

camente, este término designa el lugar de donde brota el agua de la tierra y es esta la imagen a la que han recurrido los juristas para indicar cómo nace una obligación. El Sr. Ushakov ha propuesto el término «naturaleza»¹², que presenta no obstante el inconveniente de ser vago y de poder aplicarse a otras nociones, como la de la naturaleza, fundamental o no, de la obligación. El término «origen», empleado a veces por el Relator Especial en su presentación del artículo que se examina, tampoco es completamente satisfactorio, porque cabe decir que algunas obligaciones tienen su origen en el *common law* o en el derecho de tradición romana, lo que, desde luego, carece de relación con la fuente formal de una obligación. Sea cual fuere el término elegido, sería quizás preferible precisar en el comentario lo que la Comisión entiende por «fuente» o calificar la fuente de «consuetudinaria, contractual o de otra índole», en el texto mismo del artículo 16.

39. En cuanto a la expresión «régimen de responsabilidad», que figura en el párrafo 2, designa globalmente las consecuencias que se derivan de un hecho internacionalmente ilícito a cargo de su autor. Además de la obligación de reparar, éste puede estar obligado a proporcionar cierta forma de satisfacción; puede también exponerse a sanciones y éstas pueden ser de naturaleza muy distinta. El régimen de responsabilidad comprende asimismo la determinación del sujeto habilitado para desencadenar estas consecuencias: el sujeto directamente lesionado, otros Estados, la comunidad internacional en su totalidad o también organizaciones internacionales. La Comisión podría definir la expresión «régimen de responsabilidad», o emplear la expresión «consecuencias jurídicas», propuesta por el Sr. Ushakov¹³, pero precisando entonces en el comentario que esta expresión se aplica también a la determinación del sujeto autorizado a desencadenar esas consecuencias.

40. El PRESIDENTE propone que se remita el proyecto de artículo 16 al Comité de Redacción para que éste lo examine teniendo en cuenta las observaciones y sugerencias formuladas en el debate.

*Así queda acordado*¹⁴.

Se levanta la sesión a las 13.5 horas.

¹² *Ibid.*, párr. 3.

¹³ *Ibid.*, párr. 4.

¹⁴ Véase en la 1401.^a sesión, párrs. 4 a 21, el examen de los textos presentados por el Comité de Redacción.

1367.^a SESIÓN

Miércoles 12 de mayo de 1976, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Abdullah EL-ERIAN

Miembros presentes: Sr. Ago, Sr. Bilge, Sr. Calle y Calle, Sr. Hambro, Sr. Kearney, Sr. Martínez Moreno, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Reuter, Sr. Rossides, Sr. Šahović, Sr. Sette Câmara, Sr. Tabibi, Sr. Tammes, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Ustor, Sir Francis Vallat, Sr. Yasseen.

Organización de los trabajos (*continuación**)

1. El PRESIDENTE propone que el tema 1 del programa [Provisión de vacantes ocurridas después de la elección (artículo 11 del estatuto)] se examine el jueves 20 de mayo de 1976. La Secretaría informaría inmediatamente al respecto a los miembros que no han podido participar todavía en los trabajos del período de sesiones, incluidos, por supuesto, los dos miembros africanos, para que puedan tomar las disposiciones que consideren necesarias.

2. Si no hay objeción, el Presidente considerará que la Comisión decide proceder en esa forma.

Así queda acordado.

Responsabilidad de los Estados (*continuación*)

(A/CN.4/291 y Add.1 y 2)

[Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS

PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

ARTÍCULO 17 (Vigencia de la obligación internacional)

3. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su proyecto de artículo 17, que dice así:

Artículo 17. — Vigencia de la obligación internacional

1. Un hecho del Estado que esté en contradicción con el contenido de una obligación internacional determinada constituirá una violación de esa obligación si ha sido realizado cuando la obligación estaba en vigor respecto del Estado de que se trate.

2. No obstante, un hecho del Estado que cuando fue realizado estaba en contradicción con el contenido de una obligación internacional en vigor respecto de ese Estado no se considerará como una violación de una obligación internacional del Estado y, por consiguiente, no dará lugar a la responsabilidad internacional de éste si, ulteriormente, un hecho de la misma naturaleza se ha convertido en un deber de comportamiento en virtud de una norma imperativa de derecho internacional.

