declaraciones interpretativas, cuyas «normas» nunca han sido codificadas. En el uso, además, se dice con mayor frecuencia que una declaración es «operante» o «inoperante» —antes que «legal» o «ilegal»—; mejor dicho, que ella produce o no efectos jurídicos. Esa dificultad terminológica no es motivo para que se suprima el proyecto de directriz 1.4, llamado de salvaguardia. Pero se podría redactarlo en términos más sencillos como, por ejemplo: «La aplicación de una reserva o de una declaración interpretativa, tal como se define en la parte [...] de la Guía de la práctica, depende de la legalidad de la reserva o del carácter operacional de la declaración con respecto al derecho internacional aplicable a las reservas y las declaraciones interpretativas».

13. El Sr. Economides está de acuerdo con que se remita al Comité de Redacción el proyecto de directriz 1.4.

14. El Sr. SIMMA y el Sr. HAFNER también desean que el proyecto de directriz 1.4 sea remitido al Comité de Redacción.

15. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, si bien es cierto que nunca se ha codificado el régimen de las declaraciones interpretativas, ello no significa que no haya normas que les sean aplicables. Contrariamente, pues, a lo que al parecer piensan el Sr. Economides y el Sr. Bennouna, cabe considerar que una declaración interpretativa puede ser ilegal. De todos modos, la noción existe con respecto a las declaraciones interpretativas condicionales, que en realidad se parecen mucho a las reservas, y que pueden considerarse ilegales.

16. ¿Es realmente necesario internarse en la esfera de las declaraciones interpretativas? Por su parte, el Relator Especial creía posible evitar esa difícil figura jurídica, pero se manifiesta en el curso de los debates la necesidad de volver a pensar en ello en cada punto de articulación de la reflexión sobre las reservas.

17. El Sr. BENNOUNA plantea un problema de método que considera necesario aclarar. Como lo ha hecho notar el Relator Especial, las declaraciones interpretativas condicionales son muy parecidas a las reservas, hasta el punto de que a veces es difícil distinguir unas de otras. La diferencia esencial consiste en que la declaración interpretativa se sitúa ya en el ámbito del tratado, cuyo texto el declarante lee de un modo determinado.

18. El Relator Especial tiene razón al decir que se deberá tratar el caso de las declaraciones interpretativas a medida que se examinen las reservas, pero que esas declaraciones ya están definidas en el derecho internacional.

19. El Sr. ROSENSTOCK estima que no es necesario resolver esas cuestiones antes de remitir el proyecto de directriz 1.4 al Comité de Redacción. Para aliviar la preocupación de los miembros que se inquietan porque se hable de la «legalidad» de una declaración interpretativa, ¿no podrían añadirse las palabras «o de sus efectos jurídicos» después de las palabras «de su legalidad»?

20. El Sr. KATEKA, advirtiendo que la Comisión procede a un debate detallado sobre las declaraciones interpretativas de que se ocupa el Relator Especial en la sección C del capítulo I de su tercer informe, dice que desearía tener la posibilidad de presentar algunas observaciones generales sobre la totalidad de esa sección.

21. El Sr. GOCO manifiesta su sorpresa porque se haya pasado ya al proyecto de directriz 1.4 mientras quedan aún tantos puntos importantes por aclarar. Por su parte, tiene algunas cuestiones que plantear con respecto al proyecto de directriz 1.2.3 (Formulación de una declaración interpretativa cuando una reserva está prohibida).

22. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) comparte las preocupaciones del Sr. Kateka y cree que, en efecto, sería útil analizar el procedimiento que se habrá de seguir. El Comité de Redacción dará sin demora el último toque a las directrices sobre las reservas y presentará los resultados de sus trabajos en sesión plenaria. Sin embargo, como el proyecto de directriz 1.4 ha suscitado muchos interrogantes tanto en la Comisión como en el Comité de Redacción, tal vez sería oportuno decidir su suerte de inmediato y remitirlo al Comité de Redacción simultáneamente con los proyectos de directriz sobre las reservas. Desde luego, queda fuera de discusión en esta etapa la remisión de los proyectos de directriz sobre las declaraciones interpretativas al Comité de Redacción.

23. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea remitir al Comité de Redacción el proyecto de directriz 1.4.

Así queda acordado.

PROYECTOS DE DIRECTRIZ 1.2 A 1.3.1

24. El Sr. KATEKA dice que el tema de las reservas a los tratados es de suyo extremadamente complejo y que los problemas planteados por las declaraciones interpretativas lo complican aún más. Al mismo tiempo, como lo ha hecho notar el Relator Especial en el párrafo 254 de su tercer informe, es necesario reconocer que en la materia reina un gran desorden terminológico. En consecuencia, es realmente importante establecer una distinción entre las reservas y las declaraciones interpretativas.

25. En los párrafos 320 y 321 de su tercer informe, el Relator Especial menciona el problema particular de las declaraciones interpretativas condicionales, señalando la importancia de la diferencia entre aplicación e interpretación. A juicio del Sr. Kateka, las declaraciones condicionales constituyen auténticas reservas y deben ser tratadas como tales. Es cierto que el régimen de Viena guarda silencio respecto del tema de las declaraciones interpretativas, pero tal vez se podría aplicar una fórmula análoga a la utilizada para las reservas, a saber, que cuando un tratado no ofrece indicación alguna con referencia a las reservas, los Estados están autorizados a formularlas, salvo que sean incompatibles con el objeto y la finalidad del tratado. Sería interesante integrar ese principio en la Guía de la práctica. Lo mismo ocurre con la necesidad de que la reserva se formule por escrito: ese principio tendría que aplicarse igualmente a las declaraciones interpretativas e integrarse en la Guía.

26. Sabido es que los Estados, so capa de declaraciones interpretativas, tratan a veces de formular verdaderas reservas. El proyecto de directriz 1.2.2 (párr. 291) pone las cosas en su lugar, señalando que la naturaleza jurídica de una declaración unilateral no se determina por su enunciado o denominación, sino por el efecto jurídico que tiene por objeto producir. El Relator Especial concluye su análisis con una nota un tanto pesimista, diciendo que cualquiera que sea el cuidado puesto en definir las reservas y distinguirlas de las declaraciones interpretativas, subsiste una parte inevitable de incertidumbre. Cabe esperar que el Relator Especial seguirá aportando su valiosa contribución a los esfuerzos desplegados por evitar situaciones confusas.

27. Preocupan igualmente al orador las declaraciones interpretativas que se refieren a los tratados bilaterales. El Sr. Kateka expresó el deseo (2551.ª sesión) de que el Relator Especial abordara la cuestión, con la idea de que se debía prohibir ese tipo de declaración o por lo menos desalentarla. Por eso no le satisface el proyecto de directriz 1.2.8 (Efecto jurídico de la aceptación de la declaración interpretativa de un tratado bilateral por la otra parte).

28. El Sr. PELLET (Relator Especial) anuncia la aparición próxima de la parte de su tercer informe sobre la cuestión de las declaraciones interpretativas relativas a los tratados bilaterales. Sin duda, los miembros de la Comisión querrán conocerlo antes de hacer uso de la palabra para referirse a esa cuestión.

29. El Sr. HAFNER desea formular algunas observaciones generales acerca de las declaraciones interpretativas y de la sección C del capítulo I que trata de ellas. Como lo señala el Relator Especial, a veces resulta muy difícil distinguir entre las declaraciones interpretativas y las reservas. Varios ejemplos concretos ilustran perfectamente la cuestión. Así, el Gobierno austríaco ha propuesto al Parlamento que formulara una declaración interpretativa en relación con el Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, pero el Parlamento ha transformado esa declaración interpretativa en reserva, sin modificar por ello el texto[2].

30. Por otro lado, contrariamente a lo que han expresado otros oradores, el régimen de Viena no silencia totalmente el tema de las declaraciones interpretativas. En realidad, se puede considerar que las normas generales de interpretación de la sección 3 de la Convención de Viena de 1969 les son aplicables.

31. De todos modos, si bien es cierto que no es necesario estudiar detalladamente las declaraciones interpretativas, no lo es menos que habrá que definir claramente los criterios que permitan distinguirlas de las reservas.

32. El Sr. BROWNLIE dice que estar alerta con respecto a los distintos tipos de comportamiento de los Estados no significa que sea indispensable codificar la esfera de las declaraciones interpretativas, que carecen de contenido normativo. Tal vez habría que limitarse a ofrecer algunas indicaciones en el comentario, evitando mencionar esa figura en la Guía de la práctica.

33. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente individualmente los proyectos de directriz referentes a las declaraciones interpretativas.

34. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que el proyecto de directriz 1.2, que ha presentado (2551.ª sesión), le parece necesario porque la Convención de Viena de 1969 no ofrece una definición de las declaraciones interpretativas. Ese proyecto, en que el Sr. Kateka ha hecho hincapié, explica que lo que determina la diferencia entre reserva y declaración interpretativa es el objetivo deseado, conforme a la definición de las reservas enunciada en la Convención. Por otro lado, al parecer el Sr. Kateka asimila las reservas prohibidas a las declaraciones interpretativas condicionales. Tomando como ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que prohíbe expresamente las reservas pero permite las declaraciones interpretativas, el Relator Especial se pregunta si sería o no admisible una declaración interpretativa condicional hecha por un Estado con respecto a esa Convención. Si bien en muchos casos el régimen de las declaraciones interpretativas condicionales puede compararse con el de las reservas, no parece posible asimilar por completo ambas nociones.

35. El Relator Especial conviene con el Sr. Hafner en que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 ofrecen indicaciones acerca del régimen jurídico de las declaraciones interpretativas, aun cuando la expresión no figure en ellos. Sin embargo, la Convención no da una definición y la Comisión realiza una tarea útil proponiéndola. Por lo que toca a las declaraciones conjuntas en los tratados de adhesión, principalmente en la esfera del derecho comunitario, es difícil que se les pueda considerar

[2] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1289, págs. 303 y 304

como declaraciones unilaterales respecto del derecho internacional general, en la medida que ellas son objeto de negociaciones prolongadas y son aceptadas por el hecho mismo de la concertación del tratado de adhesión. Quizá habría que calificarlas como variantes de la declaración interpretativa.

36. El Sr. BROWNLIE se pregunta acerca de la necesidad de codificar la esfera de las declaraciones interpretativas que no tienen contenido normativo. El Relator Especial entiende que no es necesario que esas declaraciones tengan un contenido normativo para que la Comisión se ocupe de elaborar una definición. Las disposiciones de un tratado que definen un término tampoco tienen un carácter propiamente normativo, pero condicionan la aplicación de la parte dispositiva que les sigue. Por lo tanto, sin emprender la codificación de las declaraciones interpretativas, la Comisión debe al menos proponer una definición y dar respuesta a la cuestión de si el régimen jurídico de las reservas ha de transponerse o no a tales declaraciones.

37. A juicio del Sr. SIMMA, el Sr. Brownlie ha señalado a la atención de la Comisión un verdadero problema: al excederse en su empeño por dar impulso a la codificación de las declaraciones interpretativas, la Comisión corre el riesgo de perder de vista el objeto de las directrices que elabora, que es el de posibilitar la distinción entre las reservas y las declaraciones interpretativas. Todas las propuestas del Relator Especial responden a ese criterio, con excepción de la directriz 1.2.1 (Formulación conjunta de declaraciones interpretativas).

38. En lo que atañe a la relación entre las declaraciones interpretativas y las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 que se refieren a la interpretación de los tratados, el Sr. Simma hace notar que ella puede ser examinada desde dos puntos de vista diferentes. El artículo 31 dispone en el apartado *b* de su párrafo 2 que un tratado puede interpretarse principalmente con la ayuda de «todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado». Pero otra disposición (apartado *b* del párrafo 3 del artículo 31) dice que «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» puede servir para definir las declaraciones interpretativas que se formulen ulteriormente. El Relator Especial se remite a ese artículo cuando en su proyecto de directriz 1.3.1 propone aplicar la regla general de los tratados codificada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, la Comisión deberá prestar atención al hecho de que las normas generales enunciadas en la Convención tienen por objeto aclarar el sentido de un acuerdo de voluntades entre dos o tres partes, mientras que en el caso de las declaraciones interpretativas previstas en el proyecto de directrices se trata de declaraciones unilaterales. Por consiguiente, la Comisión deberá preguntarse si es posible aplicar a la declaración interpretativa unilateral unas normas concebidas para regular la expresión del consentimiento a nivel bilateral o multilateral.

El Sr. Lukashuk asume la Presidencia.

39. El Sr. ILLUECA observa que la definición que se ofrece en el proyecto de directriz 1.2 se aplica tanto a los tratados bilaterales como a los tratados multilaterales, destacando que el Relator Especial preferiría que primero se prestara atención a los tratados multilaterales. Sin embargo, hay tratados bilaterales que llegan a convertirse en tratados multilaterales o que tienen efectos sobre terceros Estados.

40. Los criterios propuestos por el Relator Especial para distinguir las reservas de las declaraciones interpretativas difieren de los aplicables a las declaraciones interpretativas condicionales. Aparte del problema de terminología, la definición cumple una función única en la determinación de la legalidad de una declaración unilateral. El Relator Especial tiene razón al afirmar que se debe determinar si se está en presencia de una declaración interpretativa antes de poder preguntarse acerca de su legalidad.

41. Señalando a la atención de la Comisión el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, dedicado a las disposiciones del derecho interno relativas a la capacidad para celebrar tratados, el Sr. Illueca menciona un episodio relacionado con el Tratado del Canal de Panamá[3]. Un grupo de senadores de los Estados Unidos de America emitió una objeción porque las reservas, enmiendas y condiciones añadidas al Tratado no habían sido sometidas a un referéndum en Panamá, contrariamente a lo previsto en la Constitución del país, añadiendo que el propio Tratado había sido aprobado por un referéndum organizado con el patrocinio de las Naciones Unidas. Panamá argumentó que las reservas, enmiendas y condiciones en cuestión habían sido aceptadas por el Gobierno panameño en el momento de la ratificación del Tratado y no debían ser sometidas a un nuevo referéndum. Consideró además que esas reservas, enmiendas y condiciones dependían de la interpretación del Tratado. El Gobierno estadounidense consideró que la posición del Panamá estaba jurídicamente bien fundada y que no contrariaba el derecho interno de ese país con arreglo al artículo 46 de la Convención de Viena de 1969.

42. Mencionando de nuevo el caso del Tratado del Canal de Panamá, el Sr. Illueca estima que ese instrumento es un buen ejemplo de tratado bilateral con efectos multilaterales. Esos efectos multilaterales derivan en ese caso del régimen de neutralidad permanente del Canal. Se han tenido presentes los derechos e intereses de los terceros Estados en un régimen que forma parte del derecho internacional general, pero que se rige igualmente por un tratado bilateral y un protocolo relativo a la neutralidad permanente del Canal, a los que se han adherido varios Estados.

43. En conclusión, el Sr. Illueca señala que la labor del Relator Especial es muy interesante, en la medida en que ha tenido en cuenta la situación de los terceros Estados y el problema de la compatibilidad con el derecho internacional general.

44. El Sr. ADDO, refiriéndose a la declaración del Sr. Kateka y la respuesta del Relator Especial en relación con las declaraciones interpretativas condicionales, dice que desea obtener algunas aclaraciones sobre un punto particular. En la hipótesis de que un Estado formule, en el

[3] Firmado en Washington el 7 de septiembre de 1977 (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 1280, pags 18 y ss)

momento de ratificar un tratado, una declaración interpretativa por la cual indique que sólo será parte en el tratado si las demás partes aceptan su interpretación, e igualmente en la hipótesis de que algún otro Estado rechace esa interpretación, ¿puede ese rechazo ser un obstáculo para la entrada en vigor del tratado entre el Estado que ha formulado la declaración interpretativa y el que la haya objetado?

45. El Sr. AL-BAHARNA, considerando totalmente correcta la definición enunciada en el proyecto de directriz 1.2, propone que sobre esa base se elabore una disposición que indique expresamente que los Estados tienen derecho a formular declaraciones interpretativas, siempre que ellas respondan a dos criterios. El primero, enunciado en el párrafo 231 del tercer informe, es que esas declaraciones no deben tratar de modificar o excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, y el segundo, tomado del apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 y adaptado a las declaraciones interpretativas, es que ellas no sean incompatibles con el objeto o la finalidad del tratado. Por último, habida cuenta de que las declaraciones interpretativas así definidas no pueden ser reservas, la directriz pertinente figuraría en la parte final de la Guía de la práctica.

46. El Sr. HERDOCIA SACASA estima que la definición propuesta en el proyecto de directriz 1.2 se ajusta perfectamente a la necesidad de disipar los malentendidos, voluntarios o no, que rodean a la noción de declaración interpretativa y a lo que la distingue de la de reserva. En relación con las reservas, los elementos de análisis figuran en los artículos 1 y 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969, mientras que para las declaraciones interpretativas es preciso elaborar otros criterios de apreciación. En la definición propuesta, por un lado, esas declaraciones deben tener por objeto precisar el sentido o el alcance del tratado y, por el otro, tener presente que los factores determinantes son la intención y el contenido de la declaración y no su denominación o forma. Sin embargo, tal vez convenga incorporar también a esa definición un elemento limitativo, que además está enunciado por el propio Relator Especial en el párrafo 231 de su tercer informe, a saber, que las declaraciones interpretativas no tienen por objeto modificar o excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado.

47. El Sr. ECONOMIDES formula cuatro observaciones sobre la definición de las declaraciones interpretativas. En primer término, en esa definición se ha omitido una palabra clave, el verbo «interpretar». En segundo término, mientras que la reserva modifica o excluye los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado únicamente, la definición propuesta hace que la declaración interpretativa pueda tener por objeto precisar o aclarar el conjunto del tratado. No hay certeza de que esa distinción corresponda exactamente a la práctica. En tercer término, la expresión «que el declarante atribuye al tratado» introduce un elemento de subjetividad, que puede debilitar las normas relativas a la interpretación de los tratados. Por último, es preciso fijar un límite al poder de interpretación, indicando que ella debe ajustarse a la letra y el espíritu de la disposición de que se trata, aun cuando ese último aspecto tal vez corresponda más al régimen jurídico que a la definición de las declaraciones interpretativas. Por lo tanto, el Sr. Economides propone que se modifique la última parte del proyecto de directriz 1.2 como sigue: «procuran interpretar ciertas disposiciones del tratado aclarando o definiendo su sentido o su alcance».

48. El Sr. BENNOUNA se pregunta asimismo si es correcto el empleo de la frase «que el declarante atribuye al tratado». Tal vez el Comité de Redacción deba reformular la definición, teniendo en cuenta el objetivo primordial de todo trabajo de interpretación, que consiste en dar el sentido exacto de lo que se interpreta. Por lo demás, la interpretación también se funda en el deseo de facilitar la compatibilidad entre el derecho internacional y el derecho interno. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, mencionada por el Relator Especial, contiene un gran número de disposiciones que requieren la revisión de las legislaciones nacionales y, en consecuencia, el instrumento prevé la posibilidad de formular declaraciones interpretativas que también se refieran a su aplicación. Paralelamente, tal vez habrá que prever en el proyecto de directriz 1.2 que las declaraciones interpretativas se proponen definir o aclarar no solamente el sentido o el alcance del tratado, sino también las condiciones de su aplicación.

49. El Sr. GALICKI considera que la definición propuesta en el proyecto de directriz 1.2 destaca debidamente tanto las diferencias principales que hay entre reservas y declaraciones interpretativas como la finalidad de estas últimas. Sin embargo, como el texto propuesto constituye una especie de disposición preliminar del que derivan varias otras, sería conveniente incluir también en ella un enunciado negativo que indicara lo que no son las declaraciones interpretativas.

50. El Sr. AL-BAHARNA hace notar que el propio verbo «interpretar» se presta a múltiples interpretaciones, de modo que su empleo conlleva el riesgo de privar a la definición de parte de su valor operacional. Son más pertinentes, en cambio, las observaciones relativas al verbo «atribuir». En efecto, sería más prudente decir que la declaración interpretativa tiene por objeto definir o aclarar la posición del Estado declarante con respecto al tratado en su conjunto o a algunas de sus disposiciones.

51. El Sr. PELLET (Relator Especial), dando respuesta a las diversas observaciones formuladas durante la sesión, indica en primer lugar que el hecho de que un gran número de elementos del régimen de las reservas se aplique a las declaraciones interpretativas condicionales no le parece razón suficiente para afirmar que éstas sean reservas. En cuanto a la hipótesis de la declaración interpretativa condicional que contiene una interpretación inexacta, ella plantea el problema jurídico-filosófico de saber si una interpretación puede ser inexacta. Varios oradores han formulado el deseo de que la definición incluya además un elemento de definición por la negativa. En la definición que propone, el Relator Especial ha preferido establecer una simetría con la definición propuesta en el proyecto de directriz 1.1, adoptando el criterio opuesto en los proyectos de directriz 1.3.0, 1.3.0 *bis* y 1.3.0 *ter*. No obstante, el Relator Especial no se opone a que se indique en la definición que la declaración interpretativa no tiene por objeto modificar o excluir los efectos jurídicos del tratado o de algunas de sus disposiciones.

52. De todos modos, hay que evitar las simplificaciones que complican las cosas: la definición de las declaraciones interpretativas no es el contexto apropiado para hacer el balance del régimen jurídico que les es aplicable y parece muy prematuro pensar en transponer a las declaraciones interpretativas las disposiciones del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, relativo a la formulación de reservas.

53. Asimismo, las suspicacias con respecto al verbo «atribuir» y las consideraciones relativas a los límites que han de imponerse al poder de interpretación conducen nuevamente a la cuestión del régimen jurídico de las declaraciones interpretativas. En cambio, la observación según la cual la declaración interpretativa tiene por objeto definir o aclarar, no el sentido o el alcance del tratado sino la posición del Estado declarante con respecto al tratado, es pertinente en la etapa de la definición. Incorporar a la definición el verbo «interpretar» la haría un tanto tautológica.

54. Por lo demás, prever que la declaración interpretativa puede referirse al conjunto del tratado se ajusta a la práctica, y no sería atinado privarse de la solución de las declaraciones interpretativas transversales retomando la limitación introducida, sin razón, por la Convención de Viena de 1969.

55. Por último, hacer decir a la definición que la declaración interpretativa se propone también definir o aclarar las condiciones de aplicación del tratado equivaldría a introducir de nuevo en esa definición la problemática de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, problemática que remite más bien al proyecto de directriz 1.2.6.

56. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea remitir al Comité de Redacción el proyecto de directriz 1.2.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.05 horas.

2553.ª SESIÓN

Viernes 31 de julio de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación*)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) presenta la sección C del capítulo II de su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7), dedicada al capítulo II de la primera parte del proyecto de artículos (El «hecho del Estado» en el derecho internacional), y señala que los artículos 5 a 15 de que se ocupa ese capítulo responden a la primera de las dos condiciones establecidas por el artículo 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado) para que haya responsabilidad del Estado, a saber, que el comportamiento de que se trata sea atribuible al Estado; la segunda condición es que ese comportamiento constituya el quebrantamiento de una obligación internacional del Estado. Desde la aprobación de esos artículos en primera lectura en los años setenta, la jurisprudencia en la materia se ha ampliado considerablemente, al impulso de la CIJ y de otros tribunales diversos, arbitrales o de derechos humanos. Algunos de esos artículos han sido citados en dicha jurisprudencia y, por lo tanto, deben ser tratados con cautela, aun cuando a juicio de otros el margen operacional sea más extenso. Las observaciones de los gobiernos sobre ese capítulo proceden en realidad de un número limitado de Estados, pero no por ello son menos sustantivas. En conjunto, la preocupación general de los gobiernos consiste en velar por que la atribución pueda hacerse sobre una base suficientemente amplia, para que el Estado no pueda liberarse de su responsabilidad mediante la excusa de definiciones formales de sus órganos o agentes y también para que la evolución reciente hacia la privatización del sector público no signifique un estrechamiento del ámbito de las reglas de atribución. Es preciso que la Comisión tenga presentes esas observaciones en la continuación de sus trabajos sobre el tema. Sin embargo, ningún gobierno ha propuesto que se modificara la estructura básica de esos artículos con miras a una formulación positiva sobre la atribución, por lo que las diversas modificaciones propuestas por el Relator Especial tienen fundamentalmente una función aclaratoria. En esa estructura de base se pue-

* Reanudación de los trabajos de la 2547.ª sesión

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

den distinguir dos grupos de artículos, los artículos 5 a 8 y 10, que se refieren a la atribución en general, y los artículos 9 y 11 a 15, que se ocupan de casos específicos; a estos últimos, el Relator Especial añade un artículo 15 *bis* relativo a un caso que no estaba previsto en el proyecto.

ARTÍCULOS 5 A 8 Y 10

2. Los artículos «generales» sobre la atribución plantean dos problemas de terminología. El primero se relaciona con el hecho de que la Comisión haya preferido el término «atribución» al término «imputación»[4] empleado originalmente por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago[5]. Ahora bien, la CIJ ha seguido usando en sus casos ulteriores la palabra «imputación». La elección de la Comisión no deja de ser razonable, pues el término «imputación» introduce un elemento de ficción donde no lo hay. Además, el título del capítulo II del proyecto encierra entre comillas la expresión «hecho del Estado», con el deseo de evitar confusión con formulaciones próximas que puedan encontrarse en los diversos sistemas jurídicos internos. El Relator Especial propone que se supriman las comillas y se eviten los riesgos de confusión adoptando el título más informativo de «Atribución del comportamiento al Estado en el derecho internacional». A pesar de esos aspectos terminológicos, los artículos «generales» sobre la atribución adoptan los principios fundamentales en que se basa el concepto de atribución y que se describen en el párrafo 154 del informe; a ese respecto, el punto esencial es la distinción entre la atribución y el quebrantamiento de una obligación: aun cuando haya una estrecha vinculación entre el fundamento de la atribución y la obligación que parece haber sido violada, la atribución del comportamiento al Estado en sí no implica, en modo alguno, que ese comportamiento constituya una violación de la obligación de que se trata. Este primer grupo de artículos se ordena en torno a los artículos 5 (Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos), 7 (Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público), 8 (Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado); los artículos 6 (No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado) y 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad) cumplen una función explicativa y se relacionan con el artículo 5 solamente, en el caso del artículo 6, y con los tres artículos (5, 7 y 8), en el caso del artículo 10.

ARTÍCULOS 5 Y 6

3. El artículo 5 se ocupa de la atribución al Estado del comportamiento de sus órganos; en esencia, los problemas que plantea giran alrededor de esa noción de órgano. Así, en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/488 y Add.1 a 3) el Gobierno francés ha propuesto que en el artículo se añadieran las palabras «o agente» después de las palabras «todo órgano», pero, aparte de que el concepto de agente se considera en el artículo 8, el artículo 5 se refiere únicamente a las entidades que forman parte orgánicamente de la estructura estatal. Según los términos del artículo 5, un órgano del Estado es toda entidad que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado. Ahora bien, el derecho interno no siempre es suficiente para determinar dicha condición y, en algunos casos, es preciso referirse a prácticas, convenciones, etc. Además, no es frecuente que el sentido que se da al término «órgano» en los sistemas jurídicos nacionales corresponda exactamente al que debe tener para los fines de la responsabilidad de los Estados. En ciertos sistemas, no se trata sino de los niveles superiores del aparato estatal, mientras que en relación con el tema que se examina, el término puede abarcar todos los niveles jerárquicos. En consecuencia, siguiendo el ejemplo de muchos gobiernos, el Relator Especial propone que se suprima esa referencia al derecho interno, pero indicando claramente en el comentario que, aun siendo particularmente pertinente, ese derecho no constituye el criterio determinante único.

4. Varios aspectos del concepto de órgano se hacen explícitos en el artículo 6, que precisa en primer lugar que el órgano puede pertenecer a los poderes constituyente, legislativo, judicial u otros. Esa aclaración es importante, pero ha motivado que algunos autores se pregunten si no introduce en el artículo 5 la noción limitativa del ejercicio de prerrogativas del poder público a que se refiere el artículo 7 en lo que respecta a las entidades paraestatales, o incluso las limitaciones que se encuentran, por ejemplo, en el derecho de las inmunidades, por conducto de la distinción entre funciones gubernamentales y no gubernamentales. A juicio del Relator Especial, la Comisión no había tenido ese propósito al elaborar el proyecto de artículo 6 y es evidente que el comportamiento de cualquier órgano que actúe en calidad de tal es atribuible al Estado, mientras que la clasificación de esas funciones carece de toda importancia en la materia. La segunda precisión aportada por el artículo 6 —«si esas funciones tienen un carácter internacional o interno»— enuncia una verdad evidente en materia de atribución y parece tanto más superflua cuanto que plantea una dicotomía cuya existencia tampoco es clara en la realidad. La tercera precisión —«cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado»— corresponde a una práctica bien establecida, pero su formulación entraña el riesgo de excluir a los órganos intermedios, autónomos o independientes. Sería preferible decir «cualquiera que sea la posición que tenga en la organización del Estado».

5. Por consiguiente, el Relator Especial propone que se conserve la sustancia de los artículos 5 y 6, se elimine la referencia al derecho interno y se combinen los dos artículos para formar el nuevo artículo 5 que propone al final de su primer informe en la sección C.3 del capítulo II.

[4] Véase *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 228, doc. A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párr. 50.

[5] Véase *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 200 y ss., doc. A/CN.4/233.

ARTÍCULO 7

6. El párrafo 1 del artículo 7 incorpora el concepto de entidad pública territorial. Sin embargo, tanto las observaciones formuladas por Checoslovaquia en 1981[6] como el comentario del propio artículo 7[7] indican claramente que la estructuración del Estado por el derecho interno no afecta al principio de «la unidad del Estado» para los fines del derecho internacional, incluido el caso de los Estados federales. Por lo tanto, ese párrafo no es sino una repetición —además confusa— del artículo 5 y debería ser suprimido. En cambio, el párrafo 2 plantea el problema muy interesante e importante del ejercicio de las prerrogativas del poder público por entidades que no forman parte de la estructura misma del Estado: compañías aéreas que ejercen funciones de control de la inmigración, empresas privadas encargadas de la gestión de establecimientos penitenciarios, etc. Las observaciones de los gobiernos no revelan oposición alguna a la norma de la atribución presentada en ese párrafo, pero un gobierno ha pedido a la Comisión que definiera el concepto de poder público. Por cierto, la Comisión podría aclarar ese concepto mediante ejemplos incluidos en el comentario, pero no debería ensayar una definición. El poder público no se define solamente en función del contenido, sino también en relación con su tratamiento en el derecho interno. Además, no corresponde al derecho internacional estipular *a priori* qué comportamientos deberían ser públicos y qué otros no.

ARTÍCULO 8

7. Al igual que el artículo 7, el artículo 8 tiene una estructura dual, pues su apartado *a* se ocupa de la situación normal en que una persona o un grupo de personas actúa de hecho por cuenta del Estado y su apartado *b* de la situación menos frecuente en que la persona o el grupo de personas ejerce de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justifican el ejercicio de esas prerrogativas. El apartado *a* plantea dos problemas. En primer término, empieza con la fórmula «consta que», que singulariza sin razón alguna el artículo 8 en relación con los artículos 5 y 7: la exigencia de que se establezca que el comportamiento es atribuible al Estado la plantea el artículo 3 como principio general y es aplicable a los tres artículos. Por consiguiente, no se justifica la repetición de esa fórmula respecto del artículo 8 únicamente. El segundo problema es más importante, porque atañe al alcance de la expresión «por cuenta de», a cuyo respecto cabe preguntarse si se limita a los casos en que hay instrucciones expresas o si abarca otros casos. En su opinión disidente en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (véase pág. 189, nota 1), el Sr. Ago reprochó a la CIJ el haber adoptado el criterio del «control efectivo», que excede al de las «instrucciones expresas» (párrafo 198 del primer informe). El concepto de «control» ha sido utilizado en diversas formas en varios casos ulteriores. Lo ha empleado el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia con el objeto de determinar si el comportamiento de los serbios de Bosnia podía atribuirse a la República Federativa de Yugoslavia (párrs. 201 y ss.); por cierto, no se trataba exactamente de un problema de responsabilidad de los Estados, pero el criterio adoptado fue sin duda el de control. Lo han empleado igualmente el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (párrs. 205 y 206) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (párrs. 207 y 208).

8. Parece, pues, que hay en el artículo 8 una ambigüedad que debe aclararse y que hace falta indicar con precisión que el comportamiento es atribuible al Estado no solamente cuando responde a instrucciones expresas, sino también cuando se produce en una situación en que el Estado ejerce facultades de dirección y control. Sin embargo, habrá que evitar al mismo tiempo que esa ampliación del alcance de la expresión «por cuenta de» extienda la norma de atribución a todo comportamiento de una sociedad perteneciente al Estado y por tanto sujeta a su control, lo que introduciría una contradicción entre el artículo 8 y el párrafo 2 del artículo 7. En consecuencia, es necesario encontrar una fórmula que precise además que no debe tratarse de un control genérico y que la dirección y el control pueden estar relacionados con el comportamiento que es objeto de la reclamación. La nueva formulación propuesta por el Relator Especial para el apartado *a* del artículo 8 en la sección C.3 del capítulo II cumple esas condiciones gracias a la nueva frase «o bajo la dirección y el control de ese Estado al tener ese comportamiento». Habida cuenta de la ambigüedad de la redacción inicial del artículo 8, la nueva formulación propuesta no puede ser en definitiva sino una aclaración del alcance de la norma de atribución y no su ampliación.

9. La segunda situación prevista en el apartado *b* del artículo 8 es aquella en que los órganos del Estado se vuelven inoperantes (revolución, derrocamiento del gobierno) y en que las prerrogativas del poder público son ejercidas por personas o grupos de personas a raíz de la falta de autoridades oficiales. Esa situación se relaciona en cierto modo con la célebre institución del «levantamiento en masa», de que se ocupa el derecho de los conflictos armados. El principio así enunciado no se aplica a menudo, pero puede llegar a desempeñar un papel importante, como lo atestigua su empleo por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Por lo tanto conviene retenerlo, aun cuando su formulación plantee problemas; en efecto, la redacción inicial estipulaba que las prerrogativas del poder público debían ejercerse «en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas». Ahora bien, si el comportamiento se considera ilícito, será difícil que se lo pueda «justificar». Se trata de un mero problema de formulación que puede resolverse diciendo: «en circunstancias que requerían el ejercicio de esas prerrogativas».

10. Al optar por el verbo «requerir» se quiere decir que efectivamente la situación exigía que se ejercieran prerrogativas del poder público, aunque no necesariamente el comportamiento en cuestión. De mantenerse la redacción actual del apartado *b* del artículo 8, se mantendría también esa contradicción. El último punto que se ha de abordar —y que es de suma importancia— es el del artículo 10,

[6] *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 83, doc. A/CN.4/342 y Add.1 a 4.

[7] Véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 281 y ss., doc. A/9610/Rev.1.

relativo a la atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad. Se trata en este caso del problema clásico del comportamiento *ultra vires*, que requiere que el comportamiento de un órgano del Estado se considere hecho del Estado aunque el órgano haya actuado sin estar autorizado para ello, se haya excedido en su competencia o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad. Ese principio se encuentra igualmente en el derecho de los tratados, que regula con mucho rigor las condiciones en que un Estado puede invocar su derecho interno para liberarse de sus obligaciones. Si ese principio es válido en el derecho de los tratados, que estipula la existencia de una obligación, tanto más lo es en el derecho de la responsabilidad de los Estados, que reglamenta en qué casos se viola una obligación. Además, la jurisprudencia posterior a 1975 y los comentarios formulados por los gobiernos disipan toda duda acerca de la validez del artículo 10.

ARTÍCULO 10

11. Sin embargo, ese artículo presenta un problema de formulación que también se observa en relación con otros artículos, a saber, el significado del concepto de «calidad» aplicado a una entidad o un órgano. La jurisprudencia ha dado a esa formulación un significado demasiado amplio. El comentario cita como formulación prácticamente definitiva la que se basa en la decisión de la Comisión de Reclamaciones Francia-México en el caso *Caire*, donde se dijo que los funcionarios culpables de hechos ilícitos habían actuado «al amparo de su carácter oficial» e incluso que «se habían valido de su calidad oficial»[8]. El concepto de «calidad» sigue siendo demasiado vago y el problema consiste en determinar si cualquier persona que invoque su calidad de agente del Estado actúa efectivamente en su calidad oficial incluso cuando su comportamiento sea extremadamente ilícito. Por lo tanto, es necesario determinar si la redacción del artículo 10 y de otros artículos del capítulo II es suficientemente clara o si habrá que precisar el sentido de la expresión «al amparo de su calidad oficial». Se podría adoptar la formulación «haya actuado en su calidad oficial o amparándose en ella» en el artículo 10, con el objeto de confirmar la observancia de la jurisprudencia actual. Habida cuenta de que el artículo 10 no ha sido cuestionado y de que las normas que consagra se han aplicado en varios casos, no se puede afirmar que tal modificación sea indispensable, pero al menos merece ser examinada por el Comité de Redacción.

12. En resumen, el Relator Especial propone que se mantenga la formulación actual de la mayor parte del proyecto de artículos referente a la cuestión central de la atribución, es decir, los artículos 5 a 8 y 10, con excepción de algunas modificaciones menores, sobre todo de redacción. Las modificaciones más importantes consistirían en suprimir la referencia al derecho interno en el artículo 5, eliminar el apartado *a* del artículo 8, que es superfluo, y añadir la expresión «o bajo la dirección y el control de ese Estado al tener ese comportamiento». Aparte de esas pocas modificaciones, los artículos deberían mantenerse sin variación, dado que han podido resistir perfectamente el transcurso del tiempo.

13. El Sr. BROWNLIE se congratula de la labor cumplida por el Relator Especial y se asocia a las propuestas que ha presentado. Considera positivo que el Relator haya mantenido en general el texto actual del proyecto de artículos, pues no hay que olvidar que esa serie de artículos existe desde hace varios decenios, ha figurado en diversas compilaciones de derecho internacional y ha servido de base para decisiones importantes. Aun cuando el Relator Especial no haya recibido el mandato de mantener el *statu quo*, no está mal que se asegure una cierta continuidad por conducto de algunas mejoras.

14. Pueden formularse algunas observaciones. En primer lugar, no es posible resolver los múltiples problemas que plantea la responsabilidad del Estado desplegando todo un arsenal de conceptos jurídicos. Los artículos tienden a reflejar el carácter empírico de las fuentes del derecho internacional, principalmente la experiencia útil adquirida por los tribunales y comisiones ante situaciones delicadas. El Sr. Brownlie ha prestado especial interés al contenido de los artículos 8 y 10. El artículo 8 se refiere al caso en que una entidad actúa de hecho en nombre de un Estado. Para dar una solución en situaciones de esa índole, basta con poseer la prueba de que una entidad actúa en calidad de agente del Estado, a igual que en los casos de comportamiento *ultra vires* previstos en el artículo 10.

15. En cambio, la cuestión de la delegación de funciones estatales es mucho más delicada, por ejemplo, cuando se encomienda al sector privado la gestión del sistema penitenciario o cuando se privatizan determinadas funciones del ejército. Ello no encaja muy bien en el marco del párrafo 2 del artículo 7. El Sr. Brownlie indica que, cuando se refiere a la delegación de funciones estatales, se limita a promover el debate empleando términos convencionales. En realidad, la expresión «prerrogativas del poder público» plantea muchas cuestiones. En efecto, cabe preguntarse acerca del contenido que abarca, y ello sin entrar en consideraciones ideológicas. No es posible resolver la verdadera dificultad que plantea la delegación de funciones que hasta ahora incumben al Estado como, por ejemplo, el mantenimiento de las prisiones, sino imponiendo al Estado una obligación referente al resultado, es decir, que el Estado se obligue a garantizar el respeto de las normas relativas al mantenimiento de las prisiones. En ese caso, poco importa que las prisiones se consideren o no órganos del Estado: ya no se trata de un problema de atribución, sino de un problema de normas sustantivas.

16. El Sr. Brownlie plantea un segundo punto, de menor importancia, relativo al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, cuya jurisprudencia ha citado el Relator Especial. Es necesario guardar un cierto grado de prudencia a ese respecto, porque las normas aplicadas por dicho Tribunal no corresponden estrictamente al derecho inter-

[8] Decisión n.º 33 de 7 de junio de 1929 de la Comisión de Reclamaciones Francia-México (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V [n.º de venta: 1952.V.3], págs. 530 y ss.).

nacional público, de manera que en ese caso no se aplican necesariamente los principios del derecho como en otros.

17. Por lo que toca al concepto de «control», el Relator Especial, tal vez involuntariamente, ha opuesto ese concepto a la existencia de una autorización específica emanada del Estado. Después, ha propuesto una redacción mucho más satisfactoria que une los conceptos de control y dirección, suponiendo la existencia misma del control que el comportamiento es aprobado. Ese caso puede relacionarse con el de un Estado que convalida el comportamiento de entidades que no actúan por su cuenta. En un caso, hay una relación de causalidad directa y, en el otro, los actos de terceras entidades son convalidados una vez realizados.

18. Por último, la opinión del Sr. Ago en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* se presenta como si ese magistrado tratara de «defender su territorio». En realidad, los argumentos presentados en el caso de Nicaragua en favor de la parte nicaragüense estaban fundados en el derecho internacional general. Los proyectos de la Comisión, lejos de ser desconocidos u omitidos, han sido invocados simultáneamente con otros elementos. Si se quiere abordar el concepto de control desde el punto de vista de las decisiones tomadas en ese caso, no hay que olvidar que la Corte debía dictaminar en un contexto muy especial y sobre todo determinar si los Estados Unidos de América mantenían con los contras y su cadena de mando lazos que comprometieran su responsabilidad por las violaciones del derecho internacional humanitario de que se acusaba a los contras. Con toda razón, la Corte se ha mostrado prudente, y se vuelve en este punto a la cuestión de las normas primarias, aplicándose el concepto de control suficiente de forma diferente según los contextos jurídicos.

19. El Sr. LUKASHUK dice que el Relator Especial ha presentado en su exposición toda una serie de problemas muy complicados a cuyo respecto el orador se referirá después de haber examinado detenidamente el informe. Sin embargo, desea plantear de entrada una cuestión que a su juicio no ha sido mencionada con suficiente claridad en la presentación oral. En efecto, cabe distinguir dos formas de responsabilidad del Estado: la responsabilidad directa por los actos realizados por el propio Estado y la responsabilidad indirecta por los actos realizados por personas físicas o jurídicas sujetas a su jurisdicción. El Sr. Lukashuk agradecería que el Relator Especial tuviera a bien emitir una opinión sobre esa cuestión.

20. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), en respuesta al Sr. Lukashuk, dice que el Estado no podría considerarse indirectamente responsable por la sola razón de que el hecho ilícito se haya cometido en su territorio; se requiere un factor complementario como, por ejemplo, un acto o una omisión de un órgano del Estado, una persona física o jurídica u otra entidad. El proyecto no prevé que el Estado pueda ser indirectamente responsable y siempre hay interacción entre las reglas de la atribución y otras normas. El Estado sólo es responsable por los actos u omisiones de sus órganos.

21. El Sr. BENNOUNA indica que apoya en conjunto el criterio adoptado por el Relator Especial pero que, sin embargo, ese criterio plantea una cuestión, la de la definición de los órganos del Estado y de la referencia al derecho interno. Los artículos 8 y 10 del proyecto infieren consecuencias del ejercicio de las prerrogativas del poder público y el Sr. Bennouna se pregunta si ese concepto está bien establecido o si se trata más bien de un concepto en evolución. En efecto, los Estados delegan cada vez más unas funciones que hace apenas algunos años se consideraban inseparables del Estado.

22. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que en verdad el párrafo 2 del artículo 7 y el apartado *b* del artículo 8 recurren al concepto de prerrogativas del poder público para determinar si efectivamente una entidad es un órgano del Estado. De hecho, no se puede responder a esa cuestión sino en cada caso particular; si el derecho internacional debe definir lo que es el Estado para los fines de la responsabilidad, no lo hace *a priori* e incumbe a cada Estado decidir acerca de su organización interna, aun cuando se considere *a priori* que determinadas esferas como la justicia, la administración penitenciaria y el Parlamento pertenecen al Estado. Ciertamente hay una evolución y, a ese respecto, las cuestiones de procedimiento —la medida en que el sistema interno considera que una actividad determinada corresponde al ejercicio de prerrogativas del poder público— revisten particular importancia.

23. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA felicita al Relator Especial por la labor muy constructiva que ha realizado en la sección C del capítulo II de su informe y por su esfuerzo de simplificación, en la inteligencia de que el daño debe estar vinculado a una entidad estatal. Sin embargo, el orador se pregunta por qué se emplea la expresión «se considerará» a lo largo del proyecto de artículos. Resulta inevitable preguntarse por quién el hecho en cuestión «se considerará» un hecho del Estado, por el derecho internacional o por la Comisión. Esa expresión es desafortunada y sería preferible suprimirla y decir en cambio «es» un hecho del Estado.

24. Por otro lado, el Sr. Pambou-Tchivounda cree que el Relator Especial ha querido suprimir toda referencia al derecho interno y deplora profundamente ese propósito. En efecto, el derecho interno es en primer lugar el que determina cuáles son los órganos del Estado, y las entidades o personas físicas o jurídicas a que se refieren los diversos artículos del proyecto en examen funcionan dentro del marco territorial del Estado. Además, ese derecho interno se halla implícitamente presente: por ejemplo, cuando en el artículo 7 se habla de una entidad «facultada por el derecho interno de ese Estado» o, en el artículo 8, de «instrucciones» impartidas por el Estado, es evidente que las entidades son tales en virtud del derecho interno. Por lo tanto, tal vez sea necesario indicar a ese respecto, en una cláusula general, que el derecho internacional se remite al derecho interno.

25. Por último, el Sr. Pambou-Tchivounda manifiesta su sorpresa por la inclusión de las palabras «de hecho» en el artículo 8: si una persona actúa según instrucciones o bajo el control del Estado, actúa de derecho y no de hecho. En consecuencia, propone que se supriman esas dos palabras.

26. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) reconoce que las palabras «de hecho» empleadas en el artículo 8 son poco felices y señala que en francés son mucho más

enfáticas que en inglés. Seguramente el Comité de Redacción podrá resolver ese problema. En cambio, el Relator Especial cuestiona la idea de haber querido suprimir toda referencia al derecho interno. Lo ha hecho en verdad en el artículo 5 pero no en el párrafo 2 del artículo 7, y ello únicamente para indicar que el derecho interno no es determinante. En efecto, ocurre a veces que el sistema jurídico interno no refleja la organización del Estado. El Relator Especial no se opone a que se restablezca la referencia al derecho interno en el artículo 5, pero a condición de que no se presente ese derecho como criterio determinante para la atribución.

27. El Sr. GOCO se pregunta si no es ambigua la expresión *act of State* («hecho del Estado»). En efecto, ella remite a un medio de defensa utilizado a veces por los dirigentes destituidos para reclamar inmunidad por hechos cometidos en la época en que ejercían el poder. Tal vez sea preferible la expresión «acto de gobierno».

28. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) precisa que la doctrina del «hecho del Estado» que adopta el derecho de algunos Estados y que menciona el Sr. Goco no es objeto del presente debate. Se trata de una cuestión de derecho interno y el proyecto se refiere a la atribución de un hecho ilícito al Estado en relación con el derecho internacional.

29. El Sr. PELLET dice que agradece al Relator Especial el haber conservado la estructura general del proyecto de artículos, pero que no está de acuerdo con las dos modificaciones principales que se han propuesto, a saber, la supresión de la referencia al derecho interno en el artículo 5 y la eliminación del párrafo 1 del artículo 7. En apoyo de la primera de esas «innovaciones», el Relator Especial ha señalado dos razones: el derecho internacional puede ser pertinente para definir lo que es un órgano del Estado y, en general, los derechos nacionales no utilizan la palabra «órgano». Con referencia al primer punto, es difícil imaginar un derecho interno que no tenga en cuenta lo que el derecho internacional prevé en esa esfera y, en cuanto al segundo, la conclusión es de poca importancia, pues lo esencial consiste en averiguar si los derechos nacionales permiten determinar lo que se considera o no un órgano del Estado. A juicio del Sr. Pellet, la referencia al derecho interno es la propia razón de ser del artículo 5. Como afirma el mismo Relator Especial en el párrafo 174 de su primer informe, la posición de entidades separadas es diferente; ahora bien, para determinar si una entidad es «separada» o no lo es, es necesario remitirse al derecho interno, porque recurrir para ello al derecho internacional contravendría el principio de la libertad del Estado de organizarse en la forma que deseare. El derecho internacional se remite al derecho interno sobre ese punto y ello vuelve indispensable la referencia al derecho interno.

30. En la nota 3 del proyecto de artículo 5, en el párrafo 284 del primer informe, el Relator Especial explica que remitirse al derecho interno equivale a ofrecer al Estado la posibilidad de eludir su responsabilidad negando que una entidad que haya actuado contrariamente al derecho internacional sea un órgano del Estado. Ahora bien, ese temor es infundado, porque el hecho internacionalmente ilícito debe apreciarse en el momento en que se realice, como lo indican los artículos 24 y siguientes. Además, la propia función de los artículos 7, 8 y 10 y, en particular, del apartado *a* del artículo 8, consiste en evitar tales soluciones de continuidad en la responsabilidad del Estado.

31. En lo que atañe a la segunda modificación propuesta, la eliminación del párrafo 1 del artículo 7, ella resulta de la misma concepción *a priori* de lo que es o debería ser el Estado con respecto al derecho internacional. Para los propósitos de la responsabilidad de los Estados, el Estado debe ser considerado persona jurídica y no objeto sociológico. Al suprimir la referencia concreta a las «entidades territoriales» se hace una amalgama entre dos personas jurídicas distintas. Una entidad territorial —una comuna, por ejemplo— no es el Estado, aun cuando naturalmente un hecho suyo pueda comprometer la responsabilidad internacional del Estado. A ese respecto, el concepto de atribución es particularmente interesante, ya que permite imputar a una entidad un acto cometido por otra con personalidad jurídica distinta. Parece, pues, esencial afirmar que esas entidades, que no son el Estado con respecto al derecho interno —e incluso al derecho internacional—, pueden comprometer la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, el Sr. Pellet manifiesta su sorpresa por la supresión del párrafo 1 del artículo 7, tanto más porque todos los Estados que han formulado observaciones sobre el punto han insistido en la importancia de esa disposición, llegando algunos hasta a pedir que fuese más explícita. Por ejemplo, al final del artículo 5 podría añadirse la frase «ya se trate de un órgano central o de uno descentralizado» o alguna otra cláusula con el mismo efecto. De todos modos, parece indispensable restaurar en el artículo 5 la referencia al derecho interno y conservar la idea expresada en el párrafo 1 de la versión anterior del artículo 7.

32. Las otras observaciones que menciona el informe son menos importantes. A igual que el Sr. Pambou-Tchivounda, el Sr. Pellet considera necesario que se suprima la expresión «se considerará». Asimismo, en la etapa actual tampoco se justifica la frase «para los fines de los presentes artículos», que en todo caso podrá reponerse si el proyecto de artículos pasa a ser tratado. Por lo demás, el orador propone que se supriman las palabras «que haya actuado en esa calidad» que figuran en los artículos 5, 7 y 10 y que, antes del texto actual del artículo 10, se agregue un nuevo apartado para indicar que la responsabilidad del Estado queda comprometida cuando sus órganos o entidades han actuado «en esa calidad».

