

1. El Sr. YASSEEN no cree que pueda afirmarse que el artículo 3 se aplica a las misiones especiales, puesto que no pueden cumplir todas las funciones allí enunciadas. Por definición, las misiones especiales se designaron para cumplir un encargo especial. Será, por tanto, necesario redactar un artículo aparte, que diga que las funciones de las misiones especiales son limitadas y son definidas por mutuo acuerdo de los dos Estados.

2. El Sr. PAL opina que, en sus observaciones, el Sr. García Amador, el Sr. Erim y el Secretario han confundido el problema de método. La Comisión ha decidido ya seguir el procedimiento, que consiste en examinar los artículos que, a juicio del Relator Especial, o se aplican a las misiones especiales; pues sería difícil, en verdad, que la Comisión hubiese aprobado otro método, ya que no desea dejar de examinar por separado cada uno de dichos artículos. Es evidente que no será menester discutir las disposiciones que en general se consideren aplicables.

3. Con respecto al argumento de que debe considerarse que las misiones especiales representan al Estado acreditante con el Estado recibiente, y que, por tanto, por lo menos el apartado a) del artículo 3 se aplica a dichas misiones, señala el orador que éstas representan al Estado acreditante sólo para una finalidad determinada. Pero de todos modos el artículo 3, en su redacción actual, no se aplica a las misiones especiales y éste es el único punto que, por el momento, interesa a la Comisión.

4. El Sr. VERDROSS dice que, como la Comisión ha aprobado ya el procedimiento que ha de seguir, sólo se referirá al fondo de la cuestión que se discute. Estima que no se puede aplicar el artículo 3 a las misiones especiales, porque éstas ejercen funciones estrictamente limitadas: las misiones diplomáticas permanentes representan al Estado acreditante en todas las cuestiones que pueden plantearse en las relaciones diarias entre dos Estados. Las funciones enumeradas en el artículo 3 no son sino ejemplos de esta actividad. Este artículo, por consiguiente, no es aplicable a las misiones especiales.

5. El Sr. SANDSTRÖM, Relator Especial, dice que, si se aprueba su definición de las misiones especiales, o será necesario incluir ninguna otra disposición sobre sus funciones.

6. El Sr. YOKOTA señala que si algunas veces se nombran misiones especiales para ejercer funciones de pura ceremonia, como indica el Relator Especial en el párrafo 4 de su informe, no se les podrá aplicar evidentemente el artículo 3, en su forma actual.

7. El Sr. SCALLE está de acuerdo con el Sr. García Amador en que la Comisión se ha embarcado en una ventura peligrosa, porque se necesitará mucho tiempo para decidir cuáles disposiciones de cada uno de los artículos del proyecto de 1958 se aplican a las misiones especiales. Estas tienen un propósito preciso y son nombradas por mutuo acuerdo entre los Estados; la definición de la « misión especial » debe ser sumamente flexible dado que sus funciones pueden ampliarse de

común acuerdo. Apoya la fórmula sugerida por Sir Gerald Fitzmaurice, que eliminará la necesidad de estudiar detenidamente cada uno de los artículos.

78. Sir Gerald FITZMAURICE explica que el objeto de su sugerencia es contribuir al propósito que persigue el memorándum del Sr. Jiménez de Aréchaga, que es el de evitar que la Comisión tenga que efectuar un análisis detallado cuando no tiene tiempo para ello. La fórmula *mutadis muntandis* cubrirá todos los casos en que un artículo del proyecto sobre las relaciones diplomáticas sea en principio aplicable pero que, en su forma actual, no se puede aplicar literalmente a las misiones especiales.

79. Sugirió que la Comisión estudiara los artículos que no son aplicables, en la creencia de que podrá hacerlo rápidamente.

80. Después de una discusión de procedimiento, el PRESIDENTE somete a votación la propuesta de que la Comisión modifique su decisión anterior con respecto al método que ha de seguir e interrumpa el examen de cada uno de los artículos del proyecto sobre relaciones diplomáticas que, a juicio del Relator Especial, no es aplicable a las misiones especiales.

Queda rechazada la propuesta por 13 votos contra 6, y 1 abstención.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

566.^a SESION

Lunes 20 de junio de 1960, a las 15 horas

Presidente : Sr. Luis PADILLA NERVO

Responsabilidad de los Estados

(A/CN.4/96, A/CN.4/106, A/CN.4/111,
A/CN.4/119, A/CN.4/125)

[Tema 3 del programa]

1. El PRESIDENTE invita al observador del Comité Jurídico Interamericano a dirigir la palabra a la Comisión.

2. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO, Observador del Comité Jurídico Interamericano, da las gracias a la Comisión por facilitarle la ocasión de dirigirle la palabra. Desea aclarar que en esta oportunidad no pretende ser el vocero de todos sus colegas del Comité Jurídico Interamericano.

3. Es significativo que hasta la Décima Conferencia Interamericana, celebrada en Caracas en 1954, no se confió al Comité Jurídico Interamericano la codificación de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados y ninguno de sus miembros propuso que se emprendiera esa labor. Esta resistencia a ocuparse en el asunto no se debía ciertamente

a la falta de material ni de interés en la labor de codificación, sino pura y simplemente, a las dificultades inherentes al tema.