3. Cuando el hecho del Estado que esté en contradicción con el contenido de una obligación determinada:

a) sea un hecho con carácter de continuidad, ese hecho constituirá una violación de la obligación de que se trate si ésta estaba en vigor durante una parte por lo menos de la existencia del hecho continuo y mientras perdure tal vigencia;

b) sea un hecho integrado por una serie de comportamientos distintos y relativos a situaciones distintas, ese hecho constituirá una violación de la obligación de que se trate si ésta estaba en vigor mientras se desarrollaba una parte por lo menos de los comportamientos integrantes del hecho considerado, suficiente por sí sola para dar lugar a la violación;

c) sea un hecho complejo que entrañe la acción u omisión inicial de un órgano determinado y la confirmación ulterior de esa acción u omisión por otros órganos del Estado, ese hecho constituirá una violación de la obligación de que se trate si ésta estaba en vigor al iniciarse el proceso de realización del hecho del Estado no conforme con dicha obligación.

* Reanudación de los trabajos de la 1361.^a sesión.

4. El Sr. AGO (Relator Especial) recuerda que la fuente de la obligación internacional violada no constituye el único aspecto formal que puede entrar en cuenta a los fines que interesan a la Comisión en el contexto de la responsabilidad de los Estados. Se plantea también la cuestión de saber si el hecho de que la obligación haya estado en vigor en el momento en que el Estado observó un comportamiento en contradicción con lo que tal obligación requiere es o no una condición indispensable para poder llegar a la conclusión de que ha habido violación de esa obligación. El problema consiste en que el ordenamiento jurídico internacional no es un sistema estático, y en que existen además muchas manifestaciones posibles del comportamiento que pueden constituir una infracción de una obligación internacional. Cuando se trata de determinar si el comportamiento del Estado, que tiene lugar en un momento dado, está o no en conformidad con lo que requiere una obligación internacional, se pueden imaginar varias hipótesis según el momento en que tal obligación esté en vigor respecto de dicho Estado. En efecto, las obligaciones internacionales no son permanentes; al igual que las obligaciones de derecho interno, nacen y mueren.

5. Existe un principio general, deducido en 1928 por el árbitro Max Huber en el *Asunto de la Isla de Palmas*, con arreglo al cual un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del derecho de la época de ese hecho y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho¹. Esta posición fue adoptada en relación con un hecho lícito, pero es evidente que se aplica igualmente a un hecho ilícito. Por otra parte, ese principio también ha sido consagrado en asuntos relativos a hechos ilícitos, como el *Asunto Pelletier*, para el que se previó, en 1884, que el árbitro aplicaría las normas de derecho internacional vigentes en la época en que se produjeron los hechos que constituían el objeto de la demanda². Quedaba por tanto excluida la posibilidad de tomar en consideración una obligación que hubiese existido en el momento de la decisión pero no hubiese estado en vigencia en el momento de realizarse el hecho que no estaba en conformidad con lo que exigía tal obligación. En otro asunto, sometido a arbitraje en 1900, el Gobierno de los Estados Unidos de América acusaba al Imperio Ruso de haber embargado unos buques estadounidenses que se dedicaban a la pesca de focas fuera de las aguas territoriales rusas. En el momento de tales embargos, ninguna convención aplicable al caso obligaba a los Estados interesados. Más tarde, y antes de que se hubiese dictado el laudo, se había concertado una convención entre ellos que permitía embargar un buque fuera de las aguas territoriales. En la convención de arbitraje se consagró una vez más el principio general: el árbitro debía aplicar los principios del derecho de gentes y los tratados internacionales que estaban en vigor

y eran obligatorios para las partes en el momento en que tuvo lugar el embargo de los buques³.

6. Se pueden formular tres hipótesis según el momento en que la obligación esté en vigor para el Estado. En la primera, la obligación nació y dejó de existir a cargo de dicho Estado antes de que el hecho se hubiera realizado. En tal caso, no cabe la menor duda de que no ha habido violación de tal obligación. Nada, en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia internacional, permitiría llegar a una conclusión diferente.