33. El Sr. Pellet conviene con el Relator Especial en que el término «atribución» es preferible al de «imputación», habida cuenta de que la atribución abarca, por un lado, la imputación al Estado de un acto cometido por otra entidad y, por el otro, la circunstancia de que quede comprometida la responsabilidad del Estado por su propio hecho. Además, en los comentarios al proyecto de artículos[9] se había considerado que el concepto de atribución evitaba

[9] Véanse los comentarios a los artículos 1 a 6 en *Anuario...1973*, vol. II, págs. 176 y ss., doc. A/9010/Rev.1; véanse los comentarios a los artículos 7 a 9 en *Anuario... 1974* (nota 7 *supra*).

una aproximación excesiva al derecho interno. El Sr. Pellet aprueba igualmente la eliminación del artículo 6.

34. En lo que respecta al artículo 8, el Relator Especial ha declarado que la Comisión podría precisarlo. El Sr. Pellet no está seguro de que siempre tenga que aclararse lo que no es claro. Con referencia a algunos casos examinados por jurisdicciones internacionales —*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* y *Tadić*[10]—, el orador estima que, en esa esfera, la Comisión saldría ganando si evitara ser demasiado precisa. Los cambios propuestos por el Relator Especial, encaminados en realidad a aclarar el derecho, tienden a hacer más severas las normas de la atribución, con el riesgo de incomodar a ciertos Estados y dificultar la determinación de la responsabilidad en el plano internacional. El Sr. Pellet indica que no podría hacer suya la filosofía en que se basa ese rigor y que abriga reservas con respecto a la interpretación restrictiva del fallo emitido en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* que ha hecho el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadić*. Cuando el derecho no está completamente estabilizado, la Comisión no debería tomar partido. En lo que atañe al apartado *b* del artículo 8, el Relator Especial propone que se reemplace la palabra «justificaban» por la palabra «requerían»; el Sr. Pellet entiende que en francés es preferible el término *justifiaient*.

35. Por último, el Sr. Pellet desea expresar su total desacuerdo con una observación formulada por el Sr. Pambou-Tchivounda al comienzo de su exposición, a saber, que la atribución apuntaba a determinar si un «daño» podía atribuirse a una persona. En realidad, la atribución no se propone en modo alguno determinar quién es el autor del daño, sino antes bien quién es el autor del hecho internacionalmente ilícito. La cuestión del daño se prevé en una etapa ulterior. Esto es sumamente importante, porque se trata nada menos que de la propia filosofía del proyecto.

36. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que no se opone a la propuesta del Sr. Pellet de que se haga referencia a las entidades territoriales en el artículo 5, con sujeción a que se evite una repetición entre el artículo 5 y el párrafo 1 del artículo 7. En lo que respecta a las palabras «para los fines de los presentes artículos», que en un primer momento él mismo había pensado suprimir, decidió conservarlas para destacar la diferencia existente entre el derecho relativo a la atribución para los fines de la responsabilidad de los Estados y en otras esferas como el derecho de los tratados y el derecho en materia de actos unilaterales. El Relator Especial considera en cambio que la propuesta del Sr. Pellet relativa al artículo 10, que permite evitar la repetición de las palabras «que haya actuado en esa calidad», es útil y contribuye a la aclaración del proyecto de artículos.

37. Por lo que toca a la concepción del Estado en el derecho internacional, el Relator Especial manifiesta que no comparte la opinión del Sr. Pellet: en el derecho internacional debe entenderse por Estado no solamente los órganos centrales sino también todas las subdivisiones establecidas por el derecho interno. A ese respecto, contrariamente a lo que parece pensar el Sr. Pellet, no es raro que los Estados invoquen su derecho interno para sustraerse a su responsabilidad internacional. Así, en el marco del arbitraje que oponía la sociedad Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company y el Gobierno de la República Árabe Libia, el Gobierno de la República Árabe Libia sostuvo la pretensión de que la responsabilidad del Estado libio no podía quedar comprometida en virtud de un contrato celebrado por el Ministerio libio de petróleo y gas[11]. En otro arbitraje en que participó en fecha reciente el Relator Especial, un Estado sostuvo que solamente le eran imputables los actos contratados por su gobierno —a saber, según su derecho interno, por el Presidente y el Consejo de Ministros únicamente—. Para los fines de la responsabilidad de los Estados, esa definición del Estado es inaceptable. El Relator Especial no desconoce la importancia del derecho interno ni la libertad del Estado de organizarse de la forma que desee, pero insiste en la función complementaria que corresponde al derecho internacional. Estaría de acuerdo en que se restableciera la referencia al derecho interno en el artículo 5, siempre que la mayoría de los miembros de la Comisión así lo quisiera y con sujeción a que el derecho interno no fuera presentado como criterio determinante, porque ello contravendría el artículo 10 y no se ajustaría al derecho internacional.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

[10] *Prosecutor* v. *Duško Tadić a/k/a «Dule»*, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, caso n.º IT-94-1-T, Sala de Primera Instancia II, fallo de 7 de mayo de 1997.

[11] Véase *International Law Reports* (Cambridge), vol. 53, 1979, excepciones preliminares de 27 de noviembre de 1975, págs. 392 y ss., en particular pág. 415, párr. 23 *a*.

2554.ª SESIÓN

Lunes 3 de agosto de 1998, a las 10.20 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Cooperación con otros organismos *(continuación*)*

[Tema 9 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Jonathan T. Fried, observador del Comité Jurídico Interamericano, a hacer uso de la palabra.

2. El Sr. FRIED (Observador del Comité Jurídico Interamericano) dice que se referirá a las actividades que ha realizado el Comité Jurídico Interamericano en los últimos tiempos y a los trabajos actualmente en marcha, así como a sus métodos y procedimientos de trabajo, sus aportes al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en el continente americano y las dificultades con que tropieza en la ejecución de su mandato.

3. La primera esfera de actividad en la que el Comité centra sus esfuerzos es la del derecho mercantil internacional. En los dos años transcurridos, el Comité ha hecho un estudio comparativo de los regímenes para el arreglo de diferencias en los acuerdos comerciales subregionales en el continente americano (como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte [TLCAN], el Mercado Común del Sur [MERCOSUR], el Mercado Común Centroamericano [MCCA] y el Pacto Andino) y ha publicado y difundido los resultados. Últimamente ha emprendido el análisis jurídico de la cláusula de la nación más favorecida y sus consecuencias para los acuerdos comerciales interamericanos, como la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). También ha hecho un análisis a fondo del texto inicial del proyecto de convención interamericana de lucha contra la corrupción. La Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por la Asamblea General de la OEA tiene en cuenta en gran medida las observaciones que formuló el Comité y las modificaciones que propuso.

4. La segunda esfera de actividad importante del Comité es el fomento de la democracia. En particular, la Asamblea General de la OEA le encomendó que estudiara la cuestión de la administración de justicia en el continente americano, en particular la de la protección de los jueces y abogados en el ejercicio de sus funciones. El Comité procedió a comparar y analizar, en el contexto del derecho internacional, las garantías individuales e institucionales de que disfrutan o deberían disfrutar los jueces, abogados y todas las personas que pertenecen al sistema judicial, basándose en los instrumentos internacionales interamericanos relativos a los derechos humanos. El informe preparado por el Comité condujo a la creación del Grupo de Trabajo sobre la Administración de Justicia, que informa directamente al Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA.

5. Otro aspecto de las actividades del Comité en esta esfera es el relativo al derecho a la información; comprende la protección de la vida privada de las personas detenidas por las autoridades e instituciones oficiales, la protección de la información sobre esas personas, el derecho de acceso a esa información y la verificación de su exactitud. El Comité hizo un estudio de la legislación existente, en particular en el Brasil, el Canadá y los Estados Unidos de América, y procuró derivar principios comunes con miras a formular una legislación modelo que pudiera aplicarse a otros países americanos. También hizo un estudio exhaustivo de los aspectos jurídicos de la democracia en el sistema interamericano, en particular a través de la práctica de los Estados desde la creación de la OEA en 1948. Su informe se publicó y recibió amplia difusión, y el Comité recomendó a los órganos políticos de la OEA que, por medio de la educación y la asistencia técnica, emprendieran actividades complementarias sobre esta cuestión.

6. La tercera esfera de actividad del Comité es la de los derechos humanos. En particular, el Comité examinó el proyecto de convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación por razones de discapacidad propuesto por los Gobiernos de Panamá y Costa Rica. Lo examinó cláusula por cláusula, propuso modificaciones y presentó un informe sobre su labor a los órganos políticos de la OEA, que actualmente lo utilizan como referencia en sus trabajos sobre el proyecto de convención. En marzo de 1998, la Asamblea General de la OEA remitió al Comité un texto que podía servir de base para un proyecto de convención o de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas del continente americano. El Comité analizó ese texto en detalle y formuló observaciones, en particular sobre la diferencia entre el estatuto jurídico de una declaración y el de una convención.

7. Además, la Asamblea General de la OEA pidió al Comité que examinara la cuestión de la cooperación de los países de la región en la lucha contra el terrorismo. El Comité examinó las distintas convenciones multilaterales relativas a aspectos determinados del terrorismo. En particular, centró sus esfuerzos en la mejora de los instrumentos jurídicos que podrían utilizar los Estados en la lucha contra este gravísimo problema, como los acuerdos de cooperación mutua en materia judicial y los tratados de extradición.

8. Al comparar los métodos y procedimientos de la Comisión con los del Comité, el Sr. Fried señala que en su labor el Comité asigna especial importancia al derecho comparativo. Como muestran sus trabajos sobre el fomento de la democracia, el Comité estudia los ordenamientos jurídicos nacionales no sólo para determinar si reflejan principios que se podrían considerar como el fundamento de la práctica de los Estados o que pueden ser comunes a diversos sistemas jurídicos y, como tales, constituir principios generales del derecho internacional, sino que también los estudia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo de derecho interno en ciertas esferas.

9. Por ejemplo, en la de la corrupción, la Asamblea General de la OEA pidió al Comité que elaborara una ley modelo que pudiera aplicarse tanto a los países que se rigen por el *common law* como por los países que aplican el derecho romano.

* Reanudación de los trabajos de la 2538.ª sesión.

10. El Comité mantiene regularmente estrechas relaciones con la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) y participa actualmente en los preparativos de la sexta Conferencia (CIDIP-VI), cuyo programa incluirá varias cuestiones relativas al derecho internacional privado y al derecho comparativo.

11. Dado que el Comité cuenta sólo con 11 miembros, sus reuniones se caracterizan por un ambiente distendido y por la franqueza de los intercambios de opiniones. De conformidad con lo dispuesto en la Carta de la OEA[1], el Comité formula sus observaciones casi exclusivamente en forma de opiniones y resoluciones. No tiene la oportunidad, como sí tiene la CDI durante el debate anual de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de mantener un verdadero diálogo con los Estados miembros de la OEA. Presenta su informe anual al Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos de la organización, pero pocas de las misiones destacadas en Washington cuentan con personal con los conocimientos jurídicos necesarios para participar en debates del nivel de los de la Sexta Comisión.

12. En el marco de su misión de educación y de difusión del derecho internacional, el Comité mantiene relaciones con la Federación Interamericana de Abogados y otros organismos que desarrollan una actividad análoga. Ha establecido bibliotecas y ha concluido otros arreglos con varias universidades brasileñas; también organiza conferencias, seminarios y cursos prácticos para sus miembros.

13. El Comité hace una contribución importante a la codificación del derecho —en particular en lo que respecta a la cooperación mutua en materia judicial, la extradición y la lucha contra la corrupción— y al desarrollo progresivo del derecho. Su contribución al derecho comparativo también es digna de mención: en particular, el Comité ha elaborado una ley modelo de represión de la corrupción y ha participado en la codificación de los principios básicos relativos a la independencia de los jueces y abogados y los principios que rigen la protección de la vida privada y el acceso a la información en esa esfera.

14. El Comité tropieza con múltiples dificultades en el cumplimiento de su mandato. No hace mucho, la Asamblea General de la OEA le encomendó el estudio de problemas delicados, como la cuestión de las Islas Falkland (Malvinas) o, últimamente, la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* (Ley Helms-Burton de los Estados Unidos). Ha habido debates importantes en el propio Comité y con los órganos políticos a los que presenta informes sobre la cuestión de si es oportuno confiar al Comité esta clase de estudios. Por esa razón, cuando formula sus observaciones y resoluciones, el Comité se cuida muy bien de aclarar que no es un tribunal ni ejerce ninguna función jurídica o estatal. Otra dificultad que enfrenta el Comité se debe al hecho de que el presupuesto de la OEA está sujeto a presiones comparables a las de las finanzas de las Naciones Unidas, y los órganos políticos de la organización no asignan siempre a los trabajos de un órgano consultivo independiente la importancia que merecen.

15. El Comité desearía promover el intercambio de opiniones e información con los gobiernos de los Estados miembros y de la sociedad civil en general, en particular con las instituciones que se ocupan del estudio, el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Desde hace 25 años, el Comité organiza anualmente en Río de Janeiro un curso intensivo de derecho internacional en el que participan juristas, diplomáticos, docentes y otras personas que ejercen la profesión designados por los Estados miembros de la OEA. Las relaciones que se establecen con ocasión de esa reunión permiten reforzar el diálogo con los círculos de abogados de los países interesados.

16. Dado que dedica buena parte de su labor al derecho mercantil internacional, el Comité procura fomentar un acercamiento del derecho internacional público y el derecho mercantil internacional con miras a hacer una síntesis de ambos. Sus trabajos sobre el derecho mercantil internacional en el continente americano le han permitido comprobar que esta rama del derecho progresa más rápidamente que cualquier otra del derecho internacional público. Esta evolución tiene consecuencias imprevistas en ciertas esferas del derecho internacional público clásico. Por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, el derecho mercantil internacional tiene un régimen perfectamente codificado, incluso en lo que respecta a situaciones de no violación, en aplicación del principio de anulación o reducción de las ventajas sin violación en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

17. Finalmente, el Sr. Fried invita a la Comisión a examinar junto con el Comité los medios de fortalecer sus relaciones mutuas y, en particular, de intercambiar opiniones regularmente sobre los temas que les conciernen. Con ese fin, los miembros de la Comisión y del Comité podrían fortalecer los vínculos que mantienen a título personal y considerar la posibilidad de institucionalizar esos intercambios.

18. El Sr. CANDIOTI, respondiendo al observador del Comité Jurídico Interamericano, hace una reseña de los progresos hechos por la Comisión en relación con los seis temas de su programa. Al igual que el Comité, la Comisión examina constantemente sus métodos; cada año vuelve a analizar su plan de trabajo a largo plazo y propone nuevos temas a la Asamblea General. Sea cual fuere el tema de que se trate, el Comité siempre ha hecho un aporte muy útil a la labor de la Comisión; por lo tanto, es necesario encontrar los medios de mejorar en forma concreta los contactos, los vínculos y los intercambios de información, testimonios e ideas entre los dos órganos.

19. El Sr. LUKASHUK señala que el Comité desarrolla una actividad muy importante y con un alto grado de profesionalismo en relación con temas tales como la lucha contra la corrupción o el fomento de la democracia, que interesan a muchos países. Lamentablemente, los documentos publicados como resultado de esta labor no llegan oportunamente a manos de todos a quienes podrían interesar. La falta de recursos, un problema que enfrentan tanto el Comité como la Comisión, explica en parte esta

[1] Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 119, pág. 4); modificada por el «Protocolo de Buenos Aires» de 27 de febrero de 1967 (ibíd., vol. 721, pág. 266).

situación, pero también es cierto que la comunicación entre los dos órganos sigue teniendo en muchos casos un carácter puramente formal. En su opinión, debería reestructurarse sobre la base de verdaderas relaciones de trabajo.

Responsabilidad de los Estados[2] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[3], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[4], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTICULOS 5 A 8 Y 10 *(continuación)*

20. El Sr. HERDOCIA SACASA dice que, en un tema medular para el desarrollo del derecho internacional, el Relator Especial ha sabido, con rigor y precisión, hacer las actualizaciones y aclaraciones necesarias respetando al mismo tiempo el patrimonio heredado de la Comisión. La tarea no era fácil, por cuanto definir las condiciones en las cuales la conducta de un órgano u otra entidad del Estado es atribuible a este último exigía resolver los problemas creados por cuatro antinomias: entre derecho interno y derecho internacional; entre los límites a la responsabilidad de los Estados y las mayores exigencias de control y flexibilidad, en particular en la lucha contra la contaminación; entre el principio de unidad del Estado y la descentralización y, por último, entre el derecho de realidades y el derecho de ficciones.

21. En lo que respecta a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, el artículo 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado), piedra angular del proyecto, dispone que la atribución de una conducta al Estado se rige por las normas del derecho internacional, lo que tiene implicaciones sustanciales para el artículo 5 (Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos), donde se hace referencia al derecho interno. Trasladar enteramente al arbitrio del derecho interno la definición de órgano del Estado puede minar el principio básico de que la responsabilidad de los Estados está gobernada por las reglas de derecho internacional adoptadas por la comunidad de naciones. Así se prestarían a interpretaciones dudosas normas que se deben asentar muy claramente. No obstante, el derecho interno tiene un papel que cumplir a este respecto, pero no se debe exagerar su peso, ni extraerlo de su contexto, ni renunciar a la primacía que tiene en este sentido el derecho internacional.

22. Las aclaraciones y el equilibrio que aporta el artículo 6 (No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado) a la definición contenida en el artículo 5 confirman la necesidad de modificar el título del capítulo II (El «hecho del Estado» en el derecho internacional) para reflejar claramente que se trata de definir no el acto del Estado sino las condiciones en las cuales ese acto le es atribuible según el derecho internacional. Esto permitiría evitar la dicotomía innecesaria entre derecho interno y derecho internacional, que podría utilizarse como subterfugio para evadir las obligaciones internacionales. La última frase del artículo 5 («siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad») puede dar lugar a múltiples interpretaciones e incluso a la remisión a la ley interna cuando se trate de actos de los órganos del Estado. A este respecto, la formulación más neutra que propone el Relator Especial es acertada.

23. En cambio, la referencia al derecho interno en el artículo 7 (Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público) está justificada, ya que se trata de una relación de causalidad: las entidades en cuestión no forman parte de la estructura formal del Estado y sólo están facultadas por la ley interna para ejercer prerrogativas del poder público. El hecho de que se mantenga esta referencia al derecho interno no se debe únicamente a consideraciones de forma; el artículo 7 restringe sustancialmente el campo de aplicación de la norma de atribución al excluir los actos atribuibles al Estado que podrían no estar contemplados en el derecho interno. En cambio, el artículo 8 (Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado) amplía el radio de acción, ya que prevé la atribución al Estado de la conducta de personas o de grupos de personas que actúan bajo sus instrucciones o bajo su dirección. Cabría analizar si esta disposición lleva en sí el grado de flexibilidad requerido.

24. La misión de la Comisión es contribuir a la elaboración de un derecho internacional basado en la realidad y que contemple todas las situaciones concretas posibles. En este sentido, la sustitución del concepto de «imputabilidad» por el de «atribución» tiene implicaciones más que terminológicas. Permite abandonar «las ficciones» y llenar las lagunas que pueden dar lugar a la impunidad o a la irresponsabilidad. El proyecto de artículos ha tomado este nuevo rumbo, ya que contempla la atribución al Estado de la conducta no sólo de sus órganos oficiales sino también de todas las entidades que actúen por su cuenta. Hay un fondo de transparencia y de moralidad en la decisión de someter al imperio del derecho la conducta de personas o de grupos de personas cuya relación legal con el Estado es difícil de precisar. Es necesario encontrar un equilibrio que permita atribuir esa conducta al Estado sin arbitrariedad, pero también sin ninguna ambigüedad.

25. A este respecto, son pertinentes varios fallos de la CIJ, en particular el relativo al asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. No obstante, el concepto de «control» que se propone en esos fallos, aunque muy importante, de ninguna manera es el único. Además, el fallo en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* debe recubicarse en un contexto más amplio que el del derecho huma-

[2] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[3] Reproducido en *Anuario 1998*, vol. II (primera parte).

[4] Ibíd.

nitario. Habiendo conocido una época, felizmente superada, en que ciertos Estados estaban vinculados a grupos paramilitares responsables de miles de desapariciones forzadas, América Latina cuenta ahora, en el marco de la OEA, con una convención importante sobre el tema, la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, que dispone que la desaparición forzada es un acto de privación de la libertad, con independencia de que el autor sea un agente del Estado o una persona o un grupo de personas que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Así pues, se encuentran aquí otros criterios que permiten una mayor flexibilidad.

26. En lo que se refiere a los efectos de la descentralización, el Relator Especial reafirma con razón la unidad y singularidad del Estado con respecto al derecho internacional y también que su responsabilidad es indivisible. Si se actuara de otra forma se socavaría la integridad del derecho internacional. Una vez analizados y definidos todos los elementos que emanan de todas estas antinomias, se deberá resolver en el futuro, con el apoyo de la Comisión, la última de las dificultades, que consiste en dar expresión concreta a la voluntad del Estado en el marco jurídico que la Comisión se ha propuesto definir.

27. El Sr. HAFNER se muestra complacido de que el Relator Especial haya señalado en su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7) todos los problemas que plantea el proyecto de artículos, y dice que se referirá exclusivamente a los cambios que el Relator Especial propone con respecto a los artículos 5 a 8 y 10.

28. En el artículo 5, el Relator Especial propone que se suprima la referencia al derecho interno cuando se trata de un órgano del Estado. Es evidente que un órgano del Estado sólo puede ser definido como tal en relación con el derecho interno ya que, como ha señalado el Sr. Pellet, el término «órgano» es en sí de carácter jurídico y corresponde al derecho interno: no se define según el derecho internacional sino según el derecho interno del Estado considerado. Si se hablara de «órgano» sin más aclaración, sería fácil argumentar que el tipo de órgano contemplado en ese artículo no es el mismo que el que define el derecho internacional. En consecuencia, se llegaría a afirmar que un acto es atribuible al Estado porque es el hecho de un órgano y que es el hecho de un órgano porque es atribuible al Estado, lo cual no es muy satisfactorio.

29. El argumento aducido por ciertos Estados según el cual la remisión al derecho interno autoriza al Estado a evadir su responsabilidad no es ni pertinente ni aplicable en este caso. Si un Estado crea una entidad separada para confiarle funciones públicas, es responsable de los actos de esa entidad según el artículo 7. Se puede citar el caso de los bancos centrales que, en muchos países, tienen una condición jurídica propia y que a veces ni siquiera se rigen por las políticas del Estado ni están obligados a aplicarlas. No obstante, como se ha podido demostrar en varias ocasiones, sigue siendo cierto que los actos de esas entidades son atribuibles al Estado. Este caso hipotético no está comprendido en el alcance del artículo 5, sino en el del artículo 7. Además, si un Estado aprueba una ley por la cual reconoce a una entidad como órgano estatal compromete su responsabilidad por los actos de esa entidad; de ahí la necesidad de remitirse al derecho interno. En el artículo 7 se da otra razón para mantener la referencia al derecho interno, ya que se trata de la «estructura misma del Estado». La referencia al derecho interno en el artículo 5 facilitará la interpretación de esta expresión en el artículo 7.

30. El Relator Especial tiene razón en parte cuando hace una distinción entre los actos *de jure imperii* para los fines del derecho relativo a la inmunidad de los Estados y los hechos del Estado para los fines de la responsabilidad de los Estados. No obstante, no hay que olvidar que existen vínculos entre esas dos figuras jurídicas, ya que un hecho sólo puede ser considerado *de jure gestionis* o *de jure imperii* si es un hecho del Estado. En cuanto a la expresión «en esa calidad», el Relator Especial dijo que aclararía sus intenciones en relación con el artículo 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad), pero el comentario a ese artículo[5] no contiene realmente una explicación: el caso que allí se cita en realidad no aclara mucho con respecto al artículo 5.

31. En cambio, el Sr. Hafner aprueba la fusión de los artículos 5 y 6 en un nuevo artículo 5, aunque considera necesario conservar la «cláusula federal» en el artículo 7. También se puede hacer un paralelo con las normas que rigen la inmunidad de los Estados, que presentan muchas analogías con las relativas a la responsabilidad de los Estados.

32. Al examinar la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la Comisión misma definió al Estado por el atributo de la unidad territorial[6]. Cabe por tanto preguntarse por qué esta referencia se justifica en relación con las inmunidades pero no en relación con la responsabilidad. También se podría decir que, para los fines de la inmunidad, un Estado no es más que un Estado y no requiere otra definición.

33. Para ilustrar el caso de las entidades públicas territoriales que gozan de autonomía dentro del Estado, cabe mencionar a los *länder* (provincias) de Austria, que pueden concluir tratados con otros Estados en la medida en que el asunto de que se trate esté comprendido en su competencia de entidades autónomas. Esto plantea además la cuestión de saber si, en casos de violación, los otros Estados contratantes deben adoptar medidas contra la provincia o contra el Estado. Según el Sr. Hafner, el Estado en su totalidad es el responsable de la aplicación de los tratados. Por lo tanto, convendría hacer referencia a las entidades territoriales en el artículo 7 para aclarar mejor las normas que corresponde aplicar en situaciones de esta índole.

34. El Sr. Hafner no está totalmente de acuerdo con la interpretación de la expresión «prerrogativas del poder público» que se da en el primer informe. El comentario del Relator Especial aparentemente asimila lo que abarca esta expresión con «la función pública». Hay que aclarar que se trata de dos conceptos diferentes en la medida en que «prerrogativas del poder público» se refiere más bien

[5] Véanse los comentarios a los artículos 10 a 15 en *Anuario... 1975*, vol. II, doc. A/10010/Rev.1, págs. 65 y ss.

[6] Véanse los proyectos de artículos y comentarios correspondientes en *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), doc. A/46/10, págs. 13 y ss.

a la práctica y «función» al contenido. Ahora bien, según el párrafo 190, en el caso considerado se trata del contenido y no de la práctica.

35. La expresión plantea también un problema, ya que sólo hace referencia a las prerrogativas del gobierno, cuando indudablemente da a entender mucho más que eso. Las prerrogativas del poder público son sólo algunas de las prerrogativas de que goza el Estado. Es interesante señalar que el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes utiliza la misma expresión en el artículo 11, según el cual los actos de un agente del Estado sólo comprometen la responsabilidad de este último si ese agente desempeña funciones estrechamente relacionadas con el ejercicio del poder público. Es evidente que esas funciones se limitan a actos *de jure imperii*, de manera que el término «prerrogativas» en el artículo 8 sólo abarca los actos *de jure imperii* del Estado.

36. Si el término «funciones» no es aceptable, se debería incluir una explicación en el comentario, citando ejemplos del uso de esta expresión en el contexto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Salvo estas consideraciones, a las que se alude en el párrafo 190 del primer informe, el Sr. Hafner aprueba el contenido del proyecto de artículo 7.

37. En el párrafo 198 del primer informe, en referencia al artículo 8, el Relator Especial propone que se suprima la expresión «consta que». Ahora bien, esta expresión puede ser necesaria, habida cuenta de que hay una diferencia entre los órganos creados por ley y los otros agentes, como indica la terminología utilizada por Francia. En el primer caso, la existencia de una ley por la cual se crea el órgano de que se trate basta para determinar la responsabilidad. En el segundo, el Estado demandante debe demostrar que el autor del hecho ha actuado en ese caso por cuenta del otro Estado. El procedimiento para la determinación de la prueba será muy diferente si se aplica a un órgano.

38. El problema que señala el Relator Especial en este contexto a propósito del asunto *Loizidou* c. *Turquie* es muy importante, ya que se plantea con más frecuencia que lo que sería deseable. Se puede citar, por ejemplo, el caso en que la Cámara de los Lores declaró que la República Democrática Alemana era una entidad dependiente o subordinada creada por la URSS para ejercer un control indirecto. Habida cuenta de las implicaciones políticas y jurídicas de situaciones como ésta, sería mejor no pasar por alto esa posibilidad. Antes de invocar la responsabilidad de un Estado, los otros Estados deberían ante todo proporcionar pruebas irrefutables de la existencia de esa situación en el contexto particular de que se trate.

39. El Sr. Hafner menciona también otra cuestión de actualidad más reciente, que lleva a preguntarse si un órgano del Estado que actúe cumpliendo instrucciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia está comprendido en el alcance del artículo 8. Sin llegar a decir que los actos del órgano son atribuibles al Tribunal y no al Estado interesado, se podría mencionar este caso, u otros ejemplos análogos, en el comentario al artículo 8.

40. Para terminar, refiriéndose al artículo 10, el Sr. Hafner dice que no le parece muy acertado reemplazar el término «competencia» por el término «poder» en ese artículo. Como ya ha dicho, este último término se refiere exclusivamente a los actos *de jure imperii* y, contrariamente a las situaciones que contempla el artículo 10, no se define desde el punto de vista del contenido. Esto restringe excesivamente el significado de un término que debería poder aplicarse a los órganos ordinarios. Tal vez sería mejor conservar el término «competencia» e incluir algunas aclaraciones en el comentario.

41. El Sr. GOCO desea algunas aclaraciones sobre la definición exacta del término «gobierno». Se ha dicho que el gobierno es sólo parte del Estado o que es una institución compuesta de todos los agentes encargados de la conducción de los asuntos públicos. Parecería que el Relator Especial propone una nueva definición del término. Para el orador, el gobierno representa al Estado en su conjunto y por esa razón reviste gran importancia en lo que respecta a la atribución de la responsabilidad.

42. El Sr. HAFNER responde que Montesquieu fue el primero en hablar de la separación de poderes. Ciertamente, el gobierno es tan sólo un componente del Estado. Por ejemplo, el poder judicial es independiente del gobierno pero forma también parte del Estado. Por eso es necesario adoptar una definición más amplia del término. Desgraciadamente, es difícil encontrar otra fórmula, y la única manera de resolver el problema es dar una explicación en el comentario.

43. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que por «gobierno» debe entenderse el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, y que la expresión «prerrogativas del poder público» tiene un significado igualmente amplio.

44. El Sr. DUGARD está tan descontento como el Relator Especial con la expresión «hecho del Estado», así como con el uso de las comillas en el título del capítulo II del proyecto de artículos. Se corre el riesgo de sembrar la confusión entre los especialistas del *common law* habituados a la doctrina del hecho del Estado *(act of State)*. Si se ha de utilizar esta expresión habrá que suprimir las comillas, pero más valdrá entonces emplear el nuevo título, «Atribución de un comportamiento al Estado según el derecho internacional», propuesto en el párrafo 147 del primer informe.

45. En cuanto a la referencia al derecho interno en el artículo 5, también se puede prestar a confusión en el comentario, en el que se afirma que se corre el riesgo de que los Estados se amparen en el derecho interno para sustraerse a sus obligaciones y más adelante se dice lo contrario. A este respecto, es interesante comparar las declaraciones del antiguo Relator Especial, Sr. Ago, en los párrafos 7 y 8 del comentario sobre ese artículo[7]: en el párrafo 7, Ago señala que cada Estado tiene el derecho de organizarse como considere apropiado, y en el párrafo 10 agrega que esto no tiene ninguna consecuencia desde el punto de vista del derecho internacional, lo cual es la posición más pertinente. No obstante, convendría suprimir la referencia al derecho interno, y el Relator Especial debería modificar el comentario para aclarar la cuestión.

[7] Ibíd.

46. Las dificultades surgen sobre todo cuando se trata de entidades ilícitas. El Relator Especial menciona el caso de la República Turca de la parte septentrional de Chipre («RTCN») en el asunto *Loizidou* c. *Turquie*. El Sr. Hafner se refirió al caso de la República Democrática Alemana; cabe mencionar también el de Sudáfrica. Así pues, se debe aludir al concepto de dirección y control en el apartado *a* del artículo 8 a fin de abarcar el caso de la «RTCN», que es un Estado creado a raíz de una intervención militar.

47. En cambio, no es seguro que estén abarcadas de igual manera las situaciones en que el control militar es menos evidente, como en el caso de los «bantustanes» o territorios patrios de Sudáfrica. En su momento, varios gobiernos consideraron que el Gobierno sudafricano era responsable de los actos de los gobiernos de los territorios patrios aun cuando Sudáfrica no ejercía verdaderamente ningún control militar y cuando, desde el punto de vista del derecho interno sudafricano, esas entidades eran totalmente independientes (lo cual no era de ningún modo cierto en la realidad política). El derecho interno fue manipulado hábilmente para ocultar la subordinación de esas entidades. No obstante, en 1987, el Gobierno de Francia presentó una protesta al Gobierno sudafricano cuando un nacional francés, Pierre Albertini, fue encarcelado por el Gobierno del Ciskei y condenado a cuatro años de prisión por haberse negado a prestar testimonio en un proceso político[8]. El Gobierno sudafricano respondió que no ejercía control alguno sobre los poderes ejecutivo y judicial del Ciskei y que el Gobierno de Francia debía por tanto dirigir su reclamación al Gobierno de ese Estado. El Gobierno francés se negó a hacerlo y declaró que no aceptaría las credenciales del nuevo embajador de Sudáfrica en Francia mientras Pierre Albertini siguiera encarcelado en el Ciskei. A raíz de esta protesta, el ciudadano francés fue puesto en libertad rápidamente.

48. El Gobierno británico también consideró al Gobierno de Sudáfrica responsable de las prácticas de sus territorios patrios en un contencioso comercial con el Trust Bank of South Africa. En 1992, la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad sindical en la República de Sudáfrica creada por la OIT para examinar las prácticas de Sudáfrica en la esfera del trabajo declaró que el Gobierno sudafricano era responsable de respetar el derecho internacional del trabajo en los bantustanes[9].

49. El orador no tiene la certeza de que las disposiciones que propone el Relator Especial abarquen los casos en que un Estado crea una entidad títere y encubre el hecho de que ejerce autoridad política sobre ella, por cuanto su derecho interno le exonera de toda responsabilidad por los actos de dicha entidad. En lo que respecta al artículo 5, la redacción es particularmente inoportuna, porque contiene una referencia doble al derecho interno. Por lo tanto, habría que suprimirla. En lo que respecta al artículo 8, las enmiendas propuestas indudablemente abarcarían los casos en que el Estado ejerciera control en forma evidente, en particular el control militar, como en el caso de la «RTCN». Pero si el Estado que tiene las riendas se limita a ejercer un control político y si el derecho interno le exonera de toda responsabilidad, no es seguro que las disposiciones propuestas resuelvan de manera satisfactoria el problema de la atribución de la responsabilidad.

50. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), tras escuchar las intervenciones precedentes, concluye que el concepto de «entidades públicas territoriales» debe mantenerse en el artículo 5, ya que no se hace ninguna distinción entre los actos de las entidades públicas territoriales que ejercen ciertos aspectos de las prerrogativas del poder público y los demás actos. El tratamiento de estas entidades en el párrafo 1 del artículo 7 es idéntico al de los órganos del Estado en el artículo 5. El Relator Especial hace suya la propuesta de incluir a estas entidades en el artículo 5.

51. Si se opta por esta solución, se podría abarcar el caso en que el Estado que establece entidades públicas territoriales evade sus responsabilidades. A este respecto, cabe observar que si un Estado crea una entidad pública y ésta obtiene su independencia y constituye un nuevo Estado, la entidad pasa a ser responsable de sus actos. En cambio, como en el caso de los bantustanes, cuando la entidad no se independiza y continúa siendo una entidad pública territorial, el Estado que la ha establecido continúa siendo responsable de su comportamiento. La solución, por lo tanto, consistiría en insertar el párrafo 1 del artículo 7 en el artículo 5, a fin de resolver los problemas señalados por el Sr. Dugard y otros miembros.

52. El Sr. KABATSI dice que, como ha propuesto el Sr. Pellet, la Comisión bien podría remitir al Comité de Redacción el proyecto de artículos que está examinando, que se basa en principios aceptados generalmente por los publicistas más importantes. No obstante, el Sr. Kabatsi desea hacer algunas observaciones.

53. La primera se refiere a la terminología. El Relator Especial prefiere el término «atribución» al de «imputabilidad» por las razones dadas en el párrafo 146 de su primer informe. Ahora bien, estos dos términos son intercambiables, salvo que «imputabilidad» ya se ha incorporado al uso y es utilizado por la CIJ. El término «atribución» indudablemente conviene más en ciertos casos, en particular aquellos a los que alude el artículo 10.

54. La segunda observación se refiere a la idea de fusionar los artículos 5 y 6, fusión que aconseja la brevedad del texto. Pero el tema de que tratan esos artículos es tan importante que es necesario mantener la mayor transparencia posible, lo cual en este caso prima sobre la brevedad.

55. Según el Sr. SIMMA, el documento que se examina es de una claridad notable y los análisis hechos en el comentario son pertinentes.

56. En la sesión anterior, la Comisión se planteó la cuestión de si era necesario conservar en el artículo 5 la frase «se considerará hecho del Estado». En efecto, la formulación de la versión francesa es engorrosa y habría que modificarla.

[8] Véase J Charpentier y E Germain, «Pratique française du droit international», *Annuaire français de droit international, 1987*, París, vol 33, págs. 1009 y 1010

[9] Véase Consejo de Administración de la OIT. *Rapport de la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale concernant la République sud-africaine*, doc 253/15/7, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, mayo-junio de 1992

57. El artículo 5 plantea una cuestión muy importante: la de la referencia al «derecho interno». En el párrafo 163 de su primer informe, el Relator Especial insiste demasiado en la distinción entre el derecho y la práctica. Explica que una de las razones por las que habría que suprimir esa referencia es que, en muchos ordenamientos jurídicos, la condición de ciertas entidades no está determinada por el derecho sino por la práctica o la tradición. Esto no parece muy problemático. En cambio, las razones que justifican la referencia al derecho interno son bastante convincentes, ya que entran en juego consideraciones de precisión jurídica que tienden a restringir las referencias de carácter general al derecho interno. Se observa la misma tendencia en relación con el derecho de los tratados. Por ejemplo, el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 muestra que el derecho internacional mismo prevé que ciertos actos vinculados a la conclusión de los tratados, si son llevados a cabo por ciertas personas, se consideran actos del Estado. Sería mejor no referirse al derecho interno en el artículo mismo sino mencionarlo en el comentario. También es una buena idea fusionar los elementos esenciales del artículo 6 y el nuevo artículo 5.

58. En cuanto al artículo 7, relativo a la «cláusula federal», el Sr. Simma, que es oriundo de una subdivisión de un Estado federal, se muestra sorprendido de encontrarse en la misma situación que los habitantes de los bantustanes mencionados por el Sr. Dugard. La mayoría de los oradores han insistido con razón en que vuelva a incluirse la referencia a las entidades federales. Pero el Relator Especial ha hecho bien en explicar en su presentación que esa referencia no sería absolutamente necesaria, ya que el artículo 5 se refiere a «todos los órganos del Estado». Sin embargo, se corre el riesgo de que las propias entidades federales no se consideren simples «órganos». Además, esas entidades constituyen la única categoría de órganos, en el sentido del artículo 5, que tienen capacidad jurídica internacional, es decir, que pueden actuar por su propia autoridad. El Sr. Hafner ya ha citado, para beneficio de la Comisión, ejemplos tomados de la práctica de Austria.

59. En lo que respecta a las violaciones de los tratados concluidos por esas entidades, pregunta si el Relator Especial tiene alguna razón para pensar que en estos casos queda comprometida la responsabilidad de la entidad de que se trate y no la del Estado federal en su totalidad. En Alemania, por ejemplo, los *länder* pueden concluir tratados con el consentimiento del gobierno central. La responsabilidad del Estado federal queda claramente comprometida. Por ejemplo, a fines del decenio de 1970, en varias universidades alemanas se recaudaron fondos para armar a los movimientos de liberación africanos. La responsabilidad internacional de Alemania quedó entonces comprometida en el contexto de las relaciones de amistad entre los Estados. El Ministerio de Relaciones Exteriores declaró que el Gobierno federal no tenía el poder constitucional de obligar a los *länder* a interrumpir estas campañas de recaudación de fondos, pero que Alemania se consideraba responsable de todo acto u omisión de los elementos que la constituían. Por último, se puede aducir una última razón en favor de mantener la referencia a las entidades federales en el artículo 5, a saber, la desaparición del artículo 2.

60. En el párrafo 188 del informe, el Relator Especial recomienda que se eliminen el párrafo 1 del artículo 7 y la referencia a las entidades públicas territoriales en el párrafo 2 del artículo 7. En la nota de pie de página correspondiente a esta declaración añade que esto es coherente con la posición adoptada en la Convención de Viena de 1969 y con los textos sobre los Estados federales en el derecho internacional. Pero la razón por la cual se eliminó el artículo 6 de la Convención de Viena de 1969, que se aplicaba a las entidades federales, tenía que ver con las circunstancias históricas de la época y, más exactamente, con las relaciones entre la provincia de Québec y el Canadá. ¿Continúa siendo necesario aceptar hechos que ocurrieron hace más de 30 años? En cuanto a los textos sobre los Estados federales que menciona el Relator Especial, no se refieren al caso de las entidades públicas internacionales sino más bien a la capacidad de concluir tratados que poseen las entidades federales.

61. A propósito del apartado *a* del artículo 8, el Sr. Simma considera que la nueva fórmula propuesta por el Relator Especial en el párrafo 284 de su primer informe define con más precisión a la persona o al grupo de personas al que se aplica el artículo. Varios oradores ya han señalado que si se utiliza esta fórmula, tal vez demasiado restrictiva, se corre el riesgo de que ciertas situaciones queden fuera del campo de aplicación del proyecto de artículos. Indudablemente, no se tienen en cuenta ciertas consideraciones complementarias. Existe ya la formulación de la propuesta del nuevo artículo 15 *bis* (Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado y que ulteriormente adopta o reconoce ese Estado), tendiente a abarcar algunas de esas situaciones. Además, hay que tener en cuenta que en este caso sólo se habla de «atribución»; vale decir que si los actos de los grupos o de las entidades se consideran hechos del Estado según el apartado *a* del artículo 8, hay un vacío jurídico en el cual pueden desaparecer ciertas situaciones concretas.

62. El Sr. ROSENSTOCK dice que él también está dispuesto a remitir el proyecto de artículos al Comité de Redacción y está totalmente de acuerdo con las recomendaciones del Relator Especial. Los que han cuestionado la labor del Relator en relación con el proyecto de artículo 5 no están en desacuerdo con él en cuanto al fondo. Dado que no ha habido ninguna objeción a propósito del artículo 4 —que define la naturaleza del acto de que se trata— sería extraño que se creara una laguna jurídica al definir de un modo muy poco preciso la identidad de los autores de ese acto.

63. La importancia de la función determinante del derecho internacional, desde el punto de vista tanto del acto como del autor, queda ampliamente demostrada en los asuntos mencionados en el párrafo 6 del comentario al artículo 4 aprobado en primera lectura[10]. El texto del artículo 5 es muy poco acertado, ya que involuntariamente da la impresión de que si el derecho interno de un Estado no dice explícitamente que las entidades constitutivas de éste no son órganos del Estado, los actos de esas entidades no son imputables al Estado. La solución no consiste entonces en apoyarse en el artículo 7 para interpretar correctamente el artículo 5. Los argumentos presentados en el arbitraje entre la sociedad Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company

[10] Véase 2553.ª sesión, nota 9.

y el Gobierno de la República Árabe Libia[11] y en el ejemplo anónimo que citó el Relator Especial (2553.ª sesión) ponen de relieve la importancia de la claridad a este respecto.

64. La propuesta del Relator Especial de reagrupar los artículos 5, 6 y el párrafo 1 del artículo 7 es tan clara como económica. Al Comité de Redacción no le resultará fácil mejorarla. Pero será difícil volver a tratar la cuestión del «derecho interno» en la propuesta del nuevo artículo 5 sin recaer en las fórmulas ambiguas de antes o sin hacer consideraciones que estarán mejor ubicadas en el comentario. En lo que respecta a las entidades territoriales, el Sr. Rosenstock piensa que no hace falta referirse a ellas en el artículo 10. Esto se podría hacer en el artículo 5 sin correr mayores riesgos, a condición de que no se complicara la redacción de dicho artículo al punto de que perdiera claridad y se prestara a interpretaciones erróneas.

65. El Sr. LUKASHUK hace hincapié en los aspectos positivos del proyecto que, por un lado, enuncia en forma concreta el principio de la responsabilidad del Estado y, por otro, consagra el de la diferencia entre el Estado y los elementos que lo componen. Dada la importancia de estos dos principios que son la piedra angular del texto, el Relator Especial debería reconsiderar un pasaje del comentario que no parece hacerles justicia. En el apartado *a* del párrafo 154 dice, en efecto, que un Estado sólo es responsable si el comportamiento en cuestión es atribuible a él, y entraña un quebrantamiento de una obligación internacional del Estado para con otras personas o entidades perjudicadas por este comportamiento. Pero la responsabilidad, en el plano del derecho internacional, tiene que ver con las relaciones entre los Estados; los sujetos del derecho internacional son los Estados y no las personas físicas o morales. Las violaciones de los derechos de las personas físicas —por ejemplo los derechos garantizados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— por parte de un órgano del Estado están comprendidas en la jurisdicción de ese Estado y no en una jurisdicción interestatal.

66. En lo que respecta al artículo 5, el Sr. Lukashuk se muestra complacido de que el Relator Especial utilice en el párrafo 157 la expresión «sus funciones pueden tener carácter internacional». Es bien sabido que hay casos en que los partidos políticos o las organizaciones religiosas no son órganos del Estado, pero ello no les impide ejercer prerrogativas del poder público, a veces muy importantes. Por lo tanto, es imposible apoyar a los oradores que afirman que sólo el derecho interno puede determinar la condición de un órgano. Como acaba de explicar el Sr. Simma, la Convención de Viena de 1969 contradice esa posición.

67. La última frase del artículo 5 —«siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad»— podría eliminarse, ya que el caso a que alude es infrecuente y que conviene acortar el texto siempre que sea posible.

68. En cuanto al artículo 7, el Sr. Lukashuk, refiriéndose al problema de la responsabilidad de los elementos constitutivos del Estado federal, dice que no mencionar los elementos específicos de una federación sería una falta injustificable y causaría grandes complicaciones, cosa que indica el Relator Especial en sus comentarios. Por lo tanto, se podría incluir en el artículo mismo una cláusula que reflejara el fondo del párrafo 188 del primer informe, que dice: «los casos excepcionales en que las unidades que componen un Estado federal ejercen ciertas competencias internacionales limitadas, por ejemplo, para los fines de formalizar tratados sobre cuestiones locales». También se podría ampliar más esta disposición incluyendo a las regiones y no sólo a los Estados federados. Ciertamente, las regiones tienen una dimensión transfronteriza y en un futuro próximo será necesario examinar su caso.

69. En lo que respecta al apartado *b* del artículo 8, parece muy impreciso, como reconoce también el Relator Especial. Convendría darle una formulación más clara para definir mejor los casos que pretende abarcar.

70. Al concluir, el Sr. Lukashuk dice que está de acuerdo en remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 5 a 8 y 10.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2555.ª SESIÓN

Martes 4 de agosto de 1998, a las 12.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

[11] Ibíd., nota 11.

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

ARTÍCULOS 5 A 8 Y 10 *(conclusión)*

1. El Sr. ECONOMIDES aprueba en general la nueva redacción del artículo 5 (Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos) propuesto en el párrafo 284 del primer informe del Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7). Le complace, en particular, la supresión de las palabras «que tenga la condición de tal según el derecho interno» por dos razones. La primera es que en la mayoría de los casos las palabras son en gran parte superfluas, ya que por «órgano del Estado» se entiende todos los órganos del Estado que tienen esa calidad en virtud del derecho interno. En segundo lugar, en algunos casos, ciertamente excepcionales, esas palabras pueden ser demasiado restrictivas. En efecto, puede ocurrir que los órganos del Estado no tengan oficialmente ese estatuto con arreglo al derecho interno. El Sr. Dugard citó como ejemplo del caso contrario los Estados títeres que existían en Sudáfrica bajo el régimen de *apartheid*, así como el Estado títere creado por Turquía en la parte septentrional de Chipre tras haber invadido y ocupado ese país en violación del derecho internacional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos juzgó, en el caso *Loizidou* c. *Turquie*, que era Turquía, y no ese Estado títere, el responsable de las violaciones del Convenio europeo de derechos humanos de que había sido víctima la Sra. Loizidou.

2. Por otra parte, como ha propuesto el Sr. Pambou-Tchivounda (2553.ª sesión), convendría suprimir las palabras «se considerará». El Sr. Economides se pregunta además si la frase final del nuevo artículo 5, a partir de las palabras «independientemente de que el órgano ejerza», que es puramente descriptiva, es realmente necesaria. Si se decide con todo conservarla a título ilustrativo, convendría completarla y referirse, después de la función y la posición del órgano, a su carácter, a saber, si se trata de un órgano central o de un órgano dependiente de una entidad territorial. El Sr. Economides habría preferido que en el proyecto de artículos se incluyera una definición del término «Estado» en el artículo 5 o en otro artículo. Se debería indicar, por ejemplo, que por Estado se entiende todo Estado según el derecho internacional, cualquiera que sea su estructura o su organización: unitaria, federal o de otro tipo. En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se debería definir, aunque sea de manera muy general, el concepto de Estado.

3. Con respecto al artículo 8 (Atribución al Estado de un comportamiento de hecho llevado a cabo por instrucciones suyas o bajo su dirección y control) propuesto en el párrafo 284 del primer informe, el orador tiene algunas dudas sobre su nueva redacción, que parece más restrictiva que la anterior y que reduce el ámbito de la responsabilidad de los Estados por el hecho ilícito. En efecto, se exponen dos criterios limitativos, a saber, que es preciso que haya habido instrucciones o dirección y control; además, estos dos últimos elementos se presentan como elementos acumulativos. Esa disposición permitiría que un Estado que recluta, financia, entrena y arma fuerzas irregulares para cometer hechos ilícitos sin darles instrucciones expresas y sin ejercer sobre ellas un verdadero control evadiera su responsabilidad internacional. Esta cuestión merece examinarse. La redacción del artículo 8 (Atribución al Estado de un comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado) aprobado en primera lectura reflejaba además un desarrollo progresivo más claro.

4. La primera parte del artículo 8, a saber el encabezamiento y el apartado *a*, están mal redactados, al menos en francés, y el Sr. Economides propone modificarlos como sigue: «Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que actúa por instrucciones o bajo la dirección y control de ese Estado». El apartado *b* del artículo 8, que prevé una situación muy particular, debería ser objeto de una disposición separada.

5. El Sr. YAMADA dice que la parte del excelente informe del Relator Especial sobre el capítulo II de la primera parte del proyecto (El «hecho del Estado» en el derecho internacional) y los proyectos de artículos propuestos no suscitan ninguna oposición de su parte, pero desearía hacer dos observaciones. La primera se relaciona con la referencia al «derecho interno» en el artículo 5. El Sr. Yamada apoya la propuesta del Relator Especial de que se suprima esa referencia y las razones que él da para ello. Al mismo tiempo, le parece muy abstracto decir que la cuestión de determinar si un órgano es o no un órgano del Estado se rige por el derecho internacional. Considera que la organización interna de la estructura del Estado desempeña un papel decisivo, e incluso determinante en ciertos casos, cuando se trata de decidir el estatuto del órgano. Si en un Estado determinado no se confiere en la práctica el estatuto de órgano del Estado a una entidad, sea en virtud de la legislación interna relativa a la organización del Estado, de otros textos, incluidos los que confieren a sus empleados la calidad de funcionarios públicos o definen sus funciones, o de la práctica, y si en el tratamiento de esa entidad no hay ninguna intención por parte del Estado de evadir su responsabilidad, no parece que pueda atribuirse el hecho de esa entidad al Estado. El Sr. Yamada espera que el Relator Especial formule un comentario completo y detallado sobre el papel de la organización interna *bona fide* de la estructura del Estado.