4. No cabe duda de que hay una relación entre la resolución 799 (VIII) de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1953, por la que se pide a la Comisión de Derecho Internacional que proceda a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, y la resolución CIV de la Décima Conferencia Interamericana, de 1954, que recomienda al Consejo Interamericano de Jurisconsultos y, por consiguiente, a su Comité permanente, el Comité Jurídico Interamericano, « la preparación de un estudio o informe sobre la contribución que ha hecho el continente americano al desarrollo y a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado »¹. Como se indica acertadamente en el memorándum de la Secretaría sobre Colaboración con otros Organismos (A/CN.4/124, párr. 102), la finalidad perseguida es la de proporcionar a la Comisión de Derecho Internacional, para los fines de su estudio, la documentación relativa a la contribución hecha por el continente americano en esta esfera del derecho internacional.
5. El Comité Jurídico Interamericano pronto se dio cuenta de que dicha resolución restringía su mandato y al propio tiempo le encomendaba una labor cuyo alcance y cuyas dificultades son grandes.
6. Con arreglo a los términos de la resolución CIV, el mandato del Comité queda limitado al estudio de la contribución que el continente americano ha hecho al desarrollo y a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado. Este mandato no le permite al Comité contribuir de un modo constructivo o creativo.
7. Al propio tiempo el Comité estimó que para dicho estudio, que debía limitarse al pasado, se debía tener en cuenta todo el material que existe en el continente americano acerca de este asunto; está documentación es particularmente considerable en lo que se refiere al derecho de las reclamaciones.
8. Dadas estas dificultades, el Comité confió que la Comisión de Derecho Internacional o los órganos competentes interamericanos tal vez limitasen su labor al derecho de las reclamaciones, materia en la que la contribución del continente americano ha sido especialmente original. En este caso se planteaba la cuestión de determinar si el Comité debía limitar su labor a los tratados y a las decisiones de las comisiones mixtas de reclamaciones o si debía asimismo examinar la abundante documentación sobre este asunto. Sin embargo, respecto a las decisiones de las comisiones de reclamaciones no tendría objeto que el Comité reprodujera para la Comisión de Derecho Internacional un material que figura ya en obras tan conocidas como las de Borchard y Feller, por ejemplo.
9. Además, el Comité Jurídico Interamericano se interesa especialmente en evitar que haya duplicación entre su labor y la de la Comisión de Derecho Internacional. Los juristas de América aprecian mucho su tradición regional, pero sostienen que los principios del derecho internacional americano deben aplicarse únicamente a las cuestiones que se presten a una solución genuinamente regional. En todas las demás cuestiones, se sienten obligados por los principios generales del derecho internacional, y el Comité Jurídico Interamericano ha actuado siempre con arreglo a este criterio. Por ejemplo, el Comité se limitó a recomendar a los gobiernos de los Estados americanos, respecto de ciertas cuestiones de derecho marítimo que se le presentaron que se adhirieran a la Convención de Bruselas en esta materia, por considerar que no hacía falta ninguna medida regional.
10. Como los organismos competentes no han delimitado la cuestión, el Comité Jurídico Interamericano decidió, en efecto, consagrarse al estudio del derecho de las reclamaciones no sólo por la abundancia del material de que se dispone en esta materia, sino, también por sus especiales características regionales. El Comité estimó que las cuestiones de carácter más universal tales como los casos en que se plantea la responsabilidad del Estado y el problema de la imputabilidad no son cuestiones que deben codificar los órganos regionales. Lo mismo cabe decir respecto de otros problemas importantes, como el de la responsabilidad resultante de los ensayos nucleares. En todas estas cuestiones, es mayor y más amplia la competencia de la Comisión de Derecho Internacional.
11. Pero hay otra dificultad más. Por desgracia es un hecho innegable que la contribución del continente americano al desarrollo del derecho de las reclamaciones no es en modo alguno uniforme. Hay una indudable discrepancia entre el parecer que sostienen los Estados Unidos de América y el que sostienen las República hispanoamericanas respecto de tres cuestiones importantes: la situación de los extranjeros, la validez internacional de la renuncia a la protección diplomática (cláusula Calvo) y el problema de la denegación de justicia.
12. En cuanto a la situación de los extranjeros, los países de la América Latina, que observan el principio de la igualdad de nacionales y extranjeros, se han opuesto unánimemente a la doctrina de una norma mínima de justicia. Según ese principio, los extranjeros pueden reclamar a lo sumo (como máximo y no como mínimo) un trato igual que los nacionales. La doctrina de la norma mínima internacional, cualesquiera que sean sus méritos, se considera fuera de lugar dados los antecedentes históricos, sociales y políticos de América. Las Repúblicas de América han alcanzado un alto nivel de civilización y su unidad moral, proclamada en la Conferencia de Lima de 1938, supone un alto grado de confianza recíproca. Por esto, el principio de la igualdad de trato es el más adecuado a una comunidad unida por vínculos tan estrechos como la de los pueblos americanos.

¹ Manual, Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ-41), Unión Panamericana, Washington D.C., pág. 34 y 35.

3. La discrepancia entre los que mantienen, con la mejor buena fe, uno u otro criterio, estriba en el modo listinto de enfocar los mismos problemas según se trate de países altamente industrializados y exportadores de bienes de capital, por una parte, o de países que todavía no han resuelto los problemas de la industrialización y mejoramiento del nivel de vida, por otra. Es lógico que estos últimos no quieran que se les obste en la aplicación de las medidas económicas que tienen que adoptar para procurar su fomento, y que en los países más prósperos parecen excesivamente rigurosas e incluso injustificadas.