7. En la segunda hipótesis, la obligación existe en el momento en que el hecho se realiza, pero deja luego de existir. Cabría pensar, pues, que el comportamiento del Estado constituye sin duda una violación de la obligación internacional entonces existente a cargo del Estado y, por consiguiente, representa un hecho internacionalmente ilícito de éste. No obstante, surgen dudas si se establece una comparación con el derecho interno, en particular con el derecho civil y el derecho penal. En materia civil, la mayoría de los sistemas de derecho permiten exigir la reparación del daño causado por un hecho que su autor haya cometido en violación de una obligación que estaba entonces a su cargo, aunque tal obligación esté extinguida en el momento del fallo. En derecho penal, por el contrario, no se puede por lo general considerar penalmente responsable a una persona que haya cometido un hecho en violación de una obligación existente a su cargo en el momento de perpetrar el hecho, pero que haya cesado de existir en el momento del fallo: por lo general deberá entonces aplicarse la ley más favorable al acusado. El Relator Especial está convencido no obstante de que la aplicación de ese principio no se justificaría en derecho internacional. En derecho interno, la responsabilidad penal opone al autor del hecho inculpinado a toda la sociedad, mientras que en derecho internacional, el Estado autor de una infracción se opone normalmente a otro Estado víctima de esta infracción. Aplicar la ley más favorable al Estado autor de la infracción significaría aplicar por principio la ley más desfavorable al Estado perjudicado por esa infracción. Así pues, hay que llegar a la conclusión de que, en esta hipótesis, basta con que la obligación haya existido en el momento de realizarse el hecho para que sea hecho ilícito y la responsabilidad quede a su cargo. Esta conclusión está confirmada por la jurisprudencia internacional.

8. Por ejemplo, a mediados del siglo XIX, el superárbitro de la Comisión Mixta Estados Unidos de América/Gran Bretaña, instituida por el Tratado de 8 de febrero de 1853, tuvo que conocer de cierto número de asuntos relativos a la trata de esclavos. El temporal había obligado a buques estadounidenses que transportaban esclavos africanos a refugiarse en un puerto de las Bermudas. Las autoridades británicas de las Bermudas habían liberado entonces a esos esclavos y embargado los buques. A la sazón, la trata de esclavos no estaba prohibida y el superárbitro consideró que la Gran Bretaña tenía pues, que respetar la propiedad extranjera, constituida en aquel caso por los esclavos africanos. Teniendo, después que resolver varios asuntos semejantes, el superárbitro indicó que había que examinar, en esos nuevos casos,

¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1949.V.1), pág. 845.

² Véase G. F. Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, Gottinga, Dieterich, 1887, 2.ª serie, t. XI, págs. 800 y 801. Para una descripción detallada del asunto, véase J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1898, vol. II, pág. 1749.

³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 59.V.5), pág. 58.

si la trata de esclavos había pasado a ser contraria al «derecho de las naciones» en el momento de realizarse los hechos incriminados. Hay que señalar de pasada que por «derecho de las naciones» no entendía el derecho de gentes, sino el derecho interno de las naciones interesadas. Sólo en el caso de que el derecho de las naciones no hubiera prohibido el comercio de esclavos, la Gran Bretaña habría violado una obligación internacional a su cargo. Ahora bien, los casos más recientes se habían producido cuando la trata de esclavos estaba prohibida por el derecho de los Estados Unidos y el de la Gran Bretaña. El superárbitro infirió de ello que la liberación de los esclavos y el embargo de los buques eran lícitos en tales casos. *Grosso modo* ello equivalía a decir que si la obligación existía en el momento de realizarse el hecho, éste era ilícito, mientras que si la obligación había cesado de existir en ese momento, el hecho era lícito y la responsabilidad del Estado no quedaba comprometida.

9. En el *Asunto del «James Hamilton Lewis»*, el árbitro decidió, en 1902, que el momento determinante era aquel en que el hecho se había realizado; poco importaba, si el hecho era entonces ilícito, que luego se hubiera convertido en lícito⁴. El mismo principio se aplicó en 1937 en el *Asunto del «Lisman»*⁵. Por último, la CIJ reconoció este principio en 1963 en el *Asunto del Camerún septentrional*⁶. Declaró esencialmente que si, durante el período de validez del acuerdo de administración fiduciaria, la autoridad administradora hubiera realizado un hecho contrario a las obligaciones dimanantes de ese acuerdo, tal hecho habría sido contrario a estas obligaciones, incluso en caso de extinción del fideicomiso. Como el Relator Especial ha indicado en su informe (A/CN.4/291 y Add.1 y 2, párr. 48), la propia Comisión se refirió a este fallo en su comentario al párrafo 2 del artículo 56 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, que aprobó en primera lectura en su 16.º período de sesiones.