6. En segundo lugar, refiriéndose al párrafo 2 del artículo 7 (Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público) y al artículo 8, el Sr. Yamada dice que es posible que haya superposición o duplicación entre las dos disposiciones. ¿Hay en efecto una diferencia clara entre las entidades previstas en el artículo 7 y las personas o grupos de personas contempladas en el artículo 8? El Relator Especial señaló a la atención de la Comisión la tendencia reciente a la privatización de las funciones estatales. Esta cuestión debe tratarse de manera adecuada en el Comité de Redacción. Efectivamente, se observa a nivel internacional una reducción rápida y en gran escala de las funciones estatales, que se lleva a cabo con diversas modalidades. Por una parte, el Estado puede conservar el monopolio de esas funciones y delegarlas en organismos públicos o incluso en entidades privadas. Por otra, el Estado puede abandonar por completo determinadas funciones y confiarlas al sector privado. Entre estos dos extremos, el Estado puede conservar un órgano para rea-

lizar una función determinada e invitar al mismo tiempo al sector privado a participar en el ejercicio de la misma función para mejorar la eficacia mediante la competencia. En los dos últimos casos, los hechos de las entidades no estatales no deberían atribuirse al Estado. El proyecto de artículos debe ajustarse para tener en cuenta esta evolución de la situación.

7. El Sr. PELLET no entiende la posición del Sr. Yamada sobre el primer punto. En efecto, si se hace abstracción de la organización interna del Estado tal como la define cada Estado en el marco de su libertad soberana, el artículo 7 prácticamente deja de tener sentido. Este artículo es necesario precisamente porque el Estado está organizado de una manera u otra y distribuye el poder público entre sí como persona jurídica y otras entidades a las que confiere personalidad jurídica en función de su derecho interno. La explicación del Sr. Yamada, que sigue los lineamientos de la del Relator Especial, no es más convincente que la de este último. La existencia de dos artículos diferentes, el artículo 5 sobre el Estado y sus órganos y el artículo 7 sobre las demás entidades habilitadas para ejercer prerrogativas del poder público, sólo se justifica porque se tiene en cuenta el derecho interno. Como ha dicho ya, el Sr. Pellet lamenta profundamente la supresión de la referencia al derecho interno en el artículo 5 que se propone en el párrafo 284 del primer informe. Se trata aquí de la personalidad jurídica del Estado y solamente el derecho interno puede definirla.

8. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) considera que la existencia de la personalidad jurídica en el derecho interno no es decisiva. Hay muchos Estados en que la mayoría de los ministerios, o incluso todos, tienen en el derecho interno una personalidad jurídica separada. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de muchos ministerios de petróleo y gas, y también en el caso del Ministerio de Comercio e Industria del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Sin embargo, se trata de órganos del Estado. Por lo tanto, es simplemente erróneo identificar al Estado con una sola entidad jurídica en virtud del derecho interno.

9. Es verdad, como ha dicho el Sr. Yamada, que el derecho internacional no tiene una concepción autónoma de lo que debería ser el Estado. Por otra parte, el derecho internacional considera el «rótulo» que ese Estado adjudica a una entidad como factor determinante. En efecto, muchos Estados no utilizan la terminología, y en particular la palabra «órgano», empleada en el artículo 5. Si una jurisdicción internacional que tiene ante sí una cuestión determina que en virtud de la constitución y las leyes del Estado de que se trata una entidad ha actuado como órgano del Estado, es decir, como elemento constitutivo de su estructura interna, el problema está solucionado. Pero hay casos más complejos, como el de la policía del Reino Unido. La simple existencia de la personalidad jurídica no es decisiva y es preciso tener en cuenta muchos factores. El Relator Especial no se opone terminantemente a una referencia al derecho interno como criterio importante en el artículo 5, pero no podría aceptar una disposición en que se estableciera como criterio decisivo el hecho de que en su derecho interno un Estado definiera una entidad de manera que no fuera un órgano del Estado.

10. El Sr. BENNOUNA dice que no debe considerarse la oposición entre partidarios y adversarios de una referencia al derecho interno como una cuestión de principio. Hay que demostrar pragmatismo y realismo jurídico. Ni unos ni otros cuestionan que el derecho interno desempeña un papel sumamente importante en lo que hace a la atribución, ni que cada Estado tiene el derecho —que es el aspecto interno del derecho de los pueblos a la libre determinación— de organizarse como mejor le parezca. No cabe duda tampoco de que un Estado no puede invocar su derecho interno para sustraerse a su responsabilidad, pero sí se puede invocar el derecho interno de un Estado para determinar su responsabilidad internacional. Se puede considerar, de hecho, que hay continuidad entre el derecho interno y el derecho internacional a ese respecto.

11. El Sr. PELLET considera que se trata de una cuestión de principio, a saber, el principio de la libertad de cada Estado de organizarse como mejor le parezca. Es ciertamente necesario velar por que se tengan en cuenta las consideraciones prácticas invocadas por el Relator Especial, pero esas consideraciones ya se tienen en cuenta gracias al artículo 4 (Calificación de un hecho del Estado de internacionalmente ilícito), según el cual un Estado no puede ampararse en su derecho interno para evadir su responsabilidad. En cuanto al argumento del Relator Especial según el cual las funciones que se desprenden del ejercicio de prerrogativas del poder público se distribuyen de manera diferente en los distintos Estados, el artículo 7 responde a esa cuestión al explicar que, cualquiera que sea esa distribución, la entidad de que se trate comprometerá la responsabilidad del Estado. El Relator Especial declaró que no se oponía a una referencia al derecho interno si estaba acompañada de una referencia al derecho internacional. El Sr. Pellet se pregunta en qué forma se presentaría esa solución. Considera que la remisión al derecho interno que figuraba en el proyecto propuesto por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago[4], era razonable.

12. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) subraya que hay una diferencia crucial entre el párrafo 2 del artículo 7 y el artículo 5. En este último se prevé que el comportamiento de un órgano del Estado es atribuible al Estado en todos los casos en que ese órgano actúa en esa capacidad, en tanto que con arreglo al artículo 7, los únicos hechos atribuibles al Estado son los resultantes del ejercicio de las prerrogativas del poder público. En muchos arbitrajes internacionales se plantea en efecto la cuestión de saber si se trata de *acta jure imperii* o de *acta jure gestionis*. Esta cuestión no puede plantearse en el marco del artículo 5. El artículo 7 es necesario en razón de la multiplicidad de entidades que, sin ser órganos del Estado, ejercen funciones públicas, como por ejemplo las compañías aéreas privadas que ejercen funciones en materia de inmigración. El derecho interno es ciertamente el factor más importante, pero no el único, y a veces incluso la práctica puede ser más pertinente que los textos. El Relator Especial está convencido de que el Comité de Redacción podrá preparar un texto que satisfaga a los partidarios de mantener la referencia al derecho interno en el artículo 5.

13. El Sr. ROSENSTOCK dice que nadie niega que el Estado es libre de organizarse como mejor le parezca,

[4] Véase *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 212 y ss., doc. A/CN.4/246 y Add.1 a 3.

pero no ve con arreglo a qué lógica esa libertad tendría una influencia determinante en la responsabilidad internacional del Estado por los hechos de una de sus entidades.

14. El Sr. HAFNER piensa que no debe darse una importancia excesiva a la personalidad jurídica separada de una entidad para decir que no es un órgano del Estado. En efecto, el término «órgano» no se utiliza en la Constitución de Austria, pero el Parlamento austriaco, por ejemplo, se considera un órgano del Estado. El hecho de que una entidad tenga una personalidad jurídica separada de la del Estado no es entonces determinante. Por otra parte, el Sr. Hafner pregunta al Relator Especial si, en su opinión, un banco central estaría contemplado en el artículo 5 o en el artículo 7 del proyecto.

15. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) apoya las observaciones del Sr. Hafner en cuanto al papel de la personalidad jurídica en materia de atribución y en lo que concierne al término «órgano». Con respecto a los bancos centrales, no puede haber una regla general. Algunos bancos centrales disfrutan de un grado tal de autonomía que estarían contemplados en el párrafo 2 del artículo 7, en tanto que otros están tan estrechamente vinculados al Estado y controlados por él que estarían comprendidos en el alcance del artículo 5. En todos los casos debe quedar claro que el hecho de que un Estado declare que su banco central es independiente, cuando no lo es, no podría ser decisivo para los fines del artículo 5.

16. El Sr. LUKASHUK, tras recordar el principio consagrado en el artículo 4, subraya que el artículo 5 no trata de las disposiciones del derecho interno sino más bien de la función de la entidad considerada, independientemente de la ley. Si hay quienes desean que se mencione el derecho interno en este artículo, será fácil hacerlo, y de manera muy lógica, añadiendo al final del artículo las palabras «en virtud del derecho interno».

17. El Sr. ILLUECA, tras recordar la génesis del proyecto de artículos, cuya elaboración impulsó el antiguo Relator Especial, Sr. Roberto Ago, dice que en el párrafo 146 del primer informe que se examina, el actual Relator Especial indicó que cuando propuso por primera vez ese grupo de artículos, el antiguo Relator Especial había empleado el término «imputabilidad» y que el mismo término fue utilizado por la CIJ en casos posteriores. Sin embargo, el término «imputabilidad» se ha sustituido por el término «atribución». Teniendo en cuenta las razones expuestas por la Corte, con posterioridad a la labor del antiguo Relator Especial[5], en favor del término «imputabilidad», y el hecho de que la Corte ha utilizado ese término, piensa que la Comisión debería quizás reflexionar seriamente sobre la cuestión y considerar la posibilidad de volver a utilizar ese término que, por lo menos, en español, es mucho mejor.

18. En lo que respecta a la remisión al derecho interno en el artículo 5, el Sr. Illueca piensa que debería conservarse. Contrariamente a lo que parecen temer algunos, en particular el Relator Especial, esa remisión no daría una importancia absoluta, exclusiva ni preponderante al derecho interno. La referencia al derecho interno no impide que haya responsabilidad del Estado cuando existe una violación del derecho internacional, aunque las disposiciones del derecho interno sean contrarias a lo dispuesto en el derecho internacional. Este principio está de hecho consagrado, en cuanto a los tratados, en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

19. El orador dice que ha observado en el curso del debate una cierta reticencia, e incluso desconfianza, con respecto a los Estados en cuanto a la forma en que describen a las entidades que ejercen las competencias del Estado. Esta desconfianza no le parece fundada, y las decisiones de los Estados en este ámbito merecen el mayor respeto. Se trata sin duda de un problema de redacción y es ciertamente posible conciliar las diferentes posiciones. Las posiciones del Sr. Pellet y el Sr. Hafner son a la vez lógicas y jurídicamente fundamentadas y el Comité de Redacción debería por lo tanto tenerlas en cuenta. Además, el Comité de Redacción debería examinar cuidadosamente la propuesta de Francia en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/488 y Add.1 a 3) a que se refiere el párrafo 159 del primer informe tendiente a reemplazar la expresión «órgano del Estado», que es demasiado imprecisa, por «todo órgano o agente del Estado», en el artículo 5 y en los artículos 6, 7, 9, 10, 12 y 13.

20. El Sr. HAFNER pregunta al Relator Especial qué criterio se utilizará para definir el órgano del Estado en el artículo 5 si se abandona la referencia al derecho interno. Sería útil precisar en el comentario cuáles son los criterios que permitirían definir qué es un órgano del Estado, especialmente en vista de que el artículo 7, tal como está redactado, se refiere a «una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado». Es preciso incluir en el comentario algunas explicaciones a este respecto.

21. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) reconoce la necesidad de definir qué es un órgano del Estado, tanto más cuanto que la mayoría de los Estados no utilizan el término «órgano». Para ello hay que tener en cuenta muchos factores, como la estructura del órgano, su responsabilidad con respecto al gobierno central y el hecho de que sus empleados tengan o no la calidad de funcionarios públicos. Será necesario también analizar lo que han decidido los tribunales en el contexto análogo de la inmunidad de los Estados, en que ha sido preciso distinguir entre el Estado y sus diferentes entidades. El Relator Especial destaca que nunca ha dicho que el derecho interno no fuera pertinente, sino que el Estado no podía redefinirse para disfrutar de inmunidad ante los tribunales de otros países recurriendo a una disposición legislativa que dijera que la entidad de que se tratara no era un órgano del Estado. Esa disposición sería pertinente pero no podría ser determinante.

22. El Sr. GALICKI dice que es indispensable definir qué es un órgano del Estado y que no es posible hacer caso omiso a este respecto del derecho interno. En el artículo 5 se utiliza la expresión «órgano del Estado» y los miembros de la Comisión están de acuerdo en que el derecho interno no define el término «órgano». Además, ese término no figura en la legislación de todos los Estados, lo que puede plantear problemas. Por su parte, el artículo 7 se refiere a «una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado». El Sr. Galicki piensa que en el

[5] Véase 2553.ª sesión, nota 4.

artículo 5 se podría reemplazar la expresión «todo órgano del Estado» por la frase «toda entidad que forme parte de la estructura misma del Estado». Esta formulación abarca tanto a los órganos como a los agentes del Estado, y tal vez permitiría incluso complacer a los partidarios de mantener la referencia al derecho interno en el artículo 5. Según el Sr. Galicki, el hecho de emplear la misma terminología permitiría establecer una diferencia clara entre las entidades contempladas en el artículo 5 y las contempladas en el artículo 7. Si se decide pese a todo mantener la redacción actual del artículo 5, no debería olvidarse que el concepto de órgano del Estado tiene su fuente en el derecho interno y que cada Estado es libre de decidir lo que considera qué es o no es un órgano del Estado. Las diferencias existentes a este respecto entre los derechos internos crean ciertamente dificultades, pero no se puede privar al Estado de su derecho soberano de decidir lo que forma parte de la estructura formal del Estado y lo que no está incluido en ella.

23. El Sr. MIKULKA pone en duda la validez de la propuesta del Sr. Galicki: una entidad es una ficción y, si bien el término se puede aplicar a entidades territoriales, no se puede utilizar para designar ni al gobierno ni al parlamento de un Estado. Este no es, en todo caso, el sentido que se le da habitualmente. En su opinión, sería erróneo trasponer el concepto de entidad del artículo 7 al artículo 5. En su forma actual, el artículo 5 propuesto por el Relator Especial le parece adecuado, pero querría con todo saber qué piensa el Relator Especial de la propuesta del Sr. Lukashuk. La aprobación de esa propuesta permitiría tal vez satisfacer a los que desean que se mantenga la referencia al derecho interno, evitando al mismo tiempo dar un peso excesivo a ese derecho, tal como desea el Relator Especial.

24. El Sr. ROSENSTOCK subraya, en lo que concierne al ámbito de aplicación de los artículos 5 y 7, respectivamente, que una superposición parcial no tendría consecuencias, pero una laguna plantearía en cambio un problema grave.

25. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que había pensado en la solución propuesta por el Sr. Lukashuk, pues comprende las dudas expresadas por algunos pese a no considerarlas justificadas, ya que él mismo ha explicado repetidamente que nunca ha pretendido que el derecho interno no sea importante ni que deba dejarse de lado. Está de acuerdo hasta cierto punto con el análisis del Sr. Galicki, pero piensa que es útil conservar las diferencias de redacción existentes entre los dos artículos. A este respecto, la propuesta del Sr. Lukashuk podría examinarse en el Comité de Redacción y tal vez permitiría tranquilizar a algunos participantes. En respuesta al Sr. Pellet, que afirma que se trata de una cuestión de principio, el Relator Especial recuerda que la definición de Estado —incluidos sus diversos órganos— para los fines de la inmunidad de los Estados no había planteado problemas, y que en su momento nadie juzgó necesaria una remisión al derecho interno para determinar el significado de los términos en las convenciones internacionales.

26. Por último, el Relator Especial recuerda la opinión que expuso en el párrafo 284 del primer informe sobre el artículo 5, a saber, que el término «órgano del Estado» en el sentido de ese artículo permite evitar tener que preguntarse si el órgano ejerce prerrogativas del poder público en el sentido del párrafo 2 del artículo 7. El único problema consiste en determinar si el órgano del Estado actúa en calidad de tal. Los órganos de los Estados realizan numerosas acciones cuya caracterización —*acta jure gestionis* o de otra índole— para los fines de la inmunidad o para otros fines no es pertinente para los fines de la atribución. Por ejemplo, pueden formalizar contratos comerciales que obligan al Estado y, en el caso de que esos contratos se hubieran formalizado con una entidad sujeta a sanciones de las Naciones Unidas, habría un quebrantamiento de las obligaciones internacionales del Estado en cuestión. Se plantean solamente dos cuestiones en relación con el artículo 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado): en primer lugar, ¿es el comportamiento atribuible al Estado? Si se trata de un órgano del Estado, la respuesta es afirmativa. En segundo lugar, ¿constituye ese comportamiento una violación de una obligación internacional del Estado?

27. El Sr. HE aprueba la estructura de la primera parte del capítulo II y las propuestas incluidas en él. El nuevo capítulo II y sus artículos constituyen una mejora notable del texto examinado en primera lectura. Sin embargo, se pregunta si todos los elementos de fondo están incluidos en el texto propuesto relativo al hecho del Estado. Como han señalado muchos miembros, el concepto de órgano y de agente del Estado ha evolucionado mucho. El nuevo artículo 7 (Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público) propuesto en el párrafo 284 del primer informe se refiere a las entidades que no forman parte de la estructura misma del Estado pero están facultadas por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas de poder público. Ahora bien, las entidades que no están facultadas por el derecho interno para ejercer esas prerrogativas pueden llevar a cabo actividades cumpliendo instrucciones del Estado o bajo su dirección y control. ¿Estarían esas entidades comprendidas en la definición del párrafo 2 del artículo 7 o en los grupos de personas contemplados en el artículo 8? El Sr. He piensa que, tal como están redactados, los artículos 7 y 8 no son claros a este respecto. En cuanto a la elección del término «atribución», apoya la posición del Relator Especial por las razones que éste expone en su primer informe, sin perjuicio del empleo del término «imputabilidad» en otros contextos, como lo hace, por ejemplo, la CIJ. Por último, desearía que los artículos se enviaran al Comité de Redacción lo antes posible.

28. El Sr. AL-KHASAWNEH no está del todo convencido de la necesidad de suprimir la referencia al derecho interno, por las razones dadas por el Sr. Hafner y por otras tres razones. En primer lugar, la redacción de una disposición partiendo del principio de que el Estado va a procurar evadir su responsabilidad omitiendo expresamente la inclusión, en su derecho interno, del órgano cuyo comportamiento se le podría atribuir equivaldría a presuponer mala fe por parte del Estado, cosa que iría en contra del principio fundamental según el cual debe postularse la buena fe desde un principio. En segundo lugar, los problemas que podría causar esa referencia se pueden solucionar adoptando una definición amplia del derecho en el comentario. Por último, la responsabilidad del Estado también puede quedar comprometida por su actitud pos-

terior con respecto al comportamiento considerado, a saber, si aprueba ese comportamiento, si no demuestra la diligencia debida, etc. Las demás modificaciones introducidas en el artículo 5 son aceptables, incluidas su fusión con el artículo 6 y la supresión de este último.

29. La nueva redacción del artículo 7 es mejor que la anterior. El mantenimiento de la fórmula «siempre que, en el caso de que se trate, la entidad haya actuado en esa calidad», suprimida en el artículo 5, se justifica porque se trata de entidades que, en situaciones normales, no actúan por cuenta del Estado. Sin embargo, la redacción sería más clara si se dijera «siempre que se determine que, en el caso de que se trate...» y, por otra parte, tal vez convendría ampliar el alcance de la norma para incluir no solamente el hecho de haber actuado en esa calidad en dicha oportunidad sino también en casos análogos. En cuanto al artículo 8, su redacción hace aún más necesaria la supresión de la referencia al derecho interno en el artículo 5.

30. El Sr. FERRARI BRAVO observa que independientemente de lo que se decida con respecto a la referencia al derecho interno, éste sigue presente en el artículo 5, ya que la expresión «que actúe en esa calidad» sólo puede remitir a ese derecho, aun cuando se puedan prever disposiciones basadas en el derecho internacional. Por eso es preferible la redacción anterior. Pero este artículo plantea un problema más importante, relacionado con la desaparición de la frase «siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad». El Relator Especial la ha sustituido por la frase «independientemente de que el órgano ejerza funciones constituyentes, legislativas, ejecutivas, judiciales o de otro tipo», pero queda por precisar el nexo entre estos dos enunciados en el marco del Comité de Redacción. Éste debería estudiar simultáneamente los artículos 5 y 7 porque, dependiendo de la estructura del Estado considerado, la misma situación puede corresponder al primer artículo o al segundo. Con respecto al artículo 8, el Relator Especial es curiosamente más reticente que su predecesor. La fórmula con la que reemplaza la expresión «actuaba de hecho por cuenta de ese Estado» reduce el ámbito de la responsabilidad y complica la atribución del comportamiento al Estado.

31. El Sr. GOCO señala que, en muchos países que tienen una constitución escrita, ésta y el derecho administrativo definen todos los órganos y otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público. De esas prerrogativas pueden desprenderse funciones «constituyentes», esenciales y reservadas al Estado, y funciones «administrativas», que el Estado puede confiar al sector privado. La redacción propuesta por el Relator Especial —«independientemente de que el órgano ejerza funciones constituyentes, legislativas, ejecutivas, judiciales o de otro tipo»— parece en consecuencia restrictiva y superflua cuando el significado del término «órgano» es claro. Sería en cambio interesante diferenciar el artículo 5 del artículo 7 mediante el criterio de pertenencia o no pertenencia a la estructura formal del Estado.

32. En cuanto a la elección del término «atribución» en lugar de «imputabilidad», es preciso recordar que los comportamientos en cuestión son en última instancia hechos de personas o de grupos de personas que actúan en el marco general del gobierno. En consecuencia, tal vez convendría referirse al comportamiento del gobierno y no del Estado. Por último, en lo que respecta a los problemas planteados por la privatización, esos problemas podrían solucionarse según que haya o no una intervención gubernamental o vínculos con actividades gubernamentales.

33. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) señala para comenzar el acuerdo general sobre el nuevo título del capítulo II y sobre la fusión de los artículos 5 y 6. Algunos miembros han opinado incluso que el contenido del artículo 6 corresponde más bien al comentario, pero que hay dos aclaraciones hechas en ese artículo que deberían mantenerse, en una forma u otra, en el artículo 5, para precisar su finalidad y su alcance. La expresión «que actúe en esa capacidad» es asimismo necesaria en el artículo 5 para destacar la diferencia entre éste y el artículo 7, a saber, que la atribución del comportamiento al Estado es la regla cuando se trata de órganos del Estado pero la excepción en el caso de entidades que no forman parte de la estructura misma de éste.

34. Varias intervenciones relativas a la cuestión muy compleja de los vínculos con el derecho interno denotan un temor, totalmente infundado, de que se excluya toda referencia a ese derecho. Los conceptos de calidad, órgano, función y organización del Estado remiten todos al derecho, pero también a la práctica, y no todos entienden que el término «derecho» incluye la práctica. Es posible incluso que el término «órgano» tenga un sentido específico en el derecho internacional. Los límites del concepto de «órgano» pueden determinarse, en buena medida, mediante un análisis de la estructura del Estado. La fórmula propuesta por el Sr. Lukashuk tal vez permitiría solucionar el problema. En todo caso, la propuesta del Relator Especial respondía a la preocupación claramente expresada por varios gobiernos de evitar que la posibilidad de calificación de la entidad en cuestión por el derecho interno se utilizara para soslayar una responsabilidad que normalmente se atribuiría al Estado.

35. En lo que respecta a la supresión del párrafo 1 del artículo 7, la desaparición de toda referencia a las entidades públicas territoriales efectivamente puede dar lugar a interpretaciones erróneas, pero ese problema puede resolverse trasladando esa referencia al artículo 5. Si se mantiene en el artículo 7 habrá una superposición excesiva entre los dos artículos. En el párrafo 2 del artículo 7 debe mantenerse la remisión al derecho interno en razón del carácter excepcional antes señalado de las situaciones contempladas; todas las situaciones en que la entidad no estatal no está habilitada por el derecho interno quedarían entonces incluidas en el artículo 8.

36. El artículo 8 contiene dos disposiciones que son efectivamente muy distintas pero no lo suficiente para ser objeto de dos artículos. La nueva redacción del texto en francés por el Sr. Economides de la parte introductoria del artículo constituye sin duda una mejora. En lo que respecta al apartado *a*, el Relator Especial nunca tuvo la intención de limitar el alcance del artículo al sustituir las palabras «por cuenta de ese Estado» por las palabras «por instrucciones de ese Estado o bajo la dirección o el control de ese Estado». Esta segunda redacción puede ciertamente parecer muy amplia, pero es también imprecisa, en un artículo importante. Se necesita una aclaración a este respecto, en particular dado que el antiguo Relator Especial, Sr. Ago, autor de la versión inicial del artículo 8,

interpretó posteriormente su sentido de un modo demasiado restrictivo. El Relator Especial ha querido restablecer el verdadero alcance del artículo 8 teniendo en cuenta las declaraciones en que el antiguo Relator Especial limita el alcance de la expresión «por cuenta de» sólo a los casos en que ha habido instrucciones expresas[6]. Ningún miembro de la Comisión propuso ese tipo de limitación, pero el Comité de Redacción debe velar por que el alcance del artículo 8 no sea tampoco demasiado amplio, porque la omnipresencia del Estado hace que en última instancia, por la causalidad natural, se le pueda atribuir todo. En su sentido más amplio, las expresiones «por cuenta de» o «bajo el control de» podrían hacer extensivo el alcance del artículo 8 a comportamientos que no deberían atribuirse al Estado, como por ejemplo el comportamiento de una empresa estatal. La redacción propuesta por el Relator Especial tiende a excluir esta causalidad natural y a indicar lo más claramente posible dónde se encuentra el límite.

37. El apartado *b* del artículo 8 se refiere a una situación muy específica, para la cual existe no obstante una jurisprudencia y que por tanto debe incluirse en el proyecto de artículos. Sin embargo, el título del artículo 8 sólo contempla en realidad el apartado *a* y tal vez podría modificarse. Por último, en lo que respecta al artículo 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de instrucciones concernientes a su actividad), el principio que en él se enuncia cuenta con la aceptación general y el debate no ha revelado nada que no pueda resolverse en el Comité de Redacción.

38. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea que se remitan los artículos 5, 7, 8 y 10 al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

ARTÍCULOS 9 Y 11 A 15 *BIS*

39. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), al presentar los artículos 9 y 11 a 15 *bis* incluidos en la sección C del capítulo II de su primer informe, en el capítulo II de la primera parte del proyecto de artículos, dice que los principales artículos sobre la atribución cuyo examen acaba de terminar la Comisión se complementan en el capítulo II con artículos que tratan de problemas muy particulares, de los cuales algunos adoptan la forma de disposiciones negativas. Estos artículos no dicen que tal o cual comportamiento no es atribuible al Estado como excepción a los principales artículos examinados anteriormente, sino que dicho comportamiento sólo es atribuible al Estado si puede ser atribuido a éste en virtud de los proyectos de artículos. Es obvio que este enfoque es inválido desde un punto de vista lógico: el artículo 3 dispone que la responsabilidad del Estado queda comprometida sólo si el comportamiento es atribuible a éste; a continuación figuran artículos según los cuales ciertos comportamientos son atribuibles al Estado, y seguidamente otros más en que se dispone que otros comportamientos sólo son atribuibles al Estado si lo son en virtud de los proyectos de artículos. Estos últimos artículos tal vez sean útiles como explicación, pero desde el punto de vista lógico son inválidos. Sin embargo, algunos de esos artículos, en particular el artículo 13 (Comportamiento de órganos de una organización internacional), se refieren a problemas muy graves. Esas disposiciones tal vez no sean necesarias como artículos, pero algunos de sus elementos son necesarios o plantean cuestiones importantes. En los proyectos de artículos 9 y 11 a 15 *bis* se encaran cuatro problemas diferentes: el problema de los órganos de un Estado que actúan por cuenta de otro Estado (arts. 9 y 12), el problema de las organizaciones internacionales que actúan en nombre de los Estados (arts. 9 y 13), el problema de los movimientos insurreccionales (arts. 14 y 15) y el problema, que no encuadra en ninguna categoría, plantcado en el artículo 11 y el artículo 15 *bis* que propone el Relator Especial.

40. En lo que respecta a las situaciones previstas en los artículos 9 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional) y 12 (Comportamiento de órganos de otro Estado), es difícil dar soluciones definitivas a estas cuestiones, pues será preciso volver a ellas en el marco del capítulo IV (Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado) y porque los artículos 27 (Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito) y 28 (Responsabilidad de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado) no agotan la cuestión de la acción conjunta de los Estados. Las observaciones recibidas hasta el momento indican que los Estados no se oponen a que la Comisión examine el problema de la acción conjunta de los Estados más a fondo que en el proyecto de artículos, y el Relator Especial se propone abordarlo en su próximo informe. Por lo tanto, según el resultado del debate que se celebrará sobre este tema, las conclusiones a que llegue la Comisión con respecto al artículo 9 tendrán un carácter provisional.

41. En todo caso, es muy frecuente que los Estados actúen por cuenta de otros Estados y que se planteen cuestiones de atribución. Esta es la situación prevista en el artículo 9, que trata del comportamiento de los órganos puestos a disposición de un Estado por otro Estado. Además, excepto en el caso previsto en el artículo 9, el hecho de que un órgano actúe en el territorio de otro Estado no significa que su comportamiento sea atribuible a ese otro Estado, y esto es lo que se desprende del artículo 12.

42. Es frecuente que los Estados pongan sus órganos a disposición de otros Estados para el ejercicio de diversas funciones. El Relator indica que ha dado varios ejemplos muy interesantes de esa situación en su primer informe; un ejemplo clásico, pero no el único, en el párrafo 220, es el del *Privy Council* del Reino Unido, que ha actuado como tribunal supremo de apelaciones para varios Estados independientes en el marco del Commonwealth. En este caso es evidente que el tribunal de apelaciones actúa como jurisdicción de última instancia del Estado donde se ha presentado la apelación y que todos los problemas que pueden plantear sus decisiones son en consecuencia atribuibles a ese Estado. Otro ejemplo es el del *Auditor General* de Nueva Zelandia[7] que desempeñaba la función de

[6] Véase *Anuario... 1971* (nota 4 *supra*), págs. 289 a 296.

[7] *Controller and Auditor-General* v. *Davison*, Nueva Zelandia, Sala de Apelaciones, fallo de 16 de febrero de 1996, *International Law Reports* (Cambridge), 1997, vol. 104, págs. 526 y ss.

auditor en otro Estado de conformidad con la Constitución de este último y actuaba por lo tanto en calidad de auditor de ese Estado con las consecuencias que se desprenden de ello (párr. 227).

43. En el comentario al artículo 9[8] se señala que el concepto de «puesto a disposición» debe entenderse de manera restrictiva, y esto es importante. Así pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que los funcionarios de aduanas y de policía suizos que ejercían sus funciones en Liechtenstein no estaban a disposición de Liechtenstein para los fines de la responsabilidad, pues ejercían, ciertamente con el acuerdo de Liechtenstein, prerrogativas del poder público helvético (párr. 224)[9]. Aunque se trata de una situación muy especial, el artículo 9 parece útil y, en lo que respecta a los Estados, el Relator Especial recomienda que se mantenga.

44. En cuanto al artículo 12, el Relator Especial dice que es sorprendente que en el comentario[10] no se analice el asunto *Détroit de Corfou,* pese a ser el *locus classicus* de un Estado que actúa en el territorio de otro. La CIJ indicó claramente en este caso que el hecho de que un comportamiento se produjera en el territorio de un Estado no bastaba para atribuir ese comportamiento a ese Estado. Sin embargo, con arreglo al artículo 12, el hecho de que el comportamiento se produzca en el territorio del Estado no es jurídicamente pertinente: no traspasa la carga de la prueba ni entraña *ipso facto* la atribución, cosa que, por otra parte, nunca se ha sugerido. Cabe entonces preguntarse por qué hay que distinguir este factor. Ciertamente, el párrafo 1 del artículo 12 podría ser objeto de una explicación en el comentario, pero el artículo no parece tener utilidad y además tiene el inconveniente de que implica que el hecho de que un Estado actúe en el territorio de otro Estado con el consentimiento de este último no es jurídicamente pertinente, lo que no es exacto. Ese hecho no es jurídicamente suficiente, lo cual no es lo mismo. Muchos factores son jurídicamente pertinentes pero no jurídicamente suficientes, pero no hay ninguna razón para que ello sea objeto de un proyecto de artículo. La cuestión puede tratarse en el comentario. Por estas razones, el Relator Especial propone que se suprima el artículo 12 y se trate la situación prevista en él en el comentario al artículo 9 o, incluso mejor, en el contexto de la acción conjunta de los Estados en el capítulo IV.

45. El segundo problema que debe resolverse se refiere a las organizaciones internacionales. El artículo 9 se ocupa del caso en que una organización internacional pone un órgano a disposición de un Estado y el artículo 13 contiene otra cláusula de atribución negativa relativa a las organizaciones internacionales que actúan en el territorio de un Estado. Se plantean a este respecto muchas dificultades. En primer lugar, si bien es fácil hallar casos convincentes en que se han puesto órganos del Estado a disposición de otros Estados con arreglo a lo previsto en el artículo 9, es muy difícil encontrar ejemplos equivalentes relativos a órganos de organizaciones internacionales. Hay uno o dos ejemplos que cabría analizar, pero no se conoce ningún caso evidente. De hecho, tanto las Naciones Unidas como la Unión Europea prohíben esa práctica. Así pues, el primer defecto del artículo 9 es que contempla una situación de la cual no hay ningún ejemplo.

46. El segundo defecto aparece en el artículo 13. Si bien los hechos de un Estado en el territorio de otro Estado, como lo confirmó el fallo dictado en el asunto *Détroit de Corfou*, son desde el punto de vista jurídico significativos, pertinentes pero no suficientes para los fines de la atribución, el hecho de que una organización internacional lleve a cabo actividades en el territorio de un Estado no es jurídicamente pertinente. Las organizaciones internacionales no tienen territorio, pero es preciso que actúen en algún sitio. No cabría por eso decir, por ejemplo, que en razón de que las Naciones Unidas tienen su Sede en los Estados Unidos de América su comportamiento es atribuible *prima facie* a los Estados Unidos. Una organización internacional debe ser, por definición, relativamente independiente del Estado anfitrión. Sería por eso extraño afirmar que su comportamiento en tal o cual territorio es un fundamento de la atribución.

47. La propuesta que figura en el artículo 13 es por tanto bastante problemática desde este punto de vista. A esto se suma una tercera dificultad, a saber, que desde la aprobación del proyecto de artículos han surgido importantes cuestiones de principio con respecto a la responsabilidad de los Estados por los hechos de las organizaciones internacionales, ya se trate de la acción conjunta de los Estados en el marco de organizaciones internacionales, de decisiones tomadas por los Estados en el marco de organizaciones internacionales con miras a proponer o a someter a votación proyectos que entrañan un perjuicio para otros Estados o que se considera que entrañan un perjuicio, o de responsabilidades particulares de los miembros de las organizaciones por los hechos o las deudas de organizaciones internacionales.

48. Se trata aquí de una cuestión fundamental que debe examinarse a la luz del derecho de las organizaciones internacionales. La labor que condujo a la redacción del artículo 9, en lo que respecta a las organizaciones internacionales, y a la del artículo 13 es sin duda encomiable, pero estaba mal encaminada. El artículo 9 es adecuado para los órganos del Estado pero no para las organizaciones internacionales, porque complica las cosas más de lo que las simplifica. En consecuencia, convendría suprimir provisionalmente la referencia a las organizaciones internacionales en el artículo 9 y eliminar el artículo 13. Para evitar malentendidos, sería preciso incluir una reserva expresa inspirada en el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial propone que se incluya en la cláusula de salvaguardia del marco general del proyecto de artículos una reserva que diga lo siguiente:

> «En el presente proyecto de artículos no se prejuzga sobre ninguna cuestión que pueda plantearse con respecto a la responsabilidad en el derecho internacional de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.»

[8] Véase 2553.ª sesión, nota 9.

[9] Consejo de Europa, demandas n.os 7289/75 y 7349/76, *X et Y* c. *Suisse*, decisión de 14 de julio de 1977, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1977*, vol. 20, La Haya, Martinus Nijhoff, 1978, págs. 373 a 413.

[10] Véase 2554.ª sesión, nota 5.

Esto permitiría remitir el examen de esta cuestión al ámbito del derecho de las relaciones internacionales, al que parece corresponder.

49. El tercer problema que debe solucionarse es la cuestión del comportamiento de los órganos de un movimiento insurreccional. El proyecto de artículos procuró resolverlo, como en el caso precedente, consagrándole dos artículos. Curiosamente, los autores del proyecto dedicaron más tiempo a estos problemas secundarios que a los principales problemas planteados por la atribución, cuyo examen ya había abordado la Comisión. El artículo 14 (Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional) contiene una cláusula de atribución negativa sobre los movimientos insurreccionales en la cual se describen las responsabilidades de estos movimientos y las de los Estados de conformidad con otros artículos del mismo capítulo. En cambio, el artículo 9 y el artículo 15 (Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado) contienen las únicas cláusulas de atribución positiva de toda la serie de artículos que se examina.

50. El artículo 15 trata en primer término del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado (por ejemplo, en el caso de una guerra civil que tiene por resultado un cambio de gobierno). El párrafo 2 trata de los movimientos insurreccionales cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado. Este párrafo crea una regla que no encuadra bien en el derecho internacional clásico pero que parece bien establecida, a saber, que el comportamiento de los órganos de un movimiento insurreccional que se convierte en el gobierno de un nuevo Estado es atribuible al nuevo Estado, lo que introduce un elemento de retroactividad. Cabe citar como ejemplo el comportamiento del Comité Nacional polaco en el período anterior al reconocimiento del nuevo Estado polaco en 1919. La hipótesis básica en que se apoya la cláusula relativa a los movimientos insurreccionales es que el Estado no es responsable de los hechos de los movimientos insurreccionales fuera del marco de los elementos de atribución fundamentales contenidos en los artículos 5, 7 y 8 y de los casos especiales previstos en el artículo 15. En la doctrina formulada desde entonces sobre los movimientos insurreccionales, estos artículos fueron criticados debido a que no hacían una distinción entre los movimientos de liberación nacional y los movimientos insurreccionales internos que no tienen estatuto jurídico o tienen un estatuto jurídico muy limitado en el derecho internacional (por ejemplo, para los fines de la aplicación de algunas de las disposiciones del derecho de los conflictos armados). Por justificadas que puedan estar estas críticas, se hace en ellas caso omiso de la distinción que debe existir entre la atribución y la violación de una obligación. Es evidente que un movimiento insurreccional difiere de un movimiento de liberación desde el punto de vista del derecho internacional para determinados fines.

51. En el célebre párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que ha suscitado muchas controversias, se hace una distinción entre esos movimientos y los movimientos insurreccionales contemplados en el Protocolo II. Es preciso preguntarse aquí cuáles son las obligaciones de esos movimientos y cuáles son las reglas que deben aplicar éstos, lo que nada tiene que ver con la atribución. La Comisión debe ocuparse exclusivamente de la atribución del comportamiento al Estado y no de la atribución a los movimientos en cuestión.

52. Por pertinentes que puedan ser estas críticas, que convendría exponer en detalle en el comentario, sigue siendo preciso tratar el caso de los movimientos insurreccionales fundándose en la importante jurisprudencia arbitral sobre la responsabilidad de esos movimientos. Al no haber objeciones de los gobiernos, el Relator Especial propone combinar los artículos 14 y 15 en un solo artículo de atribución negativa cuya redacción se reproduce en el párrafo 284 de su primer informe a fin de conservar los elementos sustantivos de esos dos artículos, pero en forma más condensada.

53. Como se indica claramente en el comentario a los artículos 14 y 15, en términos generales un Estado no es responsable de los hechos de los movimientos insurreccionales. Sería razonable incluir el nuevo artículo entre los de atribución negativa previendo dos excepciones a la cláusula negativa. Esto equivale a decir que el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional, establecido en oposición a un Estado o a su gobierno, no se considera un hecho de ese Estado en el derecho internacional a menos que el movimiento insurreccional se convierta en el nuevo gobierno de ese Estado (este aspecto estaba contemplado básicamente en el párrafo 1 del artículo 15) o que el comportamiento sea por otra parte considerado un hecho de ese Estado con arreglo a otros artículos (lo que se contempla de manera general en el artículo 14). La diferencia es que no debería haber responsabilidad del Estado por hechos ocurridos en el marco de una insurrección que no han sido realizados por los propios movimientos insurreccionales.

54. El Relator Especial dice que procuró reflejar ese matiz utilizando la expresión «el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional» y tener en cuenta, al menos en términos generales, el principio enunciado en los dos Protocolos I y II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en la jurisprudencia en cuanto al umbral por encima del cual un movimiento insurreccional adquiere la condición de organización y por debajo del cual se reduce a motines o disturbios locales que recaen en el ámbito de otras normas. Este concepto se encuentra en la expresión «establecido en oposición a un Estado o su gobierno».

55. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 15, es preciso hacer una distinción entre el caso en que un movimiento insurreccional logra sus objetivos y se convierte en el gobierno del nuevo Estado o en el nuevo gobierno del antiguo Estado y el caso, sin duda más corriente, en que, en particular en una situación de guerra civil, un movimiento amenaza con provocar la división del país y el gobierno, para salvaguardar la unidad nacional, formaliza un acuerdo con el movimiento en cuestión a fin de crear un gobierno de conciliación nacional. En este caso no puede aplicarse el artículo 15, pues sería poco sensato y poco realista atribuir al Estado el comportamiento del movimiento insurreccional antes del acuerdo. El Comité de Redacción deberá esforzarse por dejar en claro esta situación, pues de lo contrario los gobiernos existentes

que no fueron ni derrocados ni reemplazados y que demostraron un espíritu de conciliación al incorporar en su seno elementos de los movimientos insurreccionales resultarían muy castigados: en efecto, como consecuencia de su política de conciliación, se verían obligados a asumir toda la responsabilidad por los hechos cometidos por los movimientos insurreccionales durante la insurrección.

56. La última cuestión se refiere a la atribución a un Estado de hechos que no son resultado ni del comportamiento de un órgano ni del comportamiento de una entidad contemplada en le párrafo 2 del artículo 7, ni del comportamiento contemplado en el artículo 8, ni de los comportamientos correspondientes a los casos especiales mencionados en el artículo 9 o en el artículo 15. Se trata del comportamiento de las personas privadas. El artículo 11 (Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado), tal como está redactado, da a entender que el comportamiento de esas personas no es atribuible al Estado, pero no lo dice de hecho. Sin embargo, ocurre a menudo que la responsabilidad del Estado queda comprometida. Si se pudiera tener en cuenta el comentario muy extenso sobre el artículo 11 en el proyecto de artículos y precisar claramente los límites de la atribución del Estado, el artículo 11 ya no sería necesario.

57. Hay un segundo problema que no se contempla en el proyecto de artículos por motivos inicialmente muy imprecisos pero que se aclararon a raíz del asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, cuando las jurisdicciones pertinentes determinaron en su momento que el Gobierno de la República Islámica del Irán había convalidado el comportamiento de las personas privadas en cuestión. Éste no es tampoco el único ejemplo (cabe citar igualmente el asunto *Concession des phares de l'Empire ottoman*, de 1956[11], en que se determinó que el Gobierno griego había legitimado el comportamiento del Gobierno Autónomo de Creta antes de la anexión de Creta por Grecia. El Gobierno fue juzgado responsable *ab initio* de ese comportamiento, pese a la opinión muy difundida según la cual un nuevo Estado no sucede, en general, al Estado predecesor en la responsabilidad estatal.

58. Entre los casos en que un Estado hace suyo un comportamiento que no le es atribuible, cabe citar el de los conflictos civiles en que una administración o un territorio puede escapar al control del Estado pero, en el marco del acuerdo de paz, el gobierno ratifica los hechos ocurridos en el territorio y acepta la responsabilidad por ellos. Existen así muchas situaciones en que el Estado convalida comportamientos que no son suyos. A este respecto, para los fines del artículo 15, es preciso distinguir entre los comportamientos que son simplemente aprobados por el Estado y los que son realmente legitimados por él (como en el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* y el arbitraje en el asunto *Concession des phares de l'Empire ottoman*). Con este fin propone el nuevo artículo 15 *bis* (Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado y que ulteriormente adopta o reconoce el Estado), cuyo texto se reproduce al final del párrafo 284 del primer informe. Aunque pueda parecer elemental, es necesario, para los fines de la atribución, que el Estado acepte que el comportamiento en cuestión sea considerado como su propio comportamiento. El artículo 15 *bis* constituye así un añadido indispensable al capítulo II para abarcar las situaciones antes mencionadas, con el beneficio adicional de que se mantienen los elementos esenciales del artículo 11 en un artículo claramente más eficaz. El enjundioso comentario sobre el artículo 11 debería incorporarse en el comentario al artículo 15 *bis* a fin de explicar y aclarar las excepciones a la regla de la atribución.

59. Si mantiene la disposición del artículo 9 relativa a los órganos del Estado, combina los artículos 14 y 15 en un sólo artículo (con lo que además evitará dar a los movimientos insurreccionales más importancia de la que merecen) y aprueba el artículo 15 *bis* —que contiene una disposición que figuraba antes en el artículo 11— y una cláusula de salvaguardia relativa a las organizaciones internacionales, la Comisión no sólo conservará los elementos sustantivos del proyecto de artículos sino que indudablemente lo mejorará.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

[11] Decisión de 24/27 de julio de 1956 (Francia c. Grecia) [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), págs. 155 y ss.].

2556.ª SESIÓN

Miércoles 5 de agosto de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[2], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[3], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[2] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

[3] Ibíd.

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

ARTÍCULOS 9 Y 11 A 15 *BIS (continuación)*

1. El Sr. HAFNER dice que el conjunto de artículos que se examina plantea problemas muy complejos, tanto más cuanto que las relaciones internacionales han evolucionado desde que se redactó el proyecto. Ciertamente, han surgido nuevas modalidades de cooperación entre los Estados, entre los Estados y las organizaciones internacionales y entre estas últimas. Cabe citar como ejemplo el Memorándum de acuerdo sobre la administración de Mostar entre la Unión Europea y Bosnia y Herzegovina relativo a la administración de la ciudad de Mostar durante el período de transición[4]. El artículo 1 de ese Memorándum de acuerdo dispone que se confiará la administración de Mostar a la Unión Europea, aun cuando ésta no tiene la condición de organización internacional. Cabe pues preguntarse quién es en adelante responsable de los actos de las autoridades administrativas de la ciudad.

2. En el artículo 9 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional) se prevén dos casos hipotéticos: el primero se refiere al órgano de un Estado enviado a otro Estado con el fin de prestar asistencia a este último. Al respecto, el Relator Especial da varios ejemplos sobre los que no hay nada que agregar. La situación se complica en el segundo caso, cuando un órgano ejerce funciones por cuenta de otro Estado pero dentro del ámbito de su propia competencia. Por lo tanto, conviene definir con exactitud la expresión «puesto a disposición», en el entendimiento de que el contexto de que se trata es únicamente el estatuto de las relaciones entre los Estados. Podría ocurrir también que un Estado se viera obligado, desde el punto de vista del derecho internacional, a obedecer instrucciones impartidas por instituciones internacionales o incluso por otro Estado. Por ejemplo, habría que examinar el caso en que un Estado ejerce funciones consulares en favor de otro Estado o por cuenta de éste. Esto ocurrió cuando Austria concluyó un tratado bilateral con Suiza relativo al ejercicio recíproco de funciones consulares. Cabe recordar también el célebre apartado *c* del artículo 8 del Tratado de Maastricht, en virtud del cual cada Estado miembro de la Unión Europea se compromete a ofrecer protección consular y diplomática a los nacionales de los otros Estados miembros. Asimismo, se puede citar el ejemplo de la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, redactada con los auspicios del OIEA: esta Convención prevé la posibilidad de ofrecer asistencia a otro Estado en caso de accidente, así como reglamentaciones detalladas sobre las solicitudes de reembolso e indemnización según las cuales el Estado que pide asistencia es responsable en las actuaciones iniciadas por terceros Estados contra el proveedor de la asistencia, que queda exonerado de toda responsabilidad.

[4] Véase *Boletín de la Unión Europea*, n.º 6-1994, págs. 95 y 96, punto 1.3.6.

3. Asimismo, habría que examinar este tipo de situaciones con respecto al artículo 9 y considerar también la aplicación a esta parte del proyecto de artículos de la cláusula de la *lex specialis*. Se dan casos análogos cuando un Estado no tiene más opción que cumplir las instrucciones impartidas por una institución internacional; cabe preguntarse si en estos casos queda comprometida la responsabilidad de ese Estado. El problema se plantea sobre todo en la esfera de los derechos humanos, en que la institución que da las órdenes no está sometida a las mismas obligaciones que el Estado que debe cumplirlas. El Sr. Hafner cita varios ejemplos en que ciertas instituciones jurídicas han impartido órdenes a los Estados, lo cual da lugar al problema de la responsabilidad, y añade que esta situación hipotética puede surgir con frecuencia en el futuro en relación con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y la Corte Penal Internacional.

4. En lo que respecta al artículo 13 (Comportamiento de órganos de una organización internacional), a primera vista parece acertado suprimirlo, como ha propuesto el Relator Especial. No obstante, tras reflexionar sobre el asunto, cabe recordar que los Estados a veces tratan de imponer al Estado donde tiene su sede una organización internacional la responsabilidad de los hechos de esa organización. También se plantea otro problema: el de los vínculos existentes entre las organizaciones internacionales y los Estados que no son miembros de dichas organizaciones. Si se abordara la cuestión de la responsabilidad por separado, se llegaría a la conclusión de que los Estados no miembros estarían obligados a reconocer la personalidad jurídica de la organización internacional. Ahora bien, la finalidad del artículo 13 era precisamente abarcar todos los casos hipotéticos en que los Estados no miembros deben reconocer la responsabilidad o la falta de responsabilidad de los Estados donde tienen su sede las organizaciones internacionales, lo cual entraña también el reconocimiento de la condición jurídica de esas organizaciones. Se trata de un problema de fondo de carácter internacional que no es fácil de resolver, y si se decide no mencionarlo en el proyecto de artículos, será indispensable incluir una cláusula de salvaguardia sobre las organizaciones internacionales.

5. El Sr. Hafner está a favor de combinar los artículos 14 (Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional) y 15 (Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado) en un nuevo artículo 15 (Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional) como propuso el Relator Especial en el párrafo 284 de su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7), pero le parece que también habría que tener en cuenta que un movimiento insurreccional no siempre conduce a la formación de un nuevo gobierno. Puede ocurrir que ese movimiento no sea más que un elemento del nuevo gobierno. Ahora bien, la redacción propuesta por el Relator Especial («que logre convertirse en el nuevo gobierno de ese Estado») no prevé el caso de un movimiento insurreccional que ya está representado en el gobierno existente. También se plantea otra situación cuando el gobierno respeta hasta cierto punto las aspiraciones del movimiento insurreccional concediéndole cierta autonomía sobre un territorio que es

parte de la estructura del Estado. El orador no está seguro de que esta posibilidad esté contemplada en el artículo 15.