4. Consideraciones análogas explican que en la legislación de ciertos Estados hispanoamericanos, en la Constitución misma en el caso de México, figuren disposiciones según las cuales los extranjeros tienen que renunciar a la protección diplomática de sus gobiernos respecto de ciertas reclamaciones. Desde luego, la enuncia a la protección diplomática, denominada cláusula Calvo, no se aplica respecto a reclamaciones relacionadas con actos contra la vida o la libertad de los extranjeros; se aplica concretamente a las reclamaciones que tienen que ver con bienes inmuebles de propiedad de extranjeros y, en particular, con los derechos que resultan de una concesión del Estado para la exploración o la explotación de los recursos minerales o los productos petrolíferos.

5. Las medidas adoptadas a este respecto en dichos países no son otra cosa que el ejercicio del derecho de dominio eminente sobre los recursos del subsuelo. Debido a una extensión injustificada del concepto individualista del derecho de propiedad se consideró en otro tiempo que esos recursos pertenecían al dueño de la tierra. En el caso de México tal error quedó rectificado con las disposiciones de la Constitución mexicana de 1917.

6. La mayor parte de los juristas de la América Latina no abrigan duda alguna respecto de la validez de la cláusula Calvo no sólo en derecho interno sino también en derecho internacional. A su parecer, la enuncia a la protección diplomática excluye *ab initio* la reclamación del gobierno extranjero que desee proteger a su nacional. Sin embargo, sostienen la opinión contraria los juristas de otros países para quienes el individuo es meramente objeto y nunca sujeto de derecho internacional, y sus actos aun cuando los ejecute con entera libertad, tienen que ver con la admisibilidad de la protección diplomática, opinión basada al parecer en un desprecio absoluto del factor humano.

7. La discrepancia es igualmente clara en lo referente a la denegación de justicia. Se plantea a este respecto la cuestión de determinar si la expresión « denegación de justicia » se debe aplicar exclusivamente a los fallos de los tribunales o a las decisiones de otros órganos. También se presenta la cuestión de saber si la denegación de justicia ha de interpretarse en su sentido literal como la denegación a un extranjero de los procedimientos ordinarios del derecho o si comprende los casos en que suele decirse que una resolución judicial entraña una aplicación maliciosa de la ley o una injusticia notoria.

18. La mayoría de los juristas hispanoamericanos piensan que es indispensable limitar el concepto de la denegación de justicia a los casos en los que sin duda se aplica la expresión en su sentido literal, sin introducir ningún elemento subjetivo. Esa definición restringida de la denegación de justicia, aceptada por ciertos autores europeos como De Vischer², está incorporada en el artículo VII del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá, 1948)³, en virtud del cual las Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales cuando éstos hayan podido disponer de los medios para presentar su caso ante los tribunales nacionales competentes. Sin embargo, señala que esta disposición fue objeto de una reserva por parte de los Estados Unidos de América.

19. Pero las opiniones divergentes de los juristas de los Estados Unidos y de los juristas latinoamericanos no constituyen toda la contribución americana en esta materia. El Brasil ocupa una posición aparte, con su gran tradición diplomática y jurídica, por lo que se le ha llamado la tercera América. Las opiniones de los juristas brasileños tal vez se aproximen más a las de los juristas latinoamericanos que a las sustentadas por los juriconsultos de los Estados Unidos de América, pero constituyen, no obstante, un modo completamente distinto de enfocar los mismos problemas. Corroboran este hecho, por ejemplo, el criterio expuesto por el Brasil respecto a la doctrina Drago en la segunda Conferencia de La Haya de 1907 y los escritos de los juristas brasileños que niegan la existencia de un derecho internacional americano cosa que sostienen algunos escritores como el chileno Alvarez.

20. Ante la divergencia de opiniones en esta materia, el Comité Jurídico Interamericano expuso algunos principios que en su parecer forman parte del derecho internacional latinoamericano y en ciertos aspectos del derecho internacional americano. Estos principios están citados en el informe de la Secretaría sobre la colaboración con otros organismos (A/CN.4/124, párrafo 108). De los seis principios enunciados, el jurista de los Estados Unidos, miembro del Comité, aceptó los principios I, II y IV.

21. El principio I se refiere a la no intervención y ha sido aceptado como fundamental por todos los Estados americanos en el Protocolo de 1936, firmado en Buenos Aires⁴ y quedó incorporado en el artículo 15 de la Carta de la Organización de Estados Americanos. El principio II proclama en su primera oración la conocida doctrina Drago, mientras que en la segunda oración se rechaza prácticamente la denominada enmienda Porter a dicha doctrina. Es interesante hacer constar que el representante de los Estados Unidos, miembro del Comité, aceptó el principio II sin reservas. Respecto a los tres principios siguientes, el miembro de los Estados

² « La responsabilité des Etats », de la *Bibliotheca Visseriana*, vol. II, 1924, págs. 9 y siguientes.

³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 30, pág. 87.

⁴ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXXVIII, pág. 43.

Unidos aceptó el principio IV, pero aceptó con salvedades los principios III y V (*ibid.*, párr. 112). Sin embargo, la principal diferencia de opinión fue la manifestada respecto al principio VI que se refiere a la denegación de justicia (*ibid.*, párr. 112, *in fine*).