10. Aunque la idea está, pues, bien arraigada en la práctica y en la jurisprudencia internacionales, cabe preguntarse si es absoluta o si debería tener excepciones, por ejemplo, por razones humanitarias. Se ha podido ver en los asuntos relacionados con la trata de esclavos mencionados precedentemente, que el superárbitro adoptó el criterio según el cual la liberación de los esclavos y el embargo de los buques se considerarían como hechos ilícitos si la esclavitud no estaba prohibida en el momento en que esos hechos se realizaron, y como hechos lícitos si en ese mismo momento la esclavitud estaba prohibida. Desde entonces, sin embargo, los hechos de esa clase no sólo son hechos lícitos sino que se han convertido en hechos «obligatorios», en comportamientos «debidos» en virtud de una norma humanitaria imperativa de derecho internacional. Hoy día, si un Estado embargara un buque utilizado para la trata de esclavos y liberara a los esclavos, haría algo más que realizar un hecho lícito: daría cumplimiento a una obligación que le impone el derecho internacional. Ahora que existe una regla de *jus cogens* que exige tales comportamientos del Estado ¿sería imaginable que un tribunal condenase a un Estado

a pagar una reparación a otro Estado porque en el pasado fue autor de un hecho que podía ser ilícito en el momento de su realización pero que, de acuerdo con las ideas actuales del derecho internacional, se ha convertido en un comportamiento debido en virtud de una norma imperativa? Se puede igualmente considerar el caso de un Estado neutral, que se hubiera comprometido en virtud de un tratado a entregar armas a otro Estado, se hubiera negado a ejecutar su obligación, sabiendo que esas armas estaban destinadas a perpetrar un genocidio o una agresión, y esto antes de que las normas de *jus cogens* que proscriben el genocidio y la agresión hubieran sido aprobadas. Si el asunto se hubiese llevado a los tribunales después de haber entrado en vigor estas normas, ¿sería imaginable que un tribunal internacional condenase al país neutral por lo que hizo en una época pasada, dado que la denegación de asistencia a un Estado que va a cometer un acto de genocidio o de agresión se ha convertido hoy en un comportamiento debido en virtud de una regla imperativa del derecho internacional? Aunque los casos de este género son poco probables, no se pueden excluir. Por ello, el Relator Especial propone que se prevea una excepción a la regla general: una excepción que se refiera especialmente al caso en que la obligación internacional violada en el momento en que el hecho de que se trate haya sido realizado, no sólo haya dejado de existir posteriormente, sino que haya sido reemplazada por otra obligación que exija del Estado exactamente lo contrario.

11. En la última de las tres hipótesis que se pueden considerar, el Estado adopta un comportamiento en un momento en que ese comportamiento no es contrario a ninguna obligación internacional existente a su cargo, pero se impone seguidamente una obligación nueva a ese Estado. Si se admitiera la retroactividad de esa obligación, ese comportamiento sería entonces ilícito. Sin embargo, el principio de la no retroactividad parece bien establecido en derecho internacional general. Este principio carece de excepciones, aunque algunos tratados disponen que las obligaciones que ponen a cargo de las partes se aplican también a períodos anteriores a la fecha de conclusión de esos tratados. En realidad, tales disposiciones no significan en modo alguno que las partes hayan querido considerar como ilícito el comportamiento adoptado por una de ellas antes de que el tratado entrara en vigor. A este respecto, el Relator Especial se ha referido, en su informe, a la Convención entre Suiza e Italia en materia de seguridad social (A/CN.4/291 y Add.1 y 2, párr. 58). Señala que la hipótesis que se examina ha sido considerada por la doctrina y que las conclusiones de ésta corresponden a las que ha indicado el Relator Especial. En un plano más general, el Instituto de Derecho Internacional aprobó en 1975 una resolución sobre «El problema intertemporal en derecho internacional público, en la que se reconoce, como excepción a la regla general, que los Estados u otros sujetos de derecho internacional tienen la facultad de determinar de común acuerdo el campo de aplicación de las normas en el tiempo, bajo reserva de una norma imperativa de derecho internacional que limite esa facultad.