6. En síntesis, el Sr. Hafner acepta la idea de incluir un artículo 15 *bis* (Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado, y que ulteriormente adopta o reconoce ese Estado) propuesto en el párrafo 284 del primer informe, pues de lo contrario el proyecto de artículos quedaría incompleto, y aprueba la mayoría de las supresiones que ha propuesto el Relator Especial a condición de que se mencione el problema de las organizaciones internacionales en una cláusula de salvaguardia.

7. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), refiriéndose a dos de los puntos planteados por el Sr. Hafner, aclara en primer lugar que la dificultad que crea el artículo 13 no se debe a la cláusula que contiene el artículo sino más bien al problema mucho más importante al que allí se alude: el de la responsabilidad de los Estados por los hechos de las organizaciones internacionales, que sólo hasta cierto punto es un problema de atribución. Dada la amplitud de esta cuestión, la solución más atinada sería incluir una cláusula de salvaguardia y suprimir el artículo 13, ya que no se puede aludir a un problema y a continuación anunciar que no se lo va a considerar. Como ha dicho el Sr. Hafner, ésta es una cuestión tan delicada que merece un tratamiento especial.

8. En segundo lugar, es cierto que el texto del artículo 13 no se refiere a los casos en que un movimiento insurreccional pasa a formar parte de un gobierno reestructurado. La norma se aplica sólo en los casos en que el movimiento insurreccional finalmente reemplaza al gobierno existente. Ésta es una norma de excepción que el Relator Especial esperaba ampliar. Cabe agregar que un gobierno que no ha sido derrocado por un movimiento insurreccional difícilmente estará interesado en iniciar un proceso de reconciliación acogiendo a los miembros de ese movimiento si, al hacerlo, debe asumir la responsabilidad de los actos cometidos previamente por este último, actos que son en muchos casos ilícitos, e incluso anticonstitucionales, desde el punto de vista del derecho interno. Por lo tanto, sería mejor conservar la redacción actual para no desalentar los movimientos de reconciliación que son en sí sumamente deseables.

9. El Sr. DUGARD, refiriéndose a los artículos 14 y 15, dice que la cuestión de los movimientos insurreccionales debe examinarse en el comentario. Le parece que el texto del antiguo Relator Especial, Sr. Ago[5], es un tanto anticuado, ya que no tiene en cuenta el movimiento de descolonización en marcha desde 1960 y, aunque en él se hacen algunas breves alusiones a los movimientos de liberación nacional, en general sólo se reflejan las etapas iniciales de la práctica de los Estados en la materia.

10. Habría que comenzar por preguntarse si el término «movimiento insurreccional» continúa siendo pertinente. Muchos movimientos de liberación se opondrían a que se los considerase como meros movimientos insurreccionales. Pero ¿es verdaderamente posible distinguir entre los movimientos de liberación nacional reconocidos por las organizaciones regionales competentes y por las Naciones Unidas y los que no lo están? La cuestión va mucho más allá de la tarea que se ha confiado a la Comisión, pero de todos modos habría que tratar de utilizar otra formulación.

11. En lo que respecta al párrafo 3 del artículo 14 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura, el Relator Especial, en el párrafo 272 de su primer informe, propone que se suprima debido a que trata de la responsabilidad internacional de los movimientos de liberación que, *ex hypothesi*, no son Estados. Su objetivo es por lo tanto hacer una distinción entre la responsabilidad de los Estados y la condición de Estado. Aunque la Comisión ha evitado cuidadosamente la cuestión del reconocimiento de los Estados, cabe preguntarse si puede continuar haciéndolo en el caso de los movimientos insurreccionales que han sido reconocidos en parte. Un ejemplo es el de la Organización de Liberación de Palestina (OLP) antes de la Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional, firmada por el Gobierno del Estado de Israel y la OLP, representante del pueblo palestino (Acuerdos de Oslo)[6], que había sido reconocida como representante del Estado palestino por unos 50 Estados. En este contexto, ¿se podría haber atribuido a la OLP un hecho ilícito debido a que había dejado de ser un simple movimiento insurreccional? El debate sobre esta cuestión continúa actualmente, incluso en el marco de los Acuerdos de Oslo: ¿puede considerarse a Israel responsable de los hechos de la Autoridad Palestina en las zonas sometidas a su control?

12. El caso de Namibia plantea otro problema a este respecto, a saber, el de la identidad de su Gobierno tras la revocación del mandato. ¿Era éste el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia o el Gobierno *de facto* del régimen sudafricano? En cuanto a la cuestión de si la Comisión debe tener en cuenta situaciones de esta índole, cabe recordar que este tipo de consideraciones condujo a la redacción del párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I (1977) de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, cuyo fin es garantizar que los movimientos de liberación gocen de la protección del derecho humanitario internacional, al tiempo que les impone cierto número de responsabilidades y obligaciones. Quizás habría que adoptar un enfoque parecido y tratar de abordar la cuestión de la responsabilidad de los movimientos por los hechos ilícitos que hubieran podido cometer.

13. Por último, se plantea la cuestión de la responsabilidad incurrida por el Estado por los actos cometidos por un movimiento insurreccional en su territorio. En el párrafo 263 de su primer informe, el Relator Especial señala que ese Estado no es responsable salvo en circunstancias muy particulares en que tendría que haber actuado para evitar los daños. La formulación es un tanto categórica, ya que un Estado no queda exonerado de su responsabilidad si no se ocupa de poner fin a las actividades de un movimiento insurreccional que actúa en su territorio contra otro Estado. Esta cuestión debería examinarse más detenidamente.

[5] Véase 2554.ª sesión, nota 5.

[6] A/48/486-S/26560, anexo; véase *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, Cuadragésimo octavo año, Suplemento de octubre, noviembre y diciembre de 1993*, doc. S/26560.

14. El Sr. BROWNLIE se congratula de que el Relator Especial haya acortado el texto, ya que las formulaciones del antiguo Relator Especial, Sr. Ago, en muchos casos eran demasiado alambicadas y difíciles de aplicar. El orador se refiere, en particular, a los principios de atribución negativa. En el proyecto del Sr. Ago tampoco se hace referencia a la cuestión de la atribución del comportamiento de una entidad no estatal. Desde que se redactó el proyecto ha habido varios casos, como el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, que son ejemplos patentes de este problema.

15. El orador no está seguro de que la responsabilidad de un Estado no se vea comprometida por los actos de los movimientos insurreccionales. En su opinión, sean cuales fueren el principio adoptado y las excepciones que se puedan prever a un principio negativo, no debe quedar ninguna duda sobre la continuidad de las normas primarias. Habría que aclarar bien en el comentario al párrafo 3 que las disposiciones relativas a la atribución general se aplican sin perjuicio de las normas primarias pertinentes, sobre todo cuando estas últimas contienen obligaciones encaminadas a un resultado. Dicho de otro modo, un Estado no puede invocar sistemáticamente el pretexto de los disturbios civiles para sustraerse a una obligación. Ciertamente, el proyecto consagra el principio de la *lex specialis* y prevé una cláusula de salvaguardia con respecto a las organizaciones internacionales, pero habría que incluir también una cláusula de salvaguardia sobre el contenido de las normas primarias particulares en la disposición relativa a los movimientos insurreccionales.

16. El Sr. SIMMA, respondiendo a la pregunta del Sr. Dugard sobre el término «movimiento insurreccional» y sobre los movimientos de liberación nacional, dice que la expresión «movimiento insurreccional» tiene una larga tradición, pero que la expresión «movimiento de liberación nacional» también se utiliza desde hace tiempo. Si se consideran por un lado los casos hipotéticos que contempla el artículo 15 y, por otro, los sucesos que actualmente están ocurriendo en Kosovo y en el Congo, es evidente que hay que proceder con cautela antes de llegar a la conclusión de que se trata de actividades de movimientos de liberación nacional. No se debe rechazar la terminología existente sin la debida reflexión.

17. El Sr. HAFNER hace suyas las observaciones del Sr. Simma sobre el término «movimiento insurreccional», que tiene una larga tradición.

18. Refiriéndose de nuevo a una de las cuestiones planteadas por el Relator Especial a propósito de la frase «logre convertirse en el nuevo gobierno de ese Estado», dice que la hipótesis según la cual se producen disturbios civiles en un Estado, se celebran elecciones y el 80% del electorado vota a favor de los representantes del movimiento insurreccional, obliga a preguntarse si se debe llegar a la conclusión de que el nuevo gobierno elegido es responsable de los actos iniciales del movimiento insurreccional. Es muy difícil trazar la línea donde corresponde.

19. El Sr. BENNOUNA declara que la Comisión no debe centrarse en el problema del estatuto de los movimientos insurreccionales, de liberación o de otra índole, ya que esto no es parte de su mandato. Como declaró la CIJ en la opinión consultiva emitida en el asunto *Namibie*, la responsabilidad internacional depende de la efectividad del poder y no de su legalidad. Lo que hay que determinar es si el Estado ejerce una autoridad real sobre un territorio, en cuyo caso es responsable de todo lo que ocurra en él. Si hay una falta de continuidad del poder efectivo, por ejemplo, si las autoridades centrales pierden el control de una zona y si el movimiento insurreccional tiene autoridad de hecho y se hace cargo por ello de funciones de gobierno, ese movimiento asume la responsabilidad internacional en nombre del Estado. En esto consiste el problema de la sucesión de la responsabilidad.

20. En términos más generales, la Comisión no debe volver a cuestionar todas y cada una de las cláusulas en segunda lectura. Debe limitarse a examinar de nuevo los puntos problemáticos y las modificaciones propuestas a un proyecto que es un buen reflejo del derecho internacional positivo actual.

21. El Sr. KABATSI coincide con el Sr. Bennouna en que la Comisión tropezaría con graves dificultades si abordara el problema del estatuto de los movimientos insurreccionales.

22. Aprueba la idea de combinar los artículos 14 y 15 en uno solo, pero sería preciso que no existiera ninguna variante de la simple situación contemplada en esos artículos. Como ha dicho el Sr. Hafner, pueden darse muchas situaciones distintas: un movimiento insurreccional puede pasar a ser parte del antiguo gobierno; el gobierno puede autorizarlo para gobernar parte del territorio; ciertos elementos de un gobierno pueden apoyar a grupos insurreccionales, y así sucesivamente. Omitir todos estos casos hipotéticos con el pretexto de no desalentar la reconciliación es demasiado simplista. Diariamente surgen en el mundo situaciones complejas, incluso en la actualidad, y el Estado muchas veces participa de una manera u otra en los hechos de los movimientos insurreccionales. Por lo tanto, debería tener parte de la responsabilidad, en particular cuando terceros países resultan lesionados. Esta cuestión es demasiado importante para dejarla de lado. Lo mejor sería tratar explícitamente las diversas variantes de la situación contemplada en los artículos 14 y 15, en un artículo separado si fuera necesario.

23. El Sr. MELESCANU está de acuerdo con el Sr. Bennouna. En el caso de los movimientos insurreccionales, la Comisión debe fijar dos límites para la responsabilidad. El límite superior está dado por la situación en la que el movimiento insurreccional pasa a ser el nuevo gobierno del Estado. Esta posibilidad está contemplada adecuadamente en el párrafo 1 del artículo 15. El límite inferior está constituido por la responsabilidad general del Estado con respecto a todo lo que ocurre en su territorio. Es fácil imaginarse una multiplicidad de situaciones intermedias entre estos dos límites, cada una de las cuales tendrá características propias.

24. La Comisión haría mal en enzarzarse en un debate, que probablemente no conducirá a nada, sobre el estatuto de los movimientos insurreccionales. No es éste el enfoque apropiado para tratar de aclarar la situación. Quizás se podrían dar explicaciones sobre las diversas formas y los distintos fines de los movimientos insurreccionales en el

comentario, que entonces habría que reforzar más. De todos modos, el análisis deberá basarse en el principio de la efectividad más que en el de la legalidad. El orador cita como ejemplo el caso ambiguo de la OLP, que ejerce ciertas funciones públicas en tanto que Israel ejerce otras.

25. El Sr. MIKULKA dice que el Sr. Dugard le ha convencido de que es necesario analizar con cuidado el significado de «movimiento insurreccional». El proyecto de artículos data de hace 20 años y su terminología parece un poco anticuada. Las nuevas situaciones ocurridas desde entonces permiten apreciar la figura jurídica del movimiento insurreccional desde nuevos ángulos y dar al proyecto, por así decirlo, una orientación más moderna.

26. El orador está de acuerdo en principio con el Sr. Brownlie. Si el propio movimiento insurreccional asume la responsabilidad de los hechos que se producen en el territorio de un Estado, esto no significa necesariamente que ese Estado quede exonerado de su responsabilidad internacional. Ahora bien, no es ésta la conclusión a la que se encamina el párrafo 1 del artículo 15 propuesto en el párrafo 284 del primer informe. Allí dice, en efecto, que el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional «no se considerará hecho del Estado», lo cual no quiere decir que el Estado mismo sea responsable del incumplimiento de sus obligaciones internacionales. El comentario a este artículo es totalmente pertinente, pero no debe contradecir lo dicho en el artículo 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos).

27. El Sr. Hafner ha llamado la atención acertadamente sobre el caso del movimiento insurreccional que pasa a ser el nuevo gobierno de un Estado. Pero ¿en qué situación concreta se podría afirmar realmente que un movimiento insurreccional pasa a ser el nuevo gobierno? Es posible que sólo un componente de ese movimiento llegue al poder. Es éste un aspecto que debe analizarse con más detenimiento. Además, posiblemente no haga falta mencionarlo en el artículo 15, ya que el caso está contemplado en el artículo 15 *bis*.

28. El orador cuestiona la remisión a los artículos 5, 7, 8, 9 ó 15 *bis* en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 15 propuesto en el párrafo 284 del primer informe, que no le parece pertinente. Por ejemplo, no está seguro de que se pueda decir que el comportamiento del órgano de un movimiento insurreccional es el de la entidad «facultada [...] para ejercer las prerrogativas del poder público» a que alude el artículo 7 (Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público). Tampoco está seguro de que corresponda decir que un órgano insurreccional actúa «por instrucciones de ese Estado o bajo la dirección y el control de ese Estado», como prevé el apartado *a* del nuevo artículo 8 (Atribución a un Estado de un comportamiento de hecho llevado a cabo por instrucciones suyas o bajo su dirección o control). A propósito de esta última disposición, podría ocurrir además que el movimiento insurreccional actuara por instigación de un segundo Estado. Por lo tanto, esa referencia es aún más inapropiada.

29. El Sr. ECONOMIDES señala que el artículo 15 contempla adecuadamente el caso del movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado, pero deja totalmente de lado la situación jurídica que prevalece durante la insurrección propiamente dicha. En efecto, se trata de saber a quién atribuir la responsabilidad de los actos ilícitos —al Estado o al movimiento insurreccional— hasta que este último accede al poder, si es que esto llega a ocurrir. Como ha explicado el Sr. Bennouna, para responder a esta pregunta es necesario apoyarse en el principio de la efectividad, es decir, evaluar la realidad del traspaso del poder de los órganos del Estado a los órganos insurreccionales. Además, la palabra «establecido» que aparece en la primera oración del párrafo 1 de ese artículo indudablemente remite a ese concepto de efectividad.

30. La Comisión podría adoptar una disposición interpretativa por la que se excluya del alcance del proyecto de artículos la responsabilidad internacional de los movimientos insurreccionales. No por ello debería dejar de examinar a fondo la cuestión de la responsabilidad del Estado, que es el tema que le concierne. En la situación de transición a la que el Sr. Economides aludió al comienzo de su intervención, el Estado continúa siendo responsable de su pasividad y de su inacción con respecto a sus responsabilidades internacionales. Según el derecho internacional clásico, el Estado es siempre responsable internacionalmente de lo que ocurre en su territorio. Así pues, aun cuando la responsabilidad de los hechos se atribuya a un movimiento insurreccional, el Estado es al menos responsable, durante la lucha misma, del incumplimiento de sus obligaciones.

31. El Sr. ADDO dice que en el proyecto de artículos no se puede dejar de mencionar la figura jurídica del movimiento insurreccional. A decir verdad, el párrafo 1 del artículo 15 alude a un hecho más que patente: el responsable de lo que ocurre en el territorio de un Estado es o bien el movimiento insurreccional o bien el Estado mismo. Pero, como ya han señalado varios oradores, el verdadero problema jurídico lo plantea el movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno del Estado. A este respecto, la historia ofrece el ejemplo de Namibia y sus relaciones con Sudáfrica: ¿se podía afirmar que el nuevo Estado namibiano debía asumir la responsabilidad de los actos de Sudáfrica? El artículo 15 no permite responder a esta pregunta.

32. El Sr. GALICKI opina también que en el proyecto de artículos es preciso incluir una disposición como el artículo 15 para contemplar el caso de los movimientos insurreccionales. Ciertamente, se puede discutir si el calificativo «insurreccional» es o no apropiado, pero por el momento es la única formulación que se ha encontrado. El artículo 15 dice que, en general, el comportamiento de un movimiento insurreccional no puede considerarse un hecho del Estado, pero añade que se le puede atribuir en ciertas circunstancias. Ahora bien, es bien sabido que un movimiento insurreccional podría ser de hecho responsable de los sucesos ocurridos en el territorio de un Estado. Por lo tanto, se trata de trazar la línea entre los dos ámbitos de responsabilidad.

33. En particular, es preciso determinar hasta qué punto el comportamiento del movimiento insurreccional puede atribuirse retroactivamente al Estado creado como resultado de las acciones de ese movimiento. Ciertamente, el

Estado es responsable de los hechos que ocurren en su territorio, pero ¿debe serlo de esos hechos en su totalidad? Además, ¿qué pasa con la responsabilidad del movimiento insurreccional que, como tal, accede al poder? Más exactamente aún, ¿debe la parte del movimiento insurreccional que accede al poder asumir la responsabilidad de los actos de la otra parte?

34. El Sr. Mikulka ha señalado con razón el problema que plantea la referencia, en el apartado *b* del párrafo 1, a los artículos 5, 7, 8, 9 y 15 *bis*, en el párrafo 284 del primer informe, y ha explicado muy bien el porqué. Si esa referencia fuera más explícita, sobre todo con respecto a los artículos 7, 8 y 9, tal vez se resolvería el problema.

35. De todas formas, el Sr. Galicki opina que es necesario encarar el problema de la responsabilidad de los movimientos insurreccionales apoyándose en la práctica de los Estados. Ésta ofrece situaciones muy diferentes, una multiplicidad de casos concretos y numerosos ejemplos de situaciones ambiguas. Por eso aconseja que el artículo 15 se redacte en los términos más generales que sea posible, como ya lo está. Si se exagerara en el detalle se caería en la verbosidad y se daría un tratamiento superficial al problema.

36. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que su posición es muy parecida a la de la del Sr. Bennouna y el Sr. Melescanu en cuanto a la concepción general del artículo 15. En primer lugar, desea recordar a la Comisión que este artículo está encuadrado en la problemática de la atribución de la responsabilidad y no de las normas primarias que han sido violadas o no por el Estado o por el movimiento insurreccional. Hay que reconocer, como ya se ha dicho, que esto no se desprende muy claramente de la redacción aprobada en primera lectura.

37. El Sr. Mikulka ha señalado que, por definición, un movimiento insurreccional no puede ser considerado un órgano del Estado. Huelga decirlo. No obstante, habría que considerar el caso al que alude el apartado *b* del artículo 8, es decir, el de un grupo de personas que ejerce de hecho las prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales, disposición que indudablemente hay que volver a examinar. En términos generales, el propósito del artículo 15 es enmarcar en el proyecto de artículos todo lo que pueda ser atribuible al Estado según el derecho internacional. La cuestión de determinar si ese Estado cumple o viola sus obligaciones internacionales es totalmente diferente.

38. Como aconseja el Sr. Bennouna, la Comisión debería evitar explayarse sobre la condición jurídica de los «movimientos insurreccionales». Algunos de estos movimientos —por ejemplo los de liberación nacional— pueden tener mayores obligaciones en el marco del derecho internacional, en virtud, entre otras cosas, de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Pero también en este caso se debe abordar únicamente el problema de la atribución de la responsabilidad al Estado. El de la responsabilidad de los movimientos insurreccionales no es el tema que se examina. Algunos miembros han aludido a la división de la responsabilidad internacional durante una acción insurreccional. Evidentemente, se puede considerar que los dirigentes de los movimientos insurreccionales asumen la responsabilidad en lo que respecta, por ejemplo, al derecho humanitario o los derechos humanos. Se ha observado además en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una tendencia a insistir en el carácter *erga omnes* de las prescripciones de esas dos ramas del derecho. Pero lo que concierne a la Comisión no es la responsabilidad del movimiento insurreccional sino la del Estado. En el caso de que se trata, no se puede decir que el Estado es responsable de los actos cometidos durante una insurrección si no hay otras razones para atribuírselos. No parece haber ninguna duda al respecto.

39. El Relator Especial señala a la atención de los miembros un problema fundamental de enfoque que pone de relieve el carácter un tanto anómalo del artículo 15. En efecto, este artículo dispone que los actos que no son atribuibles al Estado en el momento en que se cometen pueden ser atribuibles *a posteriori* en razón de un hecho que ocurre posteriormente, a saber, el triunfo del movimiento insurreccional. El artículo 15 *bis* prevé de igual modo la posibilidad de que el Estado «adopte» el comportamiento de una entidad que no forma parte de él. Ésta es en realidad la figura de la sucesión, con la particularidad de que se trata de una sucesión de hecho y no de una sucesión legal. Además, aunque parezca anómala, la existencia de esta situación está confirmada en gran medida por la jurisprudencia; la Comisión se limita a codificar la práctica. Por otra parte, el artículo aprobado en primera lectura parece haber sido bien recibido por los Estados.

40. El artículo 15 *bis* ofrece una solución para esta anomalía: el nuevo gobierno no está obligado a aceptar la responsabilidad de los actos del movimiento insurreccional que le ha llevado al poder; sólo tiene la facultad de hacerlo. Según el artículo 15, tiene la obligación de hacerlo. El orador cita a este respecto el ejemplo de Namibia que, al independizarse, hizo suyos no sólo el comportamiento de la Organización Popular del África Sudoccidental (SWAPO) sino también los actos de Sudáfrica, que había impuesto al país un régimen *de facto*, ilegal según el derecho internacional. Namibia no tenía ninguna obligación de hacerlo y no es el artículo 15 *bis* lo que habría podido obligarla.

41. Se podría considerar una cuestión aún más específica pero igualmente pertinente: ¿qué ocurre si el movimiento insurreccional conduce a la celebración de elecciones y a la instauración de un gobierno del que forman parte sus representantes? Cuando el movimiento accede al poder por las armas, cabe suponer que por lo menos hay continuidad de las personas, pero cuando hay elecciones se crea una situación nueva, y hay una solución de causalidad con respecto a la situación anterior. Aunque esta cuestión de doctrina es interesante, el Relator Especial aconseja no ir más allá del texto propuesto para el artículo 15, que está basado en la práctica actual y en numerosos precedentes. Indudablemente, se puede mejorar la redacción o hacerla más precisa, pero será imposible abarcar en él todos los casos hipotéticos posibles. El artículo 15 *bis* se ha agregado para resolver los casos límite.

42. El Sr. HE se niega a aceptar que el término «insurreccional» haya perdido validez. Dicho esto, es preciso dejar de lado el estudio de los aspectos políticos de los movimientos insurreccionales. En lo que respecta al problema de la atribución de las responsabilidades a esos

movimientos, algunos oradores han señalado acertadamente que éste es un problema que no se puede pasar por alto en el proyecto de artículos, aunque sólo sea porque es necesario marcar claramente el límite entre la responsabilidad de los movimientos insurreccionales y la del Estado. Por lo tanto, la disposición que ha de formularse debe estar redactada en los términos más amplios. Tan amplios que quizás sea necesario redactar dos artículos; así se podrían abarcar todas las situaciones posibles.

43. El Sr. ADDO dice que el grupo de artículos que se examina trata esencialmente de las circunstancias en las que un comportamiento ilícito no puede atribuirse a un Estado (arts. 11 a 14). En rigor, no sería necesario plantearse, en el contexto del tema que se examina, la cuestión de los hechos que no son atribuibles a un Estado.

44. El artículo 9 trata de la atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional. El Relator Especial ha hecho bien en conservar el artículo y suprimir la referencia a las organizaciones internacionales, que merecen tratarse en detalle por separado.

45. El artículo 11 (Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado) estipula que el comportamiento de las personas o de los grupos de personas que no actúan por cuenta del Estado no puede considerarse un hecho del Estado según el derecho internacional. Esto es más que obvio y, como ha señalado el Gobierno de los Estados Unidos de América en sus comentarios al artículo 8 incluidos en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/488 y Add.1 a 3), no añade nada al proyecto. Por lo tanto, convendría suprimir esta disposición, como propone el Relator Especial.

46. El artículo 12 (Comportamiento de órganos de otro Estado) tampoco añade nada, porque en él no se hace más que reafirmar la norma de la atribución. También debería suprimirse. En cuanto al artículo 13, el Relator Especial también da razones convincentes para suprimirlo. Por último, el orador está de acuerdo en que los principios básicos enunciados en el párrafo 1 del artículo 14 y los párrafos 1 y 2 del artículo 15 se combinen en un solo artículo.

47. En síntesis, el Sr. Addo opina también que los proyectos de artículo 9 y 11 a 15 *bis*, tal como los ha propuesto el Relator Especial, deben remitirse al Comité de Redacción.

48. El Sr. PELLET está de acuerdo con varias de las simplificaciones y supresiones que ha propuesto el Relator Especial, pero opina que el Relator quizás haya ido demasiado lejos en algunos casos.

49. En lo que respecta a los artículos 9 y 13, el Sr. Pellet está de acuerdo en que se suprima la referencia a las organizaciones internacionales, pero piensa que se debería agregar una disposición que indicara expresamente que el proyecto no trata ni de la responsabilidad de las organizaciones internacionales ni de la responsabilidad de los Estados resultante de sus relaciones con las organizaciones internacionales. Esta disposición se podría añadir en el artículo 1, que el orador desearía que el Comité de Redacción examinara juntamente con los artículos 9 y 13.

50. Volviendo al artículo 9, el Sr. Pellet reconoce que contempla adecuadamente el problema muy particular al cual se refiere, a saber, el comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado. Pero lamenta que en ese artículo no se aborde el caso mucho más frecuente de la representación de un Estado por otro: por ejemplo, Suiza presta cierto número de servicios públicos por cuenta de Liechtenstein, Italia por cuenta de San Marino y Francia por cuenta de Mónaco. En este caso, no es seguro que baste con decir que un Estado pone algunos de sus órganos a disposición de otro Estado. En realidad, el problema que se plantea es el de la representación parcial de un Estado. Por lo tanto, el artículo 9 debería completarse, ya sea modificando la redacción para indicar claramente que se ha previsto esta situación, o bien añadiendo un segundo párrafo, o incluso redactando otro artículo. Además, sería conveniente aclarar en el comentario si, en este caso, la responsabilidad incumbe al Estado representante o al Estado representado, y cuáles son las consecuencias para sus relaciones recíprocas, es decir, si el Estado representante puede actuar en contra del Estado representado o a la inversa.

51. En cuanto al artículo 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad) propuesto por el Relator Especial en el párrafo 284 de su primer informe, el Sr. Pellet aprueba la eliminación de la referencia a las entidades territoriales, a condición de que esa referencia vuelva a incorporarse en el artículo 1. En cambio, no le convence la idea de reemplazar el término «competencia» por el término «poder». En francés, *compétence* es el término que corresponde emplear, ya que en general significa el poder circunscrito por el derecho, en tanto que el poder es un simple hecho.

52. La justificación que da el Relator Especial para suprimir los artículos 11 y 12, a saber, que se trata de disposiciones de atribución negativa, no es razón suficiente, dada la utilidad de los detalles que contienen esos artículos. Si se justifica eliminar el artículo 11 porque se limita a confirmar de manera negativa las disposiciones de los artículos 5 (Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos), 7 y 8, no ocurre lo mismo con el artículo 12. El correspondiente comentario del Relator Especial (párrs. 246 a 252) muestra que el lugar donde se produce el hecho ilícito influye en la determinación de la responsabilidad. Sin embargo, el Relator Especial no deriva de ello ninguna consecuencia. Quizás debería redactar un proyecto de artículo que contemplara este problema. El artículo 15 propuesto en el párrafo 284 del primer informe está redactado en forma negativa, cuando se podría haber dicho lo siguiente: «La responsabilidad del Estado queda comprometida cuando triunfa el movimiento insurreccional». Esto habría sido más coherente. No obstante, este nuevo artículo es en términos globales más satisfactorio que los antiguos artículos 14 y 15 aprobados en primera lectura, aunque plantea algunos problemas. El propio Relator Especial ha señalado (párr. 271) que parecería difícil asimilar los movimientos de liberación nacional a los movimientos insurreccionales. No obstante, ha conservado la expresión «movimiento insurreccional» aduciendo que el mismo régimen se aplica a ambos movimientos. El orador está de acuerdo, pero opina que

«movimiento insurreccional» tiene una connotación negativa, en tanto que «movimiento de liberación nacional» es más bien positivo. Propone, por lo tanto, que se modifique la redacción del nuevo artículo 15 añadiendo la frase «de un movimiento de liberación o» antes de «de un movimiento insurreccional».

53. Por otra parte, no es necesario aclarar que esos movimientos se crean para oponerse a un Estado o a su gobierno, pues esto es bien evidente. Además, conviene reflexionar sobre las consecuencias, para la responsabilidad del Estado, del reconocimiento de un movimiento de liberación nacional o de un movimiento insurreccional. Esta cuestión podría examinarse en el contexto de la segunda parte del proyecto de artículos. Se trata posiblemente del problema del régimen jurídico de la responsabilidad de los movimientos insurreccionales y no del régimen de la responsabilidad de los Estados.

54. Asimismo, en el proyecto de artículos se debería abordar la cuestión de la localización de los actos, que ha señalado acertadamente el Sr. Bennouna apoyándose en el ejemplo de Namibia. La situación de que se trata es aquella en la cual un Estado ejerce una autoridad efectiva sobre un territorio y por lo tanto es responsable en principio de lo que ocurra en él, salvo en circunstancias excepcionales; cabe preguntarse si el actual proyecto de artículos refleja este principio fundamental.

55. Otro problema que se plantea se debe a la eliminación de las cláusulas de salvaguardia que figuraban en el párrafo 2 del artículo 14 y en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 15 aprobado en primera lectura. El proyecto de artículo 15 *bis*, que el Sr. Pellet apoya, no reemplaza esas cláusulas de salvaguardia. Por ello opina que se debería agregar un segundo párrafo en el artículo 15 *bis* (o bien un artículo 15 *ter*) en que se aclare que toda disposición que exonere a un Estado de su responsabilidad internacional se aplicará sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por los actos relacionados con las guerras de liberación nacional o las insurrecciones, si se cumplen las condiciones enumeradas en los artículos 5 a 18. Ésta es una idea central del derecho de la responsabilidad por los hechos de los movimientos insurreccionales, para los cuales existe un conjunto de normas sumamente detalladas que responden al interés de maximizar la responsabilidad del Estado. Lo fundamental es indicar que, incluso en casos de guerra o de insurrección, el Estado es igualmente responsable cuando no ha hecho todo lo que estaba en su poder para evitar el perjuicio causado. Si se suprimieran las cláusulas de salvaguardia esta idea quedaría diluida. Por último, parecería que el Relator Especial se equivoca cuando, para destacar la singularidad del artículo 15, dice que ésta es la única disposición que establece la responsabilidad *ex post facto*. Esta disposición figura también en los artículos 21 (Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado) y 22 (Agotamiento de los recursos internos), y sobre todo en el artículo 26 (Momento y duración de la violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado).

56. El Sr. Pellet concluye diciendo que, en general, los artículos que se examinan deberían remitirse al Comité de Redacción.

57. El Sr. BENNOUNA duda de que el artículo 15 *bis* establezca o pretenda establecer la responsabilidad *ex post facto*. Esta disposición, respecto de la que tiene algunas reservas, debería indicar claramente que el reconocimiento ulterior por el Estado del comportamiento de un movimiento insurreccional constituye un elemento de prueba pero no de atribución. La responsabilidad del Estado queda comprometida no en el momento que reconoce los hechos sino en el momento en que los comete. Dicho de otro modo, los hechos se atribuyen al Estado en el momento en que se producen, y su reconocimiento ulterior por el Estado constituye la prueba de esa atribución.

58. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), respondiendo a las observaciones del Sr. Pellet sobre la cuestión de la representación de los Estados contemplada en el artículo 9, dice que no se trata sólo de un problema de atribución. Esta cuestión plantea en efecto toda una serie de problemas relacionados con la acción conjunta de los Estados, que se abordan también en el capítulo IV (Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado) de la primera parte del proyecto de artículos. Éste es el contexto en que corresponde considerarla; el artículo 9 trata sólo de un aspecto muy preciso, que es el de la atribución. La Comisión podrá examinar de nuevo la cuestión durante el debate sobre el capítulo IV.

59. En cuanto al artículo 10, dice que no habría ningún inconveniente en utilizar el término *compétence* en la versión francesa.

60. En lo que respecta a la formulación negativa del artículo 15, el Relator Especial dice que se limitó a señalar que se debería evitar la redacción negativa de los artículos relativos a la atribución, salvo cuando constituyeran una excepción a una situación normal. En su opinión, los movimientos insurreccionales en el sentido del artículo 15 constituyen claramente una excepción. No obstante, a la luz del interesante debate sobre los movimientos insurreccionales, el Comité de Redacción deberá examinar en detalle las diferentes cuestiones planteadas.

61. El Relator Especial prefiere la formulación negativa debido, entre otras razones, a que aceptó la introducción del concepto de entidad gubernamental territorial en el artículo 5 y que ciertos movimientos insurreccionales que se establecen en un territorio a veces son entidades gubernamentales territoriales. No obstante, habría que prever una excepción para los movimientos insurreccionales que se oponen a un Estado o a su gobierno. En los artículos aprobados en primera lectura no figura ninguna definición del concepto de entidad gubernamental territorial ni tampoco se hace un análisis pormenorizado de estos conceptos en el comentario. La formulación del artículo 5 probablemente influirá en la del artículo 15. El Comité de Redacción puede resolver las demás cuestiones planteadas por el Sr. Pellet.

62. Respondiendo al Sr. Bennouna, el Relator Especial reconoce que el artículo 15 *bis* puede abarcar cierto número de situaciones diferentes: el Estado puede reconocer que ha cometido un hecho determinado pero también puede decidir libremente que reconoce un comportamiento que no se le puede atribuir. Éste ocurre, en particular, cuando el Estado no existía en el momento de producirse los hechos o cuando no tenía soberanía territorial

en la zona en que se produjeron esos hechos. No obstante, contar con una disposición general que abarque un cierto número de situaciones y ofrezca cierta flexibilidad no deja de tener sentido. En la medida en que un Estado reconoce o adopta un comportamiento, deja de plantearse la cuestión de la atribución y no es necesario plantearla. El enfoque analítico del Sr. Bennouna no modifica, por tanto, el punto de vista del Relator Especial sobre la cuestión.

63. El Sr. BENNOUNA aprueba en general las supresiones propuestas por el Relator Especial. Está de acuerdo con él en que la cuestión de la responsabilidad de una organización internacional, de un órgano de una organización internacional o de un Estado que actúa en el marco de una organización internacional no está encuadrada en el tema de la responsabilidad de los Estados y debe examinarse por separado. Por otra parte, tiene entendido que, a propósito del programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, el Sr. Brownlie va a proponer el estudio de la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

64. En lo que respecta a la atribución al Estado del comportamiento de los órganos puestos a su disposición por otro Estado, es preciso reconocer que se trata de un caso muy poco frecuente. El ejemplo citado por el Relator Especial en el párrafo 220 de su primer informe, a saber las decisiones en apelación del *Privy Council* del Reino Unido, propias del derecho del Commonwealth, es un caso clásico que prácticamente no tiene aplicación concreta. La hipótesis propuesta por el Sr. Pellet es totalmente diferente: se trata de la acción conjunta de varios Estados y de la posibilidad de que se cuestione el comportamiento de uno de ellos, ya que podría darse el caso de que ese Estado actuara en contra de los otros. El problema se ha planteado, en particular, en relación con el lanzamiento de satélites. El proyecto de artículos no parece abarcar esta situación, y el Relator Especial debería pensar en agregar una disposición suplementaria sobre este asunto.

65. El orador aprueba la formulación negativa del artículo 15, ya que considera que la situación de que se trata es una situación excepcional. No obstante, se podría mejorar la redacción del artículo para indicar claramente que un Estado es responsable si no adopta todas las medidas que corresponde para mantener el orden en presencia de un movimiento insurreccional incipiente. Existen actualmente en el mundo situaciones en las que el Estado no toma todas las medidas que debería y, en cierto modo, podría ser acusado de complicidad pasiva, aunque queda bien claro que, si el Estado pierde el control efectivo de la situación, ese hecho excepcional le exonera de su responsabilidad. Además, como han señalado el Relator Especial y el Sr. Pellet, si se elimina la referencia a las organizaciones internacionales, es preciso conservar la cláusula de salvaguardia correspondiente.

66. En lo que respecta a la formulación del artículo 15 *bis*, convendría contemplar dos situaciones: aquella en que un Estado hace suyo un comportamiento que no le es atribuible, y aquella en que el comportamiento ulterior de un Estado (ya se trate de declaraciones o de actos) demuestra que se le puede atribuir un comportamiento anterior. En opinión del orador, sería mejor que se hiciera esta distinción en el texto. Por último, pregunta si el régimen de la responsabilidad es el mismo en el caso en que un comportamiento no puede atribuirse al Estado pero en que éste lo hace suyo de todos modos y en el caso en que el comportamiento efectivamente es atribuible al Estado.

67. El Sr. ROSENSTOCK dice que algunos miembros van por mal camino cuando se refieren a la cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos cometidos por un movimiento insurreccional. Ésta no es la cuestión que hay que tratar. En ciertas circunstancias, se puede considerar que un Estado es responsable internacionalmente porque no ha garantizado la seguridad ante una insurrección. Es preciso decir entonces que un Estado es responsable no del comportamiento de un movimiento insurreccional sino de su propia incapacidad de impedir ese comportamiento. Bastaría con mencionar esto en el comentario; no hace falta hacerlo en el artículo propiamente dicho.

Las reservas a los tratados *(continuación*)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[7], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE DIRECTRICES DE LA GUÍA DE LA PRÁCTICA APROBADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN EL 50.º PERÍODO DE SESIONES

68. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) presenta el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.563 y Corr.1) y dice que este informe trata exclusivamente de las reservas a los tratados, tema al cual el Comité de Redacción dedicó cinco sesiones, celebradas del 27 al 31 de julio. El Comité examinó las directrices 1.1 a 1.1.6, 1.1.8 y 1.4. propuestas por el Relator Especial en su tercer informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/491 y Add.1 a 6). Como debía ocuparse también de otras cuestiones, el Comité de Redacción decidió aplazar hasta el período de sesiones siguiente el examen de las directrices 1.1.7 y 1.2, relativas a las declaraciones interpretativas. Además, como el proyecto consiste en un conjunto de directrices, decidió mantener por el momento la forma y la estructura propuestas por el Relator Especial, a fin de establecer una distinción bien clara, incluso en el plano visual, entre las directrices y los artículos de carácter normativo. El Comité de Redacción y la Comisión tendrán oportunidad de examinar de nuevo la presentación al concluir el examen de las directrices en primera lectura.

69. No obstante, el Comité de Redacción decidió modificar el orden en que figuraban las directrices en el tercer informe del Relator Especial. El texto comienza ahora con una definición de las reservas; a continuación se tratan las distintas formas y combinaciones posibles de reservas y, por último, las prácticas que no se considerarían reservas. El texto contiene al final una cláusula llamada de salvaguardia. El Comité de Redacción consideró que esta nueva estructura era más racional. En el informe del

* Reanudación de los trabajos de la 2552.ª sesión.

[7] Véase nota 2 *supra*.

Comité de Redacción, el número de cada directriz va seguido del número entre corchetes que ese artículo tenía inicialmente en el tercer informe del Relator Especial.

70. En la primera parte de la Guía de la práctica, el Relator Especial proponía una definición de «reservas». Se trata en este caso no de una definición nueva sino de la combinación de las definiciones que ya existían en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. El Relator Especial deliberadamente quiso elaborar una definición que bastara por sí misma, sin por ello apartarse de las definiciones utilizadas en las Convenciones mencionadas, a fin de evitar toda confusión. Esta definición es ahora el tema de la directriz 1.1, en la que el Comité de Redacción no introdujo ningún cambio ni tampoco tuvo razón para hacerlo.

71. La directriz 1.1.1 (Objeto de las reservas) llevaba el número 1.1.4 en el tercer informe del Relator Especial. Para evitar todo error de interpretación del término «objeto», se indicará claramente en el comentario que esa directriz no se refiere al contenido de fondo de la reserva propiamente dicha sino al texto al que se refiere la reserva, es decir, una o varias disposiciones de un tratado o el tratado en su totalidad. Las únicas modificaciones introducidas por el Comité de Redacción en el texto propuesto por el Relator Especial consistían, en primer lugar, en reemplazar en la versión francesa la expresión *mettre en œuvre* por la palabra *appliquer* que se utiliza en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986; en segundo lugar, añadir las palabras «o una organización internacional» (A/CN.4/L.563/Corr.1), a fin de que ese texto concordara con la definición que le precede. Se indicará claramente en el comentario que el empleo de la palabra «puede» no se debe interpretar en el sentido de que tiene algún efecto en la cuestión de la permisividad de las reservas, que se examinará en una etapa posterior. Un miembro formuló reservas sobre la utilidad de esta directriz.

72. Al presentar la directriz 1.1.2 a la Comisión, el Relator Especial explicó (2542.ª sesión) que tenía una función limitada pero importante, que era eliminar las divergencias que parecen existir entre la definición de las «reservas» que figura en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y el artículo 11 de esas Convenciones. El Comité modificó el texto para destacar más claramente la finalidad. Suprimió el énfasis en el «momento» en que se formulan las reservas, ya que esa circunstancia no era significativa en el contexto de esta directriz. La frase «Los casos en que» reemplaza a la palabra «cuando» a fin de introducir también la idea del «modo» o «la ocasión» en que se formulan las reservas. Además, como las definiciones del término «reservas» que figuraban en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se habían incorporado en la directriz 1.1, resultó útil mencionar esta última en la directriz 1.1.2. Por esa razón, el Comité de Redacción conservó la redacción siguiente: «Los casos en que puede formularse una reserva de conformidad con la directriz 1.1». El título de la directriz (Casos en que puede formularse una reserva) concuerda con su contenido.

73. En lo que respecta a la directriz 1.1.3 (Reservas de alcance territorial), que llevaba el número 1.1.8 en el tercer informe del Relator Especial, el Comité de Redacción sólo introdujo en el texto inicial una modificación que consistía en suprimir la última frase: «cualquiera que sea la fecha en que se haga». La cuestión del momento en que pueden formularse estas reservas se tratará más adelante, en el contexto del capítulo relativo a la formulación de reservas. La directriz 1.1.3 fue objeto de prolongados debates, en particular en torno a la cuestión de determinar si una declaración unilateral por la cual un Estado se propone excluir la aplicación de un tratado en su totalidad en un territorio determinado constituye o no una reserva. La mayoría de los miembros opinaron que, habida cuenta de la práctica de los Estados, no se debía interpretar en forma excesivamente restrictiva la definición general de reservas contenida en la directriz 1.1, que trata únicamente de «ciertas disposiciones del tratado», y que, en consecuencia, una declaración unilateral por la que se excluye la aplicación de la totalidad del tratado en un territorio dado puede asimilarse a una reserva en la medida en que constituye también una limitación de la aplicación de dicho tratado. No obstante, varios miembros no estuvieron de acuerdo y reservaron su posición.

74. La directriz 1.1.4 (Reservas formuladas al notificar alguna aplicación territorial) llevaba el número 1.1.3 en el tercer informe del Relator Especial. Según la definición que utilizó el Relator Especial, se trata de declaraciones unilaterales que cumplen las dos condiciones siguientes: primero, se formulan al notificar la aplicación territorial de un tratado; segundo, tienen por fin excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al territorio de que se trate. El Comité de Redacción consideró preferible invertir el orden de estos dos elementos a fin de indicar claramente desde un principio que la directriz definía un cierto tipo de reservas.

75. La directriz 1.1.5 (Declaraciones cuyo sentido es limitar las obligaciones de su autor) retoma la idea central de la directriz 1.1.6 propuesta por el Relator Especial. Ésta incluía tres elementos: la limitación de las obligaciones del autor de la declaración, la limitación de los derechos que crea el tratado para las otras partes y el elemento temporal. Teniendo en cuenta los debates celebrados por la Comisión y tras mucha reflexión, el Comité de Redacción decidió suprimir el elemento temporal, que aparentemente no tiene cabida en este contexto. También se suprimió el segundo elemento —la limitación de los derechos de las otras partes en el tratado como consecuencia de la limitación de las obligaciones del Estado autor— porque la segunda limitación no siempre tiene por consecuencia la primera. El Comité de Redacción opinó que el punto clave en esta materia era que una declaración unilateral por la que un Estado o una organización internacional limita sus obligaciones en virtud del tratado constituye efectivamente una reserva. No era necesario analizar en esta etapa los efectos de esa declaración unilateral.

76. Se reformuló por lo tanto la directriz 1.1.5 propuesta por el Relator Especial como directriz 1.1.6 (Declaraciones encaminadas a aumentar las obligaciones de su autor) para expresar claramente este punto de vista. En la versión inglesa del título de la directriz se sustituyó la palabra *designed* por la palabra *purporting*. La directriz 1.1.6 recoge la idea central de la directriz 1.1.5 propuesta por el Relator Especial. Esta modificación se debe al deseo del Comité de Redacción de presentar las directrices en un orden lógico. La directriz 1.1.5 se refería a una clase par-

ticular de prácticas que no constituyen reservas. En opinión de algunos miembros, esta disposición parecía superflua, ya que la finalidad de la Guía de la práctica es describir las reservas y no las acciones que no se deben considerar como reservas. No obstante, muchos de los miembros del Comité de Redacción decidieron conservar esta directriz pues opinaban que la finalidad de la Guía era ser un instrumento útil para los gobiernos y que tal vez conviniera, al menos en bien de la claridad, describir ciertas prácticas que no son reservas pero que pueden parecerlo.

77. El texto aprobado por el Comité de Redacción prevé dos casos hipotéticos. El primero es el de las declaraciones unilaterales por las cuales un Estado o una organización internacional se propone contraer obligaciones que van más allá de las impuestas por un tratado. El segundo es el de las declaraciones unilaterales por las cuales un Estado o una organización internacional se propone atribuirse un derecho que no figura en el tratado. Estos dos tipos de declaraciones no constituyen reservas en el sentido de la directriz 1.1.

78. El Comité de Redacción señaló a este respecto que podía ocurrir que un Estado o una organización internacional, por medio de una declaración unilateral, sustituyera la obligación que le incumbía en virtud de un tratado por otra, y que esa sustitución no constituiría una reserva. No obstante, consideró más prudente tratar este caso en el comentario más que en la directriz propiamente dicha. Este tipo de situaciones no es frecuente en la práctica y exige, por su complejidad, aclaraciones y explicaciones que no tienen cabida en la formulación sucinta de una directriz.

79. La directriz 1.1.7 (Formulación conjunta de una reserva) corresponde a la directriz 1.1.1 propuesta por el Relator Especial. Su formulación es diferente, pero el sentido sigue siendo el mismo: da cuenta del hecho de que a veces es más conveniente para varios Estados u organizaciones internacionales formular una reserva en forma conjunta. La directriz sencillamente confirma que esa formulación conjunta no afecta al carácter unilateral de la reserva. Se señaló en el Comité de Redacción que a veces también puede darse el caso de que esas reservas conjuntas se formulen de tal manera que creen una cierta interdependencia entre los Estados u organizaciones internacionales que las han formulado. No obstante, esta cuestión no prejuzga el carácter unilateral de la reserva en lo que respecta a las otras partes en el tratado a las que se aplica la declaración, pero corresponde que se dé una explicación en el comentario a fin de evitar toda ambigüedad.

80. La última directriz aprobada por el Comité de Redacción, cuyo número y título se decidirán más adelante, está basada en la directriz 1.4 propuesta por el Relator Especial. Se consideró que el título (Alcance de las definiciones) no reflejaba adecuadamente el contenido de la directriz, que podía asimilarse a una cláusula de salvaguardia. Contrariamente a lo propuesto por el Relator Especial, el texto aprobado por el Comité de Redacción se refiere únicamente a las reservas, dado que el Comité no ha examinado aún las directrices referentes a las declaraciones interpretativas. Sólo cuando se haya realizado este examen se podrá decidir si es necesario incluir dos cláusulas de salvaguardia diferentes, una en la sección relativa a las reservas y la otra en la referente a las declaraciones interpretativas, o si ambas cláusulas pueden combinarse, tal como hizo el Relator Especial en la directriz 1.4.

81. El Comité de Redacción decidió agregar las palabras «y de los efectos» después de la palabra «permisividad» para tener en cuenta las preocupaciones expresadas en sesión plenaria acerca de la aplicabilidad de esta cláusula de salvaguardia al régimen jurídico de las reservas. En cambio, se suprimió la parte final del texto propuesta por el Relator Especial porque se consideró superfluo señalar que la definición de «reservas» condiciona la aplicación de las normas relativas a las reservas. Por último, el Comité de Redacción hizo un cambio de redacción consistente en reemplazar, en la versión inglesa, la expresión *unilateral declaration* por las palabras *unilateral statement*, ya que esta última era la expresión utilizada en todas las demás directrices referentes a la definición de las reservas.

82. El Sr. LUKASHUK aprueba la labor realizada por el Comité de Redacción pero opina que la formulación de la directriz 1.1.1 es tal vez excesivamente larga y hace abstracción de los límites establecidos por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Convendría incluir en esta directriz una referencia a los límites dentro de los cuales pueden formularse las reservas.

83. El Sr. BENNOUNA considera poco acertado el uso de la expresión «de forma más general» en una disposición tan importante como la directriz 1.1.1. Además, al utilizar la frase «a la manera en que un Estado, o una organización internacional, se propone aplicar el conjunto del tratado» se pasaría del plano de las reservas *stricto sensu* al de las declaraciones interpretativas.

84. El Sr. GOCO estima que el título de la directriz 1.1.4 sería más claro si se indicara que se trata de la aplicación territorial «de un tratado».

85. El Sr. ELARABY señala que la directriz 1.1.5 trata sólo de la limitación de las obligaciones del autor de la reserva y omite mencionar la limitación de los derechos de las otras partes, cuando estos dos elementos figuraban en el texto del Relator Especial de la directriz 1.1.6. Esta omisión crea dificultades con respecto a las declaraciones interpretativas; por lo tanto, será necesario esperar hasta que se hayan examinado las directrices referentes a esas declaraciones para pronunciarse sobre todo el conjunto.

86. El Sr. MIKULKA tiene las mismas objeciones que el Sr. Bennouna con respecto a la última parte de la directriz 1.1.1, según la cual la declaración de un Estado sobre la manera en que se propone aplicar el tratado constituye una reserva.

87. El Sr. KABATSI señala que la directriz 1.1.6 contiene dos elementos, a saber, las obligaciones y los derechos, en tanto que su título sólo alude a lo primero.