22. Dadas las discrepancias existentes, cabe preguntar si no sea preferible que los organismos interamericanos no intenten codificar todavía el derecho de las reclamaciones. Es posible que la labor paciente de la diplomacia logre con el tiempo aproximar más las opiniones opuestas en esta materia que la polémica internacional. También será una contribución muy valiosa la labor de las corporaciones doctas. Ha observado con interés a este respecto que en el apartado *a*) del párrafo 5 del artículo 22 del proyecto más reciente de Harvard (proyecto N.º 11) figura lo que a su juicio equivale a un reconocimiento de la validez de la cláusula Calvo.

23. Por último, señala que el derecho de las reclamaciones corresponde a una época de transición. El derecho internacional avanza irresistiblemente hacia la protección de los derechos humanos y el reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional. El logro de esos objetivos mediante la aprobación, por todos los Estados, de pactos de derechos humanos pondría fin a las controversias sobre el derecho de las reclamaciones. Se enunciará una norma mínima de justicia internacional para todos los seres humanos; en caso de violación de la norma enunciada, la persona interesada, ya sea nacional o extranjera, podrá recurrir al órgano internacional competente. Cuando se haya completado ese proceso, la protección diplomática dejará de existir como una institución jurídica distinta.

24. Confía que sus observaciones serán útiles para los miembros de la Comisión y que la cooperación entre la Comisión y el Comité Jurídico Interamericano siga siendo provechosa.

25. El PRESIDENTE invita al Profesor Sohn, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, a dirigir la palabra a la Comisión.

26. El Profesor SOHN expresa su agradecimiento por que se le dé la oportunidad de explicar los principales cambios que aparecen en la nueva versión (1960) del proyecto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, relativo a una convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros.

27. Conforme a lo sugerido por el Sr. Alfaro, se modificó la primera oración del artículo 1 a fin de precisar que el proyecto se refiere únicamente a la responsabilidad de los Estados en derecho internacional y no a la responsabilidad con arreglo al derecho interno. Además, el artículo precisa actualmente que la fórmula « en derecho internacional » se aplica a todos los elementos de la responsabilidad de los Estados, y no sólo a la determinación de la ilicitud de un acto, y también a la cuestión de la imputabilidad del acto al Estado y de su carácter injusto. Estas enmiendas aclaran la definición y la hacen concordar mejor con la teoría general de la responsabilidad de los Estados.

28. Se han introducido otros cambios importantes teniendo presente los debates de la Comisión en el período de sesiones anterior⁵. Por ejemplo, varios miembros criticaron la expresión « normas de justicia generalmente reconocidas por los Estados civilizados ». Se tuvieron en cuenta esas críticas a pesar de que se utiliza una expresión análoga en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; en su lugar, en el nuevo proyecto se emplean las palabras « principios generalmente reconocidos por el derecho interno », que tal vez sean más aceptable sobre todo teniendo en cuenta que recientemente se han constituido muchos Estados nuevos que velan celosamente por el prestigio de su derecho interno. Esa modificación hizo necesarios ciertos cambios en las definiciones de los actos ilícitos, especialmente en los artículos 6 y 8. Se preven tres categorías principales de situaciones, a saber: primera, la aplicación maliciosa de la ley de país, en cuyo caso corresponde la norma de trato como al nacional; segunda, la no aplicación de los principios de justicia generalmente reconocidos por el derecho interno, terminando con la aplicación del principio llamado del « trato mínimo », posiblemente en una forma nueva y más clara en el apartado *b*) del artículo 6 tercera, el incumplimiento evidente de una obligación determinada de derecho internacional o de una obligación especial contraída en virtud de un tratado con certado libremente. Además, los autores del proyecto han tratado de definir de un modo más preciso otros actos ilícitos, tarea que se vio facilitada por las últimas definiciones de los derechos humanos y la evolución de derecho internacional, así como por las convenciones sobre la situación de las fuerzas militares de guarnición en el extranjero, concertadas tanto por los países occidentales como por las democracias populares.

29. Para tratar de definir con la mayor precisión posible los actos ilícitos relacionados con la detención de un extranjero, por ejemplo, no utilizan la expresión « denegación de justicia », mencionada por el Sr. Gómez Robledo, porque es muy controvertible. Algunos miembros del Consejo Interamericano de Jurisconsultos le atribuyen una significación muy restringida a dicha expresión. Pero otros peritos en derecho internacional entienden que comprende todas las violaciones de los derechos humanos.

30. Se ha dado la mayor importancia en el proyecto a los actos contra las personas y a los errores de procedimiento cometidos por los tribunales o las autoridades administrativas. Las disposiciones relativas a la destrucción y a la incautación de bienes y al incumplimiento de contratos son las que han originado mayores dificultades; se las ha tachado de pecar por exceso por defecto; por tanto, tal vez los autores hayan logrado el justo término medio.

31. Teniendo presente las observaciones recibidas, introdujeron ciertos cambios en el artículo 10. En el párrafo 1 se califica de acto ilícito, puesto que co

⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta 59.V.1, vol. I), 512.^a y 513.^a sesiones, págs. 155 a 164.

arreglo al derecho interno supone una distinción evidente, la incautación de bienes no justificada por motivos de utilidad pública claramente reconocidos como tales por una ley de aplicación general y vigente en el momento de la incautación. En el párrafo 3 los autores del proyecto siguieron la indicación de Sir Gerald Fitzmaurice, según la cual hay otros procedimientos de incautación de bienes que son tan peligrosos como la incautación pura y simple. También han definido de un modo más preciso el vocablo « bienes », ajustándose a las disposiciones del Tratado de Paz con Italia ⁶.