12. La situación se complica a veces por el hecho de que los comportamientos de los Estados no son siempre

⁴ *Ibid.*, págs. 69 y ss.

⁵ *Ibid.*, vol. III (N.º de venta: 949.V.2), pág. 1789.

⁶ *C.I.J. Recueil 1963*, pág. 15.

instantáneos; pueden prolongarse en el tiempo y constituir lo que la doctrina francesa llama «hechos continuos». Así, cuando una convención internacional obliga a un Estado a adoptar una ley que tiene cierto contenido o a abrogar una ley, y éste se abstiene, el hecho del Estado se extiende en el tiempo. Igual ocurre con la ocupación indebida del territorio ajeno, del bloqueo de una costa, o de una ley o práctica que ponen dificultades al paso inocente de los buques extranjeros por un estrecho. En todos estos casos, hay violación de la obligación internacional con la que el comportamiento del Estado se halla en oposición, con tal de que, durante cierto período por lo menos, haya simultaneidad entre el hecho del Estado y la existencia de la obligación a cargo del Estado.

13. Es posible también que el hecho del Estado no consista en un comportamiento único y continuo, sino en un hecho compuesto de una sucesión de comportamientos más o menos idénticos adoptados en una serie de casos distintos. Así, un Estado puede ser libre de adoptar las reglas que considere oportunas, en materia de estancia de los extranjeros y, especialmente, en lo que respecta al ejercicio de una actividad lucrativa o de una profesión determinada por un extranjero, pero puede tener a su cargo una obligación internacional que consista en abstenerse de adoptar en tales materias prácticas discriminatorias respecto de los extranjeros de una determinada nacionalidad. El hecho ilícito está entonces representado por la práctica en sí. Para que haya violación de una obligación internacional de este género, es preciso que se hayan producido cierto número de comportamientos que constituyan en su conjunto una práctica. Estos comportamientos conciernen necesariamente a casos concretos distintos. Ahora bien, la obligación internacional de que se trata puede nacer antes, en el curso o después de la aplicación de una práctica. Parece evidente que en estos casos no hay hecho internacionalmente ilícito más que si se produce una serie de comportamientos mientras la obligación está en vigor para el Estado, suficientes en sí mismos para constituir una «práctica».

14. Finalmente, el hecho del Estado puede ser un hecho «complejo». Para darse cuenta de ello hay que tener presente que existen las llamadas obligaciones de «resultado». Estas obligaciones no imponen al Estado un comportamiento específico determinado sino la obtención de cierto resultado con medios de su elección. Hay, pues, violación de su obligación si no se alcanza ese resultado. El Relator Especial imagina que el gobierno de un país se ha comprometido respecto de otro Estado a permitir en su país el ejercicio de determinada profesión a los nacionales de este último. Si una autoridad local negara a uno de esos extranjeros la autorización necesaria, sólo habría un comienzo de una violación de la obligación en cuestión ya que el interesado podría dirigirse a las autoridades centrales, que podrían anular la decisión local. Si las autoridades administrativas centrales no acogieran favorablemente la demanda del interesado, éste todavía podría recurrir a la autoridad judicial. Sólo en el caso de que la instancia suprema desestimara la demanda del interesado, quedaría consumada la violación de la obligación internacional. Ahora bien, puede ocurrir aquí también que la obligación nazca mientras se realizan los diversos comportamientos que constituyen el hecho complejo o,

por el contrario, que cese de existir en ese lapso; lo cual ocurre, por ejemplo, cuando el Estado denuncia el tratado que le impone la obligación de que se trata antes de que la última instancia se pronuncie.

15. Así pues, cuando el hecho del Estado es un hecho complejo al que pueden concurrir varios órganos del Estado, el momento decisivo es en cierto modo aquel en que se inicia la violación. Si la obligación no está en vigor en el momento en que la autoridad local se niega a conceder a un extranjero la autorización para ejercer una profesión, tal negativa es lícita. Si el interesado se dirige más tarde a una autoridad central, cuando esa obligación ha entrado en vigor, ésta no tiene porque anular una decisión que era lícita en su origen. Pero si a su vez responde de manera negativa a una nueva petición que se le formule, la violación comienza en ese instante. Por el contrario, si la acción o la omisión inicial de un órgano del Estado estuviera en contradicción con una obligación internacional derivada de un tratado denunciado posteriormente, el Estado responsable de ella no podrá negarse a restablecer la situación que habría debido existir en el momento de iniciarse el proceso de realización del hecho del Estado: el hecho ilícito complejo puede ser completado incluso después de que haya dejado de existir la obligación.