88. El Sr. Sreenivasa RAO apoya las objeciones formuladas a propósito de la directriz 1.1.1. La manera en que un Estado se propone aplicar un tratado se encuadra en una lógica positiva y no debería asimilarse al concepto de reserva, que tiene una connotación negativa. Además, hay una discrepancia entre el título de la directriz 1.1.2 (Casos

en que puede formularse una reserva) y su contenido, que son los medios de expresar el consentimiento al quedar un Estado obligado por un tratado.

89. El Sr. PELLET (Relator Especial) aclara que el conjunto constituido por las directrices 1.1.5 y 1.1.6, que en su opinión está mal redactado, fue aprobado por el Comité de Redacción por una amplia mayoría pero en contra de la opinión del Relator Especial.

90. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) recuerda, a propósito de los límites mencionados por el Sr. Lukashuk, que se ha previsto una cláusula de salvaguardia sobre la permisividad y los efectos de las reservas. En cuanto a las observaciones sobre la directriz 1.1.1, es cierto que la formulación utilizada tal vez se adentra en el campo de las declaraciones interpretativas, pero la mayoría de los miembros del Comité de Redacción consideraron que era preciso conservarla en la definición del objeto de las reservas.

91. La propuesta del Sr. Goco con respecto al título de la directriz 1.1.4 parece acertada. Las observaciones del Sr. Kabatsi y del Relator Especial versan sobre una cuestión muy compleja, a propósito de la cual el Comité de Redacción, por una amplia mayoría, decidió abordar la cuestión de la sustitución en el comentario y no en una directriz. No obstante, el título de la directriz 1.1.6 podría incluir ciertamente una referencia a los derechos del Estado autor. La observación del Sr. Sreenivasa Rao sobre la directriz 1.1.2 es pertinente, y si el Comité de Redacción decidió conservar la frase «medios de expresar el consentimiento» es porque no encontró nada mejor.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2557.ª SESIÓN

Jueves 6 de agosto de 1998, a las 12.00 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[1], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE DIRECTRICES DE LA GUÍA DE LA PRÁCTICA APROBADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN EL 50.º PERÍODO DE SESIONES *(continuación)*

1. El Sr. BENNOUNA considera menos problemática la formulación de la directriz 1.1.1 (Objeto de las reservas), ya que, como ha señalado el Relator Especial, no se trata de la definición de reservas, sino de la del objeto de éstas. En cambio, sigue albergando dudas sobre la noción de reservas de alcance territorial (directriz 1.1.3), que no parece estar en plena conformidad con el artículo 29 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Por lo que respecta a las directrices 1.1.5 (Declaraciones cuyo sentido es limitar las obligaciones de su autor) y 1.1.6 (Declaraciones encaminadas a aumentar las obligaciones de su autor), habida cuenta de la posición que ha adoptado al respecto el Relator Especial, convendría tal vez pedir al Comité de Redacción que las volviera a examinar con el fin de determinar si se pueden fundir en una única directriz. En cualquier caso, la directriz 1.1.5 no aporta nada al proyecto y, por consiguiente, contraviene el principio de utilidad, y la directriz 1.1.6 se refiere a hipótesis alternativas cuya verosimilitud no está en absoluto demostrada.

2. El Sr. AL-BAHARNA considera que la directriz 1.1.1 es en cierto modo superflua, porque el objeto de las reservas figura implícitamente en la definición de éstas a través de la expresión «en su aplicación a ese Estado o a esa organización». Por consiguiente, convendría por lo menos suprimir de esa directriz la expresión «a la manera en que un Estado, o una organización internacional, se propone aplicar». La directriz 1.1.2 debería reformularse sin las expresiones «los casos en que» y «abarcan todos los medios de expresar» y sustituyendo «mencionados en» por «de conformidad con». La directriz 1.1.6 y su título deberían revisarse a fin de indicar claramente que se refieren a las obligaciones y los derechos del autor de la reserva. También habría que introducir modificaciones en la redacción de las directrices 1.1.3 (Reservas de alcance territorial), 1.1.4 (Reservas formuladas al notificar alguna aplicación territorial) y 1.1.5, así como en la directriz final, a la que todavía no se ha asignado número.

3. El Sr. CRAWFORD entiende que el problema que plantea la directriz 1.1.6 se deriva del hecho de que no establece una distinción clara entre los casos en los que un Estado hace una declaración unilateral por la que acepta obligaciones que van más allá de las que le impone el tratado, lo que no constituye una reserva, y los casos en los que el Estado hace una declaración unilateral que tiene por efecto incrementar las obligaciones que le incumben en virtud del tratado, pero con expectativas de reciprocidad, en cuyo caso sí se trata de una reserva porque se produce una modificación del efecto jurídico del tratado.

---

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

4. El Sr. LUKASHUK estima que las directrices 1.1.3 y 1.1.4 están vinculadas y podrían fundirse en una sola. Por lo que respecta a la directriz 1.1.7 (Formulación conjunta de una reserva), convendría precisar en el comentario los vínculos jurídicos que instaura entre sus autores una reserva formulada conjuntamente, especialmente por lo que respecta a la facultad de cada uno de ellos de retirar unilateralmente «su» reserva.

5. El Sr. ELARABY aprueba la propuesta encaminada a suprimir del texto de la directriz 1.1.1 la expresión «a la manera en que un Estado, o una organización internacional, se propone aplicar», ya que su mantenimiento deroga el derecho que los Estados tienen de hacer declaraciones interpretativas y haría que la directriz no estuviera realmente en conformidad con la práctica de los Estados. Por lo que se refiere a la directriz 1.1.6, es preciso esperar a ver cómo se enmarcará en la estructura general del proyecto una vez que se hayan examinado las directrices relativas a las declaraciones interpretativas.

6. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción), refiriéndose a la directriz 1.1.7, indica que el Comité de Redacción ha sido unánime en su opinión de que, en la etapa de la definición de las reservas conjuntas, no se debía adoptar una posición sobre los vínculos jurídicos entre los autores de dichas reservas y en que esto debería figurar en el comentario. La propuesta de suprimir parte de una frase en la directriz 1.1.1 es inaceptable por dos motivos: por una parte, las reservas a las que se refiere esta directriz atañen a la manera en que el Estado que ha formulado la reserva se propone aplicar el tratado y, por otra parte, el texto modificado suscitaría la oposición de todos los miembros de la Comisión que consideran que una reserva relativa al texto íntegro de un tratado sería ilícita o no constituiría una reserva. El único problema real parece ser el que plantea la directriz 1.1.6, por lo que quizás conviniera encomendar al Comité de Redacción la revisión del conjunto constituido por esta directriz y la directriz 1.1.5.

7. El Sr. GALICKI considera que la directriz 1.1.3 no debería referirse a la exclusión de la aplicación de un tratado en su conjunto, sino sólo a la exclusión de determinadas disposiciones del tratado.

8. El Sr. ECONOMIDES manifiesta su desacuerdo con el razonamiento de que cuando un Estado hace una declaración que tiene por efecto incrementar sus obligaciones y existe reciprocidad por parte de otro Estado, se trata de una reserva porque se produce una modificación del efecto jurídico del tratado. Es indudable que se produce una modificación del efecto jurídico del tratado, pero a través de dos declaraciones unilaterales que constituyen un acuerdo colateral del tratado y que no representan en ningún caso una reserva. Ésta siempre tiene carácter de limitación y no puede ir más allá de las cláusulas convencionales. Por consiguiente, la redacción de la directriz 1.1.6 es correcta desde un punto de vista jurídico.

9. El Sr. CRAWFORD dice que, aunque no se le ocurre ningún ejemplo concreto, la situación a la que se ha referido es aquella en la que un Estado se adhiere a una convención a condición de que alguno de los términos del tratado tenga un sentido determinado y en que el sentido conferido a ese término por el Estado va más allá del sentido que le da el tratado.

10. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que es legítimo que los miembros de la Comisión deseen que su posición sobre los proyectos de disposiciones se refleje en el acta y que tratará de tener en cuenta en el comentario las opiniones manifestadas. Los problemas más graves se refieren a la directriz 1.1.1 y a las directrices 1.1.5 y 1.1.6, que parecen indisociables. Por lo que respecta a la directriz 1.1.1, independientemente de cualquier otra consideración referente a la redacción, no se puede decir justificadamente que carece de razón de ser. Es útil en el sentido de que la definición de Viena, que se limita a reproducir, dice que una reserva es una declaración unilateral hecha por un Estado con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un Tratado. Ahora bien, la realidad es muy distinta y existen muchas reservas que no se refieren a determinadas disposiciones de los tratados (reservas transversales). El proyecto de directriz 1.1.1 trata de responder a esa realidad.

11. Por este motivo, la posición del Sr. Elaraby parece insostenible, ya que él mismo reconoce que el fenómeno en cuestión puede producirse, por lo que difícilmente puede proponerse que no se tenga en cuenta. Queda por saber si las declaraciones de este tipo constituyen o no reservas. A ese respecto, decir que una declaración unilateral es una reserva no significa que sea lícita ni ilícita: simplemente está comprendida en una definición. Una vez determinado esto, pueden plantearse las cuestiones a las que se ha referido el Sr. Elaraby y afirmar que la repetición constante de determinadas posiciones de los Estados hace que se esté ante algo lícito.

12. Por lo que respecta a las directrices 1.1.5 y 1.1.6, los problemas son distintos. El Sr. Economides tiene razón en un punto: en la definición de Viena se indica que una reserva tiene por objeto modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado. Esta definición se corrige en función de la práctica con la directriz 1.1.1, que precisa «el conjunto del tratado». Cuando un Estado trata de aumentar sus derechos y, correlativamente, las obligaciones de los demás Estados, de manera positiva, incrementando el derecho general, el Estado no modifica el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado, sino que trata de modificar las propias disposiciones, lo que no es exactamente lo mismo. Ello no quiere decir que lo que hacen los Estados cuando, de hecho, proponen la enmienda del tratado sea ilícito: simplemente, no se trata de un problema relacionado con el efecto jurídico de las disposiciones, ya que lo que se pide es su modificación. Cabe citar a modo de ejemplo la cuestión del Escudo de David, la «reserva» por la que Israel ha tratado de aumentar sus derechos en virtud del tratado al mismo tiempo que las obligaciones de los demás Estado sin, por ello, modificar el tratado en vigor[2].

13. Hay que reconocer que el Comité de Redacción tal vez haya tratado de concluir con excesiva celeridad el examen de una cuestión técnica y complicada, ya que el Presidente del Comité de Redacción puso fin a la discusión sometiendo el asunto a votación. Las formulaciones a las que se llegó no son totalmente satisfactorias, dado

[2] Véase 2549.ª sesión, nota 6.

que en la directriz 1.1.5 parece afirmarse un hecho manifiesto y en la 1.1.6 se mezclan problemas muy diferentes, sin que el texto sea exhaustivo.

14. Por consiguiente, el Relator Especial se suma a la posición del Presidente del Comité de Redacción, que ha propuesto remitir las directrices 1.1.5 y 1.1.6 a un próximo Comité de Redacción para que la Comisión pueda ponerse de acuerdo sobre unas formulaciones más coherentes.

15. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que la Comisión parece considerar unánimemente que el segundo caso contemplado en la directriz 1.1.6 no constituye una reserva. En cambio, en el primer caso, cuando un Estado acepta obligaciones que van más allá de las contraídas al adherirse al tratado, el Estado efectúa un acto jurídico autónomo o incluso un acto unilateral en el sentido estricto, como ha podido ver la Comisión en otras esferas.

16. Por lo tanto, sería preciso redactar un comentario acerca de las disposiciones sobre las que no se ha alcanzado el consenso y que el Comité de Redacción vuelva a examinar los dos párrafos sobre los que la Comisión no ha podido llegar a un acuerdo.

17. El Sr. ROSENSTOCK dice que no está seguro de que pueda tratarse de declaraciones unilaterales en el sentido tradicional de la expresión y que la distinción que se ha establecido no es gratuita: de hecho, es imprescindible para evitar que las partes en un tratado multilateral se vean un día obligadas a asumir nuevas obligaciones que no habían aceptado en un principio. Ello no significa que la redacción del proyecto sea perfecta ni que represente la mejor definición posible de lo que constituye o no una reserva.

18. El Sr. AL-KHASAWNEH observa que varios miembros de la Comisión han formulado reservas o declaraciones interpretativas sobre el documento relativo a la reserva de los tratados, de manera que cabe preguntarse si el documento servirá para determinar lo que constituye o no una reserva. A ese respecto, cabe mencionar que la interacción entre el Comité de Redacción y la Comisión no debe ser tan rígida que impida a los miembros que no hayan asistido a las deliberaciones del Comité de Redacción exponer en sesión plenaria sus opiniones sobre cuestiones de redacción. El Relator Especial se ha mostrado acertado al aceptar remitir determinadas disposiciones al Comité de Redacción para que la Comisión pueda llegar a un consenso. A ese respecto, la cuestión planteada por el Sr. Elaraby también es muy importante y merece ser remitida asimismo al Comité de Redacción.

19. Por lo que respecta a las directrices 1.1.3 y 1.1.4, el Sr. Al-Khasawneh desea solicitar algunas aclaraciones. En su opinión, en esas disposiciones no se establece una distinción entre los dos casos siguientes: el caso en que un Estado formule una reserva sobre la aplicabilidad del tratado en una parte de su territorio y el caso en el que terceros Estados formulen una reserva sobre la aplicabilidad de un tratado a una parte de un territorio (cabe citar a ese respecto el caso de Berlín). Esta distinción no puede tener efecto jurídico si la situación se considera análoga en el fondo, pero tal vez merecería destacarse. También en este caso habría que remitir el examen de la cuestión al Comité de Redacción.

20. El Sr. ELARABY dice que el texto de la directriz 1.1.1 va mucho más lejos que la definición de Viena, lo que en el fondo no es malo, porque la Comisión está encargada precisamente de volver a examinar estas nociones, pero, en cambio, plantea muchos problemas. La definición dada se interfiere con la de la declaración interpretativa y, por consiguiente, habría que volverla a examinar cuando llegue el momento de estudiar nuevamente la propia noción de declaración interpretativa. En ese momento, la Comisión podría definir el alcance de ambas nociones con el fin de llegar a un consenso.

21. El Sr. Sreenivasa RAO se suma a los oradores que desean que la directriz 1.1.1 se remita al Comité de Redacción, al igual que las directrices 1.1.5 y 1.1.6, para que la Comisión pueda llegar a un consenso. Por lo que respecta a la celebración de los debates, considera que la labor del Comité de Redacción y los debates en la Comisión son de carácter complementario y que, dado que las reuniones plenarias tienen cierta primacía, no se debería suprimir la posibilidad de plantear en ellas cuestiones relacionadas con la redacción.

22. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción), refiriéndose a la directriz 1.1.1, indica que esperar a que concluyan los debates sobre la definición de las declaraciones interpretativas y sobre lo que las distingue de las reservas sería la solución más fácil. Si el Relator Especial acepta remitir esta cuestión al Comité de Redacción, no se opondrá, aunque considera adecuada la forma actual de la directriz 1.1.1. De hecho, cuando en el 49.º período de sesiones se debatió la admisibilidad de determinadas reservas relativas a los derechos humanos, se proporcionaron múltiples ejemplos de reservas que correspondían a los casos a los que se han referido el Sr. Al-Khasawneh y el Sr. Elaraby. Como a la sazón el Sr. Elaraby se encontraba ausente, nadie constató que las declaraciones examinadas constituían precisamente reservas. Por consiguiente, sería más prudente esperar la definición correlativa de la declaración interpretativa antes de adoptar definitivamente la directriz 1.1.1.

23. El Sr. CRAWFORD dice que no conviene remitir a la Sexta Comisión un proyecto de directriz en el que la CDI ha dejado pendientes muchas cuestiones. El Comité de Redacción podría volver a examinar rápidamente las objeciones que se han formulado por lo que respecta la redacción, en el entendimiento de que si las rechaza no se volverán a examinar en la Comisión.

24. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que es inaceptable que algunos miembros de la Comisión se declaren insatisfechos por algunas disposiciones y soliciten que vuelvan a remitirse al Comité de Redacción cuando anteriormente la Comisión se había puesto de acuerdo sobre la orientación general de todas las disposiciones de las que el Comité debía ocuparse. Admite que las directrices 1.1.5 y 1.1.6 deben ser enviadas nuevamente al Comité de Redacción porque éste no había tenido la oportunidad de debatirlas a fondo, pero indica que si, cuando se reúna, el Comité de Redacción modifica nuevamente el texto de las disposiciones que vuelva a examinar, él no preparará nuevamente un comentario. El Relator Especial pide a la Comisión que adopte la totalidad de las directrices con excepción de la 1.1.5 y la 1.1.6.

25. El Sr. ECONOMIDES dice que no está seguro de que el Comité de Redacción tenga tiempo de volver a examinar las cuestiones planteadas y consiga presentar nuevos textos aceptables para todos los miembros de la CDI, y que, en cualquier caso, el Relator Especial no tendrá tiempo de redactar los comentarios correspondientes. Propone que algunas de las directrices figuren entre corchetes, con una nota explicativa en la que se indique que esas disposiciones no han sido aprobadas por la CDI y volverán a examinarse ulteriormente. Así, los proyectos de directrices podrían someterse a la Sexta Comisión para que formule al respecto observaciones que resultarán útiles para la labor de la CDI en su próximo período de sesiones.

26. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que preferiría que las directrices se aprobaran sin más, con excepción de las directrices 1.1.5 y 1.1.6, como ha propuesto el Relator Especial. Aunque está dispuesto a aceptar la decisión de la Comisión si desea que algunas disposiciones figuren entre corchetes, comparte la opinión del Relator Especial de que en la etapa actual no sería ni normal ni útil modificar la redacción de los proyectos de directrices.

27. El Sr. ELARABY dice que, si el Relator Especial está dispuesto a devolver al Comité de Redacción los proyectos de directrices 1.1.5 y 1.1.6, no ve por qué no remitirle también el proyecto de directriz 1.1.1. Le parece fundamental que la Comisión determine el ámbito de aplicación de las reservas y el de las declaraciones interpretativas. Con ese fin, está dispuesto a aceptar cualquier solución que permita indicar que la Comisión volverá a examinar esa directriz.

28. El Sr. AL-KHASAWNEH precisa que cuando ha afirmado que no comprendía el proyecto de directriz 1.1.3, quería decir que no podía aceptarlo, como no podía aceptar el proyecto de directriz 1.1.1. Esperaba que la Comisión podría volver a examinar de buena fe esas directrices.

29. El Sr. PELLET (Relator Especial) toma nota de que el Sr. Al-Khasawneh no puede aceptar un texto en cuya elaboración no ha participado. Por lo que respecta a la intervención del Sr. Elaraby, subraya que los problemas que plantean la directriz 1.1.1 y las directrices 1.1.5 y 1.1.6 son muy distintos. El Comité de Redacción ha cambiado con conocimiento de causa el orden inicial de las directrices, porque la directriz 1.1.1 influye en la mayoría de las directrices siguientes. En particular, no es posible entender la directriz 1.1.3 sin la directriz 1.1.5 si no se tiene presente que una reserva puede referirse a una disposición precisa o ser transversal, es decir, aplicarse al tratado en su conjunto.

30. El Relator Especial piensa que la mayoría de los miembros de la Comisión comparten la opinión de que no es posible hacer abstracción de las reservas transversales. En cambio, existe un profundo desacuerdo sobre la cuestión de si una declaración tendente a incrementar los derechos de su autor puede considerarse una reserva. En el caso de la directriz 1.1.1, el Comité de Redacción partió de la idea de que se trataba de una reserva que respondía a la definición que figuraba en los párrafos anteriores y, por consiguiente, excluyó de antemano las declaraciones interpretativas. Así pues, el Sr. Pellet desea vivamente que la Comisión apruebe la directriz 1.1.1.

31. El Sr. BENNOUNA piensa que la solución de avenencia propuesta por el Sr. Economides sobre el proyecto de directriz 1.1.1 ofrece una salida y debería permitir responder a las preocupaciones manifestadas por los Sres. Al-Khasawneh y Elaraby, así como a las del Relator Especial. Propone que el Comité de Redacción indique, en una nota explicativa, que la Comisión ha aprobado el proyecto de directriz a título provisional y se reserva la posibilidad de volver a examinarla para confirmarla cuando examine las declaraciones interpretativas.

32. El SR. PELLET (Relator Especial) declara que está dispuesto a aceptar la propuesta del Sr. Bennouna y está de acuerdo en que se precise, ya sea en una nota explicativa o en el comentario (posiblemente al comienzo de éste), que la directriz 1.1.1 no se refiere más que a las reservas, y que se volverá a examinar a la luz de lo que la Comisión decida sobre las declaraciones interpretativas. Por lo que respecta a las directrices 1.1.5 y 1.1.6, la CDI puede decidir proceder del mismo modo o seguir la posición del Presidente del Comité de Redacción, que le parece justificada en la medida en que no tendrá tiempo de redactar los comentarios para presentarlos a la Sexta Comisión.

33. El Sr. MIKULKA apoya la propuesta del Sr. Bennouna, pero considera que la explicación debería figurar en el comentario. El Relator Especial debería indicar que la Comisión reconoce que existe una categoría de reservas que se aplican a los tratados en su conjunto, pero que la formulación de la directriz parece corresponder a la definición de las declaraciones interpretativas.

34. El Sr. ELARABY se suma también a la propuesta del Sr. Bennouna.

35. El Sr. AL-KHASAWNEH, tomando nota de que el Relator Especial no parece querer remitir el proyecto de directriz 1.1.3 al Comité de Redacción, solicita que la cuestión se someta a votación.

36. El Sr. BENNOUNA pregunta si, cuando se reúna la semana siguiente para volver a examinar los proyectos de directrices 1.1.5 y 1.1.6, el Comité de Redacción no podría examinar también el proyecto de directriz 1.1.3.

37. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) cree entender que la Comisión está a punto de llegar a un acuerdo sobre el proyecto de directriz 1.1.1, y sobre el hecho de que los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6 serán remitidos al Comité de Redacción. Sin embargo, no considera que este último disponga de tiempo suficiente en el período de sesiones en curso para redactar un texto que satisfaga a todos, por lo que considera preferible aplazar hasta el siguiente período de sesiones la revisión de esos proyectos de directrices.

38. El PRESIDENTE pregunta al Sr. Al-Khasawneh si insiste en que la Comisión proceda a una votación.

39. El Sr. AL-KHASAWNEH considera que la redacción del proyecto de directriz 1.1.3 es errónea y debe corregirse. Le parece razonable pedir que el Comité de Redacción vuelva a examinarla. De no ser así, se verá

obligado a pedir a la Comisión que se pronuncie por votación al respecto.

40. El Sr. ECONOMIDES observa que parece haberse encontrado una solución para el proyecto de directriz 1.1.1, y que las únicas objeciones pendientes se refieren a la última parte del proyecto de directriz 1.1.6, a saber, «o se propone asumir un derecho que no está previsto en un tratado» y a la expresión «la aplicación de un tratado» en el proyecto de directriz 1.1.3. Se declara convencido de que el Comité de Redacción debería poder solucionar rápidamente esos problemas, a menos que la Comisión decida poner entre corchetes los proyectos de directrices en cuestión, precisando que se examinarán nuevamente en el próximo período de sesiones. Considera, sin embargo, que no es prudente someter a votación algunas de las disposiciones.

41. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) pregunta al Sr. Al-Khasawneh si estaría de acuerdo en que el proyecto de directriz 1.1.3 fuera objeto, al igual que el proyecto 1.1.1, de una nota explicativa en la que se indicara que la Comisión lo examinará en su próximo período de sesiones.

42. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que está dispuesto a aceptar cualquier propuesta que permita indicar que el problema subsiste y que el proyecto de directriz se volverá a examinar en fecha ulterior.

43. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión está de acuerdo con la última propuesta formulada por el Presidente del Comité de Redacción.

44. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que está dispuesto a aceptar una votación y a sacar las consecuencias pertinentes, pero considera anormal que un miembro de la Comisión consiga hacer prevalecer su posición a fuerza de insistir cuando no dispone de los elementos necesarios para emitir un juicio. Subraya además que está dispuesto a reflejar en su comentario todas las posiciones que se han expresado.

45. El Sr. ROSENSTOCK se pregunta cuál es la utilidad de una nota explicativa relativa al proyecto de directriz 1.1.3. Apoya la posición del Relator Especial y considera que el problema planteado respecto del proyecto de directriz 1.1.3 es distinto del que plantea el proyecto de directriz 1.1.1, sobre el que la Comisión puede desear reservarse su posición, dado que sus futuros trabajos podrían aportar nuevas aclaraciones al respecto.

46. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) precisa que su última propuesta no pretendía responder exclusivamente a la preocupación manifestada por el Sr. Al-Khasawneh. La cuestión de si las reservas pueden aplicarse al conjunto de un tratado o sólo a algunas de sus disposiciones ha sido planteada por muchos miembros de la Comisión y afecta a varios proyectos de directrices, fundamentalmente los proyectos de directriz 1.1.1 y 1.1.3. En el proyecto de directriz 1.1.3, la expresión «se propone excluir la aplicación de un tratado», sobreentendiéndose el conjunto de un tratado, remite a un problema que, si bien no es idéntico al del proyecto de directriz 1.1.1, es muy similar. Por consiguiente, considera justificado que la Comisión vuelva a examinar esta cuestión importante en su próximo período de sesiones.

47. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que si se trata de sacar las consecuencias derivadas de la posición adoptada con respecto al proyecto de directriz 1.1.1 para el conjunto de los proyectos de directrices, incluido el proyecto 1.1.3, está dispuesto a aceptar la propuesta del Presidente del Comité de Redacción. También está dispuesto a facilitar las precisiones que se requiera en notas explicativas que, en su opinión, deberían figurar en el comentario.

Se levanta la sesión a las 13.18 horas

2558.ª SESIÓN

Viernes 7 de agosto de 1998, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Cooperación con otros organismos *(conclusión*)*

[Tema 9 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ DE ASESORES JURÍDICOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. El PRESIDENTE invita al observador del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa a que informe a la Comisión sobre el estado de los trabajos del Consejo de Europa, y, más concretamente, del CAHDI.

* Reanudación de los trabajos de la 2554.ª sesión.

2. El Sr. BENÍTEZ (Observador del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa) resume y comenta los puntos principales de un documento de base que ha elaborado y distribuido para uso exclusivo de los miembros de la Comisión. Señala, en concreto, los apéndices del documento, y en particular el apéndice 3, en el que figura el texto de una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros en relación con las deudas de las misiones diplomáticas y las misiones permanentes, y las de sus miembros[1], y el apéndice 4 que contiene el texto de otra recomendación sobre la clasificación de los documentos relativos a la práctica de los Estados en materia de derecho internacional[2]. El Secretario General del Consejo de Europa comunicó el texto de estas dos recomendaciones al Secretario General de las Naciones Unidas, en el marco del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional[3].

3. La Segunda Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa aprobó una declaración y un programa de acción[4]. Este último prevé en particular la constitución para finales de 1998 de un tribunal permanente de derechos humanos que sustituirá a la Comisión Europea de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Varios miembros del CAHDI han sido elegidos magistrados de este nuevo tribunal.

4. En la última reunión del CAHDI de marzo de 1998 hubo un debate a fondo sobre la función de este Comité; algunos de sus miembros entendían que se trata ante todo de un órgano en el que los gobiernos pueden coordinar sus posiciones, mientras que otros deseaban dar más realce a la contribución práctica del CAHDI al desarrollo y la codificación del derecho internacional. En este sentido cabe mencionar dos actividades en curso.

5. La primera se refiere a las reservas a los tratados. A petición del CAHDI, el Comité de Ministros del Consejo de Europa autorizó la creación de un grupo de especialistas sobre las reservas a los tratados internacionales, bajo los auspicios del Comité. El Grupo de Especialistas sobre las reservas a los tratados internacionales celebró su primera reunión en París los días 26 y 27 de febrero de 1998 y decidió centrar su labor en las siguientes cuestiones: ¿responde la Convención de Viena de 1969 a las necesidades de todos los tratados, en particular de los tratados relativos a los derechos humanos? ¿A quién corresponde determinar la admisibilidad de las reservas a los tratados? ¿Cuáles son los efectos jurídicos de las reservas ilícitas a los tratados? ¿Puede hablarse de un régimen o una práctica propios de los Estados miembros del Consejo de Europa en lo referente a los tratados? El Grupo se manifestó de acuerdo con un proyecto piloto que convertirá al CAHDI en un observatorio de las reservas a los tratados multilaterales, encargado de examinar todas las reservas que se hagan en el mundo a los tratados universales, en especial a los tratados relativos a los derechos humanos, y de señalar a la atención del Consejo de Europa las reservas que parezcan plantear problemas. En el tema de las reservas al CAHDI le interesa evitar la duplicación de las actividades de la Comisión y considera que puede aportar una contribución práctica a la labor de la Comisión, ya que ésta se centra sobre todo en los aspectos jurídicos de las reservas.

6. La segunda actividad en curso es un proyecto piloto que el Consejo de Europa inició en 1994, sobre la práctica de los Estados en materia de sucesión y de reconocimiento. Tomando como base las 16 contribuciones recibidas de los Estados miembros, se preparará un informe en colaboración con instituciones de investigación que constituirá otra contribución al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional.

7. El CAHDI está decidido a mantener y reforzar su colaboración con la Comisión, ya que está convencido de que esta interacción entre expertos y delegaciones gubernamentales es muy fructífera. Hay que determinar, no obstante, si estas relaciones deben o no revestir un carácter formal. En virtud de un acuerdo concluido entre las secretarías de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa en 1971, las Naciones Unidas y sus órganos y organismos pueden participar en la labor de todos los comités intergubernamentales del Consejo de Europa. En lo que respecta a la Comisión, hay que saber si debe estar representada oficialmente en las reuniones del CAHDI y de sus órganos subsidiarios o si los miembros de la Comisión serán invitados a título personal. Algunos miembros del Comité ven indudables ventajas en una cooperación tanto formal como informal, pero la mayoría considera preferible esta última. Así, en la última reunión se autorizó al Presidente a invitar a los miembros de la Comisión a título individual, como había ocurrido ya con el Relator Especial sobre las reservas a los tratados, Sr. Pellet, que fue invitado a participar en los trabajos del CAHDI sobre las reservas. El Comité considera que la Comisión es un interlocutor privilegiado y está decidido a estrechar los lazos de cooperación con ella.

8. El Sr. MELESCANU señala que hay dos diferencias entre el CAHDI y la Comisión: el primero forma parte de una organización regional que concentra su actuación en una región, Europa, mientras que la segunda es un organismo internacional que se ocupa del derecho internacional; además, y sobre todo, la Comisión carece de medios, a diferencia del CAHDI. Habría que ver la forma de obtener beneficios mutuos de esta segunda diferencia.

9. Es de lamentar que dos organismos se ocupen simultáneamente de temas prácticamente idénticos, tanto más cuanto que un número muy elevado de miembros de la Comisión son europeos. Por lo tanto, es urgente establecer una relación estructural y oficial entre la Comisión y el CAHDI, al menos en lo relativo a las cuestiones jurídicas. Nada impide que un miembro de la Comisión que participe en los trabajos del CAHDI presente la posición oficial de éste y añada observaciones y opiniones personales.

10. Esta relación estructural, tal y como la ve el orador, tiene dos aspectos. En primer lugar, el intercambio de información, sobre todo en el ámbito de la planificación

[1] Consejo de Europa, Comité de Ministros, 595.ª reunión de Delegados ministeriales, recomendación n.° R (97) 10 de 12 de junio de 1997.

[2] Ibíd., recomendación n.° R (97) 11 de 12 de junio de 1997.

[3] Proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23.

[4] *Deuxième sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe : un plan d'action pour une Europe unie, Strasbourg, 10-11 octobre 1997*, Ediciones del Consejo de Europa.

de los trabajos, a fin de evitar duplicaciones y optimizar la contribución del Consejo de Europa y del CAHDI a los trabajos de la Comisión, en la que Europa cuenta por lo menos con una docena de «representantes». Tal vez el CAHDI podría recurrir más, en una Europa donde hay tantas universidades y especialistas de derecho internacional, a las universidades y los especialistas de Europa central. En segundo lugar, la contribución de los países miembros del Consejo de Europa a los trabajos de la Sexta Comisión de la Asamblea General y de la CDI, que de este modo serán informadas de las opiniones y observaciones, de ser posible armonizadas, sobre algunos de sus temas. Es importante, en efecto, que la práctica de los países europeos y de la escuela europea de derecho internacional ocupen un lugar más destacado en los trabajos de la CDI.

11. El Sr. LUKASHUK considera que el documento presentado por el observador del CAHDI podría servir de base para establecer relaciones más estrechas entre la Comisión y el Consejo de Europa y el CAHDI. El Consejo de Europa desempeña un papel muy importante en el desarrollo progresivo del derecho internacional y avanza sin miedo a poner en entredicho algunas ideas tradicionales. Así ocurre con el principio de la democracia, que es un principio de derecho interno y derecho internacional cuya inclusión en su programa podría plantearse la Comisión. Hay que felicitar al Consejo de Europa por la iniciativa que ha adoptado de sistematizar la información sobre la práctica de los Estados, ya que, a pesar de los progresos técnicos, esta información sigue siendo poco conocida, lo que obstaculiza el desarrollo progresivo del derecho internacional.

12. El Consejo de Europa quizás debiera conceder más importancia a la enseñanza y difusión del derecho internacional, puesto que en este ámbito la cultura de la sociedad civil, e incluso de los políticos, deja mucho que desear y, al mismo tiempo, el derecho internacional está incorporado al derecho interno de gran número de países. Esto plantea el problema de la formación y la preparación de juristas, que lamentablemente no existen en la mayoría de los países. Tal vez fuera necesario elaborar una convención sobre la enseñanza del derecho internacional.

13. El Sr. Lukaskuk dice, y por último, que la Comisión debería integrar modalidades de cooperación más concretas y estructuradas con el CAHDI.

14. El Sr. CRAWFORD se congratula de la iniciativa adoptada por el CAHDI de invitar a los miembros de la Comisión a título individual. Quizás pudiera invitarse también a los relatores especiales cuando se trate su tema. No obstante, hay que dejar bien claro que los miembros invitados hablan en nombre propio.

15. El plan tipo enmendado para la clasificación de los documentos relativos a la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional[5] al que se hace referencia en el apéndice 4 del documento distribuido por el observador del CAHDI es un documento muy útil. No puede decirse lo mismo de la desastrosa clasificación aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de América[6].

16. El Sr. ECONOMIDES observa que el CAHDI se distingue de la Comisión por su condición de órgano intergubernamental y por su cometido, basado en el intercambio de opiniones y en la coordinación, mientras que la Comisión es un órgano de expertos independientes dedicado al estudio y la reflexión. El solapamiento de los trabajos de ambos órganos parece *a priori* excluido, por cuanto la labor de la Comisión corresponde a un planteamiento mundial para el cual la práctica regional del CAHDI ha de ser forzosamente útil. Por último, el CAHDI no descuida en modo alguno la enseñanza del derecho, y su clasificación de la práctica de los Estados facilita mucho el estudio racional de esta materia.

17. El Sr. GOCO, observando que los miembros del CAHDI han decidido establecer vínculos informales con la Comisión, se pregunta qué tipo de arreglo formal se ha podido prever. Lo más importante para la Comisión es conocer las reacciones de los Estados a los proyectos que elabora, por lo que le interesaría saber si el CAHDI contribuye a unificar y sintetizar las observaciones hechas por los Estados de la región a este respecto. La práctica regional debe contribuir a la definición del planteamiento internacional, pero deben tenerse en cuenta también las preocupaciones propias de las diferentes regiones. Así pues, hay que encontrar la mejor articulación posible entre estas dos dimensiones.

18. El Sr. FERRARI BRAVO recuerda que, salvo el estatuto especial concedido a los Estados Unidos y al Canadá, el CAHDI ha sido durante mucho tiempo un órgano de coordinación de la actuación de los gobiernos de Europa occidental únicamente, del que cabría preguntarse si no duplicaba la función de los órganos correspondientes de la Unión Europea. En la actualidad, el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo abarcan un espacio que va de Lisboa a Vladivostock y esta expansión no deja plantear problemas de adaptación.

19. En cuanto a las actividades del CAHDI, el Sr. Ferrari Bravo recuerda que el derecho internacional se creó en Europa antes de extenderse al resto del mundo. El continente europeo dispone del mayor acervo de experiencias en esta materia, pero no puede prescindir de los vínculos directos con la de otros continentes. Si quiere influir en la labor de las Naciones Unidas, el CAHDI habría de pensar en invitar en calidad de observadores a miembros de la Comisión pertenecientes a otras regiones.

20. El Sr. HAFNER explica que el plan tipo enmendado de clasificación de documentos sobre la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional se basa en el plan de 1968[7], actualizado en función de la evolución posterior del derecho internacional y del balance de la utilización del plan inicial en los diferentes países. Ninguna clasificación está exenta de defectos, pero lo fundamental es que resista la prueba del tiempo, como el plan de 1968. Así, no parece muy acertado prever desde ahora un plan

[5] Recomendación n ° R (97) 11 (véase nota 2 *supra*), anexo

[6] Véase M. L Nash, «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, Washington, vol 90, n.º 2, abril de 1996, págs. 265 a 267

[7] Véase Consejo de Europa, Comité de Ministros, resolución (68) 17 de 28 de junio de 1968

nuevo respecto del que no se tiene aún ninguna experiencia.

21. El Sr. Sreenivasa RAO dice que los organismos jurídicos de otras regiones siguen de cerca los trabajos del CAHDI. El plan tipo de clasificación de documentos sobre la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional propuesto es interesante pero tiene una laguna sorprendente: no contempla el derecho ambiental. Se pregunta si otras instancias europeas se ocuparán de este tema.

22. El Sr. MIKULKA, recordando los temas tratados por los dos órganos, se sorprende de que el tema para el que fue designado Relator Especial, el de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, no figure en el programa de trabajo del CAHDI. Algunos miembros de la Comisión consideraron este tema demasiado «europeo» y tal vez el CAHDI lo considere incluso demasiado «europeo oriental».

23. El Sr. BENÍTEZ (Observador del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa) responde que el informe que el CAHDI está elaborando acerca del proyecto piloto del Consejo de Europa sobre la recopilación y difusión de documentación relativa a la práctica de los Estados en relación con la sucesión y las cuestiones vinculadas al reconocimiento contiene un capítulo sobre la sucesión de Estados en relación con la nacionalidad. No obstante, las observaciones de los Estados miembros sobre este último aspecto son escasas, lo cual es tanto más sorprendente cuanto que son problemas de este tipo los que dieron lugar a la elaboración del Convenio europeo sobre la nacionalidad. Por su parte, la Comisión Europea para la Democracia por la Ley (Comisión de Venecia) ha preparado un informe sobre las consecuencias de la sucesión de Estados en la nacionalidad[8]. Por lo tanto, no es cierto que el Consejo de Europa no tenga interés en este tema.

24. En lo referente al derecho ambiental, la parte 19 del plan tipo de clasificación de documentos sobre la práctica de los Estados en el ámbito del derecho internacional, dedicada a los aspectos jurídicos de las relaciones internacionales y de cooperación en ámbitos específicos, incluye una sección sobre el medio ambiente. Tal vez sería conveniente dedicar a este tema un capítulo aparte. Puesto que el plan tipo de clasificación de 1968 no se ha actualizado hasta 30 años más tarde, no es de pensar que el CAHDI vaya a actualizar el nuevo plan en un futuro próximo.

25. En el Consejo de Europa se han producido cambios importantes y el CAHDI, aunque sigue siendo un órgano de expertos gubernamentales encargado de coordinar las opiniones de sus miembros con respecto a las Naciones Unidas y la Comisión, también trata ahora de contribuir de forma concreta a los trabajos de ésta evitando al tiempo conflictos e interferencias, así como la dispersión de esfuerzos. Por otra parte, el CAHDI se ocupa esencialmente de los aspectos políticos de los problemas, mientras que la Comisión concentra su acción en los aspectos jurídicos. El CAHDI solicita cada vez más las opiniones de los gobiernos no miembros, lo que explica que en la actualidad haya 15 Estados con estatuto de observador, de los que tres son observadores permanentes (los Estados Unidos, el Canadá y el Japón).

26. En cuanto a los miembros de la Comisión invitados a título individual a participar en los trabajos del CAHDI, es claro que su contribución es personal, aunque se les pueda pedir que informen de los debates de la Comisión.

27. El CAHDI es muy consciente de la necesidad de fomentar la enseñanza del derecho internacional, en especial de los que desempeñan funciones públicas. El Consejo de Europa tiene un cierto número de programas de cooperación y de asistencia, entre los que figuran los programas Demodroit y Themis, dedicados a la difusión de conocimientos jurídicos y a la formación en derecho. Recientemente se ha decidido hacer extensivos estos programas, que sólo estaban destinados a Europa central y oriental, a todos los Estados miembros del Consejo.

28. En respuesta a las observaciones del Sr. Melescanu sobre las consecuencias financieras de la cooperación entre la Comisión y el CAHDI, el Sr. Benítez señala que, al término de un debate sobre esta cuestión, todos los miembros del CAHDI reconocieron la necesidad de mantener los vínculos entre ambos órganos. No obstante, la secretaría del CAHDI informó a sus miembros de las consecuencias financieras de la participación de un miembro de la Comisión en sus reuniones, precisando que el CAHDI no podía hacerse cargo de ellas. En el caso concreto de las reservas, el CAHDI pudo contar con la presencia del Sr. Pellet a título gratuito. El Sr. Pellet no fue invitado porque fuera europeo; se podría haber invitado igualmente a una persona de otra región del mundo pero, en ese caso, habría sido necesario costear su participación, ya que, aunque se haya dicho lo contrario, el Consejo de Europa no es rico y en su presupuesto no hay ninguna partida asignada a esta finalidad; el presupuesto aprobado para 1998 es de crecimiento cero y hay pocas posibilidades de que las cosas cambien en 1999. Empero, los miembros del CAHDI están de acuerdo en que la colaboración con la Comisión es muy fructífera y tienen el propósito de estudiar esta cuestión en su próxima reunión.

29. En lo que se refiere a las relaciones estructurales entre ambos órganos, corresponde a la Comisión decidir los vínculos que desea mantener con el CAHDI. En efecto, el estatuto de éste autoriza la participación de un representante de la Comisión a título oficial. Pero la Comisión debe decidir si acepta esta representación oficial con las consecuencias financieras que conlleva. Una vez adopte una decisión al respecto, podrá comunicarla al CAHDI para que la debata.

30. Por último, durante el debate sobre el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, un miembro propuso el tema de las consecuencias jurídicas de la corrupción. El Sr. Benítez informa a la Comisión de que el Consejo de Europa trabaja sobre esta cuestión desde 1992. El Comité de Ministros del Consejo de Europa concertó el Acuerdo para la creación del «Grupo de Estados contra la corrupción-GRECO»[9], que autoriza la participación de Estados miembros y no miembros del Consejo de Europaen plano de igualdad (algunos de ellos miembros de la

[8] Consejo de Europa, Estrasburgo, 10 de febrero de 1997, doc. CDL-INF (97) 1.

[9] Ibíd., Comité de Ministros, resolución (98) 7 de 5 de mayo de 1998.

OCDE). La misión del GRECO es evaluar en qué medida los Estados miembros del Consejo de Europa cumplen las obligaciones que han contraído en lo relativo a la lucha contra la corrupción. En un primer momento su labor se basará en una resolución aprobada por el Comité de Ministros, en la que se enuncian 20 principios rectores de la lucha contra la corrupción.

31. El Grupo multidisciplinario sobre la corrupción está negociando un proyecto de convención penal sobre la corrupción[10] de alcance mucho mayor que la Convención sobre la lucha contra el soborno de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales aprobada por la OCDE, en la medida en que califica de delito la corrupción pasiva y activa de los funcionarios de la administración pública, los órganos judiciales y ejecutivos y de los órganos electivos, así como la corrupción en el sector privado y en las organizaciones internacionales. Asimismo hay importantes debates en curso acerca de las posibles reservas a esta Convención. Por último, en la actualidad se negocia otra convención para regular la responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción y se está preparando un código de conducta de los funcionarios públicos. El CAHDI está dispuesto a contribuir a la labor que la Comisión pueda llevar a cabo en este ámbito.

32. El Sr. GALICKI, haciendo valer su larga experiencia en el Consejo de Europa, complementa lo dicho por el observador del CAHDI sobre la cuestión de la nacionalidad. Asegura a la Comisión que esta cuestión, en especial en el contexto de la sucesión, recibe toda la atención que merece en el Consejo de Europa, no sólo en general, con el Convenio europeo sobre la nacionalidad que se abrió a la firma en 1997, sino también en el marco de la labor del Comité de Expertos en nacionalidad, del cual es Vicepresidente.

33. Se van a presentar al Comité de Ministros proyectos de recomendación, entre ellos un proyecto sobre la reducción de los casos de apatridia y otro sobre el recurso excesivo a las disposiciones legislativas relativas a la nacionalidad. También la cuestión de la sucesión es objeto de numerosos trabajos. Por otra parte, se ha programado una conferencia sobre la nacionalidad en 1999, con motivo del quincuagésimo aniversario del Consejo de Europa.

34. Sin embargo, debería precisarse la posición reglamentaria del Consejo de Europa en lo que se refiere a la cooperación y la coordinación con otros organismos y en concreto con sus antiguos organismos patrocinadores, como el Comité Europeo de Cooperación Jurídica, a fin de evitar la duplicación de tareas. En esta inteligencia, deberá fomentarse la cooperación entre el CAHDI y la Comisión, que es beneficiosa para ambos.

35. El Sr. MIKULKA considera que el observador del CAHDI y el Sr. Galicki no han respondido a su pregunta. No ignora que el Consejo de Europa se ocupa de las cuestiones de la nacionalidad y conoce bien los trabajos a que se ha hecho referencia, en especial el Convenio europeo sobre la nacionalidad, en cuyo artículo 18 hay tres o cuatro párrafos sobre la sucesión de Estados, mientras que la Comisión ha dedicado a este tema una entera declaración.

36. Lo que interesa al Sr. Mikulka es saber si existe un diálogo entre el Consejo de Europa y la Comisión. Sigue ignorando la posición del CAHDI a propósito de su tercer informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados[11] porque, hasta la fecha, este estudio no ha tenido ningún eco en el Consejo de Europa. Se ha dicho que la cuestión de la nacionalidad sería objeto de un estudio teórico, pero este estudio llevará años, mientras que en el Consejo de Europa ya hay una gran cantidad de documentos sobre este tema, como su tercer informe complementado con las notas de pie de página. Se habla de un diálogo fructífero para ambos, pero el Consejo guarda silencio. Así pues, el Sr. Mikulka pide al observador del CAHDI que se sirva transmitir su opinión al Comité en su próxima reunión, a fin de instar a sus miembros a que le envíen sus observaciones.

37. El Sr. LUKASHUK dice al observador del CADHI que la Comisión está examinando la cuestión de la corrupción y que le sería de gran utilidad obtener, en el marco de los intercambios de información entre ambos órganos, la documentación correspondiente a la labor que realiza el CAHDI sobre el mismo tema.

38. El Sr. SIMMA puntualiza que, contra lo que parece creer el Sr. Lukashuk, la cuestión de la corrupción no está siendo examinada por la Comisión, sino que simplemente figura entre los temas que la Comisión podría eventualmente estudiar.

39. El Sr. BENÍTEZ (Observador del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa) dice que si no ha respondido correctamente a la pregunta del Sr. Mikulka es porque la entendió mal. El Sr. Goco quería saber si el CAHDI ha adoptado una posición común en cuanto a las observaciones sobre los textos de la Comisión. El CAHDI no ha examinado aún el informe en cuestión, por lo menos a título oficial. De ordinario el CAHDI procura reunirse antes del período de sesiones de la Sexta Comisión, para poder intervenir de forma coherente en los debates de ésta. Antes, la presencia del Sr. Eiriksson en la CDI y en el CAHDI garantizaba la relación entre ambos órganos. Como ha dicho el Sr. Goco, los Estados miembros del Consejo de Europa, que son también miembros del CAHDI, reciben todos los trabajos de la Comisión, pero el CAHDI tiende a centrar sus debates en los trabajos del Relator Especial de la Comisión, que le informa de todas las actividades que lleva a cabo. El informe del Sr. Simma será examinado en la próxima reunión del CAHDI, en la que el Sr. Benítez no dejará de transmitir las opiniones del Sr. Mikulka.

Las reservas a los tratados *(conclusión)* (A/CN.4/483, secc. B, A/CN.4/491 y Add.1 a 6[12], A/CN.4/L.563 y Corr.1)

[Tema 4 del programa]

[10] Ibíd., Asamblea parlamentaria, doc. 8114, anexo II.

[11] *Anuario... 1997*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/480 y Add.1.

[12] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE DIRECTRICES DE LA GUÍA DE LA PRÁCTICA APROBADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN EL 50.º PERÍODO DE SESIONES *(conclusión)*

40. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) propone a la Comisión que apruebe el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.563 y Corr.1) con las siguientes condiciones: se añadirá una nota de pie de página a la directriz 1.1 para dejar claro que ésta se volverá a examinar a la luz de los debates que se celebren sobre la declaración interpretativa, pudiendo cambiarse la redacción del párrafo 1.1, de ser necesario, después del segundo examen; se remitirán las directrices 1.1.5 y 1.1.6 al Comité de Redacción para que éste las examine de nuevo, teniendo en cuenta las observaciones de la Comisión; por último, el texto de la directriz 1.1.3 se reconsiderará paralelamente a la directriz 1.1.1 en el siguiente período de sesiones de la Comisión y se añadirá una nota de pie de página a este efecto.

41. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el informe del Comité de Redacción.

Así queda acordado.

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

[Tema 1 del programa]

42. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) expone el estado de los trabajos de la Comisión.

43. Se inicia un debate sobre el procedimiento que debe seguirse para que en el informe que la Comisión presentará a la Asamblea General figuren todos los resultados alcanzados por la Comisión en el actual período de sesiones. En el debate intervienen el Sr. BROWNLIE, el Sr. CANDIOTI, el Sr. ECONOMIDES, el Sr. LUKASHUK, el Sr. PELLET, el Sr. Sreenivasa RAO y el Sr. ROSENSTOCK.

44. El PRESIDENTE propone que se forme un grupo de trabajo respecto del tema de la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas que, con asistencia de la secretaría, ayude al Relator Especial a concluir el texto de su comentario para poder presentarlo a la Asamblea General.

Así queda acordado.

Responsabilidad de los Estados[13] *(continuación***)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[14], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[15], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión***)*

ARTICULOS 9 Y 11 A 15 *BIS* *(conclusión***)*

45. El Sr. ECONOMIDES, en referencia al artículo 9 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado) propuesto por el Relator Especial en el párrafo 284 de su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7), dice que esta disposición no es de mucho interés y que sin duda es la menos pertinente de todo el proyecto de artículos. Quizás se pudiera eliminar, tanto más cuanto que el mismo Relator Especial ha declarado que la situación contemplada es muy poco frecuente. Además, como ya se ha observado, la idea de que un Estado ponga un órgano a disposición de otro Estado tiene connotaciones, si no directamente coloniales, al menos humillantes desde el punto de vista de la soberanía nacional. Una cosa está clara y es que a ningún Estado le gustaría encontrarse en la situación contemplada en dicho artículo. Por último, la disposición habría sido aceptable si se hubiera tratado, como antes, de las organizaciones internacionales en las mismas condiciones que los Estados. La supresión de la referencia a estas últimas es una razón más para suprimir el artículo.