32. Como una concesión a los que estiman que los derechos adquiridos requieren una protección especial, se ha añadido en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 12 una disposición nueva, pero no se ha incluido ninguna disposición general concerniente a los derechos adquiridos porque se trata de una noción demasiado amplia y difícil de definir con precisión. Por consiguiente los autores han preferido optar por el método de enumerar los derechos que requieren protección contra los abusos corrientes. Sin embargo, la Comisión verá que el artículo 3 está redactado en términos muy generales conforme a los cuales el Estado será responsable no sólo de los actos u omisiones que se definen en los artículos 5 a 12 sino también de los perjuicios causados a extranjeros por actos deliberados o por negligencia que ocasione riesgos excesivos o daños, salvo en el caso de que exista una justificación adecuada. En otras palabras, además de los actos que se enumeran como ilícitos, el proyecto se refiere asimismo a aquellos que resultan de la premeditación o de la negligencia.

33. El artículo 26 que se refiere a las reclamaciones que han prescrito contiene un concepto que tal vez se considere nuevo en derecho internacional, pero que en la actualidad se estima justificado. Desde luego se aplicará únicamente en ciertos casos especiales; cabe criticarlo por su vaguedad, pero duda que sea posible mejorarlo.

34. Se ha simplificado el artículo 32 relativo a la indemnización debida por la incautación y la privación del uso y goce de bienes, y también el artículo 35 que se refiere ahora a una sola clase de indemnización.

35. El artículo 25 ha sido severamente criticado por considerarse que una disposición que permite a los Estados renunciar a las reclamaciones de los particulares no concuerda con los principios fundamentales en que se inspira el proyecto. Sin embargo, sus autores han creído que no debían apartarse de una noción tradicional, consagrada por toda la historia de las relaciones diplomáticas y reconocida asimismo en muchos convenios recientes.

36. Los autores tampoco creen posible dar satisfacción a los que opinan que en el proyecto o en un protocolo adicional debe incluirse una disposición que permita a los particulares tener un acceso directo a la Corte Internacional de Justicia a o otro tribunal especial competente en materia de reclamaciones internacionales. Entienden que lo más acertado es que este asunto

lo resuelva una conferencia diplomática si se llega a convocarla para estudiar la cuestión de la responsabilidad del Estado.

37. Otra crítica que se ha formulado al proyecto es que no establece claramente la distinción entre los elementos que son *de lege lata* y los que son *de lege ferenda*. A los autores no les ha convencido el argumento de que deben enunciar el derecho existente sin tratar de conciliar las decisiones judiciales y las prácticas contradictorias o de eliminar las incongruencias en el derecho mismo; como la práctica de cada Estado no tiene por qué concordar necesariamente con la de otro Estado y puede evolucionar de un modo diferente, los autores procuraron, como codificadores, presentar un proyecto que constituya un todo armónico y coherente. Se proponen explicar detalladamente en un comentario en qué punto y en qué medida se apartan del derecho existente y esperan distribuir ese comentario en 1961.

38. Concluye dando las gracias al Secretario de la Comisión y al Relator Especial del tema de la responsabilidad del Estado por su ayuda.

39. El Sr. GARCÍA AMADOR, Relator Especial, hace votos por que la Comisión mantenga e intensifique su colaboración con el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y por que establezca una cooperación análoga con otros órganos regionales, como el Comité Consultivo Jurídico Asiático-africano, el cual incluye en su programa el tema de la responsabilidad del Estado.

40. A riesgo de repetir algunas de las observaciones del representante del Comité Jurídico Interamericano, desea recordar a la Comisión ciertos elementos de la doctrina de la responsabilidad del Estado que tienen su origen en la América Latina. En primer lugar, cabe mencionar la doctrina Drago y otras expresiones del principio de no intervención aplicado al ejercicio de la protección diplomática en que se inspiran algunos instrumentos internacionales de carácter tanto regional como general.

41. En segundo lugar existe la cláusula Calvo, con arreglo a la cual y en ciertos casos el extranjero, conforme a los términos de un contrato concertado con el Estado de residencia, puede renunciar a la protección diplomática. Esta cláusula se ha utilizado mucho y su validez está reconocida por ciertas comisiones internacionales de reclamaciones.

42. En tercer lugar, el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros, que, oponiéndose al principio de la « norma mínima internacional de justicia », forma la piedra angular de la doctrina latinoamericana en materia de responsabilidad del Estado. Cuando presentó su primer informe (A/CN.4/96), abogó decididamente por un nuevo examen de esos dos principios, teniendo presente el hecho de que en cierto sentido han quedado rebasados por el reconocimiento internacional (en la Carta de las Naciones Unidas y en declaraciones internacionales) de los derechos humanos fundamentales ⁷.

⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. I, (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1956.V.3, vol.I), 370.^a sesión, en particular párr. 29 y siguientes.

⁶ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 49, pág. 3.