16. Las distinciones establecidas por el Relator Especial le han llevado a proponer un proyecto de artículo dividido en tres párrafos. El primero formula el principio general, el segundo enuncia la excepción, mientras que el tercero prevé las tres hipótesis distintas en las que el hecho del Estado se prolonga en el tiempo.

17. El Sr. USHAKOV se adhiere sin reservas al principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 17, según el cual sólo hay violación de una obligación internacional cuando la obligación estaba en vigor en el momento en que fue realizado el hecho que esté en contradicción con ella. Pero la manera como se ha formulado el principio no le satisface enteramente. A su juicio, la repetición en los tres párrafos de la perífrasis «un hecho del Estado que esté en contradicción con el contenido de una obligación internacional determinada» es el corolario de la falta de una definición del término «violación». Si se definiera ese término en el proyecto, sería posible evitar esa perífrasis y referirse simplemente a la «violación de una obligación internacional». El orador señala que ha propuesto que se defina el concepto de violación de una obligación internacional en el artículo 16 o en un artículo separado⁷. En su opinión, hay violación por un Estado de una obligación internacional cuando se determina que el hecho de ese Estado es contrario a la obligación de que se trate. Ahora bien, lo que falta en el párrafo 1 del artículo 17 es precisamente, a su juicio, esa idea de «determinación». Si se definiese el concepto de violación de esta manera, el párrafo podría redactarse así:

«La violación por un Estado de una obligación internacional sólo se determinará con referencia a la obligación que estuviere en vigor para ese Estado en el momento en que fue realizado el hecho ilícito.»

18. Al afirmar que deja de haber violación por el Estado de una obligación internacional si, ulteriormente, esa

⁷ Véase la 1365.^a sesión, párr. 2.

obligación ha sido anulada por una nueva norma imperativa de derecho internacional, el párrafo 2 plantea la cuestión de la retroactividad de la nulidad de una obligación internacional del Estado. En efecto, en el supuesto previsto en dicho párrafo, el comportamiento del Estado deja de ser considerado como una violación de una obligación internacional porque la regla que imponía al Estado esa obligación ha sido anulada por una nueva norma de derecho internacional y, en virtud de esa nueva norma imperativa de derecho internacional general, la obligación se ha convertido en nula retroactivamente.

19. Tal disposición, ¿sigue siendo válida? No hay duda de que se justifica en el caso de los buques dedicados a la trata de esclavos, citado por el Relator Especial. Pero hay casos en los que la nulidad de la obligación no es retroactiva. Por ejemplo, si un Estado establece unilateralmente una zona económica y confisca las embarcaciones de pesca extranjeras que se hallan en esa zona, viola una norma internacional. Si, ulteriormente, la Conferencia sobre el Derecho del Mar aprueba una norma relativa al establecimiento de zonas económicas, ese Estado ¿puede acogerse a esta norma imperativa de derecho internacional para afirmar que su comportamiento no era ilícito y que, por consiguiente, no está obligado a reparar los daños causados? El Sr. Ushakov estima que, en un caso de esta índole, no hay retroactividad de la nulidad de la obligación. Así pues, la disposición del párrafo 2 no puede enunciarse como una regla general, porque sólo es válida en determinados casos.

20. El Sr. Ushakov aprueba, en general, las disposiciones del párrafo 3, pero pone en tela de juicio la utilidad del principio enunciado en el apartado *a*, que le parece que está ya contenido en el principio formulado en el párrafo 1. En efecto, si se reconoce que la violación de una obligación internacional sólo se determina con referencia a la obligación en vigor en el momento en que fue realizado el hecho ilícito, es evidente, en el supuesto previsto en el apartado *a*, que un hecho continuo sólo constituye una violación de una obligación internacional en la medida en que esa obligación estuviese en vigor durante una parte al menos de la existencia de ese hecho, puesto que la violación deja de existir desde el momento en que la obligación cesa de estar en vigor. A su juicio, pues, el apartado *a* del párrafo 3 no añade nada nuevo a lo que se ha dicho en el párrafo 1. En cambio, los principios enunciados en los apartados *b* y *c* le parecen muy útiles.