46. El artículo 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad) propuesto por el Relator Especial en el párrafo 284 de su primer informe es aceptable siempre que, como ha sugerido el Sr. Pellet (2556.ª sesión), se emplee el término «competencia» en lugar de «poder». El Sr. Economides también está de acuerdo con la supresión de los artículos 11 a 14, por considerar que el texto quedará mejor sin ellos.

47. El artículo 15 (Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional) tal como lo ha propuesto el Relator Especial en el párrafo 284 de su primer informe es el más delicado de los que tiene que estudiar la Comisión en el período de sesiones actual puesto que, desde el punto de vista de la atribución de responsabilidad, debe abarcar tres situaciones diferentes. La primera es la que se contempla explícitamente en el artículo, es decir, el caso en que un movimiento insurreccional se convierta en el nuevo gobierno y asuma la responsabilidad por los hechos ilícitos que se hayan producido antes de su ocupación del poder. Todo el mundo está de acuerdo en esto. La segunda es la situación que surge en el momento en que el movimiento insurreccional se ha «establecido», según dice el párrafo 1, o sea, en el momento en que dicho movimiento se hace con el control de una parte del territorio del Estado. La evaluación de esta situación, basada en el prin-

** Reanudación de los trabajos de la 2534.ª sesión.

*** Reanudación de los trabajos de la 2556.ª sesión.

[13] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[14] Véase nota 12 *supra*.

*** Reanudación de los trabajos de la 2556.ª sesión.

[15] Ibíd.

cipio de la «efectividad» del poder, tampoco plantea ningún problema: el movimiento insurreccional es responsable hasta el fin de la insurrección, independientemente de que ésta fracase o triunfe. La tercera situación es mucho más difícil de encajar en el proyecto de artículo: se trata de la situación, ambigua desde el punto de vista de la responsabilidad del gobierno, que reina hasta el momento en que se «establece» el movimiento insurreccional de oposición, es decir, hasta el momento en que dicho movimiento se hace con el control de una parte del territorio. Esta situación figura en el texto en forma implícita y hace falta absolutamente aclararla.

48. Concluyendo su intervención con el tema del artículo 15 *bis* (Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado, y que ulteriormente adopta o reconoce ese Estado) propuesto por el Relator Especial en el párrafo 284 de su primer informe, el Sr. Economides declara que tanto él como la mayoría de los miembros consideran dicha disposición indispensable. Le parece, no obstante, que convendría decir que un Estado «reconozca y adopte» el comportamiento en lugar de «reconozca o adopte». Es preferible reforzar una sola condición que plantear dos condiciones menos estrictas. El Comité de Redacción podrá volver a estudiar este aspecto del texto en otra ocasión.

49. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) expresa su satisfacción por la aceptación que han suscitado, en general, los proyectos de artículo 9 y 11 a 15 *bis*, propuestos por él. El artículo 15 incluso ha sido objeto de un minidebate ejemplar. En todo caso, de las reflexiones de la Comisión se desprende que la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y de los Estados por los hechos ilícitos cometidos por las primeras debería estudiarse como tema aparte. En todo caso, hay que eliminarla del proyecto de artículos. No obstante, todos los miembros parecen estar de acuerdo en conservar una cláusula de excepción aunque no hayan llegado a un acuerdo sobre cómo debería estar redactado. Esta es una de las cuestiones de las que podrá encargarse sin duda el Comité de Redacción.

50. Con respecto al artículo 9, la supresión de la referencia a las organizaciones internacionales no ha suscitado ninguna objeción. Hay que reconocer que el caso contemplado por el artículo era muy poco frecuente. Si bien algunos consideran que esta disposición tiene connotaciones colonialistas, sobre todo, como se ha observado, en relación con la referencia al *Privy Council* del Reino Unido en el párrafo 220 de su primer informe, el Relator Especial estaba pensando en situaciones mucho más recientes que no tienen nada que ver con el colonialismo, incluso en situaciones en las que el Estado de que se trata está de acuerdo en que otro Estado ponga órganos a su disposición. Por lo tanto, el artículo 9 tiene cierta utilidad y vale la pena conservarlo. En cualquier caso, su presencia suscitará menos problemas que su ausencia.

51. Todos los miembros de la Comisión están de acuerdo en que los artículos 11 a 14 deberían eliminarse. No obstante, el Sr. Pellet ha hecho una observación totalmente justificada sobre un punto del artículo 12 que debería analizarse con más detenimiento. Pero esta cuestión apenas está relacionada con el problema de la atribución, que es el que intenta aclarar el proyecto examinado. Sin duda es demasiado pronto para que la Comisión pueda resolver el tema. Por lo tanto, los miembros han decidido suprimir las disposiciones negativas del proyecto, pero han recomendado justificadamente que se mantengan las secciones más pertinentes del comentario.

52. La fusión de los artículos 14 y 15 también ha obtenido el beneplácito de la Comisión. El Comité de Redacción podrá preguntarse si el nuevo artículo 15 deberá redactarse en forma positiva o negativa. También podrá interrogarse sobre la relación de este artículo con el artículo 5 (Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos), esto es, sobre la relación entre los órganos de los «movimientos insurreccionales» y los de las «entidades públicas territoriales» de los Estados. Evidentemente, habría que evitar cualquier riesgo de confusión entre ambas figuras jurídicas.

53. Se han planteado numerosas cuestiones sobre los términos utilizados en el nuevo artículo 15. Así ocurre con el término «establecido» que figura en el párrafo 1. Este calificativo significa que existe definitivamente una práctica internacional con respecto a los movimientos insurreccionales y que hay un límite a partir del cual estos movimientos adquieren cierto reconocimiento internacional. En cuanto a la elección entre «movimientos insurreccionales» y «movimientos de liberación nacional», el Comité de Redacción podrá elegir entre ambos términos o emplearlos indistintamente, pero hay que recordar que ya no existen muchos movimientos de liberación nacional en el mundo. De todas maneras, no es competencia de la Comisión analizar la situación internacional de los movimientos insurreccionales. Tampoco le compete profundizar en el tema de la responsabilidad de estos movimientos, aunque es evidente que la tienen.

54. La Comisión también ha aceptado el principio sobre el que se basa el artículo 15 *bis*, relativo a los acontecimientos que un Estado aprueba o hace suyos ulteriormente. En vista de lo que está ocurriendo actualmente en el mundo, esta disposición es absolutamente necesaria. El Sr. Economides ha propuesto una modificación que se tendrá en cuenta y el Sr. Bennouna ha señalado que esta disposición abarca en realidad dos situaciones diferentes, dependiendo del momento en el cual el Estado decide asumir su responsabilidad. Con todo, no parece necesario hacer esta distinción en el artículo, ya que éste solo pretende aclarar el problema de la atribución de responsabilidad.

55. El Sr. PELLET señala que el Relator Especial parece interpretar el concepto de atribución de una manera mucho más estricta de lo habitual.

56. El Sr. BENNOUNA dice que hay que dejar muy claro que la situación jurídica de los movimientos insurreccionales y de los movimientos de liberación nacional no forma parte del tema que ha estudiado la Comisión, independientemente de cuáles sean las sensibilidades político-históricas personales de los miembros. Esta cuestión está relacionada en realidad con el tema de la personalidad jurídica. No se trata de un simple problema terminológico, aunque puede haber ciertas dudas acerca del empleo de la palabra «insurreccional».

57. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) responde que su interpretación de la palabra «atribución» es la misma que figura en el artículo 3 (Elementos del hecho

internacionalmente ilícito del Estado). Por otra parte, suscribe sin reservas las observaciones del Sr. Bennouna.

58. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 9 y 11 a 15 *bis*.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2559.ª SESIÓN

Miércoles 12 de agosto de 1998, a las 12.15 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Opertti Badan, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones *(continuación*)*

CAPÍTULO IX.—*Las reservas a los tratados* (A/CN.4/L.562 y Corr.1 y Add.1 y 2 y A/CN.4/L.564)

A.—Introducción (A/CN.4/L.562)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.562 y Corr.1 y Add.1 y 2)

1. El Sr. DUGARD (Relator), presentando el capítulo IX del proyecto de informe sobre las reservas a los tratados, dice que el proyecto refleja fielmente la presentación hecha por el Relator Especial sobre la reservas a los tratados, así como los debates de la Comisión, y pide por ello que se apruebe.

2. El Sr. PELLET (Relator Especial) señalará a la secretaría ciertos cambios de redacción que no afectan al fondo del proyecto. Su única propuesta sustantiva es que se suprima la nota 1 a pie de página del documento A/CN.4/L.562/Add.1, ya que la referencia al Japón es improcedente.

Quedan aprobadas las secciones A y B, en su forma enmendada.

3. El Sr. ROSENSTOCK dice que el Relator Especial tal vez desee leer la nota 6 a pie de página del documento A/CN.4/L.562/Add.1 para comprobar si su redacciónes la más apropiada.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2546 ª sesión

2560.ª SESIÓN

Miércoles 12 de agosto de 1998, a las 15.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Opertti Badan, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación*)* (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1[1], A/CN.4/L.556 y A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO 1 A 17 APROBADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN EL 50.º PERÍODO DE SESIONES

1. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción), presentando los proyectos de artículo 1 a 17 sobre preven-

* Reanudación de los trabajos de la 2542.ª sesión.

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

ción de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas aprobados por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.568), indica que el Comité de Redacción ha celebrado siete sesiones, del 8 al 12 de junio y del 5 al 10 de agosto de 1998. Recuerda que en su 49.º período de sesiones la Comisión decidió dividir en dos el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, a fin de examinar en primer lugar el problema de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas y de abordar en un segundo tiempo la cuestión de la responsabilidad internacional. El texto de los artículos que tiene ante sí la Comisión se refiere al primero de esos temas. En el período de sesiones en curso, el Relator Especial encargado de la cuestión propuso una serie de proyectos de artículo (A/CN.4/L.556) sobre el tema. El texto se derivaba básicamente de los proyectos de artículos incluidos en el informe del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional[2]. Los números que figuran entre corchetes son los de los artículos correspondientes al proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. Los comentarios de los artículos, incluidos en el informe del Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones, explican en detalle el ámbito de aplicación de cada artículo y los criterios esenciales para su comprensión. Sin embargo, habida cuenta de que la Comisión inicia un nuevo quinquenio y cuenta con nuevos miembros, es preciso dar algunas explicaciones.

2. El artículo 1 (Actividades a las que se aplican los presentes proyectos de artículos) define el ámbito de aplicación de los artículos. Es idéntico al apartado *a* del artículo 1 del proyecto propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones. Limita el ámbito de aplicación de los proyectos de artículo a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañan un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. Enuncia tres criterios.

3. El primer criterio se refiere a las «actividades no prohibidas por el derecho internacional», y ese criterio es crucial porque permite distinguir entre los proyectos de artículo relativos al tema sometido a examen y los relativos a la responsabilidad de los Estados. El segundo criterio es que las actividades que dan lugar a la adopción de medidas preventivas entrañan un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Ese criterio de riesgo pretende excluir del ámbito de aplicación de los proyectos de artículo las actividades que causan, de hecho, un daño transfronterizo en su desarrollo normal. El calificativo «transfronterizo» tiene como fin excluir las actividades que causan un daño en el territorio del Estado en el que se ejecutan, y las actividades que causan un daño a zonas no dependientes de la jurisdicción de ningún Estado, pero que no causan daños a ningún Estado en concreto. La expresión «riesgo de causar [...] un daño transfronterizo sensible» debe considerarse en su conjunto y entenderse con arreglo a la definición que de ella se hace en el artículo 2.

[2] Véase 2527.ª sesión, nota 16.

4. El tercer criterio es que el daño transfronterizo sensible debe haber sido causado por las consecuencias físicas de las actividades. Ello refleja la preocupación que la Comisión ha tenido desde el principio de mantener el tema dentro de límites viables y, para tal fin, de excluir los daños transfronterizos susceptibles de ser causados por las políticas económicas, humanitarias, socioeconómicas y de otra índole de los Estados. Por consiguiente, las actividades tienen que tener consecuencias físicas que causen un daño sensible. El título del artículo sigue siendo el mismo que se aprobó en el 48.º período de sesiones.

5. El Presidente del Comité de Redacción señala que los títulos de los proyectos de artículo parecen apartarse de su ámbito de aplicación tal y como éste se define en el artículo 1. Se trata de un problema que la Comisión tendrá que solucionar tarde o temprano. En la etapa actual, los proyectos de artículos se refieren a un subtema del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Sin embargo, si los proyectos de artículo se hacen autónomos, será preciso armonizar el título y el ámbito de aplicación.

6. El artículo 2 (Términos empleados) contiene la definición de cinco términos y expresiones utilizados frecuentemente en el proyecto. Cuatro de ellos, los definidos en los apartados *a*, *c*, *d* y *e*, ya estaban definidos en el artículo 2 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. El apartado *b* es nuevo.

7. En el apartado *a* se define el «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» como el que entraña pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible. El adjetivo «sensible» se aplica tanto al riesgo como al daño. A los efectos de los artículos, se entiende por «riesgo» el efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y de la amplitud de sus consecuencias perjudiciales. Por lo tanto, es el efecto combinado de esos dos elementos el que define el umbral, que debe alcanzar un nivel que se considere sensible. La palabra «implica» tiene por objeto destacar que la gama de actividades a las que se hace referencia es limitada y no incluye, por ejemplo, las actividades que entrañan pocas probabilidades de causar un daño transfronterizo sensible.

8. El apartado *b* es nuevo: no define el daño sino el ámbito de éste, indicando que se trata del daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente.

9. El apartado *c* define el «daño transfronterizo» como el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes. La definición se explica por sí sola y precisa que los proyectos de artículos no se aplican a los daños causados en zonas que no están bajo la jurisdicción de ningún Estado, pero, en cambio, se aplican a las actividades realizadas bajo la jurisdicción o el control de un Estado, por ejemplo, en alta mar, que tienen efectos sobre el territorio de otro Estado o en lugares bajo la jurisdicción o el control de otro Estado, y que tienen consecuencias perjudiciales (por ejemplo para los buques de otro Estado en alta mar).

10. En el apartado *d* se define la expresión «Estado de origen» como el Estado en cuyo territorio o bajo cuya

jurisdicción o control se realizan las actividades a las que se refiere el proyecto de artículo 1.

11. En el apartado *e* se define la expresión «Estado que puede resultar afectado» como el Estado en cuyo territorio es probable que se produzca el daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que es probable que se produzca ese daño. El Presidente del Comité de Redacción observa que el Comité de Redacción ha sustituido la expresión «se ha producido» que figuraba en el proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones por «es probable que se produzca» porque se trata de prevención.

12. El artículo 3 (Prevención) enuncia la obligación general de prevención en la que se basa el conjunto de los proyectos de artículo. Se inspira en el artículo 4 del proyecto del 48.º período de sesiones, aunque se aparta de él en que no prevé la obligación de tomar todas las medidas idóneas para reducir al mínimo los efectos del daño una vez que éste se ha producido, ya que el Comité de Redacción ha considerado que esta cuestión está relacionada con la responsabilidad y no con la prevención.

13. El artículo 3 impone al Estado la obligación de tomar todas las medidas necesarias para prevenir los daños transfronterizos sensibles o minimizar el riesgo de causarlos. Por esta razón, quizás se hayan de adoptar las medidas que exige la mayor prudencia, aunque no se tenga certeza científica demostrada, a fin de evitar o de prevenir el daño cuando existe riesgo de causar un daño grave o irreversible. Esta idea está bien desarrollada en el principio 15 de la Declaración de Río[3] y se entiende a reserva de los medios de que dispongan los Estados interesados. Se ha aceptado que la puesta en práctica óptima y más eficaz de la obligación de prevención requeriría una modernización de las tecnologías utilizadas en el marco de la actividad, así como la asignación de recursos financieros y humanos suficientes, y la formación necesaria para la gestión y el seguimiento de la actividad. Es al encargado de la explotación al que corresponde correr con los gastos de la prevención en la medida en que es responsable de la actividad. El Estado de origen tiene también que efectuar los gastos necesarios para establecer los mecanismos administrativos, financieros y de vigilancia a los que se hace referencia en el artículo 5. El Comité de Redacción ha señalado que los Estados conciertan entre ellos acuerdos mutuamente beneficiosos en las esferas del fortalecimiento de la capacidad, la transferencia de tecnología y los recursos financieros. Esas iniciativas sirven al interés común de todos los Estados de elaborar normas internacionales uniformes para la reglamentación y la puesta en práctica de la obligación de prevención.

14. El artículo 4 (Cooperación) se basa también en el artículo correspondiente del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. Sin embargo, una vez más, no se trata de la obligación de minimizar los efectos de un daño que ya se ha producido, ya que ello no guardaría relación con la prevención. El Comité de Redacción ha sustituido la palabra «las» por la expresión «una o más». En el comentario se explicará que las organizaciones a las que se hace referencia en este artículo son aquellas que tienen las competencias necesarias para ayudar a los Estados interesados a prevenir los daños transfronterizos sensibles o a minimizar el riesgo de que se produzcan. En él se explicará también que, además de esa asistencia, las organizaciones internacionales pueden ofrecer a los Estados un marco para cumplir su obligación de colaborar en materia de prevención en aplicación del artículo en cuestión.

15. El artículo 5 (Aplicación) se basa en el artículo 7 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. En él se declara algo evidente, a saber, que, cuando un Estado se convierte en parte en los proyectos de artículo, debe adoptar las medidas necesarias para aplicar las disposiciones. Puede tratarse de medidas legislativas, administrativas o de otra índole, o, por ejemplo, del establecimiento de mecanismos de vigilancia apropiados —expresión que pone de manifiesto el carácter continuado de la obligación que se consigna en los proyectos de artículo.

16. El artículo 6 (Relación con otras normas del derecho internacional) es una versión simplificada del artículo 8 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. Indica que los proyectos de artículos se entenderán sin perjuicio de la existencia, la aplicación o el efecto de cualesquiera otras normas del derecho internacional, convencionales o consuetudinarias, relativas a una acción o a una omisión a la que se aplicarían los proyectos de artículo en ausencia de tales normas.

17. El artículo 7 (Autorización previa) enuncia, en la primera parte de la primera frase del párrafo 1, la regla fundamental de que las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de los proyectos de artículo requieren la autorización previa del Estado de origen. El Comité de Redacción ha considerado necesario hacer constar también en esta frase un elemento que figuraba en el comentario del artículo correspondiente, el artículo 9, del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones, a saber, que también se requerirá autorización previa para introducir cualquier cambio importante en una actividad peligrosa ya autorizada. Como se indicaba en el comentario en cuestión, se entiende por «cambio importante» toda modificación que incremente el riesgo o que altere su naturaleza o su alcance. La segunda frase del párrafo 1 se refiere a un tipo diferente de cambio, a saber, un cambio que pueda transformar una actividad que no entrañe riesgos en otra que sí los entrañe. El Comité de Redacción ha suprimido el calificativo «importante» que figuraba en el proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones, ya que cualquier cambio que pueda transformar alguna actividad en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los proyectos de artículos supondría la obligación de obtener una autorización previa.

18. El párrafo 2 del artículo 7 se refiere a las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de los proyectos de artículo que se estuvieran realizando antes de que éstos entraran en vigor. En el marco del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones, la cuestión se trataba en un artículo aparte, el artículo 12. El texto propuesto por el Relator Especial es de carácter más general que aquella disposición, en la que se establecían las diversas etapas del procedimiento en cuestión. El Comité de Redacción ha introducido dos modificaciones en el texto del Relator Especial: ha suprimido la palabra «previa», porque se trata de actividades preexistentes, y ha suprimido la referencia al párrafo 1 para que no pueda dar lugar a un error

[3] Ibíd., nota 8

de interpretación, ya que ambos párrafos se refieren a situaciones totalmente distintas.

19. El Comité de Redacción ha estimado que era importante incluir una disposición sobre las consecuencias de la no observancia por parte del explotador de los requisitos de la autorización. De hecho, la norma de la autorización previa consagrada en este artículo perdería en gran medida su efecto práctico si el Estado de origen no tuviera también la obligación de velar por que la actividad se llevara a cabo conforme a los requisitos por él establecidos cuando la autorizó. Corresponde a los Estados decidir las modalidades para el cumplimiento de esa obligación. Sin embargo, en el párrafo 3 del artículo 7 se indica que, en algunos casos, la inobservancia de los requisitos de la autorización por parte del explotador puede dar lugar a la revocación de la autorización.

20. El artículo 8 (Evaluación de los efectos) se basa en el artículo 10 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. En él se dispone fundamentalmente que la concesión de una autorización deberá basarse en una evaluación de los posibles daños transfronterizos de la actividad. Dicha evaluación permite al Estado determinar el alcance y el carácter del riesgo que comporta la actividad y, por consiguiente, el tipo de medidas preventivas que debe adoptar. La cuestión de quién debe proceder a efectuar esa evaluación se deja en manos de los Estados. El artículo no indica qué debe contener la evaluación del riesgo. Es evidente que dicha evaluación carece de sentido si no vincula el riesgo al daño al que dicho riesgo puede dar lugar.

21. El artículo 9 (Información al público) se basa en el artículo 15 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. En él se dispone que los Estados deberán proporcionar al público que pueda resultar afectado información sobre el riesgo que entraña una actividad sujeta a autorización y consultar su opinión. Este artículo refleja la tendencia reciente del derecho internacional a hacer participar en la adopción de decisiones del Estado a las personas cuya vida, salud o bienes pueden verse afectados, dándoles la posibilidad de exponer su opinión a los encargados de la adopción de decisiones. La obligación enunciada en el artículo está circunscrita por la expresión «por los medios que consideren apropiados», que deja en manos de los Estados la elección de los medios de informar a su población.

22. El artículo 10 (Notificación e información), que corresponde al artículo 13 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones, se refiere a la situación en la que la evaluación a la que se refiere el artículo 8 indica que la actividad prevista entraña efectivamente un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Junto con los artículos 11 y 12, este artículo define una serie de procedimientos esenciales para tratar de lograr el equilibrio entre los intereses de todos los Estados interesados, dándoles una posibilidad razonable de encontrar el medio de adoptar medidas preventivas adecuadas. La idea que sustenta este artículo es la de que el Estado de origen deberá hacer la oportuna notificación a los Estados que puedan resultar afectados por una actividad. El texto aprobado por el Comité de Redacción es ligeramente diferente del texto del artículo 13 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. En primer lugar, recoge una idea que figuraba en el comentario de ese artículo 13. Ahora, el Estado de origen deberá, «antes de que se tome una decisión sobre la autorización de la actividad», hacer «la oportuna» notificación del riesgo a los Estados que pueden resultar afectados. El texto actual es más matizado y flexible que el texto propuesto en el 48.º período de sesiones, en el que se disponía la notificación «sin dilación».

23. Por lo que respecta al tiempo de que disponen para responder los Estados que pueden resultar afectados, en el texto propuesto en el 48.º período de sesiones se preveía que, en su notificación, el Estado de origen indicara el plazo dentro del cual deberían responder. En el artículo 10, el Estado de origen ya no tiene que hacerlo. Según el párrafo 2, los Estados que puedan resultar afectados deberán presentar su respuesta «dentro de un plazo razonable», fórmula que el Comité de Redacción ha considerado más flexible. Sin embargo, el Comité de Redacción estima que en la medida en que se aplique a plazos prescritos para procedimientos antes de que se inicie una actividad, por la expresión «plazo razonable» deberá entenderse que no se podrá conceder ninguna autorización antes de que transcurra el «plazo razonable». Este punto se explicará en el comentario.

24. En el artículo 11 (Consultas sobre las medidas preventivas), que corresponde al artículo 17 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones, se prevé la celebración de consultas entre los Estados interesados respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible y se trata de llegar a un equilibrio entre dos consideraciones igualmente importantes. En primer lugar, no hay que olvidar que este artículo se refiere a actividades que no están prohibidas por el derecho internacional y que normalmente contribuyen al desarrollo económico del país de origen. Sin embargo, en segundo lugar, no sería justo para los demás Estados permitir que esas actividades se realicen sin que se les consulte y sin adoptar las medidas preventivas necesarias. En el artículo 11 no se prevé ni una simple formalidad que deba cumplir el Estado de origen, sin intención real de llegar a una solución aceptable para los demás Estados, ni un derecho de veto que beneficie al Estado que pueda resultar afectado. Para mantener ese equilibrio, el artículo hace hincapié en la manera en que las partes celebrarán las consultas y en los fines con que lo harán. Deberán celebrar consultas de buena fe, teniendo en cuenta los intereses legítimos de cada uno de ellos. Por recomendación del Relator Especial, el Comité de Redacción ha introducido algunas modificaciones en el párrafo 1. Ha suprimido las palabras «y sin demora», ya que ello está implícito en el principio de buena fe por el que se rigen las consultas, así como la referencia a la obligación de cooperar, ya consagrada, de manera más general, en el artículo 4.

25. El párrafo 2 no ha sufrido cambios. Por lo que respecta al párrafo 3, relativo a una situación en la que las consultas no hayan conducido a una solución acordada, el Comité de Redacción, también en este caso a propuesta del Relator Especial, ha sustituido las palabras «y podrá proseguir la actividad por su cuenta y riesgo» por «si decide autorizar que la actividad se realice por su cuenta y riesgo», para subrayar que una actividad que puede causar un daño transfronterizo sensible no puede llevarse a cabo sin la autorización del Estado de origen, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7. El Comité de Redacción

también ha simplificado la cláusula de salvaguardia que figura en la última frase, que ahora reza «sin perjuicio de los derechos de cualquier Estado que pueda resultar afectado». El Comité de Redacción se ha planteado la pregunta de si, en caso de que el procedimiento de solución de controversias previsto en el artículo 17 se hubiera puesto en práctica al fracasar las consultas, el Estado de origen debe esperar el desenlace de ese procedimiento antes de autorizar la actividad. Para la mayoría de los miembros del Comité de Redacción, al tratarse de actividades no prohibidas por el derecho internacional, ello equivaldría a imponer al Estado de origen una carga excesiva.

26. El artículo 12 (Factores de un equilibrio equitativo de intereses) reproduce palabra por palabra, con excepción del apartado *d*, el artículo 19 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. Su finalidad es dar a los Estados algunas indicaciones con respecto a la finalidad de sus consultas. Para llegar a un equilibrio justo de intereses es preciso determinar numerosos hechos y tener en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes. El artículo debe interpretarse a la luz del resto del proyecto de artículos y, en particular, del artículo 3, en el que se establece la obligación de prevención que corresponde al Estado de origen. En la cláusula preliminar del artículo se establece que «Para lograr un equilibrio equitativo de intereses [...] los Estados de que se trate tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes». Le sigue una lista no exhaustiva de esos factores y circunstancias. Habida cuenta de la gran diversidad de los tipos de actividades incluidos en el ámbito de aplicación de los proyectos de artículo, y de las distintas situaciones y circunstancias en las que se desarrollan, resulta imposible establecer una lista exhaustiva de los factores pertinentes en todos los casos en cuestión. Ciertos factores pueden ser pertinentes en una situación determinada y otros no serlo y factores que no figuran en la lista pueden resultar pertinentes. Además, no existe ninguna prioridad por lo que respecta al peso que se ha de acordar a los distintos factores y circunstancias, ya que unos y otros pueden ser más o menos importantes según los casos.

27. En el apartado *a* se sopesan el grado de riesgo y la disponibilidad de medios para prevenir el daño o minimizar el riesgo. Por ejemplo, el riesgo puede ser elevado, y determinadas medidas pueden eliminar o reducir el riesgo, o pueden existir buenas posibilidades de reparar el daño. Las comparaciones son tanto cuantitativas como cualitativas. En el apartado *b* se sopesa la importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para los Estados que puedan resultar afectados. En el apartado *c* se sopesa, al igual que en el apartado *a*, el riesgo de daño al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo. En el apartado *d* se tiene en cuenta el hecho de que es frecuente que los Estados interesados negocien el reparto de los costos de las medidas preventivas. Al hacerlo, parten del principio fundamental derivado del artículo 3, según el cual los costos deben correr a cargo del explotador o del Estado de origen. En general, esas negociaciones tienen lugar cuando no existe un acuerdo sobre el monto de las medidas preventivas y cuando el Estado que puede resultar afectado se hace cargo de una parte del costo de esas medidas porque desea más protección que la que le brindarían las medidas preventivas esenciales para el Estado de origen. La relación entre la participación o la financiación de los gastos y el costo de las medidas preventivas se refleja, en particular, en el apartado *d*. En el apartado *e* se dispone que se debe tener en cuenta la viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de la prevención y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios o de sustituirla por otra actividad. Por último, en el apartado *f* se sopesan las normas de protección exigidas del Estado de origen y las aplicadas a la misma actividad o a actividades comparables en los Estados que pueden resultar afectados, entendiendo que es difícil exigir al Estado de origen que aplique normas preventivas mucho más rigurosas que las que se aplican en los Estados que pueden resultar afectados. No obstante, ese factor no es determinante por sí mismo.

28. El artículo 13 (Procedimientos aplicables a falta de notificación) se refiere a una situación en la que un Estado tiene motivos razonables para creer que una actividad que se proyecta o lleva a cabo en otro Estado puede entrañar un riesgo de causarle un daño transfronterizo sensible aunque no haya recibido notificación en ese sentido. La cuestión se trataba en el artículo 18 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones, pero el Relator Especial consideró que era preferible mantener la redacción del artículo 18 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en el que se prevé un mecanismo más progresivo, y el Comité de Redacción apoyó esa opinión. Así, en lugar de solicitar de inmediato la celebración de consultas, como se prevé en el texto propuesto en el 48.º período de sesiones, el Estado que tenga razones para creer que puede resultar afectado pedirá primero al Estado de origen que notifique la actividad y que le transmita la información pertinente. Sólo si el Estado de origen se niega, alegando que no está obligado a hacerlo —es decir, si ese Estado considera que la actividad no entraña riesgo de causar un daño transfronterizo sensible—, se celebrarán consultas a solicitud del otro Estado. El Comité de Redacción ha considerado que era necesario precisar en el párrafo 2 que el Estado de origen debía dar una respuesta en un «plazo razonable». Por lo tanto, las consultas no pueden celebrarse mientras ese Estado no haya respondido, y el Estado que considera que la actividad realizada en el Estado de origen puede ocasionarle un daño transfronterizo sensible quedaría sin recursos.

29. El Comité de Redacción introdujo una modificación en el texto propuesto por el Relator Especial para el párrafo 3, según el cual el Estado que considere que la actividad es peligrosa puede pedir al Estado de origen que la suspenda por un período de seis meses. De hecho, se consideró que la obligación impuesta al Estado de origen era innecesariamente severa. Los artículos se refieren a una actividad que no está prohibida por el derecho internacional. Por consiguiente, el Comité de Redacción mitigó la obligación exigiendo al Estado de origen que disponga «las medidas adecuadas y viables para minimizar el riesgo». La suspensión de la actividad sólo está prevista «cuando proceda». De este modo existe una progresividad en las medidas que puede adoptar el Estado de origen. Además, en el comentario se precisará que las

medidas estarán determinadas por el hecho de que la actividad en cuestión esté en curso o se haya concluido.

30. En el artículo 14 (Intercambio de información) se indica lo que es preciso hacer una vez iniciada la actividad. El objeto de esta etapa, como de las anteriores, es prevenir los daños transfronterizos sensibles o minimizar el riesgo de que se produzcan. La disposición reproduce textualmente el artículo 14 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones, añadiendo la palabra «disponible» después de la palabra «pertinente». En el artículo se prevé un intercambio de información entre el Estado de origen y los Estados que puedan resultar afectados por el desarrollo de la actividad. La prevención no es una acción puntual, sino una actividad constante. Por este motivo, las obligaciones de prevención no concluyen una vez concedida la autorización para desarrollar la actividad, sino que se mantienen mientras ésta se desarrolla.

31. La información que debe transmitirse en cumplimiento de este artículo incluye todos los datos que sean útiles o pertinentes a los fines de la prevención. El añadir, como ya se ha señalado, la palabra «disponible» ha permitido al Comité de Redacción aliviar la carga para el Estado de origen, que de otro modo habría tenido que proporcionar «toda la información pertinente». La nueva formulación ofrece la ventaja de ser más matizada y equitativa. La información se deberá intercambiar «oportunamente», lo que significa que tan pronto como una información obre en conocimiento de un Estado, éste debe transmitirla al otro Estado para que todos los Estados interesados dispongan de tiempo suficiente para celebrar consultas sobre la adopción de medidas preventivas. La obligación de intercambiar información sólo surge cuando los Estados disponen de datos sobre la prevención de los daños transfronterizos.

32. El artículo 15 (Seguridad nacional y secretos industriales) reproduce el artículo 16 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones sin modificación alguna. El Comité de Redacción estimó que el artículo 15 reflejaba adecuadamente una exención estrechamente delimitada de la obligación de proporcionar información que se impone al Estado de origen en virtud de otros artículos. Este tipo de cláusulas no son inhabituales en los tratados en los que se prevé un intercambio de información, y fundamentalmente en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Sin embargo, el artículo 31 de dicha Convención no se refiere más que a la información relativa a la defensa o a la seguridad nacionales, mientras que el artículo 15 protege también los secretos industriales. De hecho, en el ámbito del tema de que se trata, es sumamente probable que algunas de las actividades en cuestión entrañen la utilización de técnicas avanzadas protegidas por la legislación interna sobre propiedad industrial. Al igual que en las demás disposiciones del proyecto de artículos, se ha tratado de lograr un equilibrio entre los intereses legítimos de todos los Estados interesados. Por ello, si el Estado de origen no puede transmitir determinados datos «cooperará de buena fe con los demás Estados de que se trate para proporcionar toda la información posible en atención a las circunstancias».

33. El artículo 16 (No discriminación) se basa en el artículo 32 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En él se enuncia el principio fundamental de que el Estado de origen dará acceso a sus procedimientos judiciales o de otra índole sin discriminar por motivos de nacionalidad o residencia o de lugar en que pueda ocurrir el daño. Obliga a los Estados de origen a tratar a todas las personas a las que se haya causado un daño, cualquiera que sea su nacionalidad o su lugar de residencia, y cualquiera que sea el lugar en el que haya ocurrido el daño, del mismo modo que a los nacionales de ese Estado con arreglo a sus ordenamientos jurídicos internos. Debe entenderse que este artículo impide a los Estados obrar de manera discriminatoria basándose en sus sistemas jurídicos y que no se trata de una cláusula general de no discriminación relacionada con los derechos humanos. De hecho, la disposición se refiere a la igualdad de acceso a los tribunales y a las instancias administrativas de los Estados interesados de los nacionales y los no nacionales, así como de los residentes y los no residentes.

34. El artículo 17 (Solución de controversias) es una nueva disposición propuesta por el Relator Especial que no estaba contemplada en el proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones. Se inspira en el artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, ya que prevé la obligación de acudir a una comisión de determinación de los hechos a solicitud de una de las partes si la controversia no ha podido resolverse por otros medios en un plazo de seis meses. Entre esos otros medios, el Relator Especial había citado los procedimientos obligatorios de arbitraje y de arreglo judicial. Sin embargo, el Comité de Redacción consideró que también era importante mencionar expresamente otros medios de solución con intervención de una tercera parte, en particular la mediación y la conciliación. Por lo que respecta al procedimiento de determinación de los hechos, el Comité de Redacción era consciente de que, en la práctica, estipular, como se hace en el artículo 17, que «las partes interesadas podrán pedir que se nombre una comisión independiente e imparcial de determinación de los hechos» no basta para que dicha comisión se constituya efectivamente. De hecho, en los instrumentos internacionales de carácter vinculante, ese tipo de disposición prevé normalmente un procedimiento detallado sobre el nombramiento de los miembros de la comisión de determinación de los hechos y el funcionamiento de ésta, como sucede, por ejemplo, en el artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Sin embargo, dado que todavía no se ha tomado una decisión acerca del carácter de los proyectos de artículo sobre la prevención, el Comité de Redacción ha estimado que sería prematuro definir ese procedimiento en el proyecto. También esto se explicará en el comentario. Por lo que respecta a la última frase del artículo 17, relativa al informe de la comisión de determinación de los hechos, el Comité de Redacción consideró preferible suprimir las palabras «tendrá carácter de recomendación», porque podían dar lugar a malentendidos. Normalmente, el informe se limitará a exponer los hechos que haya determinado la comisión de determinación de los hechos y no contendrá recomendaciones propiamente dichas. En el comentario se indicará claramente que el informe no tendrá ningún carácter vinculante.

35. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a presentar sus observaciones sobre los proyectos de artículo.

36. El Sr. BENNOUNA considera que el último artículo presentado por el Presidente del Comité de Redacción, el artículo 17, no está bien rematado, y, por consiguiente, tiene escasa utilidad. El párrafo 1 se limita a enumerar los medios de solución que están, en cualquier caso, a disposición de los Estados y, en ese sentido, no añade nada al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo que respecta al párrafo 2, aunque se refiere al nombramiento de una comisión de determinación de los hechos, no facilita ninguna indicación por lo que respecta a las modalidades concretas de la constitución y el funcionamiento de dicha comisión. Por consiguiente, el Sr. Bennouna propone que el proyecto de artículo se devuelva al Comité de Redacción.

37. El Sr. FERRARI BRAVO felicita al Relator Especial por haber hecho una selección de los textos ya elaborados para extraer las normas en las que basar el esbozo de codificación. Partiendo de un concepto general, el Relator Especial ha llegado a conclusiones bastante cercanas a las que el orador había llegado en su calidad de Relator Especial encargado del medio ambiente en el Instituto de Derecho Internacional.

38. Por lo que respecta al artículo 17, es un poco escueto, lo que no significa que sea totalmente inútil, ya que la prevención es un ámbito en el que los Estados siempre son reticentes a aceptar procedimientos vinculantes. Incluso la modesta comisión de determinación de los hechos prevista en el párrafo 2 del artículo supone un primer paso. El artículo 17 no puede ser definitivo por lo que respecta a la forma, pero parece difícil, en la etapa actual, ir más allá, y no existe razón para devolverlo al Comité de Redacción.

39. El PRESIDENTE, contestando a una pregunta del Sr. PELLET, propone a la Comisión que se proceda artículo por artículo.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 1 (Actividades a las que se aplican los presentes proyectos de artículos)

Queda aprobado el artículo 1.

ARTÍCULO 2 (Términos empleados)

40. El Sr. PELLET desea asegurarse de que la expresión «o el control», que se utiliza tanto en este artículo como en los artículos 7 y 13, se refiere al caso de un Estado que ejerce sobre un territorio que no le pertenece un control efectivo y, por consiguiente, debe ser considerado responsable de lo que en él suceda.

41. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) indica que esa es en efecto la forma en que se debe entender la palabra «control», de conformidad con la interpretación de la CIJ en el asunto de *Namibie*.

42. El Sr. HAFNER indica que la expresión «bajo la jurisdicción o el control» fue objeto de largas deliberaciones en 1972 en Estocolmo[4] y que desde entonces es habitual en documentos de este tipo. A la sazón se consideró que hablar únicamente de la jurisdicción suscitaría inmediatamente la cuestión de si ésta se ejercía de manera lícita. Por este motivo, se añadió «o el control», a fin de cubrir también cuestiones tales como la jurisdicción y el control ejercidos en los buques en alta mar. Dicho de otro modo, al añadir las palabras «o el control» se pretendía fundamentalmente evitar el debate sobre la licitud o ilicitud de la jurisdicción.

Queda aprobado el artículo 2.

ARTÍCULO 3 (Prevención)

43. El Sr PELLET se pregunta cuáles son los motivos que han llevado a suprimir el antiguo artículo 3 propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones y a sustituirlo por el nuevo artículo 3, que repite prácticamente el antiguo artículo 4 propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones. Con la supresión de este artículo ha desaparecido la afirmación de un principio fundamental, a saber, que la libertad de acción de los Estados tiene límites.

44. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) explica que se renunció a la antigua formulación por motivos de concisión y para aligerar el proyecto de artículos, pero que las ideas y los principios esenciales que la sustentaban no han desaparecido ni se han alterado. En el conjunto del proyecto de artículos se estipulan claramente los límites de la libertad de acción de los Estados y se establece un régimen a tal efecto.

45. El Sr. PELLET coincide con el Relator Especial en que la idea de la obligación general de prevención que se recogía en la segunda frase del antiguo artículo 3 se refleja en los otros artículos. En cambio, ha desaparecido por completo el principio de la libertad de acción del Estado y de sus límites, que era el estandarte del conjunto del proyecto. Propone que en un artículo 2 *bis* se retome la primera frase del antiguo artículo 3, que estaba bien formulada y decía algo fundamental.

46. El Sr. ECONOMIDES estima que la propia existencia del texto debatido demuestra que no sólo no es ilimitada la libertad de los Estados, sino que, de hecho, está muy limitada. Por este motivo se ha estimado que la obligación de prevención general estipulada con gran contundencia en el artículo 3 recogía plenamente el contenido de la primera frase del antiguo texto y que ésta podía suprimirse.

47. El Sr. HAFNER no considera adecuado volver a incluir la frase en cuestión, que es completamente diferente al actual artículo 3 y va mucho más allá de lo que en éste se dispone. Es cierto que se podría, o incluso se debería, hablar de la equidad entre las generaciones y del deber de utilizar prudentemente los recursos naturales, pero el mandato de la Comisión no es lo suficientemente amplio.

[4] Véase *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.º de venta: S.73.II.A.14).

48. El Sr. BENNOUNA considera que la crítica del Sr. Pellet es pertinente y que el principio general enunciado en la primera frase del antiguo artículo 3 podría incluirse en el preámbulo de una posible convención.

49. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) indica que en el comentario del artículo 3 se tratará de ese principio fundamental, que es muy general y de aceptación universal.

50. El Sr. PELLET lamenta que haya desaparecido la primera frase del antiguo artículo 3 porque es seguidor de la escuela del objetivismo jurídico, para la que la voluntad del Estado no lo es todo en derecho internacional. En el mundo de los expertos en derecho internacional son demasiados aquellos para los que todo lo que no está prohibido está permitido. El Sr. Pellet acepta la decisión de suprimir esta frase, pero la considera profundamente lamentable desde un punto de vista doctrinal.

Queda aprobado el artículo 3.

ARTÍCULO 4 (Cooperación)

51. El Sr. GOCO observa que la expresión «Estados de que se trata» que figura en el artículo 4 y en los artículos 11 y 16 no aparece en el artículo 2 relativo a los términos empleados, en el que sólo se definen el «Estado de origen» y el «Estado que puede resultar afectado». Además, en los otros artículos el término «Estado» se emplea solo. Pregunta si esas variaciones se deben a diferencias de fondo.

52. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que la expresión «Estados de que se trata» se emplea para aligerar el texto cuando el sentido está claro. En el artículo 4, los Estados de que se trata son, claramente, el Estado de origen y el Estado que puede resultar afectado. Cuando el término «Estado» se utiliza solo puede significar tanto el Estado por oposición a otra institución o el Estado de origen o el Estado que puede resultar afectado. En cada caso, el contexto aclara sin lugar a dudas el sentido de la expresión empleada.

53. El Sr. ECONOMIDES opina que la expresión «Estados de que se trata» se refiere siempre al Estado de origen y al Estado que puede resultar afectado, mientras que el término «Estado», empleado solo, también se refiere a los Estados partes en el futuro instrumento o incluso a los Estados que no son partes pero que desearían aplicarlo. Esas precisiones deberían incluirse en el comentario.

54. El Sr. AL-KHASAWNEH considera que la expresión «cooperarán de buena fe» podría hacer pensar, por oposición, que los Estados pueden cooperar «de mala fe». También por oposición podría entenderse que el artículo 4 dice que cuando el daño transfronterizo no es sensible, los Estados no tienen que cooperar. Por último, en una lógica lineal, «minimizar» tendría que figurar antes que «prevenir».

55. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) observa que la expresión «cooperarán de buena fe» se emplea en decenas de tratados. Los términos «daño sensible» forman también una expresión consagrada. En cualquier caso, las hipótesis alternativas son innecesarias, y la Comisión no puede volver a redactar todo el proyecto para suprimir cualquier riesgo de interpretación de ese tipo. Por último, los términos «minimizar» y «prevenir» y la relación entre ambos han dado lugar a vivos debates en el Comité de Redacción, de lo que se desprende que el sentido del artículo es que ante todo hay que prevenir el daño o, si no se puede, al menos reducir en lo posible el riesgo.

56. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que la intención de la Comisión nunca ha sido minimizar la importancia de la cooperación entre los Estados, sea el daño sensible o no, incluso si, en el caso en cuestión, se esté tratando de un daño sensible. Todas estas precisiones figurarán en el comentario.

57. El Sr. KABATSI señala que, en la versión inglesa, la palabra *organization* debería figurar en plural. Por otra parte, en el artículo 1 se habla de *risk of causing harm* mientras que en el artículo 4 se habla de minimizar el *risk of harm*. Tal vez conviniera introducir también el verbo *causing* en este último artículo.

58. El Sr. HAFNER dice que el término *causing* empleado en el artículo 1 se retoma del principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[5] y del principio 2 de la Declaración de Río. Si se introduce ese verbo en el artículo 4 se corre el riesgo, si no se presta atención a la puntuación, de modificar el objeto al que se refiere el verbo *preventing*.

59. El Sr. GALICKI señala que el verbo *causing* aparece también, entre otros, en los artículos 11 y 14, por lo que el problema se plantea en todo el proyecto.

60. El Sr. CANDIOTI señala que en la versión en español del artículo 4 ya figura el verbo «causar».

61. El Sr. PELLET considera que si se introduce el verbo *causing* en el artículo 4, también debe introducirse en el artículo 3. En ambos casos, la reformulación de la versión francesa podría resultar problemática.

62. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) considera que el verbo *causing* no aporta nada en el contexto de los artículos 3 y 4, ya que el riesgo de daño no es sino el riesgo de causar un daño. Después de consultar a otros miembros de la Comisión, propone mantener los artículos 3 y 4 como están y, con fines de armonización, suprimir el verbo en los siguientes artículos cuando se proceda a su examen.

63. El PRESIDENTE sugiere a la Comisión que se apruebe el artículo 4 en su formulación actual, teniendo en cuenta la propuesta del Relator Especial y poniendo en plural el término *organization* en la versión inglesa.

Así queda acordado.

Queda aprobado el artículo 4.

[5] Ibíd., primera parte, cap. I.

ARTÍCULO 5 (Aplicación)

64. El Sr. PELLET observa que el artículo se basa en el texto del artículo 7 que figuraba en el proyecto propuesto en el 48.° período de sesiones, al que se ha añadido «incluido el establecimiento de mecanismos de vigilancia apropiados». Este inciso es menos anodino de lo que cabría suponer, pues impone a los Estados una obligación que algunos encontrarán muy pesada. El Presidente del Comité de Redacción facilitará explicaciones detalladas sobre este punto.

65. El Sr. BENNOUNA piensa que la obligación suplementaria que inquieta al Sr. Pellet no es tan apremiante, en la medida en que los Estados ya están obligados, en virtud del derecho internacional consuetudinario, a controlar las actividades que tienen lugar en su territorio.

66. Considera inadecuada la expresión «medidas legislativas, administrativas y de otra índole». En su opinión, habría habido que tener en cuenta también las medidas constitucionales, pues puede presentarse el caso. Habría bastado una expresión más sencilla pero más amplia, como «los Estados adoptarán las medidas de derecho interno necesarias».

67. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) responde al Sr. Pellet que los «mecanismos de vigilancia apropiados» cuya mención se ha añadido, se refieren no a aparatos de alta tecnología, sino a un dispositivo administrativo permanente y duradero, dotado de recursos y capaz de mantener permanentemente en examen la evolución de las actividades para cuyo control se ha creado.

68. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) explica que los «mecanismos de vigilancia apropiados» de que se trata pueden ser, por ejemplo, un cuerpo de inspectores, un organismo de control, un régimen de visitas por sorpresa, ejercicios y medidas de intervención en caso de que se produzca realmente un daño. Ha parecido esencial insistir en el establecimiento de mecanismos de esa índole porque a ese nivel los Estados no suelen adolecer de falta de buena voluntad, sino de falta de medios.

69. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) responde al Sr. Bennouna que en todo el texto se ha evitado emplear la expresión «derecho interno» porque se ha observado que en todos los casos daba la impresión de que el derecho interno prevalecía sobre el derecho internacional.

70. El Sr. PELLET dice que convendría hablar no sólo de medidas «legislativas, administrativas o de otra índole», como propone el Sr. Bennouna, sino también de «medidas de derecho internacional». Lo más sencillo sería, sin lugar a dudas, no utilizar ningún adjetivo y decir simplemente «los Estados adoptarán las medidas necesarias para aplicar». En cualquier caso, en el comentario se explicará con claridad el carácter del artículo 5, que de otro modo podría interpretarse como una obligación para los Estados o como un simple consejo.

71. El Sr. ECONOMIDES observa que en el artículo 7 se prevén toda una serie de procedimientos administrativos de autorización y de control. Por lo tanto, los Estados tendrán que estar preparados para llevar a cabo un intenso trabajo legislativo. A esto es también a lo que se refiere el artículo 5. El derecho internacional no tiene nada que ver con el asunto.

72. El Sr. KABATSI contesta que, aunque las medidas previstas en el artículo 5 son indudablemente de derecho interno, no hay que olvidar que pueden tener un aspecto internacional, en la medida, por ejemplo, en que un Estado puede recabar «la asistencia de una o más organizaciones internacionales», como se prevé en el artículo 4.

73. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO y el Sr. LUKASHUK manifiestan que están dispuestos a aprobar el artículo 5 en su estado actual.

74. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el artículo 5.

Así queda acordado

Queda aprobado el artículo 5.

75. El Sr. ROSENSTOCK dice que, en una de sus intervenciones, el Relator Especial ha dado la impresión de que el artículo 5 se refería a algo distinto de una obligación de conducta. Desea precisar que, según la entiende él, la disposición que se acaba de aprobar se refiere claramente a una obligación de conducta.

Composición de la Comisión

76. El PRESIDENTE anuncia que el Sr. Ferrari Bravo ha presentado su dimisión como miembro de la Comisión por haber sido nombrado para ocupar un cargo en una institución europea. Le da la enhorabuena y le manifiesta el agradecimiento de la Comisión.

Se levanta la sesión a las 17.55 horas.

2561.ª SESIÓN

Jueves 13 de agosto de 1998, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Opertti Badan, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(continuación)* (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1[1], A/CN.4/L.556 y A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO 1 A 17 APROBADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN EL 50.º PERÍODO DE SESIONES *(continuación)*

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen de los proyectos de artículo 1 a 7 sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas aprobados por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.568).

ARTÍCULO 6 (Relación con otras normas de derecho internacional)

Queda aprobado el artículo 6.

ARTÍCULO 7 (Autorización previa)

2. El Sr. PELLET, manifestando su preocupación porque el párrafo 2 parece excesivamente rígido, pone en cuestión la conveniencia de que las disposiciones de los proyectos de artículo sean retroactivas. Pregunta si se han previsto salvaguardias para proteger los intereses de los participantes en actividades preexistentes.

3. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que las disposiciones del artículo 7 no alteran las obligaciones internacionales de los Estados. Se entiende que los Estados deben autorizar las actividades que se realizan en su territorio teniendo debidamente en cuenta las salvaguardias y el derecho internacional. El párrafo 2 se limita a obligar a los Estados a aplicar el requisito de la autorización con respecto a las actividades preexistentes. En cualquier caso, el examen permanente de las actividades a la luz de la nueva información disponible o de los cambios que se produzcan en las circunstancias forma parte del proceso normal de garantizar que las actividades se atienen a las modificaciones que surjan en las salvaguardias y en las normas internacionales.

4. El Sr. BROWNLIE dice que, en cierta medida, el artículo 7 abre nuevos horizontes porque formaliza, como parte de una norma internacional, una función que de cualquier modo los Estados realizan en el ámbito de su jurisdicción nacional, a saber, el ejercicio del control de las actividades que se desarrollan en su territorio.

5. El Sr. PELLET se declara partidario de la creación de una norma internacional, pero subraya que debería mencionarse la obligación permanente de mantener las actividades en examen y de celebrar consultas.

6. El Sr. MIKULKA comparte la preocupación manifestada por el Sr. Pellet sobre el carácter retroactivo de las disposiciones del párrafo 2. En su opinión, la segunda frase del párrafo 1 debería figurar en el comentario y no en el texto.

7. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el propósito del párrafo 2 no es prohibir las actividades, sino adaptarlas a las nuevas circunstancias que puedan surgir. Un cambio en las circunstancias requiere la adopción de nuevas medidas, pero la decisión sobre las medidas que se han de adoptar corresponde al Estado interesado.

8. El Sr. PELLET propone que se suprima la palabra «previa» del título del artículo 7, ya que no se aplica al párrafo 2, y que se incluya otro artículo para reflejar las preocupaciones manifestadas por los miembros.

9. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el artículo 7, teniendo en cuenta las observaciones del Sr. Mikulka y suprimiendo la palabra «previa» del título.

Queda aprobado el artículo 7, en su forma enmendada.

ARTÍCULO 8 (Evaluación de los efectos)

10. El Sr. PELLET dice que, habida cuenta de la importancia de las evaluaciones de los efectos y del cada vez mayor número de litigios relacionados con cuestiones ambientales, la formulación del artículo resulta decepcionantemente débil.

Queda aprobado el artículo 8.

ARTÍCULO 9 (Información al público) y

ARTÍCULO 10 (Notificación e información)

Quedan aprobados los artículos 9 y 10.

ARTÍCULO 11 (Consultas sobre las medidas preventivas)

11. El Sr. ECONOMIDES, refiriéndose a la posición minoritaria en el Comité de Redacción sobre la relación entre el párrafo 2 del artículo 11 y el artículo 17, dice que la realización de una investigación imparcial debería tener carácter prioritario y preceder a las decisiones que pueda adoptar un Estado sobre la actividad objeto de controversia, ya que los procedimientos internacionales deben primar sobre los nacionales. Si las actividades que se realizan en un Estado pueden ocasionar daños a otro Estado, la prevención de esos daños es una parte importante del artículo 17. Además, en caso de controversia entre Estados, uno de los principios básicos del derecho internacional es el de que los Estados deben abstenerse de toda acción unilateral que agrave la controversia o dificulte la búsqueda de una solución. Esas puntualizaciones deben constar en el acta resumida de la reunión así como en el informe de la Comisión a la Asamblea General.

12. El Sr. PELLET dice que el propósito de los artículos, en su forma actual, es que las partes colaboren y se sirvan del proceso consultivo normal para evitar los daños. Con la posible excepción del párrafo 3 del

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

artículo 11, todavía no se ha llegado a abordar la etapa de la controversia.

13. El Sr. ECONOMIDES dice que existe una diferencia entre las controversias *per se* y los efectos de una actividad en otro Estado. Por ello, el carácter de la controversia es un factor importante. Habida cuenta de que la finalidad del proyecto de artículos es evitar las controversias, debe darse prioridad a la prevención.

14. El Sr. BROWNLIE señala que, aunque la preocupación del Sr. Economides es comprensible y si bien es verdad que en los artículos 11 y 17 se establece una serie de pasos encaminados a la solución de controversias, el artículo 17 no constituye la etapa final del artículo 11. El propósito del proyecto no es la prevención de los daños, sino el equilibrio equitativo de intereses entre los Estados de que se trate.

15. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el Comité de Redacción ha tratado de definir el proceso que han de seguir las partes interesadas, en el que existen varias etapas antes de llegar a la prevista en el artículo 17. Propone que el Sr. Economides prepare una explicación de su posición que se incluirá en el comentario, y que la cuestión vuelva a debatirse en segunda lectura.

16. El Sr. PELLET, apoyando la puntualización del Sr. Economides, observa que en la segunda frase del párrafo 2 del artículo 13 se prevé que los Estados entablarán consultas en la forma indicada en el artículo 11 en caso de desacuerdo sobre la obligación de notificación. Por consiguiente, el artículo 11 se utilizaría de hecho para resolver lo que podría considerarse una controversia, aunque no sea esa la finalidad prevista en el artículo 11.

17. El Sr. GOCO se pregunta si se podría encontrar alguna formulación que permitiera a terceros Estados entablar consultas o buscar soluciones en lugar de restringir la adopción de esas medidas al Estado de origen y al Estado que puede resultar afectado.

18. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) indica que, probablemente, la intervención de una tercera parte no resultaría aceptable para los Estados interesados. En general, los Estados deben abstenerse de toda injerencia en los asuntos de otro Estado. En todo caso, de fracasar las consultas, entrarían en vigor las disposiciones del artículo 17 y las terceras partes podrían desempeñar un papel en la etapa del proceso de mediación.

19. El Sr. MIKULKA pone en duda la conveniencia de incluir la expresión «por su cuenta y riesgo» en el párrafo 3 y pide que se defina.

20. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que la expresión se explica en el comentario; su objeto es abarcar casos en los que, en una etapa posterior, surjan gastos imprevistos derivados de una actividad autorizada, y supone que el Estado que autoriza la actividad debe hacerse cargo de ese riesgo.

21. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción no ha examinado últimamente esta cuestión por considerar convincente la explicación facilitada por el Sr. Sreenivasa Rao y recogida en el comentario del proyecto de artículos propuesto en el 48.º período de sesiones[2].

22. El Sr. MIKULKA propone que se suprima la frase y pregunta si ello entrañaría alguna consecuencia.

23. El Sr. PELLET manifiesta que está totalmente de acuerdo con el Sr. Mikulka en que la frase debería suprimirse porque puede tener consecuencias imprevistas. En el proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones se utilizaba en dos ocasiones, pero en un contexto diferente. Si en el texto actual apareciera con el mismo significado que en el proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones, ello prejuzgaría la estructura de responsabilidades, atribuyendo responsabilidad previa al Estado que realizara la actividad.

24. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el Comité de Redacción examinó con suma atención esta cuestión en el 48.º período de sesiones y llegó a la conclusión de que la expresión «por su cuenta y riesgo» podía incluirse sin que se refiriera a las responsabilidades. También podría suprimirse, pero entonces habría que tener presente que los tribunales tendrían que decidir quién habría de correr con los gastos en el caso de que un Estado tomara una decisión unilateral que afectara a los intereses de otros Estados y esos otros Estados reclamaran sus derechos.

25. El Sr. HAFNER dice que preferiría que se mantuviera la frase. Cuando se compara el párrafo 3 con el proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones se observa una diferencia: en la versión anterior sólo quedaban protegidos los derechos de procedimiento, pero en la actual están protegidos los derechos de «cualquier Estado que pueda resultar afectado».

26. El Sr. BROWNLIE dice que debería suprimirse la expresión porque el lector de los artículos no dispondría de las explicaciones del comentario adjunto. Además, las palabras «sin perjuicio» que figuran en el párrafo 3, leídas juntamente con el artículo 6, resuelven el problema.

27. El Sr. ECONOMIDES dice que la expresión debería mantenerse, ya que sirve para recordar que la competencia de los Estados no es ilimitada y que éstos tienen responsabilidades.

28. El Sr. AL-BAHARNA recuerda que la frase ha figurado durante varios años en el proyecto de artículo sin que se manifestaran objeciones al respecto.

29. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que la opinión general de la Comisión parece ser que la frase debería suprimirse y que los distintos puntos de vista deberían reflejarse en el comentario.

30. El Sr. HAFNER pregunta si el párrafo 2 se refiere sólo a los Estados que han entablado consultas o tiene un significado más amplio.

31. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial), con el apoyo del Sr. KABATSI y el Sr. ROSENSTOCK, dice que el párrafo 1 y el párrafo 2 se refieren al mismo grupo

[2] Véase 2527.ª sesión, nota 16.

y que deberían añadirse las palabras «de que se trata» después de la palabra «Estados» en el párrafo 2.

32. El Sr. AL-BAHARNA dice que no sería preciso añadir las palabras «de que se trata» si se invirtiera el orden de los párrafos 2 y 3. Según su interpretación, el párrafo 1 dice que los Estados de que se trata celebrarán consultas, el párrafo 3 se refiere al caso de que las consultas no conduzcan a una solución acordada y el párrafo 2 se dirige a todas las partes.

33. El Sr. HAFNER dice que no deberían añadirse las palabras «de que se trata», puesto que la frase exacta utilizada en el párrafo 2 se ha empleado ya en otras convenciones. Además, debería mantenerse el orden de los párrafos.

34. El Sr. ROSENSTOCK, con el apoyo del Sr. BENNOUNA, dice que el significado se aclarará en el comentario y que, por consiguiente, no conviene añadir la expresión «de que se trata». Además, el orden de los párrafos refleja la sucesión lógica de etapas y debería mantenerse.

35. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO está de acuerdo en que debería mantenerse el orden de los párrafos, aunque propone que se refundan los párrafos 1 y 2. Además, deberían incluirse las palabras «de que se trata» o facilitar una explicación al respecto en el comentario.

36. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que no puede cambiarse el orden porque el párrafo 2 se deriva directamente del párrafo 1. Propone que el texto se mantenga como está y que se incluyan las aclaraciones precisas en el comentario.

37. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) se muestra de acuerdo con el Sr. Simma. El comentario debería redactarse como sigue:

> «Los Estados a los que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 11 son aquellos Estados que han entablado consultas, y cabe esperar que en el curso de esas consultas tengan en cuenta el equilibrio equitativo de intereses.»

Recuerda que ya se había acordado suprimir la palabra «causar» del párrafo 1.

Queda aprobado el artículo 11.

ARTÍCULO 12 (Factores de un equilibrio equitativo de intereses)

38. El PRESIDENTE dice que en el apartado *f* la palabra «protección» debería sustituirse por «prevención».

39. El Sr. GALICKI dice que, en el texto inglés, debería suprimirse en el apartado *a*, antes de *repairing the harm*, la palabra *of*. Formula asimismo dos reservas. El apartado *d* actual se refiere tanto a los «Estados que pueden resultar afectados» como a los «Estados de origen», mientras que antes sólo se refería a los primeros. Sin embargo, los costos de la prevención no deberían repartirse a partes iguales. Además, no está claro si las palabras «estén dispuestos» se refieren a una disposición subjetiva o a una preparación objetiva a contribuir.

40. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que «dispuestos» se refiere a lo que los Estados estén dispuestos a ofrecer y no modifica el equilibrio de intereses al que se alude en el título y en el encabezamiento del artículo. A ese respecto, son importantes las palabras «cuando corresponda».

41. El Sr. GALICKI dice que acepta la explicación y propone que este punto se aclare en el comentario.

42. El Sr. PELLET observa que el apartado *d*, que se refiere a los «Estados de origen» en plural, debería ponerse en armonía con el resto del texto, donde se hace referencia al «Estado de origen» en singular. Además, se opone a la traducción al francés de la palabra *restoring* que aparece en el apartado *c* ya que supone que el medio ambiente debe dejarse en su estado original, lo que hace innecesariamente mayor hincapié en la protección del medio ambiente que en la prevención del daño, que es el objetivo del proyecto de artículos.

43. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que la palabra inglesa *restoring* no equivale a la expresión utilizada en francés.

44. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el propósito es alentar a los Estados a elegir la opción más inocua para el medio ambiente.

45. El Sr. BENNOUNA dice que se trata de un problema de traducción y no de fondo.

46. El Sr. AL-BAHARNA pregunta si se ha utilizado la palabra *restoring* en las principales convenciones sobre el medio ambiente. De no ser así, tal vez resultaría más adecuada una formulación como «reparar los daños ocasionados al medio ambiente».

47. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que, cuando una frase figuraba en un proyecto anterior y si el comentario sobre la cuestión estaba claro, el Comité de Redacción ha optado por mantener la formulación en lugar de proceder a redactar nuevamente los artículos en la etapa actual del examen.

48. El Sr. PELLET dice que en el principio 2 de la Declaración de Río[3] se utiliza la frase «no causen daños al medio ambiente», que podría resultar adecuada en el apartado *c*. En cualquier caso, la versión francesa debería armonizarse con las versiones inglesa y española.

49. El Sr. ROSENSTOCK propone que *restoring* se sustituya por *preserving*.

Se suspende la sesión a las 11.45 horas y se reanuda a las 12.15 horas.

50. El Sr. HAFNER dice que en el principio 7 de la Declaración de Río se utiliza el término «restablecer». Sin embargo, durante las negociaciones acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se celebraron largas deliberaciones sobre ese término y se llegó a una solución intermedia, dada la imposibilidad, en muchos casos, de restablecer completamente la salud y la

[3] Ibíd.

integridad del medio ambiente. Es preferible el término *preserve* (preservar).

51. El Sr. MIKULKA dice que no está clara la relación entre los apartados *a* y *c*. Si el «daño transfronterizo sensible» incluye el daño al medio ambiente, no entiende por qué éste se menciona por separado en el apartado *c*, dando a entender que el apartado *a* no cubre el daño al medio ambiente.

52. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el apartado *a* se refiere a los casos en los que existe un riesgo elevado, compensado por medidas destinadas a minimizarlo, mientras que en el apartado *c* el riesgo se contrapone a la disponibilidad de medios para prevenir el daño.

53. El Sr. ROSENSTOCK dice que la diferencia puede explicarse recurriendo a la definición de daño transfronterizo: la palabra «transfronterizo» se refiere a las actividades que se producen en el territorio del Estado afectado, mientras que la expresión «al medio ambiente» no es tan restrictiva y puede referirse, por ejemplo, al patrimonio común de la humanidad.

54. El Sr. MIKULKA dice que este último tipo de actividad parece quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo.

55. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el artículo 12 contiene simplemente una enumeración de las actividades y factores que se han de tener en cuenta, algunos de los cuales van más allá del concepto de daño transfronterizo.

56. El Sr. BROWNLIE dice que no es conveniente reanudar el examen de la cuestión en la etapa actual.

57. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que los elementos en cuestión, procedentes de un proyecto anterior, se han mantenido deliberadamente porque proporcionan un mecanismo para eliminar los daños no intencionados al patrimonio de la humanidad. Los factores que se enumeran en el artículo tienen como fin ayudar a los Estados a mejorar su respuesta en caso de que se produzcan daños.

58. El Sr. GOCO dice que el artículo 12 se limita a enumerar los factores que intervienen en un equilibrio equitativo de intereses y no pretende ser exhaustivo. Por consiguiente, insta a que se apruebe.

59. El Sr. MIKULKA dice que no le han convencido los argumentos expuestos, pero que se daría por satisfecho si en el comentario se indicara que uno de los miembros considera que el contenido del apartado *c* está cubierto por el apartado *a*.

60. El Sr. PELLET dice que apoya la propuesta de sustituir *restoring* por *preserving*.

61. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) propone que, a modo de aclaración, en el apartado *a* de la versión inglesa se añada la palabra *of* delante de *the availability of means*. Sin embargo, con respecto al apartado *c*, duda de que las expresiones *preserving the environment* y *restoring the environment* sean equivalentes. Esta última expresión implica un cambio en el medio ambiente que ya se ha producido y las medidas necesarias para devolverlo a su Estado anterior.

62. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que comparte la preocupación manifestada por el Sr. Mikulka y el Sr. Pellet. Cuando se trata de un daño transfronterizo, existe una diferencia entre proteger y rehabilitar el medio ambiente. Sin embargo, se abstendrá de hacer nuevas observaciones hasta el próximo período de sesiones de la Comisión.

63. El Sr. BROWNLIE dice que, aunque prefiere la palabra *preserving*, el significado de *restoring* es tal vez menos rígido y más relativo de lo que algunos miembros piensan. Por consiguiente, está dispuesto a aceptar cualquiera de las dos palabras.

64. El Sr. ROSENSTOCK, refiriéndose a una cuestión planteada por el Presidente del Comité de Redacción, dice que, para determinar si procede seguir adelante con una actividad, es necesario asegurarse de que la situación del medio ambiente después de iniciada la actividad no será considerablemente peor de lo que era antes de que la actividad se iniciara, sin hacer referencia a un «estado natural» teórico. Si la palabra en inglés *preserving* plantea menos dificultades en los otros idiomas oficiales, preferiría que se utilizara esa palabra, aunque en inglés la diferencia entre *preserving* y *restoring* es de menor importancia.

65. El Sr. BENNOUNA dice que en la versión francesa se podría utilizar la palabra *rétablir* para indicar la idea de volver a dejar el medio ambiente como estaba. Ese cambio estaría en armonía con los conceptos aceptados de responsabilidad internacional, al tiempo que evitaría una posición excesivamente medioambientalista.

66. El PRESIDENTE pregunta si existen objeciones a sustituir la palabra *restoring* por la palabra *preserving* en la versión inglesa, con las traducciones pertinentes en los otros idiomas oficiales.

67. El Sr. HAFNER dice que preferiría mantener la palabra *restoring* y sus equivalentes en los otros idiomas, ya que fue la que se utilizó en el principio 7 de la Declaración de Río.

68. El Sr. PELLET dice que podría aceptar las palabras *restoring and preserving* en la medida en que no impliquen la devolución del medio ambiente a su estado original.

69. El Sr. ROSENSTOCK dice que podría aceptar cualquiera de las dos palabras, pero que utilizar ambas supondría una mayor diferencia entre ellas de la que, en su opinión, existe.

70. El Sr. ECONOMIDES, con el apoyo del Sr. CANDIOTI, dice que las dos palabras se complementan entre sí, pero preferiría que «preservar» figurara en primer lugar.

71. El Sr. BROWNLIE dice que incluir ambas palabras haría la norma más estricta, porque, al utilizarse en inglés en un contexto medioambiental, la palabra *preserve* suele suponer, al menos, el deseo de restablecer un estado anterior. Propone que se utilice sólo *restoring* y que se incluya la explicación pertinente en el comentario.

72. El Sr. HE dice que también en chino las dos palabras tienen significados distintos. Preferiría que se incluyeran ambas o que, si sólo se elige una, se dieran las explicaciones pertinentes en el comentario.

73. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que debería mantenerse la palabra *restoring* por los motivos expuestos por el Sr. Brownlie y que, si es preciso, podría incluirse en el comentario una explicación en el sentido de que la Comisión ha estudiado la posibilidad de sustituirla por *preserving*, pero que, en ambos casos, lo que se pretendía dar a entender era la reparación de los daños para el medio ambiente en la medida en que ello sea viable desde un punto de vista tecnológico.

74. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que la inserción de la palabra *of* entre las palabras *and* y *the availability* del apartado *a* de la versión inglesa aclararía la distinción entre este apartado y el apartado *c*.

75. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea adoptar el artículo 12 en su forma enmendada, con la inserción de la palabra *of* en el apartado *a* y manteniendo la palabra *restoring* en el apartado *c* de la versión inglesa, con el comentario correspondiente.

Queda aprobado el artículo 12, en su forma enmendada.

76. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial), respondiendo a la preocupación manifestada por el Sr. Mikulka, lee el siguiente párrafo para que se incluya en el comentario relativo al artículo 12:

> «Uno de los miembros manifestó la opinión de que debía suprimirse el apartado *c* del artículo 12. Se sugirió que el apartado *a* abarcaba ya los daños al medio ambiente, con arreglo a la definición que figura en el apartado *b* del artículo 2. Además, se indicó que el medio ambiente en general no queda dentro del ámbito de la cuestión sometida a examen. Sin embargo, otros miembros indicaron que el apartado *a* se refería más directamente al grado de riesgo y a la disponibilidad de medios para prevenir el daño, mientras que el apartado *c* se refiere a garantizar la adopción de las medidas más inocuas para el medio ambiente.»

ARTÍCULO 13 (Procedimientos aplicables a falta de notificación)

77. El Sr. PELLET dice que la referencia que en el parráfo 3 del artículo 13 se hace a un período de suspensión de seis meses resulta preocupante e incomprensible. Parece imponer una pesada carga al Estado de origen y el período de tiempo especificado también parece arbitrario.

78. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción ha suavizado considerablemente la formulación original del párrafo al añadir las palabras «adecuadas y viables» y «cuando proceda», lo que alivia la carga potencial para el Estado de origen en esos casos.

79. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que se adoptó originariamente el período de seis meses tras largas deliberaciones acerca de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Además, la frase «salvo que se acuerde otra cosa», que figura en el párrafo 3, tiene como fin abarcar todos los casos y permitir a los Estados adoptar libremente las medidas que consideren más idóneas; el plazo de seis meses tiene la finalidad exclusiva de aplicarse como plazo mínimo en esos casos, teniendo en cuenta la dificultad y los efectos financieros y económicos potenciales de la suspensión de proyectos a gran escala.

80. El Sr. PELLET dice que aunque es aceptable sugerir la suspensión de un proyecto, no es pertinente que la Comisión estipule un período de tiempo específico para dicha suspensión. Por consiguiente, propone que se suprima la frase «por un período de seis meses».

81. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que, habida cuenta de que seis meses son un plazo demasiado corto en el caso de negociaciones difíciles, puede aceptar que la frase se suprima.

82. El Sr. BROWNLIE dice que desearía que la frase se mantuviera.

83. El Sr. PELLET dice que se opone tajantemente a que la frase se incluya.

84. El Sr. MIKULKA dice que tiene problemas más graves con el párrafo 3 en su conjunto, ya que considera equivocada su posición dentro del proyecto. Siguiendo la lógica de los artículos 11, 12 y 13 en su conjunto, en los casos en los que han surgido controversias con respecto al riesgo de daño transfronterizo, parecería que se pide a los Estados que tomen medidas para minimizar ese riesgo antes de que se hayan puesto de acuerdo en que éste existe realmente. Por consiguiente, sería más adecuado trasladar el párrafo 3 al artículo 11 y volver a examinar su propósito.

85. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que en los casos en los que ya se ha iniciado una actividad y los Estados que se consideran afectados por ella han pedido al Estado de origen la celebración de consultas, el Estado de origen puede negar que la actividad tiene los efectos que alegan, aceptar entablar consultas con ellos o explicarles que la actividad en cuestión no redunda en perjuicio suyo y que su suspensión no es el único medio disponible de responder a su preocupación. Si ninguna de estas alternativas resulta satisfactoria, el Estado de origen puede aceptar suspender la actividad por un período de seis meses.

86. El Sr. PELLET quiere que el comentario recoja la falta de unanimidad de la Comisión sobre el párrafo 3 debido al carácter arbitrario de la frase «por un período de seis meses» y a su incompatibilidad con la expresión «cuando proceda».

87. El Sr. MIKULKA pregunta por qué no se ha incluido el párrafo 3 en el artículo 11 en lugar de en el artículo 13 y por qué el Estado de origen no tiene la obligación de suspender una actividad objeto de controversia cuando ha entablado consultas.

88. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el párrafo 3 estaría fuera de lugar en el artículo 11, en el que se prevé que los Estados celebren consultas antes de iniciar una actividad que pueda entrañar un riesgo. Por otra parte, el artículo 13 se refiere a casos en que un Estado tenga motivos para creer que una actividad planificada o una actividad iniciada anteriormente entraña un riesgo de daños transfronterizos.

89. El Sr. ROSENSTOCK dice que, siguiendo la lógica del razonamiento, el artículo 11 se refiere a situaciones en las que se pide al Estado de origen que se abstenga de realizar una actividad que todavía no se ha autorizado ni iniciado, mientras que el artículo 13 se refiere a los casos en que el Estado de origen ya ha iniciado la actividad.

90. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que no tendría sentido prever un período de suspensión de seis meses en el artículo 11 porque en la etapa a la que se refiere ese artículo todavía no hay ninguna actividad que suspender.

91. El Sr. MIKULKA dice que no ve ninguna justificación para que se incluya el párrafo 3 en el artículo 13, habida cuenta de la alusión que se hace en el párrafo 2 del artículo 7 a las actividades preexistentes.

92. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el artículo 7 no es pertinente porque se refiere a otro caso. Una vez que un Estado ha decidido unilateralmente poner en marcha una actividad, puede pedirse a un tribunal que la suspenda.

Queda aprobado el artículo 13.

Se levanta la sesión a las 13.20 horas.

2562.ª SESIÓN

Jueves 13 de agosto de 1998, a las 15.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Opertti Badan, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) *(conclusión)* (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1[1], A/CN.4/L.556 y A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO 1 A 17 APROBADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN EL 50.º PERÍODO DE SESIONES *(conclusión)*

ARTÍCULO 14 (Intercambio de información)

1. El Sr. PELLET dice que en la versión francesa la palabra *pertinentes* debe sustituirse por *disponibles*.

Queda aprobado el artículo 14, en su forma enmendada.

ARTÍCULO 15 (Seguridad nacional y secretos industriales)

2. El Sr. GOCO pregunta si no resulta algo contradictorio permitir al Estado de origen no notificar datos e informaciones vitales para su seguridad nacional o para la protección de sus secretos industriales, al tiempo que se le pide que coopere de buena fe con los demás Estados de que se trate para proporcionar toda la información posible.

3. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que se trata de alentar a los Estados a notificar la información, pero es indispensable dejarles un margen de maniobra.

Queda aprobado el artículo 15.

ARTÍCULO 16 (No discriminación)

Queda aprobado el artículo 16.

ARTÍCULO 17 (Solución de controversias)

4. El Sr. BENNOUNA, resumiendo la posición que expuso anteriormente en detalle, dice que el proyecto de artículo 17 está incompleto, ya que en él no se prevén ni la composición ni las modalidades de funcionamiento de la comisión de determinación de los hechos. El artículo podría aprobarse a condición de que se elaborara ulteriormente. Otra solución sería devolverlo al Comité de Redacción.

5. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) comparte esa opinión.

6. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO reconoce que el artículo 17 es deficiente, pero considera que no puede ser de otra manera. El mecanismo al que se hace referencia en el párrafo 2 se podría describir con mayor precisión en un anexo, basándose en el modelo de las disposiciones apro-

[1] Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

badas en el marco de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En cualquier caso, el proyecto de artículo es importante y conviene aprobarlo. En la versión española del documento se debe suprimir la palabra «diferencia», como se convino en el Comité de Redacción.

7. El Sr. ELARABY también considera que el proyecto de artículo es sumamente deficiente: retoma, sin añadir nada, el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, pasa por alto las modalidades de funcionamiento de la comisión de determinación de los hechos y se limita a instar a las partes a que den muestra de buena fe, lo que, cabe suponer, ya hacen. La articulación entre el primer párrafo y el segundo también deja mucho que desear: habría sido preferible concluir con una mención de la solución judicial. A pesar de esas reservas, el Sr. Elaraby no se opondrá a que el artículo se apruebe, pero desea que se revise debidamente en el 51.° período de sesiones.

8. El Sr. AL-KHASAWNEH considera que en un proyecto cuyas disposiciones de fondo adolecen de falta de rigor, el mecanismo de solución de controversias con intervención de terceras partes debería describirse con mayor precisión. Espera que en el comentario y en el informe de la Comisión a la Asamblea General se haga referencia a esta disposición.

9. El SR. GALICKI admite también que el artículo 17 es insuficiente, pero considera que el texto sometido a examen sería incompleto sin esta disposición. Por consiguiente, está dispuesto a aprobarlo, a condición de que en el comentario se indique claramente que la labor al respecto no está concluida y se proseguirá ulteriormente.

10. El Sr. ROSENSTOCK dice que no hay que confundir dos actuaciones que deben tener lugar cada una a su debido tiempo: la aprobación de una disposición general sobre la solución de controversias y la definición de las modalidades de funcionamiento del mecanismo que es preciso establecer. La cuestión debe abordarse en el comentario. Sería totalmente ilusorio esperar que buena parte de los Estados representados en la Sexta Comisión acepten, en un texto de carácter muy general y amplio, una disposición más estricta que la mera constitución de una comisión de determinación de los hechos.

11. El Sr. ECONOMIDES reconoce que el artículo 17 es deficiente, pero recuerda que la negociación de que fue objeto no permitió avanzar más. Por lo tanto, es preciso aprobarlo a pesar de sus lagunas. Por lo que respecta a las modalidades para el establecimiento de la comisión de determinación de los hechos, de las que el texto no hace mención, la Comisión podría proceder como ha propuesto el Sr. Rodríguez Cedeño, explicando en el comentario que en el 51.° período de sesiones volverá a ocuparse de la elaboración del texto. Otra solución, que ofrecería la ventaja de la sencillez, sería limitarse a copiar el anexo del artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en la que los miembros de la Comisión han aceptado inspirarse.

12. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) reconoce que el proyecto de artículo 17 no llega muy lejos, puesto que se limita a reproducir los medios de solución de controversias previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas con el modesto añadido del establecimiento de una comisión de determinación de los hechos, respecto del cual no se prevé ningún procedimiento. Sería muy fácil colmar esta última laguna, aunque en la etapa actual ello sería una pérdida de tiempo, en la medida en que no se ha determinado la forma jurídica del texto que se está elaborando. El Sr. Simma invita a los miembros de la CDI a aprobar el texto en su forma actual y a indicar a la Sexta Comisión que la disposición en cuestión prevé, además de los medios previstos en el Artículo 33 de la Carta, un procedimiento de determinación de los hechos que podrá definirse en mayor detalle en el 51.° período de sesiones.

13. El Sr. MELESCANU está de acuerdo en que el artículo 17 debe desarrollarse más, pero considera que ello no es posible mientras no se haya decidido cuál ha de ser el carácter definitivo del documento. Teniendo en cuenta las observaciones del Sr. Rosenstock y del Sr. Simma, propone sondear a los Estados sobre la forma que, en su opinión, debería tener el mecanismo de solución pacífica de controversias en el marco de una convención, incluyendo esta cuestión en el capítulo III del informe de la Comisión a la Asamblea General, por ejemplo en la sección 10.

14. El Sr. BROWNLIE considera que la principal virtud del artículo 17, cuyas lagunas reconoce, es su coherencia con el resto del proyecto. Es preciso reflexionar antes de hacer más estrictos los términos, porque se corre el riesgo de que surja la cuestión de las medidas de conservación y de plantear nuevamente, con respecto al conjunto del texto, el carácter de la solución obligatoria. Además, en el plano político, podría alarmar a los Estados Miembros. Por lo tanto, es preferible dejar el texto como está.

15. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que en el párrafo 1 no se menciona la negociación porque se supone que las medidas previstas en los artículos 10 y siguientes reemplazan esa mención y constituyen la etapa previa al acuerdo mutuo. Por consiguiente, la negociación está sobreentendida. Sin embargo, es lamentable que no se mencione explícitamente: esa sería la mejor manera de afrontar las diferencias que existen en la etapa actual. Se trata de un mecanismo de solución de controversias que puede facilitar considerablemente la elección de los medios a los que se hace referencia en el párrafo 1.

16. Es preciso modificar la última frase del párrafo 2 puesto que se ha decidido no mantener la referencia al carácter de «recomendación» del informe de la Comisión a la Asamblea General. Sin embargo, se entiende que el informe no es vinculante.

17. El Sr. PELLET no tiene nada que decir con respecto al párrafo 2. El hecho de prever el establecimiento de una comisión independiente e imparcial de determinación de los hechos constituye en sí mismo un progreso y no es posible avanzar más. Por lo que respecta al párrafo 1, se suma a las protestas del Sr. Bennouna y considera que constituye un ejemplo de mala codificación que, aunque no perjudica al proyecto, va en detrimento de la propia idea de codificación del derecho internacional. En lugar de recordar principios evidentes que no atañen al proyecto, habría bastado con iniciar el párrafo 2 en los siguientes términos: «Si las partes no han llegado a un

acuerdo sobre otro modo de solucionar la controversia en una plazo de seis meses».

18. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el proceso de redacción resultará más fácil cuando se haya decidido cuál ha de ser la forma definitiva del texto. En la etapa actual, el Comité de Redacción tiene que indicar que ha abordado la cuestión de la solución de controversias. En el comentario se precisará que el artículo está todavía incompleto y que la Comisión volverá a ocuparse más adelante de su redacción. Por otra parte, el Relator Especial considera que aunque algunos principios sean evidentes, puede resultar útil recordarlos, sobre todo cuando los responsables políticos que deberán aplicarlos no tendrán necesariamente presente el contenido del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. El párrafo 1 sirve de telón de fondo para el párrafo 2, que por sí solo no tendría posibilidades de aprobarse.

19. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) se pregunta si no sería posible aceptar la propuesta del Sr. Melescanu e incluir en el capítulo III, en la sección «Prevención», la cuestión del carácter del mecanismo de solución de controversias. La pregunta 9 tiene por objeto saber si los Estados Miembros se inclinan por una convención marco o por una ley modelo. En el segundo caso, el problema deja de plantearse, pero si los Estados optan por una convención marco, sería útil saber qué opinan sobre la forma que debería revestir la solución de controversias por terceras partes y sobre el grado de detalle de las disposiciones pertinentes.

20. El PRESIDENTE considera que habría que incluir en el informe de la Comisión a la Asamblea General la cuestión planteada por el Sr. Melescanu. De no oír objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el artículo 17.

Así queda acordado.

Queda aprobado el artículo 17, en su forma enmendada.

21. El PRESIDENTE informa de que la Comisión ha concluido el examen del tema 3 de su programa.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones *(continuación*)*

CAPÍTULO IX.—*Las reservas a los tratados* (conclusión) (A/CN.4/L.562 y Corr.1 y Add.1 y 2 y A/CN.4/L.564)

C.—Texto del proyecto de directrices sobre las reservas a los tratados aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura (A/CN.4/L.564)

22. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) señala que en la versión inglesa de los proyectos de directrices, las menciones del arbitraje relativo al Mar de Iroise no se atienen a la terminología inglesa habitual.

23. El Sr. BROWNLIE propone que en la versión inglesa se sustituya *Mer d'Iroise* por *English Channel*. En la nota 8 de la página 3 debe leerse «Witheman» en lugar de «Whitman».

24. El Sr. PELLET ha detectado en el documento algunos errores de referencia que se corregirán en las distintas versiones.

Queda aprobada la sección C, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo IX en su totalidad, en su forma enmendada.

CAPÍTULO VII.—*Responsabilidad de los Estados* (A/CN.4/L.561 y Add.1 a 6)

A.—Introducción (A/CN.4/L.561)

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.561/Add.1 a 6)

Documento A/CN 4/L 561/Add 2

25. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), contestando a la pregunta formulada por el Sr. PELLET sobre la construcción de la tercera frase del párrafo 5 «Esa propuesta parecía ser válida, dejando de lado las cuestiones de *jus cogens*», explica que se trata de dar a entender el principio general de que la *lex specialis* no puede autorizar ninguna exención de las normas de *jus cogens*.

26. El Sr. PELLET propone que se modifique la frase de manera que rece lo siguiente: «Esa propuesta parecía ser válida, pero no podía aplicarse a los principios de *jus cogens*». También propone que se precise el sentido de la tercera frase del párrafo 6 diciendo: «y no necesariamente como convención ni declaración». Por último, en el párrafo 22, convendría, en su opinión, sustituir «imputabilidad» por «atribución» de conformidad con la norma que se había acordado.

Queda aprobado el documento A/CN.4/561/Add.2, en su forma enmendada.

Documento A/CN 4/L 561/Add 3

27. El Sr. PELLET, refiriéndose al párrafo 2, propone sustituir en la versión francesa la expresión *n'était pas fatal pour cette disposition* que aparece en la penúltima frase por *n'était pas une critique dirimante pour cette disposition.* A continuación señala algunos retoques de forma a la versión francesa de los párrafos 4, 5 y 9. Por último, indica que el encabezamiento del párrafo 7 no corresponde al contenido de dicho párrafo.

28. El Sr. CANDIOTI considera que la última frase del párrafo 13 («para no menoscabar gravemente su relación con la Sexta Comisión») es muy poco oportuna, por lo que sería preferible suprimirla.

29. El Sr. PELLET señala que en la penúltima frase del párrafo 31 aparece la expresión «Estado inocente», lo que

* Reanudación de los trabajos de la 2559.ª sesión

reintroduce la noción de falta, que es precisamente lo que la Comisión trata de evitar. Tal vez se podría decir «Estado no responsable de un acto ilícito», o, mejor aún, «Estado perjudicado». Por otra parte, la frase central del párrafo 38 («Esto no significaba, en todo caso, que los dos conceptos tuvieran la misma extensión desde el punto de vista de sus normas primarias o de sus consecuencias secundarias») le parece bastante opaca.

30. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) explica que la infracción de las normas de *jus cogens* no entraña necesariamente un crimen internacional, y que las consecuencias de la infracción de las normas de *jus cogens* no son necesariamente las mismas que las consecuencias de crímenes.

31. El Sr. ECONOMIDES considera que el párrafo 29 resulta difícil de entender para el lector. Si la definición de la agresión adoptada por la Asamblea General es «manifiestamente defectuosa», sería deseable que se indicara por qué y se empezara por facilitar el texto de la definición.

32. El Sr. PELLET propone que en el párrafo 43 se sustituya la expresión «más evidente» por «especialmente evidente». Por otra parte, observa que en la segunda frase de ese mismo párrafo, la expresión *material damage* se ha traducido en francés por *dommage appréciable*. Ello da a entender que el párrafo postula una escala de daños, cuando, de hecho, sólo se trata de la existencia o la ausencia de daño desde un punto de vista más absoluto.

33. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que se suprima el calificativo en cuestión.

34. El Sr. PELLET, refiriéndose al párrafo 53, manifiesta su extrañeza por el hecho de que el «delito» se califique «de expresión de derecho civil tomada del derecho romano». En su opinión, la noción de *delictum* se refiere más bien al derecho penal.

35. El Sr. CRAFWFORD (Relator Especial) propone que se suprima la expresión «a la que se calificó de expresión de derecho civil tomada del derecho romano».

36. El Sr. PELLET, refiriéndose a la versión francesa del párrafo 61, desea sustituir la última frase *faits qui étaient la cause de leur comparution* por *faits qui rendaient possible leur comparution.* Por otra parte, la última frase del párrafo 60 *(On a suggéré qu'en seconde lecture la Commission examine, article par article, la catégorie des « règles primaires » auxquelles s'appliquait la règle secondaire énoncée dans chaque article)* parece ininteligible.

37. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) explica que se trataba de examinar, en el contexto de la noción de «crimen de Estado», cada definición particular de los crímenes para comprobar si las consecuencias previstas para cada crimen eran las que realmente le correspondían.

38. El Sr. PELLET no piensa que se pueda hablar de «la permanente adopción de fórmulas de transacción» como se hace en el párrafo 83. Sería mejor decir «la búsqueda permanente de fórmulas de transacción».

39. El Sr. ECONOMIDES señala que el párrafo 78 empieza por «Varios miembros», mientras que el párrafo siguiente, en el que se pretende expresar la opinión contraria, se emplea la expresión «otros miembros». Habida cuenta de que ambas posiciones contaban con el apoyo de un número prácticamente igual de miembros, habría que encontrar fórmulas más equilibradas.

40. El Sr. PELLET y el Sr. ROSENSTOCK dicen que, en su opinión, el informe sometido a examen refleja con exactitud las deliberaciones de la Comisión y la complejidad del tema en cuestión.

41. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) precisa que las dos corrientes de pensamiento de que se trata en los párrafos en cuestión no contaban con el mismo apoyo. Si se hubiera sometido a votación, la noción de responsabilidad penal de los Estados se habría rechazado.

42. El Sr. ECONOMIDES, refiriéndose a los párrafos 80 y 81, dice que tiene la impresión de que la mayoría de los miembros trata de suprimir la noción de crimen del proyecto de artículos. Después de esos dos párrafos, se espera en vano que se exponga la opinión de los miembros que opinaban lo contrario. El desequilibrio del informe sobre este punto es manifiesto.

43. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) explica que los dos párrafos en cuestión se limitan a presentar los «posibles planteamientos» de la cuestión de los crímenes internacionales de los Estados, como se indica en el título de esta parte del informe. La opción a la que se refieren los párrafos que preocupan al Sr. Economides es: «vi) Exclusión del concepto del proyecto de artículos». Por este motivo, en ellos sólo figuran los argumentos contrarios al mantenimiento de la noción de crimen.

44. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) indica que la opinión de los que han defendido la noción de responsabilidad penal de los Estados queda expuesta en los párrafos 67 y 79.

45. El Sr. PELLET aconseja que se trate de evitar determinar cuál era la opinión mayoritaria y cuál la minoritaria. La Comisión nunca ha caído en esa tentación.

46. El Sr. ECONOMIDES propone que los párrafos 80 y 81 se inserten después del párrafo 78. De esa forma, el párrafo 79 sería el último de esta parte del informe.

47. El Sr. SIMMA se declara contrario a esa solución, que trastornaría la estructura del pasaje.

48. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que se añada un nuevo apartado *a* al párrafo 81 que rezaría lo siguiente: «Los miembros que estimaban que el artículo 19 resultaba útil se manifestaron en contra».

49. El Sr. ECONOMIDES propone que ese nuevo párrafo se redacte más bien de la siguiente forma: «Algunos otros miembros estaban en contra de la exclusión del concepto del proyecto de artículos por los motivos expuestos en el párrafo 79».

50. El Sr. PELLET observa que en el párrafo 85 se dice que «no se consideraba adecuada la distinción entre crímenes internacionales y delitos internacionales». Manifiesta su extrañeza por esa fórmula, dado que, por el contrario, había considerado adecuada la distinción. En la última frase de ese mismo párrafo, en la que se afirma que

la Comisión «parecía dispuesta a estudiar formas de solucionar el problema», habría que decir más explícitamente que la Comisión no adoptó ninguna otra manera de resolver el problema y que no acordó ninguna otra solución.

51. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) responde que eso es lo que significa la expresión «dispuesta a estudiar». En cualquier caso, los párrafos 85 a 89 se limitan a retomar las opiniones del Relator Especial. Para responder a la preocupación del Sr. Pellet, bastaría con hacer que el pasaje empiece por la expresión «Según el Relator Especial».

52. Propone que se modifique el epígrafe que precede a los párrafos 80 y 81 sustituyendo «Exclusión del concepto del proyecto de artículos» por «Cuestión de la exclusión del concepto del proyecto de artículos».

53. El Sr. KUSUMA-ATMADJA considera que el informe es equilibrado, que traduce fielmente las opiniones manifestadas y que modificarlo no tiene razón de ser sabiendo que los resultados son, sin duda, provisionales.

54. El Sr. GOCO opina que los párrafos 85 y 90 constituyen un buen resumen de las cinco cuestiones importantes sobre las que, en general, se estaba de acuerdo.

55. El Sr. ECONOMIDES observa que la sección B.6 del proyecto de informe, titulada «Observaciones finales del Relator Especial...», es el resumen que éste hace del debate. Por lo tanto, el texto no compromete a la Comisión como tal y, en principio, no debería dar lugar a comentarios. Sin embargo, como algunos miembros han intervenido para manifestar su opinión sobre algunos de los artículos, por su parte, declara que mantiene serias reservas sobre esta sección del informe, y, en particular, sobre el párrafo 85. En la primera parte del período de sesiones, en Ginebra, se había llegado a un consenso sobre tres cuestiones metodológicas: *a*) se dejaría provisionalmente de lado la distinción entre «crimen» y «delito»; *b*) se trataría de buscar una solución de transacción examinando fundamentalmente las consecuencias de las violaciones más graves; *c*) si no se conseguía llegar a esa solución de transacción, se volvería a la distinción entre «crimen» y «delito».

56. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) no está de acuerdo con la formulación que acaba de hacerse del tercer punto de acuerdo: en caso de que no se encontrara una solución de transacción, no se trataba de volver a la distinción entre «crimen» y «delito», sino de decidir si había que mantener o no esa distinción.

57. El Sr. PELLET desea que las fórmulas que expresan el consenso, así corregidas, se reproduzcan al final del documento.

58. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que propondrá un texto en ese sentido, basándose en el acta resumida de la sesión.

59. El Sr. FERRARI BRAVO dice que en la primera parte del período de sesiones, en Ginebra, se había decidido remitirse de algún modo a la Asamblea General. Sin embargo, en el capítulo del informe dedicado a la responsabilidad de los Estados habrá que evitar interpelar a la Asamblea General dándole a entender que la Comisión está a punto de llegar a un acuerdo.

60. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que la prudencia recomienda no incluir en el capítulo III del informe de la Comisión a la Asamblea General cuestiones sobre el artículo 19, cuando la Comisión se encuentra todavía en fase deliberativa.

61. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) comparte esa opinión. Aunque se invite a los Estados que todavía no lo han hecho a presentar sus observaciones sobre el proyecto de artículos, hay que evitar que entablen un debate sobre cuestiones acerca de las cuales la Comisión no tiene todavía una posición definitiva.

62. El Sr. ROSENSTOCK no cree que haga falta consignar por escrito los tres puntos del «consenso de Ginebra» a fin de remitirlos a la Sexta Comisión para que presente observaciones. Sin embargo, podrían ser el tema de un documento de trabajo interno.

63. El Sr. PELLET insiste en que el «consenso de Ginebra» figure al final del informe de la Comisión a la Asamblea General. Considera que ello ofrece dos ventajas: el texto servirá de recordatorio para los miembros de la CDI y podrá evitar también determinados debates en la Sexta Comisión al darle a entender que la CDI se ha puesto de acuerdo sobre la forma de actuar y que, por consiguiente, hay que dejarla hacer.

64. El Sr. DUGARD (Relator) dice que el texto en el que se recoja el «consenso» de cuya preparación se encargará el Relator Especial no se remitirá a la Sexta Comisión en forma de cuestiones explícitas. Además, se invitará a los Estados que todavía no lo hayan hecho a formular sus observaciones sobre los artículos que han sido examinados por la Comisión, incluido el artículo 19.

65. El Sr. BENNOUNA considera que no hay que pedir a la Sexta Comisión que reabra un debate sobre el artículo 19 que no conducirá a nada, dado que la CDI no tiene que esperar de ella directrices y, al igual que la Sexta Comisión, tiene que realizar con eficiencia la labor que se le ha confiado expresamente.

66. El Sr. ECONOMIDES da lectura al párrafo 81 *bis* que se ha propuesto añadir al documento A/CN.4/L.561/Add.3: «Algunos otros miembros se pronunciaron en contra de la exclusión del concepto del proyecto de artículos por los motivos ya mencionados, en particular en el párrafo 79».

Documento A/CN 4/L 561/Add 4

67. El Sr. PELLET no considera adecuada la expresión «Estados inocentes» que figura en la penúltima frase del párrafo 10, ya que evoca la idea de falta. Propone sustituirla por «Estados que no han cometido actos internacionalmente ilícitos».

68. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone simplemente que se suprima la frase «Eso impondría a Estados inocentes la carga de demostrar el daño, lo cual no está justificado».

69. El Sr. ECONOMIDES señala que, en la versión francesa del párrafo 28, conviene sustituir *en droit international* por *d'après le droit international.*

Queda aprobado el documento A/CN.4/L.561/Add.4, con las modificaciones introducidas.

Responsabilidad de los Estados[2] *(conclusión**)* (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3[3], A/CN.4/490 y Add.1 a 7[4], A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS APROBADO POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN SEGUNDA LECTURA

70. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción), presentando el informe del Comité de Redacción sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/L.569 y Corr.1), recuerda que, con arreglo a la práctica establecida, la Comisión debe aprobar, en segunda lectura, los artículos en su conjunto, es decir, después de haberlos examinado en sesión plenaria y de que hayan sido revisados por el Comité de Redacción, basándose únicamente en el texto de los artículos que figura en el documento sometido a examen.

71. El Comité de Redacción ha estudiado todos los artículos que se le han devuelto en el actual período de sesiones, a saber, los de los capítulos I y II de la primera parte. No ha examinado la cuestión de la estructura del proyecto ni la de la ubicación de los artículos, que debe solventarse ulteriormente, cuando el Comité de Redacción haya tenido ocasión de estudiar la mayor parte de los artículos. Por consiguiente, se ha mantenido la estructura original aprobada en primera lectura. El Comité de Redacción no ha propuesto ningún título para la primera parte, pese a estimar que el título actual no es el más idóneo. Se han mantenido los títulos de los capítulos I y II tal y como se habían aprobado en primera lectura, con la salvedad de la supresión de las comillas entre las que figuraba la expresión «hecho del Estado» en el título del capítulo II.

72. Los títulos y textos de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en el 50.º período de sesiones son los siguientes:

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

PRIMERA PARTE

ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

CAPITULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1.—Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste.

[Artículo 2.—Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito]

[Suprimido]

Artículo 3.—Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

a) es atribuible al Estado, según el derecho internacional; y

b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 4.—Calificación de un hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho de un Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no resulta afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

CAPITULO II

EL HECHO DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Artículo 5.—Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos

1. Para los fines de los presentes artículos se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que actúe en esa calidad en el ejercicio de funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una entidad pública territorial.

2. Para los fines del párrafo 1 se entenderá por órgano toda persona o grupo de personas que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

[Artículo 6.—No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado]

[Suprimido]

Artículo 7.—Atribución al Estado del comportamiento de entidades que ejercen atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 5 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la entidad haya actuado en esa calidad.

Artículo 8.—Atribución al Estado de un comportamiento de hecho llevado a cabo por instrucciones suyas o bajo su dirección o control

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por instrucciones de ese Estado o bajo la dirección o control de ese Estado al llevar a cabo ese comportamiento.

** Reanudación de los trabajos de la 2558.ª sesión

[2] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

[3] Véase nota 1 *supra*.

[4] Ibíd.

Artículo 8 bis.—*Atribución al Estado de cierto comportamiento llevado a cabo en defecto de las autoridades oficiales*

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejercía de hecho atribuciones del poder público en ausencia o defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requerían el ejercicio de esas atribuciones.

Artículo 9.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano que haya sido puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano haya actuado en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se haya puesto.

Artículo 10.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en sus atribuciones o en contra de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, cuando tal órgano o entidad ha actuado en esa calidad, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano o entidad se haya excedido en sus atribuciones o haya contravenido las instrucciones concernientes a su ejercicio.

Artículos 11 a 14

[Se propone su supresión]

Artículo 15.—Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.

2. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio del Estado predecesor o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional.

3. El presente artículo no impide que se atribuya al Estado todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

Artículo 15 bis.—*Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio*

El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos 5, 7, 8, 8 *bis*, 9 ó 15 se considerará no obstante hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

Artículo A.—Responsabilidad por el comportamiento de una organización internacional

El presente proyecto de artículos no prejuzga las cuestiones que se planteen respecto de la responsabilidad, con arreglo al derecho internacional, de una organización internacional, o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

73. Por lo que respecta al artículo 1 (Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos), el Comité de Redacción ha seguido la opinión del Relator Especial en su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7) y mantenido el texto tal como se había aprobado en primera lectura, pese a considerar que, en inglés, la palabra *act* no era adecuada, ya que normalmente se refiere a una acción y no a una omisión, y el artículo se refiere tanto a una como a otra. El Comité de Redacción no ha podido encontrar ningún equivalente de la palabra francesa *fait* ni de la palabra española «hecho», que son más idóneas. Este punto se explicará en el comentario, pero, en cualquier caso, el artículo 2 disipa toda duda al precisar que el *act* puede consistir tanto en una acción como en una omisión. Por otra parte, también por recomendación del Relator Especial, el Comité de Redacción ha decidido suprimir el artículo 2, titulado «Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito», por considerar que el artículo 1 contenía implícitamente la idea de que el principio de responsabilidad internacional se aplica a todos los Estados sin excepción. Los pasajes correspondientes al comentario del artículo suprimido se insertarán en el comentario del artículo 1. Las demás cuestiones mencionadas en el artículo suprimido no se referían a la cuestión de la responsabilidad internacional como tal.