43. Refiriéndose al nuevo proyecto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, dice que se diferencia fundamentalmente en algunos puntos del proyecto de Harvard de 1929⁸ y refleja ciertos cambios y ciertas tendencias nuevas en la teoría de la responsabilidad del Estado. En sus informes ha hecho hincapié en los defectos de la opinión tradicional de la responsabilidad del Estado, particularmente en lo que se refiere al sujeto o beneficiario del derecho dañado a los efectos de la reparación. Ha señalado como la doctrina tradicional es incompatible con la realidad e incluso consigo misma. No hay razón para que la Comisión se sienta obligada por la doctrina tradicional, aunque la hayan mantenido el Tribunal Permanente de Justicia Internacional y la nueva Corte de la Haya así como algunos tribunales arbitrales.

44. También insistió en sus informes sobre la necesidad de reconocer al individuo, la capacidad para presentar reclamaciones internacionales por daños y perjuicios que no tienen que ver necesariamente con los intereses del Estado de su nacionalidad, y abogó por que se estimule una práctica inaugurada desde 1907 por la Corte de Justicia de Centroamérica.

45. El reconocimiento, en el nuevo proyecto de Harvard, de la capacidad del individuo para presentar reclamaciones internacionales corresponde al desarrollo progresivo del derecho internacional. En el proyecto de 1929 no se hace ninguna referencia a la posibilidad de extender ese derecho a los extranjeros; la única disposición que contiene acerca de las controversias es la del artículo 18 según la cual las controversias (entre Estados) que no se resuelvan por negociación o no se sometan a arbitraje con arreglo a un tratado general o especial de arbitraje, serán remitidas al Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Sin embargo, en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 1 del nuevo proyecto, se enuncia inequívocamente el derecho de los extranjeros a presentar una reclamación internacional y en la Sección F (*Presentación de reclamaciones por extranjeros*) se dedican tres extensos artículos al procedimiento que ha de seguirse en tales casos. En 1929 hubiera parecido inconcebible reconocer al individuo la capacidad para presentar reclamaciones ante una instancia internacional, pero desde entonces se han concertado varios instrumentos internacionales en los que se ha reconocido gradualmente la noción de los recursos individuales. Después de la segunda guerra mundial, por ejemplo, en muchos acuerdos internacionales importantes sobre cuestiones económicas concertados por países de Asia y Africa prevén un procedimiento de arbitraje y reconocen la capacidad de las personas físicas o jurídicas extranjeras para someter a arbitraje las controversias relativas a la interpretación de tales acuerdos.

46. No cabe hacer caso omiso de esta tendencia que demuestra hasta qué punto la realidad, más bien que las nociones abstractas, puede servir de base para modificar las normas de la codificación del derecho internacional. Huelga decir que el reconocimiento de la

capacidad de los extranjeros para presentar reclamaciones internacionales está sujeto a la norma relativa al agotamiento de los recursos internos. Pero la nueva tendencia tiene la ventaja importante de no excluir la protección diplomática, evita los abusos de dicha protección en la medida de lo posible y salva un obstáculo que ha dado origen a muchas controversias en lo pasado.

47. Otro aspecto por el cual el nuevo proyecto de Harvard es mejor que el proyecto de 1929 es el de que, mientras que en el primer texto no se menciona la doctrina y la práctica generalmente reconocidas en esta materia y no se imputan ciertos actos injustos a los Estados basándose en que se los comete en determinadas circunstancias, en el nuevo proyecto se reconoce plenamente la responsabilidad del Estado. Así, pues, el artículo 3 dispone que ciertos aspectos del Estado no se considerarán ilícitos en determinadas circunstancias y el artículo 4 (*justificación suficiente*) enumera las causas principales que eximen de responsabilidad al Estado.

48. Otro de los aspectos en que el nuevo proyecto de Harvard se aparta del sistema tradicional expuesto en el texto de 1929 se refiere a la norma del agotamiento de los recursos internos. Conforme al artículo 6 del proyecto de 1929, el Estado no es normalmente responsable (en cuanto a la obligación que tiene para con otro Estado) de indemnización por daños hasta que no se agoten los recursos internos de que disponga el extranjero perjudicado. Pero en el párrafo 2 del artículo 1 del nuevo proyecto, el agotamiento de los recursos internos es una condición *sine qua non* para que se admita una reclamación internacional; tal condición da a este principio todo su alcance en derecho internacional y constituye, a su juicio, un elemento de progreso.

49. Estima que pueden mencionarse otros muchos aspectos para demostrar que el nuevo proyecto constituye una mejora considerable respecto del texto de 1929. Aun cuando tal vez se estime que las adiciones hechas no son enteramente compatibles con la evolución política, económica y social reciente, las cuestiones que plantean pueden examinarse en el próximo período de sesiones de la Comisión, en que se estudiará este tema con mayor detenimiento. Para terminar, el Sr. García Amador expresa su gratitud a la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard por la inapreciable ayuda que le prestó en el curso de su labor como Relator Especial para este tema.

50. Sir Gerald FITZMAURICE dice que ha seguido con gran interés las importantes exposiciones que acaban de hacerse y expresa su apreciación de la labor realizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Cualquier crítica que pueda hacer no debe interpretarse en el sentido de que se le escapen la importancia y la dificultad de ese trabajo.

51. En cuanto a los cambios en el derecho de la responsabilidad del Estado a que se han referido todos los oradores, está completamente de acuerdo en que la Comisión ha de obrar con espíritu progresivo y en que hay ciertas tendencias a la evolución. Sin embargo no

⁸ *Ibid.*, vol. II, documento A/CN.4/96, pág. 225.

puede decir que ninguna parte del derecho tradicional en esta materia se haya vuelto anticuado o haya sido rebasado por las tendencias modernas.