21. En cuanto al artículo 16, el orador desea subrayar que una obligación internacional tiene siempre como fuente una norma de derecho internacional. Lo que varía es el origen de la norma y no la fuente de la obligación. Por lo tanto, no es exacto referirse a una obligación dimanante de un tratado u otra fuente de derecho internacional, ya que, en realidad, la obligación emana siempre de una norma que, a su vez, emana de un tratado u otra fuente de derecho internacional.

22. La ilicitud de un hecho internacional y sus consecuencias jurídicas no dependen del origen de la norma de que deriva la obligación. Así, en la vida internacional moderna existen obligaciones idénticas cuyas fuentes son diferentes. Por ejemplo, si un Estado parte en las convenciones de Ginebra de 1958 sobre el derecho del mar viola una norma relativa a la libertad de navegación en

alta mar, viola una norma convencional, mientras que un Estado que no sea parte en esas convenciones y que cometa el mismo acto internacionalmente ilícito viola una regla consuetudinaria. En ambos casos, la violación y sus consecuencias jurídicas son las mismas, pero, en el primero, lo que se viola es una regla convencional mientras que, en el segundo, es una regla consuetudinaria. La obligación impuesta a los Estados es la misma, pero su fuente es diferente: para los Estados partes es una regla convencional, en tanto que para los Estados que no son partes es una regla consuetudinaria, ya que las convenciones de Ginebra sobre el derecho del mar han codificado las normas de derecho consuetudinario. Por consiguiente, la responsabilidad del Estado no depende de la fuente de la obligación violada. Así, todos los miembros de la comunidad internacional están sujetos a las mismas obligaciones; unos, en virtud de las convenciones de codificación en las que son partes, y otros, en virtud de las normas consuetudinarias de derecho internacional. Pero su responsabilidad en caso de violación de tales obligaciones sigue siendo la misma.

23. Lo mismo puede decirse de la Carta de las Naciones Unidas, algunos de cuyos principios fundamentales son válidos tanto para los Estados Miembros como para los otros Estados, y ello en virtud del derecho consuetudinario, que impone a los Estados las mismas obligaciones que la Carta, puesto que ésta enuncia reglas establecidas de la vida internacional moderna. De igual modo, en materia de derecho diplomático, los Estados partes en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas están sujetos a las mismas reglas que los Estados que no son partes en esa Convención, pero se trata para unos de reglas convencionales y para otros de reglas de derecho consuetudinario.

24. El Sr. YASSEEN señala que con el artículo 17 la Comisión aborda un problema muy importante que es indispensable resolver para formular las reglas de la responsabilidad. En el laudo dictado el 4 de abril de 1928 en el *Asunto de la Isla de Palmas*, Max Huber adoptó claramente posición al afirmar que un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del derecho de la época y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho⁸. Se trata de un principio general de derecho internacional que no es discutido. Sin embargo, el orador subraya que ese principio no es un principio de *jus cogens*. Los Estados pueden dejarlo sin efecto mediante acuerdo. En su resolución titulada «El problema intertemporal en derecho internacional público», mencionada por el Relator Especial, el Instituto de Derecho Internacional reconoció a los Estados y a otros sujetos de derecho internacional la facultad de determinar de común acuerdo la esfera de aplicación de las normas en el tiempo, como excepción a ese principio, sin perjuicio de cualquier norma de *jus cogens* que limite esa facultad. No obstante, los problemas que plantean las tres hipótesis formuladas por el Relator Especial en el párrafo 38 de su informe (A/CN.4/291 y Add.1 y 2) tienen que resolverse a la luz de este principio.

⁸ Véase la nota 1 *supra*.