74. Por lo que respecta al artículo 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado), el Comité de Redacción se ha limitado a cambiar de lugar en el texto las palabras «un comportamiento consistente en una acción u omisión» insertándolas en el encabezamiento a fin de evitar la repetición de la palabra «comportamiento». Se ha convenido no añadir a la regla general enunciada en este artículo ninguna otra condición, como el elemento de daño o de falta. En el apartado *a*, el Comité de Redacción ha preferido mantener el término «atribuible», que implica una operación jurídica, en lugar de sustituirlo por el término «imputable», que parece remitir a un simple vínculo de causalidad. Ha mantenido el hincapié que en el apartado *a* se hace en la idea de que la atribución de un comportamiento determinado a un Estado se hace «según el derecho internacional». No ha considerado necesario añadir también al apartado *b* una referencia al derecho internacional; sin embargo, en el comentario se precisará que la determinación de si un comportamiento determinado constituye una violación de una obligación internacional debe hacerse en virtud del derecho internacional.

75. Por lo que respecta al artículo 4 (Calificación de un hecho del Estado como internacionalmente ilícito), el Relator Especial no ha propuesto ninguna modificación en su primer informe para una disposición que no le parece problemática para los gobiernos. La disposición comprende dos elementos: en primer lugar, la afirmación de que la calificación del hecho de un Estado como internacionalmente ilícita depende del derecho internacional; en segundo lugar, por analogía con el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, la afirmación del principio según el cual un Estado no puede invocar su derecho interno para exonerarse de su responsabilidad internacional. A ello se suma el deseo de evitar una redacción excesivamente cercana a la del capítulo V de la primera parte sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud. El Comité ha modificado la redacción de la primera frase, sin que ello afecte al fondo, para aclarar el sentido, especialmente en los idiomas distintos del inglés. En lugar de decir «el hecho del Estado solo podrá calificarse de internacionalmente ilícito según el derecho internacional», se

ha preferido decir «la calificación del hecho de un Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional». La segunda frase en lugar de «En tal calificación no influirá que el mismo hecho esté calificado de lícito según el derecho interno» se lee «Tal calificación no resulta afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno».

76. En cuanto al artículo 5 (Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos), que inaugura el capítulo II enunciando los principios por los que se rige la atribución del comportamiento del Estado según el derecho internacional, las primeras palabras del párrafo 1 («Para lo fines de los presentes artículos») indican que el capítulo trata de la atribución en materia de responsabilidad de los Estados y no en otros ámbitos del derecho internacional, como el derecho de los tratados. El artículo retoma el fondo de los antiguos artículos 5 y 6 y del párrafo 1 del antiguo artículo 7. Plantea el principio general de que el comportamiento de todo órgano del Estado que actúe en esa calidad es atribuible al Estado, y, en el resto del párrafo, se confirma que ese principio se aplica cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una entidad pública territorial. En el comentario se explicará que la expresión «entidad pública territorial» se utiliza en un sentido amplio, a fin de que pueda aplicarse a los distintos sistemas jurídicos.

77. En el párrafo 2 se hace constar el importante papel que desempeña el derecho internacional cuando se trata de determinar la posición de una persona o de una entidad en el marco de la organización del Estado. Ese papel es decisivo cuando el derecho internacional afirma que una persona o una entidad es un órgano del Estado. En el comentario se explicará que la expresión «derecho interno» se entiende en un sentido amplio, es decir, que abarca también la práctica y las convenciones. También se explicará que el derecho internacional desempeña una función subsidiaria cuando la clasificación del derecho interno es inexacta o inexistente. El Relator Especial propuso que se suprimiera el párrafo 1 del artículo 7 que figura en el párrafo 284 del primer informe porque la referencia a las entidades públicas territoriales se ha incluido en el nuevo artículo 5. También propuso que se modificara el párrafo 2, relativo al comportamiento de otras entidades que no forman parte de la organización formal del Estado en el sentido del artículo 5. La Comisión aprobó la modificación. El Comité de Redacción sólo ha introducido en el texto propuesto por el Relator Especial algunas modificaciones de estilo, como la supresión de la palabra «también» por considerarla superflua. El título del artículo 7 se ha modificado ligeramente para armonizarlo con el contenido de la disposición. En adelante dice lo siguiente: «Atribución al Estado del comportamiento de entidades que ejercen atribuciones del poder público».

78. El artículo 8 aprobado en primera lectura estaba compuesto por dos apartados relativos a dos situaciones completamente diferentes. Por consiguiente, el Comité de Redacción ha decidido dividirlo en dos artículos distintos, el artículo 8 y el artículo 8 *bis*.

79. El nuevo artículo 8, titulado «Atribución al Estado de un comportamiento de hecho llevado a cabo por instrucciones suyas o bajo su dirección o control», trata de la cuestión a la que se hacía referencia en el apartado *a* del antiguo artículo 8. La modificación más importante que ha introducido en el texto el Comité de Redacción ha consistido en sustituir «actuaba de hecho por cuenta de ese Estado» por «actuaba de hecho por instrucciones de ese Estado o bajo la dirección o control de ese Estado al llevar a cabo ese comportamiento». Como ha señalado el Relator Especial, la primera formulación resultaba algo vaga en el contexto de la atribución al Estado. Es evidente que la disposición se refiere al comportamiento de una persona o de un grupo de personas que actúan «por instrucciones» de un Estado, pero hubiera sido excesivamente restrictivo limitar la aplicación del artículo 8 a esa situación exclusivamente, en el sentido de que, en la práctica, resultaría muy difícil demostrar la existencia de instrucciones expresas. Por ello, es preferible hacer referencia también a las situaciones en que una persona o un grupo de personas actúa «bajo la dirección o control» de un Estado. Cabe observar que se trata de criterios que pueden ser intercambiables: el Comité de Redacción ha considerado que no conviene limitar el alcance del artículo 8 exigiendo que se cumplan ambos criterios. Sin embargo, a los fines de la atribución al Estado, no basta con que «la dirección o control» se ejerzan de manera general; es preciso que exista una relación con el comportamiento concreto en cuestión, lo que explica que se hayan añadido las palabras «al llevar a cabo ese comportamiento». En el comentario se dejará claro que, en esta disposición, por «Estado» se entenderá un órgano del Estado que dé las instrucciones o ejerza el control o la dirección con respecto a un comportamiento determinado. Por recomendación del Relator Especial, el Comité de Redacción ha suprimido la primera parte de la frase «consta que», que constituye una condición general de atribución que no procedía subrayar exclusivamente en el artículo 8.

80. El artículo 8 *bis* (Atribución al Estado de cierto comportamiento llevado a cabo en defecto de las autoridades oficiales) trata de la cuestión a la que se hacía referencia en el apartado *b* del antiguo artículo 8. La utilización de la palabra «cierto» en el título indica de entrada que las situaciones a las que se hace referencia en este artículo son de carácter excepcional, punto que se explicará con mayor detenimiento en el comentario. El Comité de Redacción ha estimado que la expresión inglesa *in the absence of* es algo restrictiva y parece referirse exclusivamente a la situación de colapso total del Estado, cuando la disposición se aplica también, de hecho, a otras situaciones en que las autoridades oficiales no ejercen sus funciones, como por ejemplo en caso de desorganización parcial del Estado. El término francés *carence* refleja mejor este concepto, pero el Comité de Redacción no ha podido encontrarle un equivalente exacto en inglés y ha tenido que optar por emplear dos conceptos: *In the absence or default of*.

81. El Comité de Redacción ha debatido largamente la expresión «autoridades oficiales», para decidir al cabo mantenerla. En el comentario se explicará que la expresión se refiere tanto a los órganos del Estado en el sentido del artículo 5 como a las entidades que ejercen atribuciones del poder público, en el sentido del artículo 7. También se explicará que, mientras subsista una forma u otra de «autoridad oficial», el artículo no se aplicará, aunque dicha «autoridad» no tenga competencia para ejercer las

funciones en cuestión en virtud del derecho interno. Esta última situación se trata en el artículo 10.

82. Por consejo del Relator Especial, el Comité de Redacción ha introducido otra modificación en el texto del apartado *b* del antiguo artículo 8, sustituyendo el término «justificaban» por «exigían», dado que la primera palabra podía malinterpretarse en el contexto de un comportamiento ilícito. Además, la palabra «exigían» refleja mejor la idea de que es preciso que exista, en todo caso, alguna forma de función gubernamental, aunque no necesariamente el comportamiento en cuestión. Para terminar, con el fin de subrayar nuevamente el carácter excepcional de las circunstancias a las que se aplicaría el artículo 8 *bis*, el Comité de Redacción ha decidido sustituir «en circunstancias tales que exigían» por «en circunstancias tales que requerían».

83. El artículo 9 aprobado en primera lectura se refería a un mismo tiempo a los órganos de otros Estados y a los de organizaciones internacionales puestos a disposición de un Estado. El Relator Especial ha suprimido, con razón, todas las referencias a organizaciones internacionales en el conjunto del proyecto de artículos; la Comisión aprobó esta opción y examinó el texto revisado del artículo 9 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado) propuesto por el Relator Especial en el párrafo 284 de su primer informe. El artículo constituye una excepción al artículo 5 y trata de situaciones particulares. El Comité de Redacción ha estimado que esas situaciones particulares suelen producirse más a menudo de lo que se tiende a creer, por lo que es útil conservar el artículo, por lo menos de momento, aunque pueda revisarse posteriormente a la luz de los artículos del capítulo IV.

84. La expresión «a su disposición» suscitó debates en el seno de la Comisión. Sin embargo, el Comité de Redacción ha decidido mantenerla, al no encontrar otra mejor. El sentido de la expresión se explicará con mayor detalle en el comentario. A modo de ejemplo, cuando un órgano de un Estado se pone a disposición de otro Estado, ese órgano debe actuar en favor del Estado beneficiario y rendirle cuentas. Existen circunstancias en las que un órgano de un Estado actúa por cuenta de otro Estado o en favor de éste. Esas circunstancias no cumplen los criterios de la puesta a disposición y no se rigen por el artículo 9, sino por los artículos 5 y 8. El Comité de Redacción ha observado además que las circunstancias en que existe una representación conjunta de Estados deberían tratarse en una disposición del proyecto. En algunos casos, un Estado representa a uno o varios otros Estados, por ejemplo, en el territorio de otro Estado. El Comité de Redacción también ha estimado que esta cuestión debería estudiarse cuando se examinen los artículos del capítulo IV.

85. El artículo 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en sus atribuciones o en contra de instrucciones) se refiere a la importante cuestión de los hechos no autorizados o de los hechos *ultra vires*. En sus observaciones, los gobiernos han manifestado su inquietud con respecto a este texto. El Relator Especial ha propuesto que se mantenga el texto aprobado en primera lectura, con la introducción de algunas modificaciones menores de redacción. Se ha planteado la cuestión de si el artículo debe referirse al comportamiento de un organismo que comete abiertamente actos ilícitos amparándose en su condición oficial. El Comité de Redacción ha estimado que es mejor mantener el artículo 10 como lo propuso el Relator Especial en el párrafo 284 del primer informe y tratar la cuestión en el comentario.

86. Como se han suprimido los artículos 11 a 14, en el artículo 15 (Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole) se tratan las cuestiones a las que se hacía referencia en el párrafo 2 del antiguo artículo 14 y en el antiguo artículo 15. Los párrafos 1 y 3 del artículo 14 se han suprimido por recomendación del Relator Especial. Se ha considerado que el párrafo 3 quedaba fuera del ámbito de aplicación del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, porque trataba de la responsabilidad internacional de los movimientos insurreccionales como tales. Por lo que se refiere al párrafo 1, contenía una especie de «cláusula de atribución negativa» y se ha decidido no establecer disposiciones que contengan cláusulas de ese tipo. Sin embargo, en el comentario del artículo 15 se indicará que el principio según el cual el comportamiento de un movimiento insurreccional establecido en el territorio de un Estado no se asimila, como tal, a un hecho de ese Estado según el derecho internacional. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole sólo es atribuible a un Estado en las circunstancias enunciadas en el artículo 15. En el artículo 15 se utiliza la palabra «comportamiento» en lugar del término «hecho» por motivos de coherencia. La expresión «según el derecho internacional» se ha introducido por esa misma razón. El Comité de Redacción ha debatido la cuestión de si conviene decir «un órgano» de un movimiento insurreccional, pero ha llegado a la conclusión de que vale más abstenerse de hacerlo, dado que algunos de los movimientos a los que debería referirse este artículo pueden no estar lo suficientemente estructurados como para disponer de «órganos». En el comentario se explicará que el artículo 15 se aplica al comportamiento de un movimiento como tal y no a los actos individuales de sus miembros, aunque éstos actúen en calidad de tales.

87. El párrafo 1 del artículo 15 corresponde a la primera parte del párrafo 1 del artículo 15 aprobado en primera lectura. El Comité de Redacción ha considerado preferible no añadir a la expresión «movimiento insurreccional» precisiones tales como «establecido en oposición a un Estado o a su gobierno», habida cuenta de la gran diversidad de movimientos insurreccionales existentes en la práctica y a los que el párrafo 1 debe referirse. El Comité de Redacción ha considerado también que la expresión «que se convierta en el nuevo gobierno» es la más idónea en este contexto. En el comentario se explicará que, en la práctica, la situación no siempre está tan clara. En algunas ocasiones puede suceder que el nuevo gobierno incluya a miembros del anterior. Se ha suprimido la segunda frase de la versión anterior del párrafo 1 porque se retoma implícitamente en el párrafo 3 de la nueva versión.

88. Por lo que al párrafo 2 se refiere, el Comité de Redacción ha considerado que el concepto de «movimiento insurreccional» resulta tal vez excesivamente restrictivo habida cuenta de la gran diversidad de movimientos cuya acción puede dar lugar a la formación de un nuevo Estado. Por consiguiente, ha decidido añadirle las palabras «o de otra índole» para indicar que el artículo se refiere a los movimientos *ejusdem generis*. En el comen-

tario se precisará, por ejemplo, que el párrafo 2 no se refiere a los actos realizados en el marco del sistema jurídico de un Estado por un grupo de ciudadanos partidarios de la secesión. El Comité ha decidido también sustituir «que dé lugar al establecimiento de un nuevo Estado» por «que logre establecer un nuevo Estado», por considerar que esta segunda formulación refleja mejor la idea que sustenta esta disposición. En el comentario se explicará que el párrafo 2 sólo se refiere al caso en que se constituye un nuevo Estado, pero podría aplicarse *mutatis mutandis* a los casos en que una entidad de un Estado optara por la secesión y pasara a formar parte de otro Estado.

89. Algunos miembros de la Comisión señalaron que el párrafo 2 del antiguo artículo 14 debía incluirse en el artículo 15. El Comité ha aceptado esta propuesta, que completa el artículo 15. Se trata, de hecho, de una cláusula que hace que el artículo 15 se aplique sin perjuicio de la atribución a un Estado de todo comportamiento de un movimiento insurreccional que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de otros artículos. El párrafo se ha modificado para insertarlo en el nuevo artículo 15. Las palabras «cualquiera que sea su» tienen por objeto dar un sentido más amplio a la palabra «relación».

90. El Comité de Redacción ha examinado el nuevo artículo 15 *bis* propuesto por el Relator Especial en el párrafo 284 de su primer informe para colmar una laguna importante en el proyecto de artículos, que no cubría, por ejemplo, cuestiones tales como la toma de rehenes. En el artículo 15 *bis* se prevé la atribución a un Estado de un comportamiento que no le sea atribuible en virtud de los demás artículos del capítulo II, pero que el Estado reconozca y adopte como propio. Ambas condiciones son acumulativas y figuran en el orden en el que normalmente aparecen en tales casos. No basta que el Estado reconozca la existencia factual del comportamiento, sino que debe adoptarlo como propio. De hecho, el Estado acepta ser responsable de un comportamiento que, en otro caso, no le habría sido atribuible y no se limita simplemente a aprobarlo de manera general. En el comentario se explicará que ese artículo se refiere a las situaciones en las que un Estado acepta ser responsable de un comportamiento que no aprueba o incluso que deplora. Al propio tiempo, en el artículo se estipula una norma de atribución limitada que se manifiesta en la expresión «en la medida en que». Los demás casos de complicidad en que un Estado aprueba y apoya el comportamiento de otro Estado se examinarán en el marco del capítulo IV.

91. El Relator Especial ha suprimido las menciones de las organizaciones internacionales en todos los artículos. Para evitar errores de interpretación, ha propuesto un artículo que constituye una cláusula de salvaguardia, el artículo A. Ese texto, inspirado en el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969, tiene como finalidad precisar que los artículos no se aplican a las cuestiones que afecten a la responsabilidad de las organizaciones internacionales o de los Estados en razón del comportamiento de una organización internacional. La expresión «organización internacional» se definirá en el comentario, quedando entendido que la definición no se referirá sino a las organizaciones dotadas de personalidad jurídica. La ubicación del artículo A dentro del conjunto del proyecto se decidirá más adelante.

92. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) señala dos errores en la versión francesa. En el artículo 8 hay que leer *sous la direction ou le contrôle* en lugar de *sous la direction et le contrôle*; en el artículo 15 *bis* hay que sustituir, a la inversa, *entérine ou fait sien* por *entérine et fait sien.*

93. El Sr. CANDIOTI observa que esas correcciones se aplican también a la versión española.

94. El Sr. HAFFNER está dispuesto a aceptar que se tome nota del proyecto de artículo quedando entendido que, en su opinión, en el párrafo 1 del artículo 15 la expresión «que se convierta en el nuevo gobierno» no refleja el verdadero sentido de la disposición. Habría que hacer mayor hincapié en el poder de nombrar a los miembros del gobierno que en la composición de éste.

95. El Sr. PELLET lamenta que, por exceso de formalismo, la CDI considere que no se puede aprobar ningún artículo mientras no se haya concluido el conjunto del proyecto. Espera que en el próximo período de sesiones por lo menos la primera parte del proyecto pueda aprobarse y remitirse a la Sexta Comisión.

96. El Sr. BENNOUNA dice que, con arreglo a la tradición y a la lógica, los proyectos de artículo suelen aprobarse simplemente a título provisional mientras no se ha concluido el conjunto del proyecto, sobre todo cuando quedan por resolver cuestiones tan importantes como la distinción entre crimen y delito.

97. Por lo que respecta a los artículos sometidos a examen, la expresión «o de otra índole» que figura en el título del artículo 15 es poco satisfactoria porque denota la incapacidad de definir el objeto de que se trata. Además, el párrafo 2 de ese mismo artículo no puede referirse a los órganos que actúan en el marco de la legalidad. Por ejemplo, no puede considerarse a un Estado responsable del comportamiento de un partido político antes de la creación del Estado en cuestión. El criterio definitorio de la insurrección es la violencia, la ruptura del órgano jurídico.

98. El Sr. PELLET considera que el artículo 15 *bis* es excesivamente rígido, sobre todo si se sustituye *entérine ou fait sien* por *entérine et fait sien.* Esa formulación equivale a exonerar en gran medida a los Estados, por ejemplo en situaciones como la de los Estados Unidos de América con respecto a los contras en Nicaragua. También alberga serias reservas con respecto al artículo A. En primer lugar, la cuestión de la responsabilidad de una organización internacional no tiene cabida en un proyecto consagrado a la responsabilidad de los Estados. Si se menciona a las organizaciones internacionales, también hay que mencionar a otros sujetos del derecho internacional. El final del texto del artículo, «por el comportamiento de una organización internacional», atañe a toda una faceta del derecho de la responsabilidad de la que, en principio, la Comisión no desea ocuparse, sobre todo en el caso de las organizaciones internacionales de integración. Por lo tanto, es mejor devolver el texto al Comité de Redacción y volverlo a examinar más adelante, al mismo tiempo que otras posibles cláusulas de salvaguardia.

99. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) considera prematuro aprobar, aunque sea provisionalmente, los pro-

yectos de artículo sometidos a examen. Basta con tomar nota del informe del Comité de Redacción y, en el próximo período de sesiones, cuando haya concluido la primera parte del proyecto y los comentarios correspondientes, esa parte podrá aprobarse provisionalmente y remitirse a la Sexta Comisión. La cláusula de salvaguardia prevista en el artículo A volverá a examinarse en ese momento.

100. El PRESIDENTE propone a la Comisión que tome nota del informe del Comité de Redacción sobre los artículos 1, 3, 4, 5, 7, 8, 8 *bis*, 9, 10, 15, 15 *bis* y A y de la supresión de los artículos 2, 6 y 11 a 14, teniendo en cuenta las observaciones formuladas durante el debate.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 18.35 horas.

2563.ª SESIÓN

Viernes 14 de agosto de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Opertti Badan, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones *(continuación)*

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del proyecto de informe sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones con el capítulo III.

CAPÍTULO III.—*Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían ser de particular interés para la Comisión* (A/CN.4/L.570)

Párrafos 1 a 6

Quedan aprobados los párrafos 1 a 6.

Párrafo 7

2. El Sr. PELLET dice que el término «sanciones» de la última frase debería sustituirse por «consecuencias».

Queda aprobado el párrafo 7, con la modificación introducida.

Párrafo 8

3. El Sr. BROWNLIE dice que la Comisión decidió suprimir la relación entre prevención y responsabilidad del Estado, con lo que se puso fin a la necesidad de debatir el tema de la responsabilidad civil. Sin embargo, el párrafo 8 parece implicar que la Comisión tiene previsto reanudar los debates sobre ese tema, a lo que él se opone resueltamente.

4. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que propuso la cuestión de la responsabilidad porque era indudable que los Estados la iban a plantear y, en última instancia, la Comisión se vería obligada a examinarla. Sin embargo, propone que el párrafo 8 se suprima del proyecto de informe.

5. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) dice que, aunque apoya la propuesta de suprimir el párrafo, la Comisión debe tener presente que se tendrá que volver a ocupar de este tema en algún momento.

6. El Sr. PELLET, con apoyo del Sr. CANDIOTI, el Sr. CRAWFORD, el Sr. GOCO, el Sr. HAFNER, el Sr. ROSENSTOCK y el Sr. YAMADA, dice que debería suprimirse el párrafo 8, pero que la Comisión debería tomar nota de las opiniones de los Estados sobre la cuestión de la responsabilidad y prepararse a celebrar un último debate en profundidad sobre la cuestión en su próximo período de sesiones.

Queda suprimido el párrafo 8.

Párrafos 9 a 11

Quedan aprobados los párrafos 9 a 11.

Nuevo párrafo

7. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que ha distribuido a los miembros un nuevo párrafo que debe colocarse a continuación del párrafo 11. La lista de cuestiones que contiene no debe considerarse exclusiva. También considera importante señalar a la atención de la Comisión el proyecto de artículo 19 sobre la responsabilidad de los Estados, aunque todavía no se han presentado conclusiones definitivas.

8. El Sr. PELLET pide que se aclare la frase «obligaciones multilaterales» que figura en el apartado *d*.

9. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que la expresión «obligaciones *erga omnes* o hacia gran número de Estados» expresaría el significado con mayor claridad.

10. El Sr. GOCO pregunta cómo se transmitirá a los Estados la petición de que formulen observaciones.

11. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que los gobiernos han tenido acceso al proyecto de artículos y a los comentarios. La finalidad del nuevo párrafo es simplemente indicar las seis cuestiones sobre las que han versado buena parte de las observaciones recibidas de los gobiernos con el fin de obtener más reacciones de éstos sin pedir instrucciones directamente a la Sexta Comisión.

Queda aprobado el nuevo párrafo, con las modificaciones introducidas.

Párrafos 12 a 15

Quedan aprobados los párrafos 12 a 15.

Nueva sección G y nuevo párrafo

12. El Sr. BROWNLIE sugiere que, por mor de la coherencia, el encabezamiento de la sección debe decir «Protección del medio ambiente».

13. El Sr. HAFNER dice que el grupo de trabajo al que se ha pedido que estudie las cuestiones relacionadas con la legislación medioambiental ha llegado a la conclusión de que podría resultar útil que el Presidente de la Comisión solicitara la opinión de las organizaciones internacionales competentes. Se insertará una petición a tal efecto en alguna de las partes del informe.

14. El Sr. LEE (Secretario de la Comisión) dice que podría insertarse en el capítulo X, que se refiere al futuro programa de trabajo de la Comisión.

15. El Sr. ROSENSTOCK dice que en la última línea del nuevo párrafo de la sección G de la versión inglesa *would* debería sustituirse por *might*.

Quedan aprobados la nueva sección G y el nuevo párrafo, con las modificaciones introducidas.

Queda aprobado el capítulo III en su conjunto, con las modificaciones introducidas.

16. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el capítulo X de su proyecto de informe.

CAPÍTULO X.—*Otras decisiones y conclusiones de la Comisión* (A/CN.4/L.567)

17. El Sr. SIMMA considera que debería modificarse la redacción de la primera frase del párrafo 1.

18. El Sr. LEE (Secretario de la Comisión), respondiendo a una pregunta formulada por el PRESIDENTE sobre el párrafo 21, se remite al párrafo 5 de la resolución 44/35 de la Asamblea General, en el que se autoriza a los Relatores Especiales a asistir a las sesiones de la Asamblea en las que se debaten los temas de los que están encargados.

19. El PRESIDENTE sugiere que el Sr. Pellet, Relator Especial, represente a la Comisión en el quincuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General.

Así queda acordado.

20. El Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción), refiriéndose al párrafo 5, se pregunta si es preciso tomar alguna medida con respecto al nombramiento de los Presidentes de la Comisión y del Comité de Redacción en el siguiente período de sesiones.

21. El PRESIDENTE, respondiendo a una pregunta del Sr. SIMMA sobre el párrafo 5, dice que se necesita más tiempo para concluir el proceso de selección de candidatos.

22. El Sr. Sreenivasa RAO dice que, en su opinión, no es preciso tomar ninguna medida, a pesar de lo que se indica en el párrafo.

Queda aprobado el capítulo X.

CAPÍTULO VII.—*Responsabilidad de los Estados* (conclusión) (A/CN.4/L.561 y Add.1 a 6)

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones *(conclusión)* (A/CN.4/L.561/Add.1 a 6)

23. El PRESIDENTE invita a la Comisión a continuar el examen del capítulo VII comenzando por el documento A/CN.4/L.561/Add.1.

Documento A/CN.4/L.561/Add.1

Queda aprobado el documento A/CN.4/L.561/Add.1.

Documento A/CN.4/L.561/Add.3 *(conclusión)*

24. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) explica que, como ha pedido la Comisión, se añadirá un nuevo párrafo al final del documento bajo el epígrafe «Conclusiones provisionales de la Comisión respecto del proyecto de artículo 19».

Queda aprobado el documento A/CN.4/L.561/Add.3, en ese entendimiento.

Documento A/CN.4/L.561/Add.5

25. El Sr. PELLET dice que, en el texto francés del párrafo 7, *act of State* no debería traducirse sino mantenerse en inglés. También considera que el párrafo 24 carece de utilidad y podría suprimirse.

26. El Sr. LUKASHUK está de acuerdo en que se debería suprimir el párrafo 24.

27. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, aunque cree que el párrafo 24 refleja fielmente las deliberaciones sobre el texto, no tiene inconveniente en que se suprima.

28. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea suprimir el párrafo 24.

Así queda acordado.

29. El Sr. ECONOMIDES pregunta por qué en el párrafo 25 se hace referencia a los bantustanes y no al Estado establecido al norte de Chipre, del que también se habló.

30. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que los dos casos no son paralelos. Los bantustanes tenían su propio derecho interno, aunque el antiguo régimen de *apartheid* de Sudáfrica no lo tuviera en cuenta. La situación de la entidad turca del norte de Chipre es bastante diferente.

31. El Sr. PELLET dice que las palabras «y los usos jurídicos» que figuran al final del párrafo 25 no reflejan con exactitud las deliberaciones sobre la expresión «derecho interno».

32. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que deben suprimirse las palabras «y los usos jurídicos».

33. El Sr. LUKASHUK dice que, en la segunda frase del párrafo 25, las palabras «responsabilidad del Estado» deberían sustituirse por «responsabilidad internacional».

34. El Sr. PELLET sugiere que, en el párrafo 27, se inserten las palabras «Sin embargo» al principio de la segunda frase. También propone que se suprima o modifique el párrafo 40 y que se añada la siguiente frase explicativa al final del párrafo 34: «Se señaló que, por el contrario, el reemplazo de la expresión "funciones" por "prerrogativas del poder público" podría hacer que los lectores creyeran que el proyecto de artículos se refería a *acta jure gestiones,* lo que no era claro en sí mismo y en todo caso debía dejarse en claro en el comentario».

35. El Sr. ROSENSTOCK está de acuerdo en que o el párrafo 40 se suprime o se le debe añadir algo para aclarar su sentido.

36. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) propone que se añada al final del párrafo 40 la siguiente frase: «Por otra parte, se señaló que por lo menos el apartado *a* del artículo 8 se refería a los casos de autoridad *de facto* y, por tanto, la oración era útil».

Queda aprobado el documento A/CN.4/L.561/Add.5, con las modificaciones introducidas.

Documento A/CN 4/L 561/Add 6

37. El Sr. PELLET pregunta si no deberían reflejarse en el informe de la Comisión a la Asamblea General las reservas manifestadas por algunos miembros sobre algunos de los artículos.

38. El Sr. HAFNER, con apoyo del Sr. SIMMA (Presidente del Comité de Redacción) y del Sr. ROSENSTOCK, dice que no sería pertinente incluir esas observaciones en el informe de la Comisión a la Asamblea General.

39. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que las observaciones y reservas manifestadas (2562.ª sesión) se examinarán en el próximo período de sesiones. No obstante, si la Comisión así lo desea, añadirá una frase para reflejar las deliberaciones.

40. El Sr. PELLET propone que se inserte en el párrafo 37, antes de la última frase, una frase adicional que rece lo siguiente: «También se expresó la opinión de que, ya que el proyecto se refería exclusivamente a la responsabilidad de los Estados, la exclusión específica de la responsabilidad de las organizaciones internacionales era improcedente».

41. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el documento A/CN.4/L.561/Add.6, con las modificaciones introducidas y con la inclusión de una frase que preparará el Relator Especial para reflejar las deliberaciones del día anterior.

Queda aprobado el documento A/CN.4/L.561/Add.6 con las modificaciones introducidas, en ese entendimiento.

Queda aprobada la sección B, con las modificaciones introducidas.

Queda aprobado el capítulo VII en su conjunto, con las modificaciones introducidas.

Se suspende la sesión a las 11.30 horas y se reanuda a las 12.05 horas.

CAPÍTULO VI.—*Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)* (continuación*) (A/CN.4/L.554 y Corr.1 y 2 y Add. 1 y Add.1/Corr.1 y 2 y Add.2 y Add.2/Corr.1)

B.–Examen del tema en el actual período de sesiones *(continuación*)* (A/CN.4/L.554 y Corr.1 y 2)

Documento A/CN 4/L 554/Corr 1

42. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que en el documento A/CN.4/L.554 figuran los detalles sobre las deliberaciones que siguieron a la presentación de su informe en la parte del período de sesiones que se celebró en Ginebra. El informe está siendo editado para presentarlo a la Asamblea General y, dado que la Comisión ha avanzado más rápidamente de lo que estaba previsto en un principio y está en situación de aprobar el conjunto de artículos, es preciso introducir algunas modificaciones. Señala a la atención de los miembros la adición pro forma que se ha efectuado en el párrafo 5 del documento A/CN.4/L.554/Corr.1.

Queda aprobado el documento A/CN.4/L.554/Corr.1.

Documento A/CN 4/L 554/Corr 2

43. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) señala a la atención de la Comisión las revisiones que figuran en el documento A/CN.4/L.554/Corr.2 y dice que alberga dudas sobre la supresión de los párrafos 6 a 46 del documento A/CN.4/L.554, que, si se mantuvieran, proporcionarían útil información de antecedentes a la Asamblea General.

44. El Sr. LEE (Secretario de la Comisión) dice que el documento A/CN.4/L.554/Corr.2 consta de cuatro párrafos. El Relator Especial se ha referido al párrafo 4, relativo a la supresión de los párrafos 6 a 46 del proyecto de informe. Entiende que se mantendrán los tres primeros párrafos.

* Reanudación de los trabajos de la 2546.ª sesión

45. El PRESIDENTE propone que la Comisión apruebe los párrafos 1 a 3 del documento A/CN.4/L.554/Corr.2.

Así queda acordado.

Queda aprobado el documento A/CN.4/L.554/Corr.2, en su forma enmendada.

46. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar los comentarios a los proyectos de artículos.

C.—Texto de los proyectos de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura (A/CN.4/L.554/Add.1 y Add.1/Corr.1 y 2 y Add.2 y Add.2/Corr.1)

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS CON COMENTARIOS

Comentario general (A/CN.4/L.554/Add.1)

47. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el comentario general es totalmente nuevo y sustituye al texto que figuraba en el proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones[1]. En el proyecto anterior se trataban conjuntamente los temas de la prevención y de la responsabilidad, mientras que en el nuevo texto se suprime el tema de la responsabilidad y se subraya la necesidad de examinar el principio de la prevención en general, así como su importancia en el contexto actual.

48. El Sr. HAFNER propone que se incluya una referencia al principio 2 de la Declaración de Río[2] tras la referencia al principio 21 de la Declaración de Estocolmo[3] en el párrafo 4, dado que su omisión podría dar una impresión equivocada al lector.

49. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) remite al Sr. Hafner al párrafo 3, que incluye la mención del principio 2 de la Declaración de Río.

50. El Sr. HAFNER dice que, aunque es consciente de que el principio 2 de la Declaración de Río se mencionaba en el párrafo 3, considera que también debería figurar en el párrafo 4, cuya tercera frase debería decir: «...no sólo en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo y en el principio 2 de la Declaración de Río, sino también en...».

51. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que no tiene inconveniente en que se añada esa mención.

Queda aprobado el comentario general, con la modificación introducida.

Comentario al artículo 1

52. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el comentario al artículo 1 reproduce casi exactamente el del proyecto presentado en el 48.º período de sesiones.

Queda aprobado el comentario al artículo 1.

Comentario al artículo 2

53. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el comentario sigue el texto utilizado en el 48.º período de sesiones, salvo que en él «daño» se define como el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente.

Queda aprobado el comentario al artículo 2.

Comentario al artículo 3 (A/CN.4/L.554/Add.1 y Add.1/Corr.1 y 2)

54. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) señala a la atención de la Comisión el texto adicional que figura en los documentos A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.1 y 2).

55. El Sr. HAFNER, con el apoyo del Sr. ROSENSTOCK, propone que se supriman las palabras «daño, que entraña el riesgo de causar» al final de la segunda frase del nuevo párrafo 14. Por consiguiente, el texto debería decir: «...para evitar o prevenir daño grave o irreversible».

56. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que no tiene nada que objetar al cambio.

Queda aprobado el comentario al artículo 3, con la modificación introducida.

Comentario al artículo 4 (A/CN.4/L.554/Add.1)

57. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que se ha mantenido el comentario al proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones, en el que se vinculan el principio de cooperación y el principio de prevención, y recomienda que se apruebe.

Queda aprobado el comentario al artículo 4

Comentario al artículo 5 (A/CN.4/L.554/Add.1 y Add.1/Corr.2)

58. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) señala a la atención de la Comisión el nuevo párrafo 1 *bis* que figura en el documento A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.2.

59. El Sr. PELLET considera que el nuevo párrafo 1 *bis* es excesivamente general y no cita antecedentes. Además, el artículo 5 sólo se refiere a un tipo de medida que deben adoptar los Estados; por lo tanto, las palabras «algunas medidas» deben sustituirse por «una medida».

60. El PRESIDENTE dice que, de no oír objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el nuevo párrafo 1 *bis*.

Así queda acordado.

Queda aprobado el comentario al artículo 5.

Comentario al artículo 6 (A/CN.4/L.554/Add.1)

61. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el comentario es básicamente similar al del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones.

62. El Sr. HAFNER pide que se aclare la frase «incluida cualquier norma primaria vigente en el campo del derecho

[1] Véase 2527.ª sesión, nota 16.

[2] Ibíd., nota 8.

[3] Véase 2529.ª sesión, nota 7.

de la responsabilidad de los Estados» que figura en la segunda frase del párrafo 2.

63. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que la frase se refiere a las normas relativas a la responsabilidad del Estado que se aplican cuando no está claro lo que está o no está prohibido.

64. El Sr. HAFNER dice que, dado que la Comisión se basa en el supuesto de que la responsabilidad del Estado es sólo un tipo de norma secundaria, puede existir cierta confusión entre lo que se considera primario y lo que se considera secundario. Por lo tanto, sugiere que en la segunda frase se supriman las palabras «vigente en el campo del derecho de la responsabilidad de los Estados». De las normas primarias se deriva automáticamente que la violación de esas normas implica responsabilidad por parte del Estado.

65. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que considera excesivamente lógica la tesis del Sr. Hafner, pero la acepta.

Queda aprobado el comentario al artículo 6, con la modificación introducida.

Comentario al artículo 7 (A/CN 4/L 554/Add 1 y Add 1/Corr 2)

66. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que se ha utilizado el texto del comentario propuesto en el 48.° período de sesiones, añadiéndole un párrafo 6 *bis* a fin de tener en cuenta las observaciones formuladas recientemente por los miembros de la Comisión (A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.2).

67. El Sr. PELLET recuerda que el título del artículo pasó de ser «Autorización previa» a «Autorización», hecho que debería reflejarse en el comentario. Además, propone que se añada un nuevo párrafo, después del párrafo 6 o del 6 *bis*, que rece lo siguiente: «En opinión de un miembro, la obligación de autorización retrospectiva imponía una carga excesiva a los explotadores en el contexto de las actividades no prohibidas por el derecho internacional».

68. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que la puntualización hecha por el Sr. Pellet se reflejará en el comentario.

69. En respuesta a una pregunta del Sr. BENNOUNA, dice que, aunque el comentario debe reflejar las opiniones de la Comisión en su conjunto, en primera lectura es preferible actuar con mayor flexibilidad y recoger algunas opiniones individuales.

Queda aprobado el comentario al artículo 7, con la modificación introducida.

Comentario al artículo 8 (A/CN 4/L 554/Add 1)

70. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el comentario se ha actualizado desde el 48.° período de sesiones a fin de reflejar los cambios de menor importancia que se han introducido en el artículo, pero el fondo sigue siendo el mismo.

71. El Sr. HAFNER dice que, según la primera frase del párrafo 1 del comentario, los Estados deberían velar por que se procediera a determinar el riesgo para el medio ambiente de las actividades peligrosas, cuando el artículo no entraña una recomendación sino la obligación por parte de los Estados de llevar a cabo esa evaluación. Por consiguiente, las palabras «debería velar» deben sustituirse por otra formulación, como «tiene la obligación de velar».

72. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que, por sus lecturas sobre el tema, incluido un informe del PNUMA, sabe que muchos Estados ha adoptado o están adoptando la legislación pertinente. Sin embargo, otros muchos Estados siguen pidiendo orientación por las dificultades de índole práctica que plantea la complejidad de las evaluaciones del riesgo para el medio ambiente requeridas, y hacer la obligación más estricta no les ayudaría a superar esas dificultades prácticas. La redacción en cuestión debería mantener la formulación propuesta en el 48.° período de sesiones porque la situación apenas si ha cambiado desde entonces.

73. El Sr. HAFNER dice que mantiene su posición sobre la utilización de las palabras «debería velar».

74. El Sr. PELLET dice que es importante reflejar las opiniones individuales de los miembros, si no en los comentarios de los artículos, al menos en las actas de los debates. Propone que el comienzo del párrafo 6 se modifique de manera que diga: «Se observó con pesar que el artículo 8 era muy superficial y adolecía de falta de precisión con respecto a las evaluaciones del impacto sobre el medio ambiente. Sin embargo, ...».

75. El Sr. ROSENSTOCK dice que, aunque es cierto que, en primera lectura, el comentario suele incluir las opiniones de los disidentes, los miembros deben dar muestras de moderación. En cualquier caso, las opiniones disidentes o las reservas deben figurar después de la exposición de la opinión mayoritaria.

76. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que está dispuesto a aceptar la solicitud de que se recojan las opiniones disidentes. Sin embargo, en el caso concreto del comentario al artículo 8, subraya nuevamente la complejidad del asunto y señala a la atención de la Comisión la nota relativa al párrafo 5, en la que se enumera la información que, según el artículo 4 del Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, se ha de incluir en la documentación. La labor de sistematización, que es sumamente compleja, todavía está en marcha. El artículo 8 debe servir de guía a los Estados, pero manteniendo su libertad de acción, por lo que entiende que las palabras «pesar», «superficial» y «adolece de falta de precisión» son excesivamente fuertes.

77. El Sr. CRAWFORD, con apoyo del Sr. HAFNER, apoya la propuesta del Sr. Pellet, modificada oralmente por el Sr. Rosenstock.

78. El Sr. PELLET dice que el que el artículo 8 haya cambiado o no desde el 48.° período de sesiones no impide que algunos miembros lamenten que sea muy superficial. No es excesivamente fuerte decir que el artículo adolece de falta de precisión. Manifiesta su sorpresa

ante la reacción negativa que su propuesta ha suscitado, dado que entiende que su punto de vista es compartido por otros.

79. El Sr. ECONOMIDES, tras expresar su apoyo a lo manifestado por el Sr. Pellet sobre la cuestión de las opiniones disidentes, señala que en el 49.º período de sesiones no siempre se siguió la práctica de incluirlas en los comentarios.

80. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que, aunque la Comisión podría haber debatido cuáles debían ser los elementos de una evaluación ambiental, no cree que lo haya hecho. Por lo tanto, ha tenido que atenerse al proyecto de artículo y al comentario ya existentes. Por lo que a la propuesta del Sr. Pellet se refiere, lo que le plantea problemas fundamentalmente es el concepto de «pesar». Propone que se diga que algunos miembros creen que la Comisión debería haber brindado a los Estados unas directrices más elaboradas sobre las evaluaciones del impacto ambiental, con la esperanza de que con ello se atienda a la propuesta del Sr. Pellet.

81. El Sr. PELLET reitera su opinión, a saber, que el artículo es muy superficial y es lamentable que así sea.

82. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial), a petición del PRESIDENTE se compromete a redactar un texto que refleje las opiniones manifestadas en la reunión.

Comentario al artículo 9

83. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) recuerda que la nueva formulación del artículo amplía la obligación de un Estado en el que vaya a desarrollarse un proyecto determinado de proporcionar la información pertinente al público que pueda resultar afectado por la actividad en cuestión, incluido el público de más allá de las fronteras del Estado. Por consiguiente, se han introducido los cambios pertinentes en el comentario.

Queda aprobado el comentario al artículo 9.

Comentario al artículo 10

84. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el artículo y el comentario no son nuevos, y que el único cambio introducido ha sido la sustitución en el párrafo 1 del concepto de «sin demora» por el concepto de «oportuna notificación» de la Declaración de Río, como se refleja en el párrafo 4 del comentario.

Queda aprobado el comentario al artículo 10.

Comentario al artículo 11 (A/CN 4/L 554/Add 1 y Add 1/Corr 2)

85. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) recuerda que el artículo ha sido objeto de cierta controversia. Señala a la atención de la Comisión el párrafo adicional que figura en el documento A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.2, en el que se recogen las importantes objeciones de uno de los miembros. Además, debe suprimirse la última frase del párrafo 10.

Queda aprobado el comentario al artículo 11, en su forma enmendada.

Comentario al artículo 12 (A/CN 4/L 554/Add 1 y Add 1/Corr 1 y 2)

86. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) recuerda que el artículo ha sido objeto de largas deliberaciones y que los apartados se han reordenado. Señala a la atención de la Comisión el texto adicional que figura en los documentos A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.1 y 2, que recoge las deliberaciones de la 2561.ª sesión del Comité de Redacción.

Queda aprobado el comentario al artículo 12, en su forma enmendada.

Homenaje al Secretario de la Comisión

87. El PRESIDENTE da lectura al siguiente proyecto de resolución:

«*La Comisión de Derecho Internacional,*

»*Reconociendo* la importante contribución del Sr. Roy Lee a la labor de la Comisión de Derecho Internacional y a la codificación y el progreso en el desarrollo del derecho internacional,

»1. *Le expresa su agradecimiento* por la cordial y eficiente manera en que ha guiado y asistido a la Comisión de Derecho Internacional;

»2. *Le transmite sus mejores deseos* con motivo de su jubilación.»

Queda aprobado el proyecto de resolución.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2564.ª SESIÓN

Viernes 14 de agosto de 1998, a las 15.15 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Bennouna, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Illueca, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Mikulka, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones *(conclusión)*

CAPÍTULO VI.—*Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)* (conclusión) (A/CN.4/L.554 y Corr.1 y 2 y Add.1 y Add.1/Corr.1 y 2 y Add.2 y Add.2/Corr.1)

C.—Texto de los proyectos de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura *(conclusión)* (A/CN.4/L.554/ Add.1 y Add.1/Corr.1 y 2 y Add.2 y Add.2/Corr.1)

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTICULOS CON COMENTARIOS *(conclusión)*

Comentario al artículo 8 (conclusión) (A/CN 4/L 554/ Add 1)

1. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial), para atender a las preocupaciones manifestadas por algunos miembros (2563.ª sesión), propone que se incluya después de la primera frase del párrafo 6 del comentario del artículo 8 una frase redactada de la siguiente forma: «Algunos miembros estimaron, sin embargo, que era conveniente y necesario que se abundara en el proyecto de artículos respecto de los elementos de la evaluación de efectos ambientales para la orientación de los Estados».

Queda aprobado el comentario al artículo 8, con la modificación introducida.

Comentario al artículo 13 (A/CN 4/L 554/ Add 2)

2. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) precisa que el artículo 13 del proyecto propuesto en el 48.º período de sesiones[1] se ha modificado. En el comentario se resumen las deliberaciones que han dado lugar a esas modificaciones. Además, en el comentario se precisará que la expresión «dentro de un plazo razonable» tiene la misma connotación en el párrafo 2 del artículo 13 que en el párrafo 2 del artículo 10.

Queda aprobado el comentario al artículo 13.

Comentario al artículo 14

Queda aprobado el comentario al artículo 14.

Comentario al artículo 15

3. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) propone que se reformule la última frase del párrafo 3 del comentario al artículo 15, que diría lo siguiente: «En lo esencial, el artículo 15 se basa en la cooperación de buena fe de las partes y la estimula».

Queda aprobado el comentario al artículo 15, con la modificación introducida.

Comentario al artículo 16

Queda aprobado el comentario al artículo 16.

[1] Véase 2527.ª sesión, nota 16

Comentario al artículo 17 (A/CN 4/L 554/ Add 2 y Add 2/Corr 1)

4. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) recuerda que el artículo 17 ha sido examinado con gran detenimiento por la Comisión, lo que ha dado lugar a las modificaciones que se proponen en el documento A/CN.4/L.554/Add.2/Corr.1 para los párrafos 9 y 10 del comentario.

5. El Sr. ROSENSTOCK pregunta si la modificación propuesta para el párrafo 10 del comentario no arrojará dudas sobre el carácter obligatorio del procedimiento enunciado en el artículo.

6. El Sr. GALICKI observa que en el párrafo 3 del comentario al artículo 17 se expone una gama de métodos de solución de controversias más amplia que la que figura en el párrafo 1 del propio artículo.

7. El Sr. SIMMA propone que el párrafo 3 del comentario se conforme a la redacción del párrafo 1 del artículo, suprimiendo la referencia en la versión inglesa a *good offices*.

Queda aprobado el comentario al artículo 17, con la modificación introducida.

Queda aprobada la sección C.2, con las modificaciones introducidas.

1. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTICULOS (A/CN.4/L.554/Add.1)

8. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el texto de los proyectos de artículos.

Así queda acordado.

Queda aprobada la sección C.1.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones *(conclusión)* (A/CN.4/L.554 y Corr.1 y 2)

9. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) recuerda que, cuando se aprobó el documento A/CN.4/L.554, se decidió mantener los párrafos 4 a 26 de dicho documento. La decisión ya no tiene razón de ser, puesto que la Comisión ha aprobado todo un conjunto de artículos con los comentarios correspondientes. La práctica habitual de la Comisión, que consiste en transmitir a la Asamblea General el producto de su labor colectivamente, sin exponer los puntos de vista expresados durante el debate, requiere que se supriman los párrafos 4 a 26.

Queda aprobada la sección B, con las modificaciones introducidas.

10. El Sr. PELLET propone que se incluya en el informe una frase que exprese el agradecimiento de la Comisión al Relator Especial, que ha desempeñado su difícil misión en un tiempo récord.

Así queda acordado.

Queda aprobado el capítulo VI en su conjunto, con las modificaciones introducidas.

CAPÍTULO I.—*Organización del período de sesiones* (A/CN.4/L.566)

11. El PRESIDENTE dice que hay que añadir los siguientes nombres a la lista de miembros del Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados que figura en el apartado *b* del párrafo 8 de la versión inglesa del documento: Sr. Nabil Elaraby, Sr. Gerhard Hafner, Sr. Qizhi He, Sr. Igor Lukashuk, Sr. Václav Mikulka, Sr. Didier Opertti Badan y Sr. Christopher John Robert Dugard *(ex officio)*.

Queda aprobado el capítulo I, con las modificaciones introducidas.

CAPÍTULO II.—*Resumen de la labor de la Comisión en su 50.º período de sesiones* (A/CN.4/L.571)

12. El Sr. PELLET propone que, en el párrafo 6, relativo a las reservas a los tratados, se indique que la Comisión aprobó ocho —y no siete— proyectos de directriz, incluyendo así también la directriz compuesta.

Queda aprobado el capítulo II, con la modificación introducida.

Queda aprobado el conjunto del proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones, con las modificaciones introducidas.

Clausura del período de sesiones

13. El PRESIDENTE da las gracias a sus colegas, en particular a los miembros de la Mesa y al Presidente del Comité de Redacción, por la paciencia, la comprensión y el apoyo de que han dado muestras durante todo el período de sesiones, lo que ha permitido a la Comisión mantener su tradición de eficacia y lograr resultados importantes. También expresa su agradecimiento a todos los miembros de la secretaría que han prestado apoyo a la Comisión, tanto en Ginebra como en Nueva York.

14. Los Sres. BENNOUNA, GOCO, ILLUECA, KUSUMA-ATMADJA, MIKULKA y PELLET rinden homenaje, en nombre de sus respectivas regiones de origen, al profesionalismo y a las cualidades humanas que el Presidente ha mostrado en todo momento.

15. Tras las habituales expresiones de cortesía, el PRESIDENTE declara clausurado el 50.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

Se levanta la sesión a las 16.00 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.

CÓMO 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 01-64698
July 2003–360

Complete set of two volumes ISBN 92-1-333305-6

United Nations publication
Sales No S 00 V 10

ISBN 92-1-333301-3
ISSN 0497-9885