52. Un obstáculo importante es la capacidad del particular para presentar reclamaciones internacionales. En la práctica cualesquiera que sean los derechos que se reconozcan a los individuos, es difícil que se los pueda hacer efectivos sino mediante la acción del Estado. Las pocas excepciones a esta regla se presentan únicamente cuando en las convenciones internacionales se incluyen disposiciones especiales a este respecto. Por ejemplo, con arreglo a la reciente convención europea para salvaguardar los derechos humanos⁹, los particulares que se consideran perjudicados por sus propios gobiernos pueden someter una reclamación a la Comisión o al Tribunal de Derechos Humanos con arreglo al procedimiento establecido en la Convención. Pero es preciso tener presente que ese derecho se ha hecho efectivo por la firma de una convención que obliga a las partes. Si no hay una convención en que se prevea tal cosa, será difícil que el particular pueda obtener reparación mediante una reclamación internacional que no cuente con el apoyo de su gobierno, a no ser que se produzca una evolución considerable en el derecho internacional. En consecuencia, el derecho tradicional en esta materia no está en modo alguno anticuado.

53. El texto del artículo 24 del nuevo proyecto de Harvard (*desistimiento, avenencia o solución consentida por el reclamante e imposición de la nacionalidad*) le inspira serias inquietudes. No es posible impedir a un Estado que mantenga una reclamación si lo desea, ya que puede tener interés en hacerlo por razones de principio. Si bien un particular puede renunciar su propio interés en una reclamación, carece de competencia para imponer esa renuncia a su gobierno. Si los autores del proyecto no han tenido la intención de menoscabar la posición del gobierno a este respecto, debieron decirlo expresamente, pues ésta no es la impresión que se deduce de la lectura del artículo 24 conjuntamente con el artículo 1.

54. Advierte además que se hacen muchas referencias en el proyecto al « derecho internacional o a un tratado ». Se da cuenta de las razones que han tenido los autores para usar esta expresión con tanta frecuencia; tal vez su intención sea la de evitar que las cláusulas de que se trata se circunscriban a las cuestiones determinadas que se mencionan. Sin embargo, una de las finalidades principales de un código sobre la responsabilidad del Estado ha de determinar los actos que tienen que ver con los extranjeros que constituyan una violación del derecho internacional e impliquen la responsabilidad del Estado. Además, la referencia a los tratados plantea una cuestión aún más importante ya que siempre que hay incumplimiento de un tratado, el verdadero hecho censurable desde el punto de vista del derecho internacional es el incumplimiento del tratado y no el daño ocasionado al extranjero. Por ejemplo, si las Partes en un tratado comercial deciden hacerse concesiones recíprocas en cuestiones comerciales y aran-

celarias, y una de ellas no reconoce esos derechos, es posible que un particular resulte perjudicado, pero la verdadera base de la acción será la violación del tratado y no la responsabilidad internacional por daños causados a extranjeros. Si dos Estados conciertan un tratado y uno de ellos no lo cumple, sufren menoscabo los derechos del otro Estado y, por consiguiente, los de sus nacionales; en tal caso el perjuicio causado al extranjero es una consideración indirecta.

55. A su parecer los nuevos textos del artículo 6 (*denegación del acceso a un tribunal o a una autoridad administrativa*) y 8 (*decisiones y fallos dictados contra los extranjeros*) representan una mejora con relación a los artículos correspondientes del proyecto de Harvard de 1959, puesto que se incluyen las palabras « and discriminatory » (« si ella [o sea, la denegación de acceso o la sentencia de condenación] constituye una injusticia notoria y es contraria a la legislación del Estado »); este texto, en su opinión, equivale casi a atribuir responsabilidad internacional a un Estado por una decisión que es meramente equivocada. Los tribunales nacionales no son infalibles y los nacionales del Estado de que se trate pueden también ser víctimas de decisiones injustas; lo fundamental es que no exista animosidad contra el extranjero por el hecho de serlo y la palabra más importante en la nueva redacción de esta disposición es « discriminatory ». Más aún, no cree que exista ninguna razón que impida que la distinción en perjuicio del extranjero sea la cuestión determinante; ni parece justificada la referencia a la violación de la ley del Estado interesado, puesto que existirá denegación de justicia en el caso de que se haga tal distinción.

56. Salvo por la noción de distinción en perjuicio del extranjero, no le parece que los nuevos artículos 6 y 8 constituyan una mejora respecto de los artículos correspondientes del proyecto de Harvard de 1959. En los primitivos artículos se exponen las cuestiones con mayor detalle y cabe criticar el artículo 8 visto que el apartado a) debe limitarse esencialmente a la noción de la distinción perjuicial que el apartado c) contiene la referencia al derecho internacional y a los tratados y que el apartado b) es incompleto. Hay otras causas que pueden resultar en la denegación de justicia y llevar consigo la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, la corrupción que se indica en el proyecto de 1959 y se suprime en el presente artículo 8; pero no cabe considerar como análogas la distinción perjudicial y la corrupción. Además, en el proyecto primitivo se alude a los fallos que se apartan claramente de las normas de justicia generalmente reconocidas por los Estados civilizados; tal vez pueda decirse que esta noción un tanto variable queda incluida en la frase « principios de justicia general reconocidos por los sistemas jurídicos nacionales », pero prefiere el texto anterior. Se ha criticado la frase del texto de 1959 « si claramente se aparta [el fallo] de las normas de justicia generalmente reconocidas por los Estados civilizados » principalmente porque la palabra « civilizados » puede originar confusiones. Personalmente, prefiere las palabras « normas de justicia generalmente reconocidas ». Cuando se examinó este asunto en el período de sesiones anterior, el Sr.

⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, pág. 221.

Žourek sugirió la frase « reglas comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo »¹⁰, y esa frase le parece preferible a la referencia a los « sistemas jurídicos nacionales ».

57. Para terminar repite que estas y otras críticas al nuevo proyecto no deben atribuirse a una falta de reconocimiento de las mejoras logradas con relación al proyecto de 1929.

Se levanta la sesión a las 18.10 horas.

¹⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1959*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 59.V.I, vol. I), 513.ª sesión, párr. 6.

567.ª SESIÓN

Martes 21 de junio de 1960, a las 9.30 horas

Presidente: Sr. Luis PADILLA NERVO

Diplomacia ad hoc (A/CN.4/129, A/CN.4/L.87, A/CN.4/L.88, A/CN.4/L.89)

[continuación]

[Tema 5 del programa]

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar su estudio relativo a la aplicación del artículo 3 (*Funciones de una misión diplomática*) del proyecto de 1958 sobre las relaciones diplomáticas a las misiones especiales¹, y recuerda que el Relator Especial ha propuesto que se excluya ese artículo de las disposiciones aplicables a las misiones especiales.

2. El Sr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA dice que las disposiciones del artículo 3 se aplican a las misiones especiales, aunque sólo dentro del especial encargo asignado a esa misión.

3. El Sr. MATINE-DAFTARY dice que está de acuerdo con la idea expresada por el Sr. Jiménez de Aréchaga, pero considera que se la debe enunciar en un artículo especial, puesto que el artículo 3 no puede enmendarse. La Comisión debe ponerse de acuerdo sobre una disposición en la que se establezca que las funciones de una misión especial las determina en cada caso un acuerdo entre los dos Estados interesadas.

4. El Sr. ERIM dice que es esencial encontrar alguna fórmula que permita aplicar a las misiones especiales las diversas disposiciones del proyecto sobre relaciones diplomáticas. A su juicio, puede confiarse a una misión especial cualquiera de las funciones que se definen en los apartados del artículo 3. En dichos apartados se definen las funciones diplomáticas en general, y ellos son la piedra angular de la función diplomática, ya sea *ad hoc* o permanente.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimotercer período de sesiones, Suplemento n.º 9 (A/3859, capítulo III)*.

5. El Sr. TUNKIN sugiere que se deje a los dos Estados interesados determinar cuál es el alcance de las funciones de la misión especial. El artículo 3 define las características propias de una misión permanente, y su texto actual no es aplicable a las misiones especiales.

6. El Sr. YASSEEN señala que el artículo 3 indica que las funciones de una misión diplomática « consisten principalmente » en las enumeradas en los apartados *a)* a *e)*. La situación es totalmente distinta en lo que atañe a las misiones especiales; una misión especial puede tener alguna de las funciones enumeradas en los apartados *a)* a *e)*, o inclusive una que no se mencione allí. Ese hecho es un argumento más para que el artículo 3 no sea aplicable a las misiones especiales.

7. El Sr. PAL estima que, incluso con las limitaciones sugeridas por el Sr. Jiménez de Aréchaga, el artículo 3 con su presentación actual no podría aplicarse a las misiones especiales. Podrían aplicarse, a lo sumo, los apartados *a)* y *c)* en un contexto que los hiciera aplicables a una misión de esta naturaleza: ello implicaría, por otra parte, una modificación del texto mismo de dichos apartados. Pero las demás disposiciones seguirían siendo siempre inadecuadas para definir las funciones de una misión especial, teniendo en cuenta la precisión propuesta por el Sr. Jiménez de Aréchaga. El artículo 3, en su forma actual, no es ciertamente aplicable a las misiones especiales y éste es el único punto que por el momento interesa a la Comisión.

8. El Sr. BARTOŠ dice que es indispensable incluir en el proyecto de artículos sobre diplomacia *ad hoc* una disposición en que se establezca que las funciones de una misión especial son las que indica el Estado acreditante y acepta el Estado recibiente.

9. Convendría, además, que en el comentario se aluda a la cuestión de las relaciones entre los poderes de una misión especial y los de la misión diplomática permanente. Puede ocurrir, por ejemplo, que se envíe una misión especial para negociar una cuestión determinada y que el embajador permanente del Estado acreditante interesado resuelva la cuestión mientras la misión especial se halla en el Estado recibiente.

10. El Sr. SANDSTRÖM, Relator Especial, dice que a una misión especial se le asigna una tarea concreta y no las diversas funciones que se enuncian en el artículo 3, aunque desde luego algunas de esas funciones pueden tener que ver con su encargo especial.

11. Por su parte, le parece que basta con que en la definición de la misión especial se haga una referencia al acuerdo entre los dos Estados interesados sobre las funciones que ha de cumplir la misión especial.

12. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que el artículo 3 establece claramente que las funciones de una misión diplomática son en todo momento las que figuran en los apartados *a)* a *e)* además de otras funciones, como lo indica la palabra « principalmente ». No puede decirse lo mismo de las misiones especiales y, en consecuencia, el texto actual del artículo 3 no es aplicable a esas misiones. Por supuesto, la exclusión del artículo 3 de las disposiciones