25. Es a todas luces evidente que, en la primera hipótesis, el Estado no ha violado una obligación internacional, puesto que esa obligación ya había terminado cuando se realizó el acto. La segunda hipótesis, por el contrario, puede plantear un problema, ya que la obligación todavía estaba en vigor en el momento en que fue realizado el acto, aunque luego se haya extinguido. Cabe sentirse inclinado a afirmar, por analogía con el derecho penal interno, que el Estado no puede ser considerado responsable puesto que la obligación violada ha dejado de existir. Pero el Relator Especial ha demostrado claramente la diferencia que existe, a este respecto, entre el derecho internacional y el derecho interno y ha afirmado, con razón, que un hecho del Estado constituye la violación de una obligación internacional desde el momento en que ha sido realizado mientras la obligación estaba en vigor.

26. Sin embargo, es menester asimismo tener en cuenta el contenido de la regla que ha anulado la obligación. En efecto, cabe imaginar ciertos casos en que la comunidad internacional no podría admitir que se considerase responsable a un Estado que hubiera violado una obligación internacional que, ulteriormente, hubiera dejado de existir por motivos que afectan a los intereses vitales de la comunidad internacional. Se podría considerar justificadamente que el hecho de tener por responsable a un Estado autor de la violación de una obligación que ha dejado de existir en virtud de la aparición de una nueva regla de *jus cogens* sería en sí mismo contrario a esa nueva regla imperativa de derecho internacional general.

27. Así pues, el Relator Especial ha estado acertado al tener en cuenta las normas de *jus cogens* y afirmar, en el párrafo 2 del artículo 17, que el Estado deja de estar incurso en responsabilidad cuando la obligación violada deja de existir en virtud de la aparición de una regla imperativa de derecho internacional. No obstante, el orador opina que la redacción de este párrafo no es totalmente satisfactoria y que se podría mejorar inspirándose en el texto del artículo 71 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, titulado «Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general». En el párrafo 2 de ese artículo se establece que la terminación de un tratado «eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado» y «no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación»; y, además, que «esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general»⁹. Por lo tanto, si un Estado ha violado una obligación internacional antes de la entrada en vigor de la norma de *jus cogens* que ha anulado esa obligación y si el Estado perjudicado ha obtenido reparación, no es posible volver sobre la decisión arbitral o judicial dictada.

⁹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 323.

28. Por consiguiente, el Sr. Yasseen propone que el párrafo 2 del artículo 17 diga lo siguiente:

«No obstante, un hecho del Estado [...] no dará lugar a la responsabilidad internacional de éste si la obligación que el Estado ha violado ha dejado de existir en virtud de la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general y si el hecho de tener al Estado por responsable está en oposición con esa norma.»

29. En la tercera hipótesis prevista por el Relator Especial, la obligación ha nacido después del comportamiento del Estado. El Relator Especial prevé entonces tres formas de comportamiento. En el caso de un comportamiento continuo, hay violación de una obligación si ésta estaba en vigor durante una parte por lo menos de la existencia de ese comportamiento.

30. En el caso de un comportamiento compuesto, el Estado incurre en responsabilidad si la repetición de los actos que integran el comportamiento ha sido suficiente, durante la vida de la obligación, para constituir una práctica contraria a esa obligación. A este respecto, cabe pensar en la figura del «delito habitual» en derecho interno, que se caracteriza por la realización de varios hechos.

31. En el caso de un comportamiento complejo, el Relator Especial ha estimado que el Estado incurría en responsabilidad si la obligación estaba en vigor en el momento en que comenzó el comportamiento. Pero se podría considerar que el Estado también incurre en responsabilidad cuando la obligación aparece después del comienzo del comportamiento, si los órganos encargados de decidir en última instancia se niegan a reparar la falta cometida, antes del nacimiento de la obligación, por otros órganos del Estado. Cabría considerar, en efecto, que esa decisión definitiva constituye una violación de la obligación, puesto que ha sido adoptada por un órgano del Estado en el momento en que la obligación estaba en vigor.

Se levanta la sesión a las 13.5 horas.

1368.ª SESIÓN

Jueves 13 de mayo de 1976, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Abdullah EL-ERIAN

más tarde: Sr. Paul REUTER

Miembros presentes: Sr. Ago, Sr. Bilge, Sr. Calle y Calle, Sr. Hambro, Sr. Kearney, Sr. Martínez Moreno, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Rossides, Sr. Šahović, Sr. Sette Câmara, Sr. Tabibi, Sr. Tammes, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Ustor, Sir Francis Vallat, Sr. Yasseen.